

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE
DIFERENCIAS RELATIVAS A
INVERSIONES

LATAM HYDRO LLC
Y
CH MAMACOCHA S.R.L.
Demandantes

Contra

REPÚBLICA DE PERÚ
Demandada

(Caso N° ARB/19/28)

AUDIENCIA SOBRE LA JURISDICCIÓN Y
EL FONDO

Día 6
Lunes 14 de marzo de 2022
Videollamada Zoom

COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Sr. ALBERT JAN VAN DEN BERG, Presidente
Sr. GUIDO SANTIAGO TAWIL, Coárbitro
Sr. RAÚL E. VINUESA, Coárbitro

SECRETARIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Sra. ANA CONOVER
Sr. FEDERICO SALON-KAJGANICH

ASITENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Sra. EMILY HAY

ESTENOTIPISTAS:

Leandro Iezzi, TP-TC
Virgilio Dante Rinaldi, TP-TC
D-R Esteno
Colombres 566
Ciudad Autónoma de Buenos Aires,
República Argentina
(1218ABD)
info@dresteno.com.ar
www.dresteno.com.ar
(5411) 4957-0083

En representación de las demandantes:

Kenneth B. Reisenfeld (BakerHostetler LLP)
Mark A. Cymrot (BakerHostetler LLP)
Gonzalo S. Zeballos (BakerHostetler LLP)
Marco Molina (BakerHostetler LLP)
Analía González (BakerHostetler LLP)
Carlos Ramos-Mrosovsky (BakerHostetler
LLP)
James J. East, Jr. (BakerHostetler LLP)
Nahila Cortes (BakerHostetler LLP)
Diego Zuniga (BakerHostetler LLP)
Michael Jacobson (Latam Hydro LLC)
Jeffrey M. Lepon (Latam Hydro LLC)
Andrés Bartrina (Latam Hydro LLC)
Licy Benzaquen (CH Mamacocha S.R.L.)
Stefan Sillen (Testigo)
Eduardo Benavides (Perito)
María Teresa Quiñones Alayza (Perito)
Pablo Ferreyros (Perito)
Mylene Jayme (Perito)
Andrea Cardani (Perito)
Santiago Dellepiane (Perito)

Julián Honowitz (Perito)
Peter Somi (Perito)
José Picos (Perito)
Matías Galarza (Perito)
Tom Beyer (TrialGraphix)

En representación de la demandada:

Paolo Di Rosa (Arnold & Porter)
Patricio Grané Labat (Arnold & Porter)
Amy Endicott (Arnold & Porter)
Álvaro Nistal (Arnold & Porter)
Claudia Taveras Alam (Arnold & Porter)
Cristina Arizmendi (Arnold & Porter)
Natalia Giraldo Carrillo (Arnold & Porter)
Julia Calderón Carcedo (Arnold & Porter)
Andrés Álvarez Calderón (Arnold & Porter)
Gabriela Guillén (Arnold & Porter)
Emily Betancourt (Arnold & Porter)
Hugo Forno Flórez (Garrigues)
Melissa Núñez Santti (Garrigues)
Kevin Villanueva (Garrigues)
Tomas Leonard (TZL Global)
Vanessa Rivas Plata Saldarriaga
(Presidenta de la Comisión Especial)
Enrique Jesús Cabrera Gómez (Abogado de la
Secretaría Técnica de la Comisión Especial)

Mónica Guerrero Acevedo (Abogada de la
Secretaría Técnica de la Comisión Especial)
Mijail Cienfuegos Falcón (Abogado de la
Secretaría Técnica de la Comisión Especial)
Érika Tuesta Vela (Abogada de la
Secretaría Técnica de la Comisión Especial)
Giancarlo Coello Gadea (Abogado de la
Dirección General de Electricidad del
Ministerio de Energía y Minas)
Miguel Alemán Urteaga (Director de
Negociaciones Económicas Internacionales del
Ministerio de Relaciones Exteriores)
Giovanna Gómez Valdivia (Subdirectora de
Organismos Económicos y Financieros
Internacionales del Ministerio de Relaciones
Exteriores)
Evelyn Vargas Soto (Especialista Legal de
la Dirección de Negociaciones Económicas
Internacionales del Ministerio de Relaciones
Exteriores)

Francisco Ísmodes Mezzano (Testigo)
Ricardo Ampuero Llerena (Testigo)
Carlos Monteza (Perito)
Claudio Lava Cavassa (Perito)
David Vidal Panduro (Perito)
Matthew Shopp (Perito)
Kiran Sequeira (Perito)
Paul Baez (Perito)
Sydney Stein (Perito)
Abigail Alpert (Perito)

Partes fuera de la disputa:

Nicole Thornton (Departamento de Estado, Estados Unidos de América)

Lisa Grosh (Departamento de Estado, Estados Unidos de América)

John Daley (Departamento de Estado, Estados Unidos de América)

Margaret Sedgewick (Departamento de Estado, Estados Unidos de América)

Catherine Gibson (USTR, Estados Unidos de América)

Patrick Childress (USTR, Estados Unidos de América)

ÍNDICE

- Asuntos de procedimiento (Pág. 1189)
- Interrogatorio al perito Carlos Monteza (Pág. 1193)
- Interrogatorio al perito Claudio Lava Cavassa (Pág. 1383)

(A la hora 8:59 EST)

ASUNTOS DE PROCEDIMIENTO

PRESIDENT: I re-open the hearing on Day 6.

Mr Reisenfeld, you had a point you would like to raise?

MR REISENFELD: Yes, Mr President, members of the Tribunal. Good morning. Thank you for the notice yesterday that it was going to be the daylight savings time. It really helped us make sure that we met on time.

Thank you. I wanted to ask the question. The panel has raised various questions during the course of the hearing, which has been terrific. We just wanted to identify, or know, if the panel is going to ask the parties to address any issues during closing, it would be helpful to know when you might be raising those issues.

PRESIDENT: You made exactly the point that also I want to address because remember in the beginning of the hearing we said well, at the end of the week, last week, we may send you

1 questions. We do have questions, but then we
2 thought about it and we thought both sides
3 should first present their evidence and
4 complete it, so we should send basically the
5 questions on Wednesday evening so that then you
6 can prepare them on Thursday.

7 However, if both parties want to already
8 have now a preview of the questions, which are
9 evolving I must say because questions are
10 added, questions are removed, then we are
11 prepared to do so, but both parties should
12 agree to that.

13 MR REISENFELD: At least from Claimants'
14 point of view, we'd welcome your questions at
15 any time and as early as possible.

16 PRESIDENT: Mr Grané?

17 MR GRANÉ: We are in your hands and the
18 members of the Tribunal, Mr President.
19 Whatever you think would be most efficient from
20 the Tribunal's perspective, we're happy to
21 follow that.

22 PRESIDENT: The point the Tribunal has in

1 mind is that we want to have equal opportunity
 2 for both parties to present their case and it
 3 should not be interfered with questions saying
 4 hey, wait a moment, now I need to address my
 5 case -- or refocus my case a little bit, so
 6 that's the worry we have. But if the parties
 7 say look, we are aware of this possibility,
 8 then we are happy to share the questions as
 9 they stand now.

10 MR REISENFELD: Thank you.

11 PRESIDENT: Mr Grané, you would like to
 12 consult your team on this?

13 MR GRANÉ: No, that's fine, Mr President.
 14 As I said, we're in your hands. If you believe
 15 that that would be most helpful to the
 16 Tribunal, we're happy to proceed in that way,
 17 but we would also be happy to wait until
 18 Wednesday.

19 PRESIDENT: Let's see. I will consult with
 20 my colleagues what to do, because there are
 21 still some questions to be added, and it may
 22 well be that we send you a preview already

1 today but then a final version on Wednesday.

2 MR REISENFELD: Thank you very much.

3 PRESIDENT: Then the Tribunal has noted that
 4 the slide of the 12-steps, slide CD-4, has been
 5 withdrawn with the agreement of both parties?

6 MR REISENFELD: That is correct, Mr
 7 President.

8 PRESIDENT: Then the last point is the
 9 Tribunal would like to invite the parties to
 10 consult each other about the post-hearing
 11 memorials, whether they should be used or not.
 12 I don't know whether the parties have had a
 13 chance to discuss with each other?

14 MR REISENFELD: We haven't addressed that
 15 point yet, Mr President, but we will do so.
 16 Thank you.

17 PRESIDENT: So that's what the Tribunal has
 18 as points for the beginning of this week. Any
 19 further points by the parties? Mr Reisenfeld?

20 MR REISENFELD: Nothing from our point of
 21 view. Thank you.

22 PRESIDENT: Mr Grané?

1 MR GRANÉ: Nothing from Peru's side, thank
 2 you.

3 PRESIDENT: We received the slides for Mr
 4 Monteza. Can Mr Monteza be called?

5 INTERROGATORIO AL PERITO CARLOS MONTEZA

6 SEÑOR MONTEZA: Buenos días, señor presidente
 7 y miembros del Tribunal.

8 MR NISTAL: Mr President, good morning. We
 9 present Dr Carlos Monteza Palacios, expert in
 10 administrative peruvian law. We have just a
 11 minor observation, Mr President and members of
 12 the Tribunal, in relation to the presentation
 13 of Dr Monteza.

14 Based on the statement made by the president
 15 following Dr Quiñones' presentation and on the
 16 hearing time chart that Ms Conover circulated
 17 at the end of Friday, we understand that Dr
 18 Monteza is allowed to make a presentation of up
 19 to 39 minutes. We just wanted to mention this
 20 point for the sake of good order.

21 PRESIDENT: He is allowed to do so. It is
 22 not necessary that he do so, so there's a

1 difference between the two positions. But you
 2 are entitled to have 39 minutes' presentation.

3 MR NISTAL: Thank you, Mr President.

4 PRESIDENT: Dr Monteza, could you please
 5 state your full name for the record?

6 SEÑOR MONTEZA: Mi nombre es Carlos Monteza
 7 Palacios.

8 PRESIDENT: Mr Palacios, you appear as an
 9 expert witness for the Respondent. If any
 10 question is unclear to you, either because of
 11 language or for any other reason, please do
 12 seek a clarification, because if you don't do
 13 so the Tribunal assumes that you've understood
 14 the question and that your answer responds to
 15 the question.

16 SEÑOR MONTEZA: De acuerdo, señor presidente.
 17 Así lo haré.

18 PRESIDENT: Dr Monteza, you will appreciate
 19 that testifying, be it before a court or an
 20 arbitral tribunal, is a very serious matter.
 21 In that connection the Tribunal expects you to
 22 give the declaration, the text of which will

1 now appear on the screen.

2 SEÑOR MONTEZA: Declaro solemnemente por mi
3 honor y conciencia que lo que manifestaré
4 estará de acuerdo con lo que sinceramente creo.

5 PRESIDENT: Thank you, Dr Monteza. Since we
6 are online, we would like to have a number of
7 further confirmations from you.

8 First of all, are you alone in the room?

9 SEÑOR MONTEZA: Sí, señor presidente, estoy
10 solo.

11 PRESIDENT: If at any time someone enters
12 the room, please alert the Tribunal of this
13 fact and refrain from testifying further until
14 that person has left the room.

15 PROFESSOR TAWIL: Sorry, Albert Jan. I just
16 heard three hammers. I don't know if it was
17 only myself or everyone, but if that was the
18 situation similar to what happened last week
19 with I think it was one of the translation
20 channels or something like that. I don't know
21 if it was only myself.

22 PRESIDENT: Are you on the English channel,

1 Guido?

2 PROFESSOR TAWIL: I'm in the floor.

3 PROFESSOR VINUESA: I heard the same noise.

4 PRESIDENT: Diana, you are now in sight. Is
5 there any hammer problem?

6 COURT REPORTER: No problem.

8 PRESIDENT: Dr Monteza, have you heard my
9 last observation, that if anyone --

10 SEÑOR MONTEZA: Sí.

11 PRESIDENT: -- if anyone enters your room,
12 that you should alert us.

13 SEÑOR MONTEZA: Sí señor Presidente, la oí.
14 Así lo haré.

15 PRESIDENT: Thank you. Dr Monteza, can you
16 please now scan the room with the camera?

17 SEÑOR MONTEZA: Claro que sí. Si me permiten,
18 voy a levantar mi computadora. Esa es la
19 ventana. Ahora, para acá -- voy a tratar de dar
20 una vuelta completa. ¿Así está bien?

21 PRESIDENT: Fine by me.

22 For the record, Dr Monteza, could you please

1 confirm the location from which you are
2 testifying?

3 SEÑOR MONTEZA: Sí, señor presidente, estoy
4 en mi oficina en la ciudad de Lima, Perú.

5 PRESIDENT: Could you then go to your first
6 expert report dated 7 February?

7 SEÑOR MONTEZA: Sí, señor presidente, la
8 tengo.

9 PRESIDENT: Go to page 140, and your first
10 expert report is dated 7 February 2021.

11 SEÑOR MONTEZA: Sí, señor presidente.

12 PRESIDENT: Could you please confirm for the
13 record that the signature appearing above your
14 name is your signature?

15 SEÑOR MONTEZA: Sí, señor presidente, es mi
16 firma.

17 PRESIDENT: And, Dr Monteza, can you please
18 go to your second expert report dated 5
19 November 2021, and go to page 95, and confirm
20 for the record that the signature appearing
21 above your name is your signature?

22 SEÑOR MONTEZA: Sí, señor presidente, es mi

1 firma.

2 PRESIDENT: Is there any correction,
3 modification, or rectification you wish to make
4 to either report, Dr Monteza?

5 SEÑOR MONTEZA: Sí, señor presidente, muchas
6 gracias.

7 En la página 97 de mi primer informe, en el
8 numeral 1, quisiera precisar o corregir que
9 donde dice la palabra "unilateral" debe decir
10 "automática", como se desprende de la nota al
11 pie 106 que está en ese párrafo.

12 PRESIDENT: Thank you. Any other
13 correction?

14 SEÑOR MONTEZA: No, señor presidente, nada
15 más. Es todo.

16 PRESIDENT: Mr Nistal, you may proceed with
17 the direct examination, which is basically the
18 presentation.

19 MR NISTAL: Thank you, Mr President.

20 Doctor Monteza, entiendo que ha preparado
21 usted una presentación para esta audiencia. Por
22 favor, puede proseguir a realizar la

1 presentación.

2 SEÑOR MONTEZA: Gracias, señor Nistal.

3 Muy buenos días y buenas tardes, según sea
4 el caso, señor presidente, señores miembros del
5 Tribunal, representantes de las partes y todos
6 los asistentes. Mi nombre es Carlos Monteza,
7 soy experto en derecho administrativo peruano.
8 Tengo maestría en derecho por las universidades
9 de Rotterdam y Hamburgo. Soy profesor de
10 diversos cursos de derecho administrativo en la
11 Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en la
12 Universidad de Piura y en la Universidad
13 Científica del Sur.

14 Entre estos cursos he dictado régimen de
15 concesiones y promoción de la inversión privada
16 en la Universidad de San Marcos y derecho de la
17 energía en la Pontificia Universidad Católica
18 del Perú.

19 El detalle de mi experiencia y trayectoria
20 académica están a disposición del Tribunal como
21 anexo de mi primer informe.

22 Durante esta presentación expondré las

1 principales conclusiones de los dos informes
2 que elaboré como experto independiente para
3 este arbitraje, y me referiré también a algunos
4 asuntos importantes que han sido tratados por
5 los expertos de las demandantes en sus
6 presentaciones.

7 Mi presentación estará dividida en cinco
8 secciones.

9 En la primera explicaré que el Contrato RER
10 es un contrato administrativo, como ha sido
11 aceptado por los expertos de las demandantes.
12 Sin embargo, a diferencia de lo señalado por
13 ellos, yo explicaré que la principal
14 implicancia de esto es que el contenido
15 esencial del Contrato RER está predeterminado
16 por la normativa peruana, y ese contenido no es
17 disponible para las partes. Este contenido
18 viene dado fundamentalmente por la Ley RER y su
19 reglamento, que además son las normas
20 aplicables al Contrato RER por especialidad.

21 En las secciones segunda y tercera hablaré
22 sobre los riesgos asumidos por las partes según

1 lo previsto en las bases de la tercera subasta
2 y en el Contrato RER. Al someterse a este
3 régimen, Mamacocha asumió riesgos que incluyen
4 la imposibilidad legal de postergar la fecha de
5 POC real y la fecha de término del Contrato
6 RER. Por su parte, el Ministerio de Energía y
7 Minas, al que me referiré como MINEM, asumió el
8 riesgo de pagar el ingreso garantizado según la
9 tarifa de adjudicación propuesta por Mamacocha
10 sin importar las variaciones del precio del
11 mercado spot.

12 En la cuarta sección expondré que el MINEM
13 es la única entidad del Estado que asume
14 obligaciones en el Contrato RER.

15 Y, finalmente, en la quinta sección me
16 referiré a las deficiencias en las que incurrió
17 Mamacocha al tramitar la certificación
18 ambiental del proyecto. Estas deficiencias,
19 como se sabe hoy, motivaron una demanda de
20 amparo de un ciudadano que resultó en la
21 declaración de nulidad de la certificación
22 ambiental y de la concesión definitiva de

1 generación. Eso permite afirmar que Mamacocha
2 incumplió el Contrato RER porque no estuvo
3 habilitada a alcanzar la puesta en operación
4 comercial.

5 Voy a la primera sección. El Contrato RER es
6 un contrato administrativo de contenido
7 predeterminado por el ordenamiento jurídico. El
8 régimen RER crea un programa de fomento a la
9 generación eléctrica con energías renovables.
10 Este programa es ejecutado por el MINEM en
11 ejercicio de competencias administrativas
12 exclusivas a través del otorgamiento de
13 concesiones RER en procedimientos de subasta.

14 Como se aprecia en la diapositiva, el
15 artículo 1° de la Ley RER y los artículos 2° y
16 8° de su reglamento, el régimen RER está
17 integrado por estas dos normas. Así lo han
18 reconocido diversos tribunales arbitrales. Como
19 lo veremos más adelante, en la cuarta sección,
20 el Reglamento RER incluye la modificación
21 introducida por el decreto supremo 024 2013
22 MINEM, que hizo inmodificables la fecha de POC

1 real y la fecha de término del Contrato RER.

2 De la ley y el Reglamento RER surgen las
3 bases de las subastas y el contenido mismo del
4 Contrato RER. Como se puede observar en esta
5 diapositiva del artículo 1° del Reglamento RER,
6 el Contrato RER establece los compromisos y
7 condiciones para el suministro de energía y el
8 régimen tarifario de las centrales RER.

9 En consecuencia, señores miembros del
10 Tribunal, como lo han reconocido los tribunales
11 de los casos Santa Lorenza y EGE Colca, que
12 tienen un extracto en la diapositiva de este
13 último, el Contrato RER es un contrato
14 administrativo regido por el régimen RER. En
15 este contrato, el MINEM actúa en ejercicio de
16 competencias. Este contenido predeterminado no
17 es disponible para las partes, así que no puede
18 ser cambiado a través de un contrato. Si eso no
19 se reconoce, no se reconoce la naturaleza del
20 contrato administrativo del Contrato RER.

21 Como lo reconoce también el Laudo del caso
22 EGE Colca, que tienen en la pantalla, el

1 régimen RER es el marco legal aplicable al
2 Contrato RER por especialidad. En consecuencia,
3 en principio, su aplicación prima sobre la de
4 cualquier otra norma. La interpretación de la
5 experta de las demandantes según la cual toda
6 norma con rango de ley tendría prioridad sobre
7 la aplicación de una norma reglamentaria
8 especial es incorrecta. Por el criterio de
9 especialidad, un reglamento especial, como el
10 Reglamento RER, prima sobre una ley de carácter
11 general como el Código Civil.

12 Como lo ha reconocido también, entre otros,
13 el Tribunal del caso EGE Colca, el Contrato RER
14 no se rige por el derecho privado, porque eso
15 no permitiría que el MINEM ejerza las
16 competencias que le asigna el régimen RER. El
17 MINEM no es un privado, y aplicarle normas que
18 lo traten como tal también es desconocer la
19 naturaleza de contrato administrativo del
20 Contrato RER.

21 En la presentación pueden ver ustedes,
22 señores miembros del Tribunal, el artículo 9°

1 del Título Preliminar del Código Civil. En
2 virtud de esta norma es posible afirmar que al
3 Contrato RER solo le resultan aplicables otras
4 normas como el propio Código Civil en tanto sea
5 compatible con su naturaleza de contrato
6 administrativo y con los fines de interés
7 público que persigue el régimen RER.

8 La Ley del Procedimiento Administrativo
9 General, pese a que forma parte del derecho
10 administrativo, no es una norma aplicable al
11 Contrato RER, como lo pretenden las
12 demandantes, porque se trata de una norma
13 procedimental; no contractual. Eso se desprende
14 de su propio artículo 2° del Título Preliminar,
15 que tienen en pantalla. Esta ley regula la
16 relación entre la administración y los
17 administrados cuando no existe contrato. En
18 esos casos la relación entre ellos se da en el
19 marco de un procedimiento regulado por esta
20 ley, en el cual la administración actúa solo
21 conforme a la norma que le atribuyó competencia
22 en la materia, pero no como contraparte

1 contractual. Por el contrario, cuando existe un
2 contrato administrativo, que tiene contenido
3 predeterminado por las normas, como lo hemos
4 explicado, ese contrato es la ley entre las
5 partes, y eso es lo que se refleja en la
6 primera sección del Contrato RER.

7 Los principios fundamentales del derecho
8 administrativo, como el principio de legalidad,
9 por ejemplo, son aplicables a la actuación del
10 MINEM en el Contrato RER, pero eso no ocurre
11 porque dichos principios estén regulados en la
12 Ley del Procedimiento Administrativo General,
13 sino porque son esenciales a la naturaleza de
14 la administración. Y por eso están contenidos
15 en otras fuentes, como la Constitución,
16 especialmente. Por eso esta ley no aplica a la
17 relación entre las partes en el Contrato RER.

18 Como pueden ver en la pantalla, así lo
19 confirmó el Tribunal del caso EGE Colca.

20 Un claro ejemplo de esto, señores miembros
21 del Tribunal, son las solicitudes de
22 modificación al Contrato RER. Éstas son

1 actuaciones de parte en la relación contractual
 2 que se rige por el régimen RER. No son
 3 procedimientos administrativos regidos por la
 4 Ley del Procedimiento Administrativo General.
 5 Seguir la interpretación de la experta de las
 6 demandantes y sostener que se trata de
 7 procedimientos regidos por la Ley del
 8 Procedimiento Administrativo General no solo
 9 llevaría a afirmar que les resultan aplicables
 10 los plazos de respuesta de la administración,
 11 sino también que tales respuestas adquieren
 12 firmeza si no son impugnadas dentro del plazo
 13 perentorio de 15 días hábiles. Esto querría
 14 decir que asuntos controvertidos en este
 15 arbitraje ya estarían resueltos por actos
 16 administrativos firmes. Por ejemplo, si uno
 17 aceptase la posición de la experta de las
 18 demandantes, se tendría que concluir que el
 19 acto administrativo que aprobó la adenda 2 y
 20 rechazó la prórroga de la fecha de término del
 21 Contrato RER y la modificación de su condición
 22 resolutoria tendría carácter firme en este

1 momento.
 2 Paso a la segunda sección.
 3 Las demandantes se sometieron al régimen RER
 4 aceptando incondicionalmente los términos de la
 5 tercera subasta. En la sección 1.4 de las
 6 bases, que tienen ustedes en pantalla, las
 7 reglas son claras en asignar a Mamacocha los
 8 riesgos derivados de basar su oferta en sus
 9 propias investigaciones, mediciones, estudios,
 10 inspecciones, cálculos económicos y
 11 financieros. En general, conforme a las bases,
 12 "el postor asume los riesgos de su propio due
 13 diligence", textualmente señala el documento.
 14 Estos riesgos incluyen, entre otros, elegir la
 15 ubicación de la central, la capacidad, el punto
 16 de conexión al SEIN y las obras y el
 17 equipamiento a emplear; definir el presupuesto,
 18 la fuente de financiamiento y el contenido de
 19 su oferta económica; obtener el terreno para
 20 construir la central; obtener los permisos para
 21 dicha construcción y la concesión definitiva
 22 para la operación. Los permisos, según la

1 ubicación elegida por el postor, tienen o
 2 pueden depender de entidades del Estado que son
 3 autónomas.

4 En la cláusula 2.1.5 del Contrato RER,
 5 también en la pantalla, Mamacocha declara,
 6 además de la asunción de riesgos antes vista,
 7 que conoce el marco jurídico al que se somete,
 8 así como los usos y costumbres del mercado
 9 peruano. Esto indudablemente incluye que
 10 reconoce que no está contratando con un privado
 11 y que se está sometiendo al régimen jurídico
 12 administrativo, que es el único en el que puede
 13 actuar el MINEM.

14 En concordancia con eso, las cláusulas 3.2 y
 15 4.1 del Contrato RER, que también pueden ver en
 16 la presentación, asignan el riesgo de la
 17 obtención de los permisos, incluyendo la
 18 concesión definitiva de generación a Mamacocha.

19 Como lo han reconocido los tribunales de los
 20 casos EGE Colca y Electro Zaña, Mamacocha solo
 21 podría cumplir con la obligación principal de
 22 construir la central e inyectar energía al

1 sistema obteniendo los permisos respectivos,
 2 incluyendo la concesión definitiva, que es el
 3 título habilitante para generar electricidad.

4 Lo que asumió el MINEM fue la obligación de
 5 coadyuvar en la obtención de esos permisos.

6 Como pueden ver ustedes en pantalla, para que
 7 esta obligación sea exigible debían cumplirse
 8 tres condiciones estipuladas en la cláusula 4.3
 9 del Contrato RER. Esas condiciones son: que la
 10 autoridad competente no haya otorgado los
 11 permisos en el tiempo debido; que Mamacocha
 12 haya cumplido con los requisitos aplicables y
 13 que Mamacocha haya comunicado al MINEM la
 14 situación acreditando que había cumplido con
 15 los requisitos. Así, si Mamacocha no requirió
 16 oportuna y adecuadamente la colaboración del
 17 MINEM, esta obligación de coadyuvar no se
 18 activó.

19 Como se puede ver ahora en la siguiente
 20 diapositiva, esto también ha sido desarrollado
 21 por los tribunales de los casos Conhidro y
 22 Electro Zaña. Pueden leerlos ustedes en

1 pantalla. Esto es importante porque el experto
2 de las demandantes en derecho civil afirmó lo
3 contrario en esta audiencia.

4 La obligación de coadyuvar del MINEM no
5 puede entenderse como una renuncia de la
6 administración, cualquiera sea el órgano, a
7 iniciar procedimientos administrativos o
8 procesos judiciales que busquen la declaración
9 de nulidad de actos potencialmente viciados o
10 promover investigaciones penales ante indicios
11 de delitos cometidos en la gestión de los
12 permisos. Una renuncia de esa naturaleza sería
13 ilícita en virtud del principio de
14 irrenunciabilidad de la competencia
15 administrativa, que es fundamental en el
16 derecho administrativo. Incluso podría
17 configurar delito de omisión de funciones o de
18 actos funcionales tipificado en el artículo 377
19 del Código Penal peruano.

20 La experta de las demandantes reconoce esta
21 regla en el párrafo 191 de su informe, que
22 indica, cito: "Toda autoridad administrativa no

1 solo tiene el derecho, sino el deber de
2 accionar en el supuesto que existan vicios que
3 afecten la validez del acto administrativo".

4 Para concluir, señores miembros del
5 Tribunal, esta sección, debo señalar que esto
6 no quiere decir que el MINEM no haya asumido
7 riesgos en el Contrato RER, como se ha
8 mencionado previamente en esta audiencia. Por
9 el contrario, el MINEM asume uno de los riesgos
10 más importantes del contrato: pagar el ingreso
11 garantizado determinado a partir de la tarifa
12 de adjudicación propuesta por el concesionario,
13 sin importar las variaciones del precio spot en
14 el largo plazo del contrato.

15 Paso ahora a la tercera sección.

16 El régimen RER establece expresamente la
17 imposibilidad de postergar las fechas de POC
18 real y de término del contrato.

19 En aplicación del artículo 45 de la
20 Constitución peruana, el ejercicio del poder de
21 cualquier entidad estatal encuentra su límite
22 en el principio de legalidad. En virtud de este

1 principio, la administración solo puede hacer
2 lo que la ley le faculta y debe hacerlo para
3 satisfacer el interés público. Por su carácter
4 constitucional, la preeminencia del principio
5 de legalidad aplica a cualquier relación
6 jurídica de la administración, incluyendo, por
7 supuesto, los contratos administrativos. Por
8 eso la administración debe actuar siempre
9 conforme a ley y debe revisar sus actos cuando
10 haya vulnerado el ordenamiento jurídico.

11 Como lo han reconocido los casos de Santa
12 Lorenza, Electro Zaña, Conhidro y EGE Colca,
13 algunos de los cuales tienen en pantalla, el
14 régimen RER, y concretamente los numerales
15 1.13.B y 1.13.C del Reglamento RER y los
16 numerales 1.2.30 y 1.2.31 de las bases son
17 claros al establecer la imposibilidad absoluta
18 de postergar la fecha de POC real y la fecha de
19 término del Contrato RER. Estas normas forman
20 parte del contenido predeterminado del Contrato
21 RER. Como habíamos dicho, esa es la esencia de
22 que sea un contrato administrativo. Ni el MINEM

1 ni Mamacocha pueden ignorarlas o modificarlas
2 por contrato.

3 Tan es claro, señores miembros del Tribunal,
4 que conforme al régimen RER las fechas de POC
5 real y de término del Contrato RER son
6 inmodificables que en noviembre de 2018 se
7 publicó para comentarios un proyecto que
8 buscaba modificar el Reglamento RER. En la
9 pantalla tienen un extracto de las partes que
10 considero importantes de este proyecto. El
11 objetivo era precisamente hacer modificables
12 estas fechas. Luego de recibir comentarios, el
13 MINEM decidió no convertirlo en norma, de modo
14 que el régimen RER no varió.

15 En consecuencia, un pronunciamiento del
16 MINEM contrario al carácter inmodificable de
17 estas fechas es ilegal y no genera un
18 precedente válido, no inspira confianza
19 legítima ni marca en mi opinión el criterio de
20 la seguridad jurídica.

21 Como se puede apreciar en la diapositiva,
22 este también ha sido el criterio del Tribunal

1 en el caso Electro Zaña, que señala que el
 2 Estado no puede modificar contractualmente lo
 3 establecido por las normas. En consecuencia, de
 4 darse un pronunciamiento que contravenga el
 5 carácter inmodificable de estas fechas, lo
 6 único que sería conforme a la legalidad y a la
 7 seguridad jurídica y que puede generar una
 8 expectativa válida en los administrados es que
 9 la administración se aparte de este criterio y
 10 tome las medidas que correspondan para que
 11 queden sin efecto.

12 Por lo tanto, un postor que se sometió al
 13 régimen RER no puede alegar que desarrolló
 14 confianza legítima en un pronunciamiento del
 15 MINEM que era contrario a las normas aplicables
 16 como aquel que aprobó la extensión de la fecha
 17 máxima de la POC real en la segunda adenda.

18 Incluso si el principio de confianza
 19 legítima en los términos que han sido recogido
 20 en la Ley del Procedimiento Administrativo
 21 General fuese aplicable al Contrato RER ya he
 22 señalado que no lo es por el carácter

1 procedimental de esta ley ese principio no
 2 podría invocarse con fundamento en un acto
 3 contrario al ordenamiento jurídico y que, por
 4 lo tanto, está viciado de nulidad. En
 5 consecuencia, la modificación inicial de la
 6 fecha máxima de POC real no es un fundamento
 7 válido para alegar un derecho a que la
 8 administración emita nuevos actos contrarios al
 9 ordenamiento jurídico.

10 Para terminar esta sección, señores miembros
 11 del Tribunal, Mamacocha también sostiene que el
 12 proceso judicial iniciado por el Gobierno
 13 Regional de Arequipa solicitando la nulidad de
 14 las certificaciones ambientales y de la
 15 concesión definitiva de generación vulneró su
 16 confianza legítima en que los permisos fueron
 17 obtenidos conforme a ley. Este argumento no
 18 tiene relevancia contractual porque el Gobierno
 19 Regional de Arequipa no es parte en el Contrato
 20 RER, pero además esta afirmación no es
 21 jurídicamente correcta, pues, como sabemos hoy,
 22 los actos cuestionados eran nulos. En

1 consecuencia, el Gobierno Regional de Arequipa
 2 tenía la obligación de agotar los medios a su
 3 alcance para materializar esa nulidad.

4 Paso ahora a la cuarta sección: la parte en
 5 el Contrato RER es el MINEM.

6 El artículo 4° de la Ley RER que tienen en
 7 pantalla establece que el MINEM es la autoridad
 8 competente para promover los proyectos RER
 9 otorgando la concesión RER. Por eso el MINEM
 10 actúa como concedente en el Contrato RER.

11 Vemos en pantalla los párrafos
 12 introductorios y los numerales 1.4.34 y 1.4.35
 13 de dicho contrato.

14 De la misma forma, el Gobierno Regional de
 15 Arequipa es el ente competente para otorgar la
 16 certificación ambiental. Por la autonomía que
 17 la Constitución les confiere, el MINEM no puede
 18 interferir en el ejercicio de las competencias
 19 del Gobierno Regional de Arequipa, y viceversa,
 20 así como en el de otras entidades autónomas del
 21 Estado, asunto que ha sido materia de amplia
 22 discusión en esta audiencia.

1 Pues bien, en el párrafo 49 de su informe la
 2 experta de las demandantes -- de su primer
 3 informe, la experta de las demandantes sostiene
 4 que todas y cada una de las entidades que
 5 componen el Estado están obligadas por el
 6 Contrato RER. Como sustento recurre a la
 7 condición de unitario que tiene el Estado
 8 conforme a la Constitución.

9 El artículo 43 de la Constitución, que
 10 tienen ustedes en pantalla, establece en efecto
 11 que el Estado es uno e indivisible y que su
 12 gobierno es unitario. Y ahí parece detenerse el
 13 análisis de las demandantes. Sin embargo, ese
 14 mismo artículo también señala que el Estado es
 15 descentralizado y que se organiza según el
 16 principio de separación de poderes. Por eso, el
 17 artículo 189 de la Constitución establece que
 18 el gobierno se constituye y organiza en tres
 19 niveles. Y, finalmente, los artículos 191 y 194
 20 establecen que los gobiernos regionales y las
 21 municipalidades tienen autonomía política,
 22 económica y administrativa en los asuntos de su

1 proyectos separados. Esta división, señores
 2 miembros del Tribunal, no es razonable, porque
 3 contraviene el principio de indivisibilidad
 4 contemplado en la Ley del Sistema Nacional de
 5 Evaluación de Impacto Ambiental. Según este
 6 principio, la evaluación del impacto ambiental
 7 debe ser integral, es decir, la evaluación debe
 8 incluir todos los componentes de un proyecto
 9 para asegurar la adecuada identificación de los
 10 posibles impactos acumulativos y las medidas
 11 que correspondan para esos impactos.

12 Esta contravención fue advertida por el
 13 ciudadano Pablo Begazo, quien interpuso una
 14 demanda de amparo el 13 de septiembre del 2016,
 15 es decir, antes del proceso judicial iniciado
 16 por el Gobierno Regional de Arequipa. El señor
 17 Begazo alegó que la certificación ambiental del
 18 proyecto Mamacocha y el otorgamiento de la
 19 concesión definitiva vulneraban sus derechos
 20 fundamentales al debido proceso y a gozar de un
 21 medioambiente equilibrado.

22 Esta demanda fue declarada fundada y

1 confirmada en segunda instancia y, por lo
 2 tanto, constituye hoy cosa juzgada.

3 Los principales fundamentos de la sentencia
 4 son -los pueden ver en pantalla-: que Mamacocha
 5 separó injustificadamente los componentes del
 6 proyecto, lo que impidió la adecuada
 7 consideración de potenciales efectos
 8 ambientales negativos acumulativos; que la
 9 reclasificación del proyecto hacia uno de menor
 10 exigencia no estuvo debidamente sustentada; y
 11 que existen dudas razonables de que se haya
 12 cumplido el debido procedimiento en la
 13 clasificación y certificación ambiental del
 14 proyecto.

15 Esta sentencia, señores miembros del
 16 Tribunal, es muy importante porque declara
 17 nulos los actos administrativos que
 18 clasificaron ambientalmente el proyecto y los
 19 actos administrativos emitidos como
 20 consecuencia de ellos, incluyendo la concesión
 21 definitiva de generación.

22 De acuerdo al artículo 1° de nuestro Código

1 Procesal Constitucional, el proceso de amparo
 2 protege los derechos constitucionales
 3 reponiendo las cosas al estado anterior a su
 4 vulneración o amenaza de vulneración. Por ende,
 5 los efectos de esta sentencia se retrotraen al
 6 momento de la vulneración que, en este caso,
 7 como lo ha explicado la Corte, se produjo con
 8 la irregular reclasificación del proyecto a
 9 finales del año 2013. En consecuencia, a
 10 efectos legales, todo lo posterior no existió.

11 Este resultado también es producto del
 12 régimen de nulidad de los actos administrativos
 13 previsto en el artículo 12 de la Ley del
 14 Procedimiento Administrativo. Como pueden ver
 15 en pantalla, así lo reconoce la propia experta
 16 de las demandantes en el párrafo 183 de su
 17 primer informe, que pueden ver en la
 18 diapositiva, y les doy un momento para leerlo:
 19 "El acto administrativo declarado nulo
 20 retrotrae sus efectos jurídicos al momento en
 21 que se produjo la nulidad, esto es, al momento
 22 de su emisión." Desaparece de la vida jurídica

1 como si nunca hubiese existido.

2 Como consecuencia de la eficacia retroactiva
 3 de estas nulidades es posible afirmar entonces
 4 que Mamacocha no cumplió con los requisitos
 5 para la certificación ambiental, no cumplió con
 6 su obligación contractual establecida en la
 7 cláusula 3.2 del Contrato RER, pues no obtuvo
 8 la concesión definitiva. En consecuencia,
 9 Mamacocha no llegó a materializar su derecho de
 10 obtener los beneficios del Contrato RER.

11 Finalmente, para terminar mi presentación,
 12 señores miembros del Tribunal, quisiera
 13 referirme a dos asuntos que se han tratado en
 14 esta audiencia y que considero relevantes para
 15 el análisis de la sentencia de amparo desde el
 16 punto de vista del derecho público: primero,
 17 los alcances del principio de indivisibilidad
 18 en materia ambiental y, segundo, la aplicación
 19 del principio de previsión de consecuencias que
 20 se hace en la sentencia.

21 Sobre lo primero, el principio de
 22 indivisibilidad busca garantizar que los

1 posibles impactos acumulativos, es decir, los
 2 impactos que surgen de la sinergia de dos o más
 3 componentes de un proyecto, sean debidamente
 4 advertidos y analizados. Por tanto, no es
 5 jurídicamente posible utilizar este principio
 6 para lograr exactamente lo contrario, esto es,
 7 que los impactos acumulativos no sean
 8 analizados.

9 Las demandantes han sostenido que sí era
 10 válido separar la central de generación de la
 11 línea de transmisión para la certificación
 12 ambiental porque la línea de transmisión no
 13 serviría solo a la central. Eso no solo es
 14 contrario al principio de indivisibilidad, sino
 15 que no tiene sustento en la realidad y en los
 16 documentos, porque conforme a la propia
 17 concesión de transmisión, la línea fue
 18 concebida para servir a la central.

19 Sobre lo segundo, para el momento en que la
 20 Corte analiza las posibles consecuencias de su
 21 sentencia, en la sección 3.7, ya determinó que
 22 se vulneraron derechos constitucionales y que

1 la clasificación y la certificación ambiental
 2 del proyecto eran nulos. Lo que hace en esta
 3 sección 3.7 es definir si existían
 4 consecuencias accesorias por determinar, y
 5 concluye que no. Ese es un análisis que no se
 6 realiza.

7 Además, la Corte analiza si la declaración
 8 de nulidad solicitada por el demandante tendría
 9 como efecto volver las cosas al estado anterior
 10 a la vulneración de los derechos
 11 constitucionales, porque esa es la finalidad
 12 del proceso. Y concluye que sí, porque no
 13 existe en el expediente prueba alguna de la
 14 inejecución del proyecto, por eso emite el
 15 fallo. Es decir, la Corte analiza si sigue
 16 siendo necesario proteger el derecho vulnerado.

17 La siguiente, por favor.

18 Como pueden ver en la pantalla, la Corte
 19 observa que no se ha acompañado al proceso
 20 ningún medio probatorio que determine
 21 formalmente la inejecución del proyecto. Eso es
 22 lo que no se acompaña en el expediente. Y sobre

1 esa base concluye que la demanda debe ser
 2 declarada fundada para proteger el derecho
 3 volviendo las cosas al estado anterior.

4 Es decir, nada en esta sentencia puede
 5 llevar a sostener que, de haberse ejecutado el
 6 proyecto, el fallo habría sido distinto. En
 7 todo caso, la sección 3.7.5 de la sentencia, en
 8 mi opinión, sugiere precisamente lo contrario.

9 Con eso concluyo, señor presidente. Muchas
 10 gracias.

11 PRESIDENT: Thank you, Dr Monteza. You will
 12 now be asked questions in cross-examination.
 13 Mr Molina, you will be conducting the cross-
 14 examination?

15 SEÑOR MOLINA: Sí, señor presidente. Buenos
 16 días.

17 PRESIDENT: Please proceed.

18 SEÑOR MOLINA: Buenos días, doctor Monteza.
 19 Me llamo Marco Molina, yo soy un abogado para
 20 las partes demandantes en este caso. Y antes de
 21 empezar voy a pedirle a usted que espere a que
 22 termine mi pregunta antes de responder. ¿Está

1 bien?

2 SEÑOR MONTEZA: Buenos días, señor Molina.
 3 Por supuesto.

4 P: Doctor Monteza, usted ha concluido en sus
 5 informes que la administración, y estas son tus
 6 palabras: "se debe orientar en todo sentido a
 7 garantizar y satisfacer el interés público".
 8 ¿Verdad?

9 R: Correcto.

10 P: Entonces, si hay un interés público
 11 aplicable a los proyectos RER, la
 12 administración se debería orientar en todo
 13 sentido a garantizar y satisfacer ese interés.
 14 ¿Verdad?

15 R: Así es. Correcto.

16 P: ¿Usted conoce la Ley RER? ¿Sí?

17 R: Sí.

18 P: El objeto de la Ley RER es promover
 19 proyectos de energías renovables. ¿Verdad?

20 R: Así es.

21 P: Porque esos proyectos mejoran la calidad
 22 de vida de la población. ¿Verdad?

1 R: Así es.

2 P: Y porque esos proyectos también protegen
3 el medio ambiente. ¿Verdad?

4 R: Así es.

5 P: Y justo por estos beneficios la Ley RER
6 declara...

7 PRESIDENT: Mr Molina.

8 SEÑOR MOLINA: Sí, señor presidente.

9 PRESIDENT: You kindly invited the expert
10 at the beginning to wait a couple of seconds
11 between the question and the answer. Could you
12 do the same, please? I understand, of course,
13 the excitement, but please try to observe.

14 SEÑOR MOLINA: Gracias señor presidente.

15 Señor Monteza, como usted seguramente ha
16 visto, en este caso tenemos una regla de tres
17 segundos, entonces deberíamos -- o de contar a
18 tres, perdón. Deberíamos de contar a tres antes
19 de responder o antes de que yo siga con mi
20 pregunta.

21 SEÑOR MONTEZA: De acuerdo.

22 P: Ya. Y como estábamos hablando, doctor

1 Monteza, justo por los beneficios lo cual
2 acabamos de discutir, la Ley RER declara que es
3 de interés nacional y necesidad pública el
4 desarrollo de nueva generación eléctrica
5 mediante el uso de RER. ¿Verdad?

6 R: Así es.

7 P: De hecho, la Ley RER dice que es
8 necesario eliminar cualquier barrera u
9 obstáculo para el desarrollo de esos proyectos.
10 ¿Verdad?

11 R: Mhm mhm. Perdón, correcto.

12 P: La Ley RER dice que es de interés
13 público, la palabra en la Ley RER: "Crear un
14 marco legal que fomentará inversiones en estos
15 proyectos con incentivos y modificará las
16 normas vigentes que no lograban incentivar
17 inversiones en esos proyectos". ¿Verdad?

18 R: Correcto.

19 P: Y en sus informes, doctor Monteza, usted
20 acepta que este interés público le corresponde
21 al régimen RER. ¿Sí?

22 R: Es correcto, eso es parte del interés

1 público que persigue el régimen RER.

2 P: Y en sus informes usted opina que también
3 existe otro interés público que usted dice que
4 es importante para el régimen RER. ¿Verdad?

5 R: Así es.

6 P: Usted lo describe como el interés general
7 de proteger usuarios de electricidad. ¿Verdad?

8 R: La necesidad de ponderar también el
9 interés de los usuarios que pagan la prima RER.
10 Así es.

11 P: Usted opina que, como los usuarios son
12 quienes pagarían la prima contemplada en los
13 contratos RER, la administración tiene que
14 interpretar el régimen RER de una manera que
15 garantizaría que esos pagos no aumentarían
16 significativamente. ¿Verdad?

17 R: Que no aumentarían injustificadamente.

18 P: Usted dice que este interés es un
19 elemento determinante -sus palabras- para
20 entender e interpretar las reglas previstas en
21 los contratos RER. ¿Verdad?

22 R: Es correcto.

1 P: Pero aunque usted dice que es un interés
2 determinante en el régimen RER, ese interés no
3 se encuentra en el texto de la Ley RER. ¿Es
4 verdad?

5 R: Yo creo que sí está en la Ley RER, porque
6 la Ley RER establece que uno de los objetivos
7 es mejorar la calidad de vida de la población.
8 Además, es connatural a la existencia del
9 Estado la protección del interés de la Nación.
10 Por eso considero que la promoción del régimen
11 RER no puede darse a cualquier costo.

12 P: Doctor Monteza, yo entiendo su
13 interpretación de la Ley RER y del régimen RER.
14 Mi pregunta es más específica: ¿en el texto de
15 la Ley RER se encuentra este interés
16 expresamente escrito, el interés que usted dice
17 que es de proteger a los usuarios?

18 R: Sí, en mi opinión eso está implícito en
19 la necesidad de mejorar la calidad de vida de
20 la población.

21 P: Entonces está implícito.

22 R: Así es.

1 P: Como ya confirmamos hace unos minutos, la
2 Ley RER habla del interés público de promover
3 proyectos RER a través de un marco legal que
4 crea incentivos para inversionistas. ¿Verdad?

5 R: Verdad, correcto.

6 P: Y la Ley RER sí habla de los beneficios
7 de estos proyectos. ¿Verdad?

8 R: No recuerdo si la ley hace una lista de
9 beneficios.

10 (Pausa.)

11 INTERPRETER: Mr. President, I am sorry. I
12 think there is not a pause with the speakers.
13 If we can get please that pause. We are having
14 too quick questions and answers.

15 PRESIDENT: Mr Molina, may I propose,
16 instead of 3 seconds, 5 seconds?

17 SEÑOR MOLINA: Sí, señor Presidente.

18 PRESIDENT: OK. Try. It will be much
19 appreciated.

20 SEÑOR MOLINA: ... Como estábamos hablando,
21 doctor Monteza, usted confirmó hace unos
22 minutos que la Ley RER sí habla del interés

1 público de promover los proyectos RER. ¿Sí?

2 SEÑOR MONTEZA: Correcto.

3 P: Y ese interés público está escrito
4 expresamente en el texto de la Ley RER.
5 ¿Verdad?

6 R: No -- no entiendo su pregunta. Si gusta,
7 podemos revisar el texto de la ley. No entiendo
8 si se refiere a un texto que usted está
9 mencionando como si está recogido expresamente.
10 Preferiría revisar el texto de la ley.

11 P: Con gusto.

12 Por favor, Tom, ¿podemos poner la Ley RER en
13 la pantalla? Es anexo C-0007, por favor.

14 Doctor Monteza, usted reconoce este
15 documento, ¿verdad?

16 R: Así es.

17 P: ¿Es la Ley RER?

18 R: Sí.

19 P: Y si ve en el tercer párrafo de este
20 preámbulo -si podemos ampliarlo, por favor,
21 Tom-, ¿sí puede ver, doctor Monteza, que este
22 párrafo habla del interés público de dar un

1 marco legal en el cual se desarrollen las
2 energías renovables?

3 R: Sí, lo veo.

4 P: Este interés público no está -- no es
5 implícito en esta ley. ¿Verdad?

6 R: Ese texto es la exposición de motivos de
7 la ley, no el contenido de la ley, y analizarlo
8 requeriría, en mi opinión, recurrir también a -
9 - bueno, es la parte considerativa, ni siquiera
10 es la exposición de motivos. Analizarlo
11 requeriría también, por ejemplo, recurrir a la
12 exposición de motivos.

13 P: Ahí vamos, doctor Monteza, pero primero
14 mejor vamos al artículo 2 de este documento,
15 por favor. Este artículo sí es parte de la Ley
16 RER. ¿Verdad?

17 R: Correcto.

18 P: Y ves que aquí, expresamente, está
19 escrito que es un interés nacional y que es de
20 necesidad pública el desarrollo de nueva
21 generación eléctrica mediante el uso de RER.
22 ¿Verdad?

1 R: Así es.

2 P: Ahora en sus informes, específicamente en
3 el párrafo 44 de su segundo informe, usted sí
4 reconoce que el interés de proteger a los
5 usuarios no está incluido en la Ley RER, pero
6 usted mantiene que este interés es determinante
7 porque está incluido en la exposición de
8 motivos de la Ley RER. ¿Verdad?

9 R: En el párrafo 44 de mi segundo informe,
10 ¿correcto? Dice: "Para controlar el monto que
11 los usuarios pagan por concepto de prima RER,
12 la norma establece que se sujeta a un tope y a
13 un incremento controlado y gradual". Eso dice
14 mi párrafo 44.

15 P: ¿Por qué no ponemos el párrafo 44 en la
16 pantalla? Es del segundo informe del doctor
17 Monteza.

18 El texto que está citando viene de la
19 exposición de motivos de la Ley RER. ¿Verdad?

20 R: Así es.

21 P: Y como usted mismo ha escrito en este
22 párrafo de su informe, la exposición de motivos

1 de la Ley RER contempla que la prima
2 garantizada por este régimen podrá resultar en
3 un aumento a la tarifa eléctrica que pagan los
4 usuarios. ¿Verdad?

5 R: Es correcto.

6 P: Pero luego este documento dice que
7 precisamente por esa posibilidad se estableció
8 un tope a la oferta de electricidad de estos
9 proyectos. ¿Verdad?

10 R: Es correcto.

11 P: El tope es de 5 por ciento. ¿Verdad?

12 R: Así es.

13 P: Y como está escrito aquí en este párrafo
14 que usted cita, el fin de ese tope de 5 por
15 ciento es que este incremento de tarifa sea
16 controlado y gradual. ¿Verdad?

17 R: El 5 por ciento es uno de los mecanismos
18 que está destinado a que el potencial
19 incremento derivado de las tarifas, derivado de
20 fomentar la generación RER, no resulte en un
21 incremento descontrolado e injustificado. Ese
22 es el fin, pero ese no es el único mecanismo

1 para eso.

2 P: Mi pregunta no fue, doctor Monteza, con
3 todo respeto, cuál -- si era un único fin; mi
4 pregunta simplemente es si en este párrafo dice
5 que ese es el fin del tope del 5 por ciento.
6 ¿Verdad?

7 R: Así eso. Eso dice el párrafo. Correcto.

8 P: Y la exposición de motivos dice que si se
9 tiene que pagar una prima a estos proyectos, el
10 aumento a las tarifas que pagan los usuarios
11 sería pequeño. ¿Verdad?

12 R: Debiera ser pequeño.

13 P: De hecho, la exposición de motivos dice
14 que con el tope de 5 por ciento se limita el
15 incremento de las tarifas eléctricas a menos
16 del 1 por ciento de la tarifa a usuario final.
17 ¿Verdad?

18 R: Mhm mhm, es correcto.

19 P: En los años 2009 y 2011 hubo dos subastas
20 donde se adjudicaron contratos RER. ¿Verdad?

21 R: Correcto.

22 P: Y usted está de acuerdo que estos

1 contratos RER contienen ciertos de los
2 incentivos que la Ley RER exige. ¿Verdad?

3 R: Correcto.

4 P: Y que esos contratos RER eran necesarios
5 para asegurar que haya inversiones en esos
6 proyectos. ¿Verdad?

7 R: Los contratos -- lo que es necesario para
8 fomentar las inversiones es el régimen RER. Los
9 contratos lo que hacen es materializan un
10 proyecto.

11 P: Bajo el régimen RER. ¿Verdad?

12 R: Bajo el régimen RER.

13 P: Y hubo retrasos en muchos de los
14 proyectos que salieron de esas dos subastas.
15 ¿Verdad?

16 R: Hubo retrasos, correcto.

17 P: Y usted menciona esos retrasos en su
18 primer informe. ¿Verdad?

19 R: Así es.

20 P: Entonces, usted entiende que los retrasos
21 eran atribuibles principalmente a falta de
22 diligencia de parte de los concesionarios y a

1 eventos de fuerza mayor. ¿Verdad?

2 R: Correcto.

3 P: Y usted entiende que el MINEM intentó
4 desincentivar esos retrasos para futuros
5 proyectos a través de las modificaciones al
6 Reglamento RER que fueron implementadas en
7 julio de 2013. ¿Verdad?

8 R: El MINEM busca desincentivar esos
9 retrasos y controlar el efecto que eso tenía en
10 los resultados del régimen de fomento.

11 P: Y estas modificaciones incluyeron la
12 regla que la fecha de término del Contrato RER
13 no es modificable por ninguna causa. ¿Verdad?

14 R: Correcto.

15 P: Y esta es la regla que fue implementada
16 en cláusula 1.4.22 del Contrato RER. ¿Verdad?

17 R: Debe ser. No recuerdo exactamente el
18 número. Si desea hacerme una pregunta al
19 respecto, lo podemos revisar.

20 P: Y las modificaciones también
21 implementaron un plazo de holgura en el cual el
22 concesionario tiene dos años para llegar a la

1 POC. ¿Verdad?

2 R: Correcto.

3 P: Y una de las ventajas de este plazo de
4 holgura es que si el concesionario sufre una
5 demora imputable a él, o a un evento de fuerza
6 mayor, como había pasado en los proyectos
7 anteriores, el concesionario sabía que podía
8 extender su fecha POC hasta dos años sin
9 objeción del MINEM. ¿Verdad?

10 R: Estaba previsto que la fecha de la POC
11 podía ocurrir hasta en ese plazo de dos años,
12 con la consecuente reducción del plazo.

13 P: Porque antes de estas modificaciones los
14 concesionarios no estaban seguros de si podían
15 obtener prórrogas a base de esos retrasos.
16 ¿Verdad?

17 R: Antes -- no, no sabría decirle qué
18 pensaban los concesionarios, pero antes había
19 habido prórrogas vinculadas a ese tipo de
20 causales.

21 P: Entonces usted está de acuerdo que el
22 cambio reglamentario ayudó a eliminar las

1 incertidumbres de -- relacionadas a la
2 extensión de la fecha POC. ¿Sí?

3 R: Estableció con claridad la imposibilidad
4 de extenderlas después de ese plazo.

5 P: Pero también estableció que se podía
6 mover durante ese plazo de holgura de dos años.
7 ¿Verdad?

8 R: Así es. Es en mi opinión una medida para
9 el contrapeso.

10 P: Y otra vez, solo para estar claros, ese
11 plazo de holgura no existía antes de las
12 modificaciones de julio de 2013. ¿Verdad?

13 R: No establecido de esa manera. No había un
14 plazo establecido para que la POC se modifique
15 de esa manera.

16 P: Y las modificaciones también
17 implementaron la regla de que si el proyecto no
18 llega a POC durante ese plazo de dos años, el
19 contrato quedará automáticamente resuelto y se
20 ejecutará la garantía de fiel cumplimiento.
21 ¿Verdad?

22 R: Eso dice la norma.

1 P: Y esta es la regla que luego fue
2 implementada en la cláusula 8.4 de los
3 contratos RER. ¿Verdad?

4 R: Sí, correcto.

5 P: En sus informes, doctor Monteza, usted
6 opina que estas modificaciones al Reglamento
7 RER confirman que son inamovibles la fecha
8 máxima POC y la fecha de término. ¿Verdad?

9 R: Así es.

10 P: Específicamente -- perdón -- usted toma
11 la posición que estas fechas no se pueden
12 extender incluso cuando el motivo de retraso en
13 la ejecución del proyecto se debe a causas
14 imputables a entidades gubernamentales.
15 ¿Verdad?

16 R: Así es.

17 P: Y no importa si el motivo del retraso es
18 porque las entidades gubernamentales actuaron
19 de mala fe. ¿Verdad?

20 R: La norma no se pone en ese supuesto. La
21 norma es muy clara en señalar que es
22 inmodificable.

1 P: No creo que me ha dado la respuesta a la
2 pregunta; entonces, le voy a preguntar otra
3 vez: ¿importa en su opinión si los retrasos a
4 los proyectos resultaron porque las entidades
5 gubernamentales actuaron de mala fe? ¿Sí o no?

6 R: En mi opinión, señor Molina, ese es un
7 supuesto que no creo que se pueda dar. Creo en
8 todo caso que existe una serie de medidas
9 durante ese plazo de dos años que harían que
10 eso no ocurra. Creo, si me permite, que todo
11 este análisis parte de no entender cómo
12 funciona la administración pública y no
13 entender que el MINEM o cualquier otra entidad
14 pública no es un privado, y que, siendo -- no
15 siendo un privado, uno no puede o no debe o
16 existen muchos mecanismos para poner en
17 evidencia ser víctima de la mala fe de la
18 administración.

19 P: Entonces, en su opinión, es posible que
20 una entidad gubernamental actúe de mala fe. ¿Sí
21 o no?

22 R: Es posible que una entidad gubernamental

1 actúe de mala fe. Sí, claro que es posible. Que
2 algún funcionario actúe de mala fe, eso es
3 posible. Pero se tienen que analizar los
4 mecanismos de actuación de la administración y
5 los medios a disposición del concesionario
6 precisamente en un contexto en el que se ha
7 establecido una regla de dos años con esta
8 consecuencia.

9 P: Solamente quiero el sí o no, por favor,
10 doctor Monteza, para no estar aquí todo el día.

11 Entonces, como ya sabemos que sí es posible
12 que un funcionario pueda actuar de mala fe,
13 también usted está de acuerdo que es posible
14 que por esa actuación de mala fe puede resultar
15 en un retraso a un Proyecto RER. ¿Verdad?

16 R: No creo que eso sea posible, en el marco
17 de las normas establecidas para los proyectos
18 RER. No creo que eso sea posible y generar un
19 retraso de dos años. No lo creo.

20 P: Pues vamos a suponer hipotéticamente,
21 solo para tener un ejemplo concreto, que el
22 MINEM recibe una aplicación de un concesionario

1 RER para la concesión definitiva de generación.
2 Y vamos a suponer que esa aplicación cumple con
3 todos los requisitos, pero el MINEM simplemente
4 no responde, o sea, no la rechaza y no la
5 aprueba por dos años. Y vamos a suponer que, a
6 causa de eso, el proyecto nunca llegó a POC a
7 tiempo. En su opinión ese retraso no sería una
8 -- no resultaría en una extensión de la fecha
9 POC del proyecto. ¿Verdad?

10 R: Lo que pasa, señor Molina, es que me
11 parece que es relevante para efectos de su
12 pregunta no solamente señalar que durante esos
13 dos años no se ha recibido respuesta, sino que
14 además durante esos dos años el solicitante no
15 ha hecho nada más para obtener esa respuesta.
16 Las demoras de la administración son una
17 posibilidad no solamente en el Perú. Por eso el
18 derecho administrativo contiene una serie de
19 mecanismos, entre otros el silencio de la
20 administración, para evitar que cosas como esas
21 ocurran.

22 Entonces, si vamos a analizar ese supuesto,

1 para darle una respuesta yo tendríamos que
2 analizar con relevancia la actitud del
3 administrado para efectos de determinar si ha
4 habido una frustración o una responsabilidad en
5 la suerte del proyecto. Eso es algo que no se
6 puede evitar. Si se evita, no estamos siendo
7 conscientes de a quién tenemos al frente en
8 este contrato.

9 P: No creo que lo entendí a usted, entonces
10 déjame ver si puedo aclarar unas cosas.

11 Entonces lo que usted me acaba de decir es
12 que en su opinión no es suficiente que el
13 administrado cumpla con los requisitos bajo las
14 leyes aplicables, sino tiene que hacer más.
15 ¿Esa es su respuesta?

16 R: ¿No es suficiente como para qué, señor
17 Molina?

18 P: Para obtener la concesión definitiva. Mi
19 hipotético es muy específico: que si un
20 administrado...

21 R: Una...

22 P: Perdón, déjame, por favor. Déjame, para

1 tener el récord claro.

2 R: Por supuesto.

3 P: Voy a empezar otra vez. Un administrado
4 en mi hipotético busca su concesión definitiva
5 de generación. Usted está de acuerdo que esa
6 concesión definitiva es necesaria para llegar a
7 POC. ¿Verdad?

8 R: Así es.

9 P: Un concesionario RER no puede operar una
10 central, por ejemplo, sin esa concesión.
11 ¿Verdad?

12 R: Así es.

13 P: Y en el derecho peruano existen
14 requisitos y leyes que rigen el procedimiento
15 que el concesionario tiene que seguir para
16 obtener esa concesión definitiva. ¿Verdad?

17 R: Así es.

18 P: Y en mi hipotético, doctor Monteza, yo
19 estoy suponiendo que este concesionario RER
20 cumplió con todos esos requisitos en una manera
21 diligente, y en mi hipotético yo estoy diciendo
22 que el MINEM simplemente no -- nunca respondió,

1 nunca dio una resolución, y eso duró por dos
2 años. Mi pregunta es: en ese caso usted dice
3 que el concesionario tuvo que hacer más de lo
4 que hizo en este hipotético. ¿Es esa su
5 respuesta?

6 R: Lo que pasa, señor Molina, es que depende
7 de a qué se esté refiriendo usted. Si la
8 pregunta en su hipotético es: ¿tiene el
9 concesionario algo que hacer adicionalmente
10 para obtener su concesión?, yo le puedo
11 responder que no, pero tendríamos que llevarlo
12 a este caso, que es sobre el cual yo he emitido
13 mi opinión, y habría que complementar ese
14 análisis con la categoría contractual.

15 Se ha señalado acá mucho el plazo de la
16 administración establecido en la ley y, por lo
17 tanto, se tienen que analizar otros supuestos
18 también. Pero además, y con esto termino, si su
19 pregunta es para efectos de responsabilidad, yo
20 considero que sí se tiene que hacer algo más.
21 La concesionaria se sometió a las leyes
22 peruanas, declaró que conocía el mercado

1 peruano y en el contrato se hizo acreedora de
2 una obligación del MINEM de coadyuvar en un
3 supuesto así, porque era previsible un supuesto
4 así, como lo es en el Perú y en muchos otros
5 países.

6 Entonces, su caso, señor Molina, con el
7 mayor respeto, no es solo hipotético: es irreal
8 o ideal.

9 PRESIDENT: Mr. Molina, may I ask a question
10 at this point? Dr Monteza, assuming that the
11 termination date cannot be moved, cannot be
12 extended, assumption 1.

13 Assumption 2 is, assume that the delay is
14 due to bad faith of the administration. It may
15 well be that the effect is that the date of
16 termination causes the contract to lapse, to
17 expire or to resolve, but does the other party
18 to the contract still have some cause of action
19 against the State in terms of reparation of
20 damages because of bad faith acting by the
21 State?

22 SEÑOR MONTEZA: Gracias, señor presidente.

1 La Ley del Procedimiento Administrativo
2 General, que es la norma que aplica a la
3 tramitación de los permisos, establece
4 disposiciones de responsabilidad de la
5 administración que tienen que determinarse en
6 su vía aplicando los estándares pertinentes en
7 un proceso en el que habrá de verificarse esta
8 mala fe y, de haberla, la administración
9 otorgante o que debió otorgar el permiso puede
10 ser hallada responsable.

11 Sí, señor presidente, eso está previsto en
12 la ley.

13 PRESIDENT: Thank you. Mr Molina, please
14 proceed.

15 SEÑOR MOLINA: Señor Monteza, regresando a
16 nuestro hipotético -- sé que usted prefiere no
17 hablar de -- o no responder preguntas de mi
18 hipotético, pero le pido por favor que solo
19 para entender el alcance de sus opiniones para
20 mí es importante saber en este hipotético qué
21 es lo que usted piensa como experto qué debería
22 (hacer) el concesionario.

1 MR NISTAL: Sorry, I must intervene here.
2 The expert has been asked the same question
3 four times, he has already answered multiple
4 times, so I don't think it's fair to continue
5 pushing and forcing the witness to give an
6 answer -- the expert, sorry, to give an answer
7 that he simply does not consider appropriate.

8 PRESIDENT: Basically the objection is asked
9 and answered? Sustained.

10 Please, Mr Molina, move to the next subject
11 of your cross-examination.

12 SEÑOR MOLINA: Doctor Monteza, en su informe,
13 su primer informe, en el párrafo 52 -- Tom,
14 ¿puedes poner el párrafo 52 del primer informe
15 del doctor Monteza?

16 Aquí, doctor Monteza, usted está hablando
17 del decreto supremo número 024 2013. ¿Verdad?

18 SEÑOR MONTEZA: Correcto.

19 P: Y este es el decreto supremo que el MINEM
20 promulgó en julio de 2013 para modificar el
21 Reglamento RER. ¿Verdad?

22 R: Correcto.

1 P: Y como usted dice aquí, en su opinión
2 este decreto supremo marcó un antes y un
3 después en el régimen RER que es relevante para
4 interpretar el Contrato RER. ¿Verdad?

5 R: Eso digo.

6 P: En su opinión, después de estas
7 modificaciones, los privados encargados de
8 avanzar esos proyectos -en este caso los
9 inversionistas y concesionarios- asumieron
10 todos los riesgos bajo los proyectos RER.
11 ¿Verdad?

12 R: No. Como lo he explicado en mi
13 presentación, hay riesgos asumidos por el
14 concesionario, lo que no quiere decir que
15 asumió todos los riesgos del proyecto. No se
16 puede pasar por alto que el riesgo de la
17 fluctuación del precio spot ha sido asumido por
18 el MINEM.

19 P: Déjeme concretar. Es la opinión de usted
20 que después de este reglamento --este cambio de
21 reglamento los concesionarios RER asumieron
22 todos los riesgos relacionados al (avance) de

1 los proyectos. ¿Verdad?

2 R: Relacionados con poder poner su proyecto
3 en operación comercial en el plazo previsto.

4 P: Perfecto. Y, entonces, en su opinión este
5 cambio fue efectivamente de un día para el
6 otro, cuando entró en vigor el Reglamento RER -
7 - el reglamento, en julio de 2013. ¿Verdad?

8 R: No he dicho de un día para el otro y no
9 sé qué contenido le da usted a esa expresión.
10 En mi opinión había una problemática
11 ampliamente analizada por OSINERGMIN, con
12 impactos económicos en la tarifa, con cálculos
13 de significativamente mayores primas, y lo que
14 hace el Ministerio es darle una solución a esa
15 problemática. El cambio, como todo cambio
16 normativo, se produce desde el día en que la
17 norma entra en vigor. Preferiría no utilizar,
18 por lo menos no lo he hecho yo, connotaciones
19 de contenido subjetivo como "de un día para el
20 otro".

21 P: Y usted está de acuerdo, doctor Monteza,
22 que los cambios al Reglamento RER no dicen

1 expresamente que los concesionarios o los
2 inversionistas están asumiendo todos los
3 riesgos del proyecto -- bueno, y déjeme aclarar
4 -- del avance del proyecto. ¿Verdad?

5 R: La norma se refiere a otra cosa. O sea,
6 ese texto que usted ha mencionado la norma no
7 lo dice. La norma lo que pone son fechas
8 límite.

9 P: Sí, la norma no habla de riesgos.
10 ¿Verdad?

11 R: No lo recuerdo. Lo podemos revisar, pero
12 lo que hace la norma es ponerle límites a las
13 fechas. ¿Eso tiene un impacto en los riesgos
14 asumidos? Sí, por supuesto.

15 R: Y usted entiende que el documento que el
16 MINEM publicó en julio de 2013 para dar los
17 motivos porque estos cambios al reglamento
18 tampoco dicen expresamente nada que ver con los
19 riesgos del proyecto. ¿Verdad?

20 R: No recuerdo si utiliza la palabra
21 "riesgos", pero podemos revisar. Yo lo tengo
22 por acá, pero si ustedes lo tienen en pantalla

1 y quieren hacerme una pregunta, encantado de
2 mirarlo.

3 P: Perfecto.

4 Tom: pon, por favor, en pantalla el anexo C-
5 182, por favor.

6 Doctor Monteza, usted conoce este documento,
7 ¿verdad?

8 R: Sí.

9 P: Es la exposición de motivos del cambio
10 reglamentario de julio de 2013. ¿Verdad?

11 R: Correcto.

12 P: Usted ve en el primer párrafo de ese
13 documento que está reafirmando que el objeto
14 del régimen RER es de promover el
15 aprovechamiento de los recursos energéticos
16 renovables para mejorar la calidad de vida de
17 la población y proteger el ambiente mediante la
18 promoción de inversión en la producción de
19 electricidad. ¿Verdad?

20 R: Sí.

21 P: Y si vamos al segundo párrafo, por favor,
22 solamente voy a -- ahorita le voy a hacer unas

preguntas, pero primero quiero aclarar lo que dice este documento para que el récord sea -- esté claro.

Usted ve en el segundo párrafo que dice que el Reglamento RER debería asegurar la existencia de incentivos para promover la inversión en la generación eléctrica para el debido cumplimiento del objeto de la Ley RER.

¿Verdad?

R: Se refiere al párrafo que está resaltado, ¿no? Normas generales sobre incentivos para promover la generación eléctrica... Sí, okay.

P: Okay. Y en el tercer párrafo, por favor, aquí usted ve que este párrafo dice que el Reglamento RER debe de asegurar la adecuada aplicación de la Ley RER a fin de promover el desarrollo de actividades de producción de energía eléctrica a base del aprovechamiento del RER. ¿Verdad?

R: Correcto, eso dice.

P: Otra vez, solo para estar claros: estos párrafos que acabamos de ver no hablan del

interés determinante que usted menciona en sus informes. ¿Verdad?

R: Esos párrafos no lo señalan.

P: ¿Ahora sí podemos ir al cuarto párrafo de este documento, por favor? Este es el párrafo, doctor Monteza, que confirma que estas modificaciones fueron implementadas en relación con la experiencia recogida en los dos proyectos de las primeras dos subastas.

¿Verdad?

R: Ajá, correcto.

P: Y se está refiriendo aquí a los retrasos de los proyectos de las primeras subastas causadas principalmente por los concesionarios y también por eventos de fuerza mayor. ¿Verdad?

R: En general, habla de las experiencias pasadas y la necesidad de eliminar incertidumbres, ¿no?

R: Sí, perdón. Mi pregunta, doctor Monteza, es -como habíamos dicho hace unos minutos- que los retrasos de esas primeras dos subastas eran principalmente causadas por los concesionarios

y por eventos de fuerza mayor, ¿verdad? ¿Eso es lo que dijimos?

R: Ajá, correcto.

P: Y este párrafo también explica que el objeto de estas modificaciones es facilitar la ejecución de los proyectos. ¿Verdad?

R: Correcto.

P: Y el párrafo explica que los principales interesados en la pronta culminación de cada proyecto son los mismos inversionistas. Ahí sí lo dice en la última frase de este párrafo. ¿Verdad?

R: Correcto.

P: Entonces, en otras palabras, lo que -- los motivos de esas modificaciones era en parte de atender el interés de los inversionistas. ¿Verdad?

R: En parte.

P: Porque los inversionistas no pueden realizar sus retornos de inversión si los proyectos no llegan a la operación comercial. ¿Verdad?

R: Los inversionistas -- claro, los inversionistas no pueden operar si no llegan a operación comercial. No perciben los beneficios del régimen.

P: Y en este documento no se expresa que el motivo del reglamento es de asignar riesgos a los inversionistas. ¿Verdad?

R: Ese documento, la exposición de motivos del proyecto, reconoce que el problema son demoras y que se necesita dar una solución a ese problema. Reconoce que las fechas son inmodificables y que se tiene que -- digamos, si se quiere evitar eso --perdón, ¿qué proyecto es este?

P: Esta es la exposición de motivos del cambio reglamentario de julio de 2013.

R: Okay. Sí, ese proyecto lo que establece es que se tienen que poner reglas claras para evitar esa -- la situación problemática causada por las demoras.

P: Sí, mi pregunta fue más específica, doctor. La voy a repetir: la pregunta es si en

1 este párrafo o en este documento entero, si
2 usted quiere lo puede leer entero, si hay una
3 parte aquí que diga que el proyecto está
4 asignándole riesgos al inversionista. Esa es mi
5 pregunta.

6 R: Si utiliza esa palabra, no; pero ese
7 proyecto le asigna riesgos al inversionista, la
8 respuesta es sí. Creo que eso es bastante
9 evidente, ¿no?

10 P: Otra vez, en la última frase usted hace
11 un minuto me acaba de decir que sí, que parte
12 de este cambio reglamentario es para servir o
13 atender a los intereses de los inversionistas.
14 ¿Verdad?

15 R: Sí, claro.

16 P: Y obviamente si -- vamos a suponer que en
17 un Proyecto RER, si no llega a POC y se cancela
18 el contrato y se ejecuta la garantía de fiel
19 cumplimiento, como usted dice que debería de
20 pasar, eso no sería bueno para los
21 inversionistas. ¿Verdad?

22 R: Así es. Por eso este proyecto busca

1 modificar en mi opinión el régimen de
2 incentivos.

3 P: Y cuando la tercera subasta comenzó, en
4 agosto de 2013, existieron algunas consultas de
5 los postores a las bases y al contrato y el
6 comité de conducción del proceso circuló las
7 respuestas a los postores. ¿Verdad?

8 R: Así es.

9 P: Y algunas de las consultas fueron sobre
10 el tratamiento de la fuerza mayor. ¿Verdad?

11 R: Así es.

12 P: Y dichas consultas sobre el tratamiento
13 de la fuerza mayor estuvieron relacionadas con
14 el hecho de que los proyectos de las dos
15 primeras subastas recibieron extensiones en sus
16 cronogramas por demoras causadas por fuerza
17 mayor. ¿Verdad?

18 R: No sabría decirles cuáles fueron las
19 motivaciones de las consultas, pero las
20 consultas estuvieron dirigidas a la fuerza
21 mayor.

22 P: Pero usted sí sabe que en esa tercera

1 subasta se exigió expresamente a los postores
2 que suscriban una declaración jurada en la cual
3 reconocían que la fecha de término no se podía
4 extender aun en casos de fuerza mayor. ¿Verdad?

5 R: Así es.

6 P: Sin embargo, los postores no firmaron una
7 declaración jurada que expresamente establecía
8 que la fecha de término no se podía extender
9 ante los supuestos de interferencia
10 gubernamental. ¿Verdad?

11 R: No firmaron una declaración jurada en ese
12 sentido, pero mi interpretación es que la fecha
13 es inmodificable por cualquier causa.

14 PRESIDENT: Mr. Molina, would this be an
15 appropriate moment for a break?

16 SEÑOR MOLINA: Perdón. Perdón, señor, ¿me
17 deja terminar? Tengo dos o tres preguntas más y
18 luego podemos tomar un break.

19 PRESIDENTE VAN DEN BERG: Por supuesto.
20 Sigue.

21 SEÑOR MOLINA: Y usted entiende, doctor
22 Monteza, que los contratos RER que fueron

1 adjudicados en esa tercera subasta contienen
2 una cláusula que dice que la renuncia de
3 cualquiera de las partes a uno o más derechos
4 que le correspondan conforme al contrato solo
5 tendrá efecto si esta se realiza por escrito y
6 con la debida notificación a la otra parte.
7 ¿Sí?

8 SEÑOR MONTEZA: ¿Me puede decir qué cláusula
9 es?

10 P: Claro: cláusula 12.2 del contrato.

11 Si quieres, Tom, ¿podemos poner la cláusula
12 12.2 del anexo C-0002 en la pantalla, por
13 favor?

14 R: Yo la tengo acá. Efectivamente la
15 cláusula 12 es una cláusula común en la
16 miscelánea y señala que la renuncia de
17 cualquiera de las partes a uno o más derechos
18 que le correspondan conforme al contrato solo
19 tendrá efectos si se realiza por escrito y con
20 la debida notificación.

21 P: Señor presidente, sí podemos tomar un
22 break, 15 minutos.

1 PRESIDENT: Thank you. Break until 10.50 CET.

2 (Pausa para el café.)

3 PRESIDENT: Mr Molina, please proceed

4 (Pausa.)

5
6 PRESIDENT: It seems that all are there. Mr
7 Molina, please continue. Do you need the full
8 45 minutes for the completion of your cross? Do
9 you need more or less?

10 MR MOLINA: Am I at the one hour mark
11 already?

12 PRESIDENT: No, I am looking at the program,
13 45 minutes left. You didn't use your 60 minutes
14 in the last one but don't worry. I am simply
15 inquiring about your estimates

16 MR MOLINA: I am halfway through. I haven't
17 looked at how long it has taking me so
18 apologies, but I would say I am halfway.

19 PRESIDENT: Ok thank you Mr. Molina, please
20 proceed.

21 MR MOLINA: Hola doctor Monteza, simplemente

1 quiero aclarar, si se acuerda, en la primera
2 sesión, el señor presidente le hizo una
3 pregunta sobre la actuación de mala fe del
4 gobierno. ¿Se acuerda de eso?

5
6 SEÑOR MONTEZA: Sí, lo recuerdo.

7 P: Y aquí lo tengo en el transcript. Ocurrió
8 a las -- la pregunta del señor presidente era a
9 las 9:16:41 en el transcript, y la pregunta es:
10 "La otra parte del contrato tiene todavía
11 alguna acción contra el Estado en cuanto a
12 reclamación de daños, por ejemplo, debido a un
13 acto de mala fe por parte del Estado". ¿Sí se
14 acuerda de eso?

15 R: Perdón, me dijo 9:17, ¿verdad?

16 P: Sí, con 16. La pregunta del señor
17 presidente es 9:16 y 41 segundos.

18 R: Okay.

19 P: Y usted dio su respuesta -- usted dijo:
20 "Gracias, señor presidente. La ley del
21 procedimiento administrativo general, que es la
22 norma que aplica a la tramitación de los

1 permisos establece disposiciones de
2 responsabilidad de la administración que tienen
3 que determinarse en su vida aplicándose los
4 estándares pertinentes en un proceso en el que
5 habrá de verificarse esta mala fe y, de
6 haberla, la administración otorgante o que
7 debió otorgar el permiso puede ser hallada
8 responsable". ¿Esa fue su respuesta?

9 R: Tengo que hacer una precisión en el
10 transcript. No debería ser "en su vida" sino
11 "en su vía", es decir, en la vía en la que
12 tiene que determinarse esa responsabilidad. Y
13 efectivamente me refería a la administración
14 otorgante del permiso. Por eso hice la
15 precisión de cara al comentario del señor
16 presidente de la otra parte en el contrato. Esa
17 no es una responsabilidad de carácter
18 contractual; es una responsabilidad que
19 eventualmente puede tener la entidad otorgante
20 del permiso en su relación de derecho
21 administrativo con el administrado sujeto a la
22 ley de procedimiento administrativo. Eso

1 requiere un proceso. En ese proceso se
2 determinarán los supuestos de responsabilidad
3 como, por ejemplo, la actitud del administrado,
4 el accionar del administrado, etcétera. Pero
5 sí, con esas precisiones esa es mi respuesta.

6 P: Entonces, usted entiendo que las partes
7 no están de acuerdo de quién es el concedente
8 bajo el Contrato RER. ¿Verdad?

9 R: Sí, por supuesto, entiendo que no están
10 de acuerdo.

11 P: Pero suponiendo solamente como hipotético
12 que el concedente es el MINEM, como usted dice,
13 si el MINEM es el responsable, es la entidad
14 que actuó en mala fe en este hipotético del
15 señor presidente, usted dice que el
16 concesionario no tendría en esa circunstancia
17 una demanda bajo el Contrato RER. ¿Ese es su
18 testimonio?

19 R: Yo lo que sostengo es que en ese
20 hipotético la responsabilidad del MINEM tendrá
21 que determinarse conforme a las normas del
22 procedimiento administrativo general.

1 P: No bajo el Contrato RER. ¿Verdad?

2 R: En el caso del MINEM, siendo contraparte,
3 entiendo que eso puede tener un impacto también
4 a nivel de Contrato RER.

5 P: Cuando dice un impacto, ¿habla de una
6 demanda de daños y perjuicios bajo el Contrato
7 RER contra el MINEM?

8 R: Entiendo que eso es posible en un actuar
9 de mala fe del MINEM, sí.

10 P: ¿Podemos poner en la pantalla, por favor,
11 el párrafo 42 de su segundo informe? Doctor
12 Monteza, ahí usted opina que las modificaciones
13 al régimen RER en junio de 2013, y voy a citar:
14 "Busca el equilibrio entre la promoción de la
15 inversión privada y la satisfacción del interés
16 general, que se crea un sistema de incentivos
17 pero condicionado al cumplimiento de
18 determinadas finalidades". ¿Verdad?

19 R: Así es.

20 P: Entonces, en su opinión, este equilibrio
21 balancea el interés de promover los proyectos
22 RER contra el interés de proteger a usuarios.

1 ¿Verdad?

2 R: Perdón, ¿puede repetir su pregunta?

3 R: En su opinión este equilibrio balancea el
4 interés de promover los proyectos RER contra el
5 interés de proteger a usuarios. ¿Verdad?

6 R: Balancea el equilibrio del régimen de
7 incentivos a los inversionistas con los
8 intereses de los usuarios que pagan la prima.
9 Esa es mi opinión.

10 P: Supongamos, doctor Monteza,
11 hipotéticamente otra vez, que en este caso hay
12 una disputa sobre -- vamos a suponer que en
13 este caso no hay una disputa sobre si el
14 gobierno causó o no los retrasos que impidieron
15 que este proyecto Mamacocha lograra alcanzar la
16 POC, y supongamos que se acredita que las
17 demoras fueron causadas por el gobierno y que
18 el proyecto Mamacocha nunca llegó a POC por ese
19 motivo. En ese hipotético, usted mantiene la
20 opinión de que el equilibrio de intereses bajo
21 régimen RER se balancearía a favor de la
22 terminación del contrato del CHM. ¿Verdad?

1 R: Quiero asegurarme de que estoy
2 entendiendo su pregunta. Permítame ver el
3 transcript, por favor.

4 A ver, yo lo que sostengo -- no estoy seguro
5 del sentido de su pregunta, señor Molina, me
6 disculpo, pero yo lo que sostengo es que este
7 régimen, al establecer este plazo perentorio,
8 inmodificable, lo que hace es generar el
9 sistema de incentivos que buscan que los
10 proyectos no se demoren. Y para que los
11 proyectos no se demoren, se pone en los
12 interesados en recibir las ayudas públicas una
13 obligación de determinar previamente con
14 diligencia la viabilidad de su proyecto. Y para
15 eso tiene que establecerse una estrategia de
16 ubicación, tipo de proyecto, tipo de energía y
17 una estrategia para la ejecución del proyecto
18 en ese plazo, para la obtención de los
19 permisos, para el ejercicio de los derechos
20 procedimentales pertinentes con el objetivo de
21 lograrlo.

22 Si uno entra al sistema con esa idea

1 claramente prevista y como parte de su
2 estrategia asume los riesgos de que eso no
3 ocurra. y en ese sentido es que yo sostengo que
4 así se produce el equilibrio. El sistema -- la
5 norma lo que busca es promover el equilibrio
6 entre proteger el interés del inversionista
7 debidamente informado y que ha tomado una
8 decisión libre de asumir esos riesgos con el
9 objetivo de, en ese plazo, desarrollar el
10 proyecto para evitar el impacto que eso puede
11 suponer, el impacto que no cumplir eso puede
12 suponer en la demanda. Esa es mi
13 interpretación.

14 Entonces, creo que para entender
15 correctamente a qué me refiero yo con este
16 equilibrio tiene que interpretarse, tiene que
17 tenerse en cuenta a lo que me refiero en el
18 informe, que son los incentivos que la norma
19 busca crear en el inversionista que
20 voluntariamente decide entrar. Entonces, esos
21 son los riesgos asumidos por el inversionista y
22 tiene que tomar medidas necesarias para hacer

1 frente a esos riesgos. A eso me refiero yo con
2 "el equilibrio".

3 P: Pues vamos a hablar de este equilibrio y
4 vamos interés por interés.

5 Usted y yo ya hemos hablado esta mañana de
6 que existe el interés público de, otra vez,
7 promover estos proyectos RER. ¿Verdad?

8 R: Pero no a cualquier costo.

9 P: Entiendo, doctor, pero por favor vamos
10 interés por interés para poder entender el
11 equilibrio que usted menciona en su informe.

12 R: Okay.

13 P: Entonces, enfocándonos solamente en el
14 interés de promover los proyectos RER, de una
15 mano, usted está de acuerdo conmigo que
16 cancelando el Contrato RER no avanza ese
17 interés público. ¿Verdad?

18 R: ¿Cancelando el Proyecto RER no avanza el
19 interés público? Primero, que estamos haciendo
20 un análisis parcial del interés público. Por lo
21 tanto, yo no lo llamaría así. Usted ha decidido
22 dividir el interés público en los intereses por

1 los que está compuesto. Probablemente no se
2 avance con el interés del inversionista si y
3 solo sí la cancelación del proyecto se realice
4 por un acto, digamos, ilegítimo, no
5 fundamentado, no válido.

6 P: Usted y yo hablamos esta mañana que había
7 dos intereses públicos. Usted admitió que un
8 interés público que está escrito en la ley es
9 promover los proyectos RER. Yo no estoy
10 hablando del interés del inversionista; estoy
11 hablando del interés público que está escrito
12 en la Ley RER, que dice que es de interés -- es
13 de un interés público avanzar en los proyectos
14 RER. ¿Verdad?

15 R: No. Eso no es lo que yo he dicho, y si lo
16 ha interpretado usted así, entonces necesito
17 explicarme.

18 El interés público es uno solo. Podemos
19 analizar cuál es el contenido del interés
20 público. Mi posición es que el interés público
21 del régimen de fomento RER bajo ninguna
22 circunstancia puede reducirse a señalar que es

1 el interés de que se ejecuten los proyectos.
2 Ojo, ni siquiera estoy diciendo reducirse al
3 interés del inversionista. El interés no puede
4 reducirse a que se ejecuten los proyectos. El
5 interés público es que esos proyectos se
6 ejecuten ponderando adecuadamente los intereses
7 de todos los administrados en juego. Es un
8 sistema de fomento que busca atraer
9 inversionistas, pero respecto de inversiones
10 que van a ser pagadas por la comunidad en
11 general. Es una moneda de dos caras. El interés
12 público no lo podemos separar, como usted
13 pretende hacerlo en su pregunta. Si lo hacemos,
14 que podríamos hacerlo para un hipotético, tiene
15 que quedar claro que no estamos hablando del
16 interés público. Si yo estoy hablando de la
17 necesidad de ponderar, no podemos hacer esa
18 separación. Es mi opinión.

19 P: Y otra vez, esa opinión suya depende de
20 su interpretación del régimen RER, pero no
21 viene del texto escrito en la Ley RER. ¿Verdad?

22 R: No, esa opinión mía viene del correcto

1 entendimiento de lo que se entiende que es el
2 Estado en el derecho administrativo: para qué
3 está el Estado, para qué tenemos un Estado. Si
4 nosotros necesitamos aplicar un estándar de
5 literalidad como el que usted plantea, señor
6 Molina, llegaríamos a la conclusión de que es
7 posible que el legislativo o en este caso el
8 Ejecutivo en ejercicio de facultades
9 legislativas delegadas, apruebe una ley que por
10 su literalidad permite prescindir del interés
11 de la comunidad en su conjunto, de la sociedad
12 en su conjunto, con el agravante de que en este
13 caso es el interés de la sociedad directamente
14 afectada, gravada con el pago de la prima.
15 Entonces, no es correcto lo que usted señala.
16 Mi interpretación es la interpretación que
17 emana de entender para qué está el Estado en
18 nuestro sistema, señor Molina.

19 P: Bien, entonces, hablamos a hablar, doctor
20 Monteza, de esa segunda cara de la moneda, como
21 usted lo acaba de caracterizar. En su opinión
22 es importante tener límites para que los

1 proyectos lleguen a POC en un tiempo cierto.
2 ¿Verdad?

3 R: Es importante establecer todas las
4 medidas que permitan eliminar razonablemente
5 las incertidumbres del impacto económico. Si
6 con la experiencia se identifica que se
7 necesitan otros límites además de las medidas
8 ya establecidas, se implementarán. Lo
9 importante es la finalidad, ¿no?

10 P: Vamos a poner -- antes de poner ese
11 párrafo, quiero concretar una cosa. Usted es de
12 la opinión de que si un proyecto se demora, eso
13 causaría, como usted acaba de decir,
14 incertidumbres que resultarían en más pagos o a
15 pagos más altos de los usuarios en el sistema
16 eléctrico. ¿Verdad?

17 R: Eso ha sido identificado ampliamente por
18 OSINERGMIN, que ha calculado el impacto en la
19 prima de las demoras en los proyectos.

20 P: Entonces, si se demora un proyecto más de
21 dos años, el pensamiento -- la preocupación
22 sería que esos pagos aumentarían. ¿Verdad?

1 R: Que el impacto más de dos años o lo que
2 sea. Si el proyecto se demora menos de dos
3 años, probablemente también haya un impacto. Si
4 se demora más, haya otro impacto. La
5 legislación tiene que establecer el límite de
6 lo que se considera aceptable en ese sentido y
7 marcarlo como eso, como un límite.

8 P: Y solo para concretar, doctor Monteza,
9 cuando usted dice que aumentaría el pago de los
10 usuarios es porque en su opinión el gobierno
11 pagaría más primas bajo los contratos RER.
12 ¿Verdad?

13 R: Pagaría más primas por más tiempo en
14 función a las fluctuaciones del precio spot.
15 Como usted lo debe saber por el caso, el precio
16 spot está bastante por debajo y ha continuado
17 bajando con relación al costo de las energías
18 renovables. Entonces, ahí hay un impacto al que
19 de alguna manera hay que ponerle un límite.

20 P: Muy bien. Entonces, vamos al párrafo 21
21 de su primer informe. Por favor, Tom, ¿lo
22 puedes poner en la pantalla?

1 Doctor Monteza, aquí usted explica que la
2 prima que pagan los usuarios es la diferencia
3 entre la tarifa de adjudicación y el pago que
4 reciben los generadores RER por la energía
5 inyectada al sistema eléctrico. ¿Verdad?

6 R: Sí, es correcto.

7 P: Y como explica aquí usted si el pago que
8 reciben los generadores RER es menor que la
9 tarifa de adjudicada, la diferencia se cubre a
10 través de la prima que es trasladada a todos
11 los usuarios de electricidad a través del cargo
12 por prima. ¿Verdad?

13 R: Correcto.

14 P: Y si vamos al párrafo 58 de este informe
15 -por favor, Tom-, la próxima, sí, en la próxima
16 página, por favor. Bien. Usted incluyó este
17 gráfico que muestra lo que pasaría en esta
18 circunstancia. ¿Verdad?

19 R: Sí, que demuestra cómo se compone el
20 ingreso garantizado.

21 P: Sí. Entonces, en este gráfico, doctor
22 Monteza, usted está mostrando que para llegar

1 al ingreso mínimo anual contemplado bajo el
2 contrato, si el mercado spot no puede cubrir
3 esos ingresos, el concesionario recibiría una
4 prima que está -- que lo paga a los usuarios.
5 ¿Verdad?

6 R: Correcto.

7 P: Pero, doctor Monteza, lo que no se ve en
8 este gráfico es qué pasaría si el pago que
9 reciben los generadores RER es mayor a la
10 tarifa adjudicada. ¿Verdad?

11 R: No es el objetivo del gráfico.

12 P: Pues en ese caso, doctor Monteza, el
13 mercado spot cubriría todos los riesgos,
14 perdón, todos los ingresos adeudados al
15 concesionario bajo el contrato RER. ¿Verdad?

16 R: Claro. Si perciben del COES, perdón, si
17 perciben del spot el ingreso suficiente,
18 efectivamente.

19 P: Entonces, en esa circunstancia no habría
20 necesidad de que los usuarios les paguen al
21 concesionario una prima. ¿Verdad?

22 R: Así es.

1 P: De hecho, en esa circunstancia el
2 concesionario debería pagarle a OSINERGMIN el
3 monto que recibió en exceso de la tarifa
4 adjudicada. ¿Verdad?

5 R: ¿De producirse esa circunstancia? Mhm
6 mhm.

7 P: Y esos pagos reducirían las tarifas que
8 pagan los usuarios. ¿Verdad?

9 R: Reducirían los cargos a los usuarios.
10 Correcto.

11 P: Y usted no menciona esa circunstancia en
12 ninguno de sus informes. ¿Verdad?

13 R: Esa es una circunstancia que no ha
14 ocurrido y no tengo ninguna razón para pensar
15 que pueda ocurrir.

16 P: Pero solamente mencionas las
17 circunstancias en la cual el generador RER
18 recibe pagos que son menores que la tarifa de
19 adjudicación. ¿Verdad?

20 R: Que es la única circunstancia que ha
21 ocurrido y respecto de la cual existen
22 razonables consideraciones para pensar que

1 continuará ocurriendo.

2 P: Pero usted está de acuerdo conmigo que el
3 mercado spot es volátil. ¿Verdad?

4 R: Sí, estoy de acuerdo con que el mercado
5 spot es volátil. Usted estará de acuerdo
6 conmigo en que el precio spot desde hace muchos
7 años ha tendido a la baja en Perú y está muy
8 lejos de la tarifa de adjudicación.

9 P: Sí, pero usted está de acuerdo que el
10 precio de mercado spot también puede subir.
11 ¿Verdad?

12 R: Sí, claro, hipotéticamente puede subir.

13 P: Esto depende en la demanda y la oferta
14 del mercado spot. ¿Verdad?

15 R: Sí, y de otras circunstancias
16 regulatorias un poco más complejas, ¿no?

17 P: Si hay más demanda, el precio subirá.
18 ¿Verdad?

19 R: Como regla teórica, sí, pero como existe
20 en los documentos en este propio caso, las
21 autoridades han explicado la situación de
22 sobreoferta, ¿no?

1 P: Pero si hay menos oferta, también podría
2 subir el precio. ¿Verdad?

3 R: Sí, claro. Esa es la ley de la oferta y
4 la demanda.

5 P: Yo entiendo que usted está basando sus
6 opiniones en lo que ha pasado en los años
7 anteriores, pero mi pregunta es que ni tú -- ni
8 usted, perdón, ni nadie puede saber con certeza
9 qué es lo que el precio del mercado spot va a
10 ser el día de mañana. ¿Verdad?

11 R: En efecto, nadie puede ver el futuro, sin
12 perjuicio de lo cual el desarrollo de las
13 políticas públicas tiene que hacer la mejor
14 determinación posible para tomar decisiones.

15 P: Y usted también estaría de acuerdo
16 conmigo que sería hasta más difícil saber con
17 certeza qué es lo que el mercado spot va a
18 hacer en 20 años. ¿Verdad?

19 R: Así es. Nadie puede ver el futuro como le
20 digo, señor Molina, sin perjuicio de lo cual
21 quien diseña las políticas públicas sobre la
22 base de la información disponible tiene que

1 tomar la mejor decisión posible.

2 P: Entonces, doctor Monteza, hipotéticamente
3 pudiera ser que un retraso a un proyecto
4 resultaría en menos pagos de prima. ¿Verdad?

5 R: Hipotéticamente, ¿no? En ningún caso ha
6 ocurrido eso.

7 P: Vamos a ver, doctor Monteza, cómo las
8 partes analizaron este equilibrio en el caso de
9 CHM. Usted conoce la adenda 2 en este caso,
10 ¿verdad?

11 R: Sí.

12 P: Usted entiende que en esa adenda las
13 partes extendieron la fecha máxima POC hasta el
14 14 de marzo de 2020. ¿Verdad?

15 R: Sí.

16 P: Y usted entiende que esa fecha es más
17 allá de la original fecha máxima POC de 31 de
18 diciembre de 2018. ¿Verdad?

19 R: Sí.

20 P: Y usted entiende que esa adenda aclaró
21 que la frase "por cualquier motivo", y voy a
22 citar: "Debe ser entendido excluyendo del

1 ámbito de responsabilidad de la concesionaria
2 la inejecución o ejecución tardía o defectuosa
3 causada directamente por la actuación de la
4 administración pública contratante". ¿Sí?

5 R: Me parece que eso es lo que dice esa
6 adenda.

7 P: Y usted también conoce el informe Sosa.
8 ¿Verdad?

9 R: Sí, creo -- no sé a qué documento se
10 refiere. ¿Se refiere al informe que sustentó
11 esa adenda?

12 R: Sí, me refiero al informe legal y técnico
13 del MINEM fechado de octubre de 2016 que aprobó
14 las extensiones bajo la adenda 2.

15 R: Sí.

16 P: Y usted entiende que el MINEM en ese
17 informe hizo un análisis de cuál sería el
18 impacto al Sistema Interconectado si la fecha
19 máxima POC para este proyecto se prorroga más
20 allá del 31 de diciembre de 2018. ¿Sí?

21 NISTAL: Mr. President, can I ask that the
22 document be shown to the expert?

1 SEÑOR MOLINA: Señor presidente, ¿puedo
2 seguir o...?

3 PRESIDENT: Please proceed.

4 SEÑOR MOLINA: No sé, perdón, me perdí. No sé
5 si usted respondió mi pregunta, doctor Monteza.

6 SEÑOR MONTEZA: Me parece, señor Molina, que
7 ese documento hace un análisis con relación al
8 porcentaje de suministro disponible en el
9 sistema. Si quiere hacerme una pregunta al
10 respecto, podemos revisar el texto. Me parece
11 que efectivamente ese informe se limita a hacer
12 un análisis con relación a la disponibilidad de
13 suministro en el sistema, análisis que mirado
14 desde esa perspectiva evidentemente refleja la
15 situación de sobreoferta de generación.

16 P: Sí, ese informe no hizo un análisis de
17 los pagos de los usuarios que resultarían bajo
18 esa adenda. ¿Verdad?

19 R: No lo sé. Me parece que no, pero
20 preferiría en todo caso revisarlo si usted
21 necesita hacerme una pregunta al respecto.

22 P: Sí. ¿Podemos poner el anexo en la

1 pantalla? Es anexo C 0012, Tom.

2 Doctor Monteza, este es el anexo C 0012 y es
3 el informe número 166 2016 EM DGE. ¿Verdad?

4 R: Mhm mhm. Correcto.

5 P: ¿Por qué no vamos a la página 26 de este
6 documento, por favor? O del PDF, mejor dicho.
7 Perdón, ¿podemos...? Sí, aquí, podemos estar
8 aquí. Usted -- este es el análisis que
9 estábamos mencionando antes. ¿Verdad?

10 R: No lo veo bien. Si pudiera...

11 En esta sección el informe hace un análisis
12 de la disponibilidad de electricidad en el SEIN
13 desde el punto de vista técnico. Por eso es que
14 habla de la disponibilidad de electricidad en
15 el SEIN, que incluso del subsector en el SEIN
16 en el que se encontrarían la central. Y por eso
17 ese análisis es estrictamente de carácter
18 técnico.

19 P: El MINEM pudo haber hecho un análisis
20 sobre el aumento que resultaría si -- a los
21 pagos de los usuarios si se llega a aprobar
22 esta adenda. ¿Verdad? Eso lo pudo haber hecho

1 el MINEM.

2 R: El MINEM pudo haber hecho cualquier cosa,
3 ¿no? Yo creo que -- usted sabe, creo que está
4 bastante claro que yo discrepo en lo esencial
5 de este documento, porque creo que cualquier
6 análisis debió haber empezado con el marco
7 legal respecto de la pretensión del
8 administrado.

9 P: Pero usted ve que este análisis llega a
10 la conclusión que este plazo de 31 de diciembre
11 de 2018 que estaba incluido en la cláusula 8.4
12 no es un plazo esencial. ¿Verdad?

13 R: No recuerdo si eso dice el documento. Ese
14 documento, como digo, si quiere vamos a la
15 parte pertinente, pero en relación al análisis
16 de plazo y la posibilidad de modificarlo, creo
17 que está bastante claro que yo discrepo de la
18 posición desarrollada por los asesores del
19 Ministerio en este caso.

20 P: Si ves en el último párrafo de esa
21 sección dice, y voy a citar: "Por lo expuesto
22 la existencia de un plazo esencial se descarta

1 en razón a que no se ha verificado los
2 presupuestos necesarios para determinar su
3 existencia". ¿Lo ve?

4 R: Sí, lo veo. Eso dice el documento.

5 P: ¿Y usted -- podemos ir a la página 29,
6 por favor? ¿Y podemos ampliar el primer
7 párrafo? Y también el segundo, perdón.

8 Me avisa, doctor, cuando esté listo.

9 R: Okay.

10 P: Usted ve que aquí.

11 R: Perdón, doctor Molina, le decía "okay" a
12 su pedido de avisarle. Déme un segundo, por
13 favor.

14 P: Sí.

15 R: Okay, ahora sí.

16 P: Doctor Monteza, usted ve que en esos
17 párrafos MINEM concluye que no puede asignarle
18 a CHM el riesgo de interferencia de la
19 administración. ¿Verdad?

20 R: El MINEM concluye, en un criterio que no
21 comparto, que no puede asignarle los hechos que
22 son atribuibles al propio MINEM.

1 P: De hecho, el MINEM concluye que eso sería
2 una asignación irrazonable. ¿Verdad?

3 R: Eso dice el documento, insisto, en un
4 criterio que en mi opinión es equivocado. No
5 contempla correctamente lo que debe ser el
6 esquema de incentivos para la actuación de las
7 partes a lo largo de esos dos años.

8 P: Sí, doctor, una pregunta más y luego --
9 solo para concretar lo que dice aquí y luego te
10 voy a hacer unas preguntas basado en ese texto.
11 ¿Okay?

12 R: Okay.

13 P: Usted ve que también el MINEM llega a
14 esta conclusión porque dice que este tipo de
15 asignación del riesgo precisa de una definición
16 manifiesta y sin ambigüedades en el contrato,
17 circunstancia que no ha ocurrido en el presente
18 caso. ¿Sí ve que dice eso?

19 R: Eso dice el texto.

20 P: En su opinión, doctor Monteza, usted es
21 de la opinión que el MINEM sí le dio una
22 expresa - perdón, usted es de la opinión que

1 Mamacocho siempre supo, desde el principio de
2 la vida del contrato, que estaba asumiendo el
3 riesgo de que su contraparte iba a poder
4 interferir con el avance de su proyecto.
5 ¿Verdad?

6 R: Mamacocho asumió el riesgo de obtener los
7 permisos en el plazo necesario y de tomar las
8 medidas para que eso ocurra. Eso es lo que yo
9 considero. Creo que en este caso no podemos
10 hablar de interferencia del Estado ni de mala
11 fe, en mi opinión.

12 P: Mi pregunta es más concreta. Lo que yo
13 quiero entender es: ¿dónde usted piensa que
14 existe la asignación manifiesta y sin
15 ambigüedades que el MINEM refiere aquí?

16 R: Los retrasos en los procedimientos
17 administrativos en el Perú, señor Molina, son
18 una realidad, como lo son en otras latitudes.
19 Las subastas anteriores habían dado estos
20 ejemplos. El marco normativo cuando se aprobó
21 hizo referencia a estos ejemplos. No se puede
22 soslayar esa realidad a la que Mamacocho se

1 sometió cuando dijo no solamente que se sometía
2 al ordenamiento jurídico peruano, sino que
3 conocía las circunstancias del mercado local.

4 En esas circunstancias es que se tiene que
5 leer "por cualquier motivo". Tratar de sostener
6 que "por cualquier motivo" no es lo
7 suficientemente preciso, en mi opinión, es
8 pasar por alto el contexto en el que se hace
9 esa declaración. Si el contexto en el que se
10 hace esa declaración es un contexto en donde
11 hay demoras en los proyectos, en donde muchas
12 de esas demoras se atribuyen a retrasos de la
13 administración, en donde esas demoras tienen un
14 impacto indeseable desde la perspectiva de las
15 políticas públicas y que por eso se hace la
16 decisión de modificar las normas, si se hace
17 una declaración en ese contexto, en ese
18 contexto tiene que ser entendida.

19 Decir que "por ningún motivo" implica -- no
20 es lo suficiente preciso respecto de estos
21 puntos implica asumir que estábamos en un
22 contexto distinto. Esa es mi opinión, señor

1 Molina.

2 P: Y usted entiende que las partes en este
3 contrato llegaron a otra conclusión bajo adenda
4 2. ¿Verdad?

5 R: Yo entiendo que el Ministerio tiene un
6 criterio que yo no comparto, pero no puedo
7 llegar a la conclusión de que las partes tenían
8 una posición en el mismo sentido, porque yo no
9 me explico, por ejemplo, los otros pedidos que
10 hizo Mamacocho para esta adenda y que le fueron
11 denegados. Mamacocho, entre otros aspectos, por
12 ejemplo, solicitó que se establezca después de
13 la modificación -- su objetivo era que,
14 modificado el contrato, además se establezca
15 que, de producirse una discrepancia entre las
16 bases y el contrato, primaba el contrato.

17 Entonces, yo no tengo necesariamente la
18 opinión, señor Molina, de que la posición de
19 las dos partes era distinta. Creo que en todo
20 caso hay indicios para sostener que las partes
21 lo que quisieron fue modificar el régimen por
22 contrato. Sea cual haya sido el motivo para

1 tener esa intención, eso no era posible.

2 P: Perdón, doctor, me dio un discurso, pero
3 no creo que me dio una respuesta. Mi pregunta
4 es: bajo esta adenda 2, es verdad que las
5 partes decidieron que "por cualquier motivo" no
6 incluye actos atribuibles a la administración.
7 ¿Verdad?

8 R: Yo entendí su pregunta de otra manera y
9 me gustaría mencionarla del transcript para que
10 se entienda mi respuesta. ¿No? De haberle yo
11 explicado cuál era el contexto en el que se dio
12 la declaración de aceptar el régimen jurídico
13 peruano y reconocer el mercado peruano, es en
14 ese contexto en el que se tiene que entender
15 esa declaración. Un contexto donde éste, las
16 demoras de los proyectos, entre otras cosas,
17 vinculadas a la gestión de permisos era una
18 realidad. Y ante esa explicación usted me dice,
19 y está en el transcript: "Usted entiende que
20 las partes en este contrato llegaron a otra
21 conclusión bajo la adenda 2". Yo no entiendo
22 eso, señor Molina. Yo entiendo que las partes

1 eran conscientes del régimen y que lo que
2 quisieron fue modificarlo por contrato. Esa y
3 no otra explicación encuentro yo a que
4 Mamacocho en su pedido no solamente haya
5 solicitado la ampliación de la fecha de la POC,
6 sino que además solicitó que se establezca que
7 el contrato en su intención modificado en ese
8 punto prime sobre las bases porque Mamacocho
9 sabía que decían otra cosa.

10 Entonces mi respuesta es: con relación a
11 eso, el entendimiento de las partes en mi
12 opinión es que querían modificar el régimen RER
13 por contrato.

14 P: Doctor Monteza, por favor, le voy a hacer
15 la pregunta una última vez. Mi pregunta es más
16 específica. No estoy hablando de su
17 interpretación de si esto estaba modificando el
18 reglamento. Mi punto es que bajo el Contrato
19 RER, bajo adenda 2, las partes asumieron la
20 posición que "por cualquier motivo" no incluye
21 actos atribuibles a la administración
22 contratante. ¿Verdad?

1 R: Sí, y por eso modificaron ese plazo, en
2 un criterio que yo no comparto.

3 P: Entonces, antes de dejar este documento
4 solo quiero aclarar algo. Usted está de acuerdo
5 que para asignar riesgos es importante tener
6 una definición manifiesta y sin ambigüedades en
7 el contrato. ¿Sí o no?

8 R: Sí.

9 P: Entonces, en su opinión, esa asignación
10 fue manifiesta y sin ambigüedades en la frase
11 "por cualquier motivo" de la cláusula 8.4.
12 ¿Verdad?

13 R: Sí.

14 P: Vamos ahora a otro tema.

15 Doctor Monteza - perdón, usted mantiene que
16 la contraparte del CHM bajo el Contrato RER es
17 el MINEM. ¿Verdad?

18 R: Sí.

19 P: En su opinión, no es el Estado. ¿Verdad?

20 R: Es el Estado actuando a través del MINEM.
21 El MINEM es un ente del Estado.

22 P: Y usted llega a la conclusión porque

1 usted sostiene que el Estado no tiene
2 personalidad jurídica para celebrar contratos.
3 ¿Verdad?

4 R: No en el sentido que lo plantean las
5 demandantes. No hay, en el ordenamiento
6 jurídico peruano, la posibilidad de que el
7 Estado suscriba un contrato a través de una
8 entidad comprometiéndolo a todas las otras
9 entidades.

10 P: Doctor Monteza, usted entiende que el
11 Contrato RER para la cuarta subasta establece
12 que el concedente bajo el contrato es el Estado
13 y no el MINEM. ¿Usted entiende eso?

14 R: Me parece que eso dice el contrato. Lo
15 escuché en las sesiones anteriores de esta
16 audiencia. Si quiere hacer alguna pregunta con
17 relación a eso, le agradecería que veamos el
18 texto.

19 P: Un gusto. Vamos a poner, Tom, el anexo
20 MQ-0086, por favor. Este es el contrato --
21 estas son las bases consolidadas para la cuarta
22 subasta. ¿Verdad?

1 R: Eso dice. Así es.

2 P: Y si vamos a la -- y estas bases
3 contienen el Contrato RER que iban a adjudicar
4 en esa subasta. ¿Verdad?

5 R: Así es.

6 P: Tom, ¿podemos ir al numeral 1.5.11 del
7 contrato que está incluido en este documento?

8 Doctor Monteza, ve que en este numeral está
9 definido que el concedente es el Estado de la
10 República del Perú. ¿Verdad?

11 R: Dice: "El Estado de la República del
12 Perú, representado por el Ministerio de Energía
13 y Minas".

14 P: Sí, pero no dice que el concedente es
15 simplemente el Ministerio de Energía y Minas;
16 dice que es el Estado. ¿Verdad?

17 R: Sí, estamos leyendo, ¿no? "Concedente: Es
18 el Estado de la República del Perú representado
19 por el Ministerio de Energía y Minas". Eso es
20 lo que dice. Es indiscutible el texto, señor
21 Molina.

22 P: Y esta definición es diferente -- esta

1 definición no está en el Contrato RER para la
2 tercera subasta. ¿Verdad?

3 R: Me parece que en esos términos no lo
4 está. En el Contrato RER de la tercera subasta,
5 lo que se señala en un orden tal vez distinto
6 terminológicamente, es que el Ministerio de
7 Energía y Minas es quien -- bueno, firma el
8 contrato en representación del Estado también,
9 ¿no?

10 P: Y usted está de acuerdo que no hubo otro
11 cambio reglamentario entre la tercer y la
12 cuarta subasta RER. ¿Sí?

13 R: ¿Otro cambio reglamentario? Ah, no, no --
14 o sea, ¿si se modificó el Reglamento RER se
15 refiere usted?

16 P: Así es.

17 R: No.

18 P: Entonces, las mismas reglas y principios
19 aplican para los proyectos en la tercera y
20 cuarta subasta bajo el régimen RER. ¿Verdad?

21 R: Sí, claro, con además la importante
22 precisión de que una modificación respecto de

1 quién es el concedente no se puede hacer por
2 reglamento.

3 P: Y la Constitución Política es la misma
4 bajo los proyectos de la tercera subasta tanto
5 como en los proyectos de la cuarta subasta.
6 ¿Verdad?

7 R: Así es.

8 P: Vamos a ver los párrafos 92 a 94 de su
9 segundo informe, por favor.

10 Aquí, doctor Monteza, usted sostiene que el
11 Contrato RER se limita a reflejar obligaciones
12 a cargo de órganos relevantes en el sector
13 eléctrico como OSINERGMIN. ¿Verdad?

14 R: Sí.

15 P: Y su posición es que el OSINERGMIN no es
16 una parte bajo el Contrato RER. ¿Verdad?

17 R: Así es.

18 P: Y usted también está de acuerdo que el
19 MINEM no puede obligar a OSINERGMIN. ¿Verdad?

20 R: Así es.

21 P: Y también está de acuerdo usted que el
22 MINEM no es imputable por los actos u omisiones

1 del OSINERGMIN. ¿Verdad?

2 R: Yo no he dicho eso.

3 P: Pero usted está de acuerdo que el MINEM
4 no es imputable por los actos u omisiones del
5 OSINERGMIN. ¿Sí o no?

6 R: No. En mi presentación del día de hoy,
7 señor Molina, yo he explicado, y precisamente
8 refiriéndome a algunos comentarios que se
9 habían dado en las presentaciones anteriores,
10 que estamos ante un régimen de fomento. El
11 régimen RER tiene un régimen de fomento. Es
12 bastante sencillo en mi opinión identificar dos
13 cosas: cuáles son las medidas de fomento y
14 quién es el obligado a garantizar esas medidas
15 de fomento frente al inversionista. Eso emana
16 de la Ley RER, tanto los beneficios como el
17 obligado. Es -- los beneficios incluyen el pago
18 del ingreso garantizado, y el obligado es el
19 MINEM.

20 Si como consecuencia de acciones de
21 entidades que tienen que ejercer funciones
22 públicas necesarias para que se concreten estos

1 beneficios el inversionista no los percibe,
2 claro que habrá responsabilidad del otorgante,
3 de quien garantiza esas medidas.

4 Entonces, creo que para contextualizar, si
5 algo así ocurre, ¿no es cierto?,
6 específicamente respecto de medidas
7 garantizadas en el régimen RER, el
8 concesionario está perfectamente habilitado a
9 reclamárselas al MINEM.

10 P: Doctor Monteza, en estos párrafos usted
11 mantiene que sería peligroso contractualizar
12 las obligaciones del OSINERGMIN. ¿Sí o no?

13 R: Es necesario y justo, señor Molina,
14 señalar que esa palabra yo la respondo en mi
15 segundo informe con relación a la categoría de
16 contractualización a la que se refirió la
17 experta de las demandantes, que dice que la
18 fuente de las obligaciones también es el
19 contrato. Y utiliza la palabra "el contrato
20 contractualiza" aludiendo a una suerte de
21 vuelve a generar, vuelve a constituir fuente de
22 las obligaciones, de obligaciones que ya están

1 en la ley. ¿No? A eso me refiero con
2 contractualización.

3 P: En el párrafo 94, que tenemos en la
4 pantalla, usted dice que: "Esta peligrosa
5 contractualización también llevaría a sostener
6 que son inaplicables las vías procedimentales e
7 instancias administrativas, los recursos
8 impugnatorios, los órganos competentes,
9 etcétera, pues cualquier acto administrativo
10 omitido en el trámite de los permisos
11 relevantes o en cualquier procedimientos
12 administrativo seguido por Mamacochoa y que
13 resulte contra esos intereses calificaría como
14 un incumplimiento contractual pasible de ser
15 reclamado por la vía arbitral". ¿Sí dice eso?

16 R: Sí, por supuesto. También creo que es
17 correcto contextualizar esa afirmación, señor
18 Molina. Estamos discutiendo -- le estoy
19 respondiendo preguntas y en la presentación
20 anterior se ha utilizado siempre el ejemplo de
21 las obligaciones que tendría OSINERGMIN y la
22 responsabilidad que esas obligaciones podrían

1 acarrear en el Ministerio de Energía y Minas.
2 Pero esa, en realidad, no es el ejemplo o no es
3 la verdadera problemática en torno a este caso.
4 Se está utilizando eso para hablar de la
5 diferencia de la personalidad entre el MINEM y
6 el OSINERGMIN respecto de una obligación que
7 está garantizada en el contrato para hablar de
8 los permisos.

9 Entonces, si aceptamos esa tesis de que el
10 contrato contractualiza obligaciones de otras
11 entidades, podríamos llegar a la conclusión --
12 podríamos forzar esta figura --y que es lo
13 que se ha pretendido en mi opinión-- y llevar
14 esto a obligaciones -- a crear obligaciones
15 contractuales de otras entidades. ¿No? Y a
16 señalar -- y eso implicaría señalar que los
17 procedimientos que se llevan en esas otras
18 entidades ya no necesitarían de recursos
19 impugnatorios, porque absolutamente todo se
20 podría canalizar como controversia contractual.

21 Entonces, yo creo que si vamos a analizar
22 esto, podríamos hacerlo sobre la base de

1 ejemplos concretos. ¿No? Así como hablamos de
2 la prima y el cálculo de OSINERGMIN, que sí
3 estamos viendo que hay una garantía del
4 concesionario en el contrato, podremos hablar
5 de otros casos como en materia de controversia
6 en este arbitraje, que es la obligación de los
7 permisos, y veremos que el tratamiento es
8 completamente diferente.

9 P: Sí, pero vamos a ver las obligaciones que
10 están anteriormente aquí escritas, en el
11 párrafo 91, para ver exactamente cuáles
12 obligaciones usted concluye son
13 extracontractuales y no deberían de ser
14 contractualizadas.

15 Aquí usted dice -- ¿puedes quitar el zoom,
16 por favor, Tom? Gracias.

17 Aquí identificas varias obligaciones que
18 usted dice que no son -- que no tienen origen
19 bajo el Contrato RER. ¿Verdad?

20 R: Correcto. Eso también es una respuesta a
21 obligaciones identificadas en el informe de la
22 experta de las demandantes.

1 P: Entonces, por ejemplo, está la obligación
2 bajo numeral 1.4.8, Cargo por prima, que es el
3 cargo unitario determinado por OSINERGMIN para
4 asegurar que el adjudicatario reciba la prima
5 correspondiente. ¿Verdad?

6 R: Sí, eso dice.

7 P: Y esta obligación le pertenece solamente
8 a OSINERGMIN. ¿Verdad?

9 R: La obligación de determinar el cargo por
10 prima sí, la ley se la atribuye a OSINERGMIN.

11 P: El MINEM no tiene un rol en esa
12 determinación. ¿Verdad?

13 R: No en la determinación, sin perjuicio de
14 que es quien garantiza al concesionario que va
15 a percibir el ingreso garantizado.

16 P: Y si podemos ir a la próxima página, si
17 vemos el numeral 6.3.3, ahí dice que: "Al final
18 de cada período tarifario se establecerá la
19 liquidación por el monto total correspondiente
20 a la prima calculada según el procedimiento
21 correspondiente aprobado por OSINERGMIN".
22 ¿Verdad?

1 R: Correcto.

2 P: Este cálculo, otra vez, solamente le
3 pertenece a OSINERGMIN. ¿Verdad?

4 R: Correcto.

5 P: MINEM no tiene un rol en ese cálculo.
6 ¿Verdad?

7 R: Correcto.

8 P: Y si podemos ir una página más abajo,
9 vemos algo muy similar en el numeral 6.3.4.
10 ¿Verdad? Ahí habla de que: "La prima calculada
11 al final del periodo tarifario dará lugar a un
12 cargo a favor o en contra de la sociedad
13 concesionaria según corresponda, la cual será
14 liquidada en cuotas mensuales a lo largo de los
15 doce meses inmediatamente siguientes al período
16 de liquidación anual aplicando la tasa de
17 interés mensual correspondiente a la tasa de
18 actualización anual establecida en el artículo
19 79 de la LCE". ¿Verdad?

20 R: Correcto.

21 P: Y otra vez solo para estar claros: esta
22 obligación solamente es para OSINERGMIN.

1 ¿Verdad?

2 R: El cálculo de la prima. Sí.

3 P: No es para MINEM.

4 R: No.

5 P: Ya que tenemos este contexto, ¿podemos
6 regresar otra vez al párrafo 92 -- párrafos 92
7 a 94? Usted en esos párrafos toma la posición -
8 - porque en su opinión estas obligaciones son
9 extracontractuales. Si Mamacocho quiere montar
10 una demanda basada en un incumplimiento de una
11 de sus obligaciones, debería de ir por una vía
12 administrativa y no bajo el contrato. ¿Verdad?

13 R: No, no he dicho eso ni en ese documento,
14 y mi exposición ha sido bastante clara con
15 relación a eso, señor Molina. Este documento
16 responde, como lo he mencionado previamente, a
17 que se utilice el ejemplo de OSINERGMIN para
18 llevarlo a las obligaciones de otras entidades.
19 Por eso lo que yo digo acá es que las
20 obligaciones de OSINERGMIN están dadas por la
21 ley, no por el contrato, y que
22 contractualizarlas, aceptar ese concepto es lo

1 que permite meter a las otras entidades que no
2 tienen nada que ver con el régimen RER a la
3 misma conclusión.

4 Lo que he dicho hoy en varias ocasiones
5 desde mi presentación es que el caso de
6 OSINERGMIN es un caso distinto a la de los
7 gobiernos regionales y el de las otras
8 entidades. Si OSINERGMIN no cumple con las
9 obligaciones que tiene legalmente y, como
10 consecuencia de eso, no calcula bien la prima y
11 eso hace que el concesionario no reciba los
12 ingresos garantizados, ese será un supuesto de
13 incumplimiento contractual del MINEM, porque el
14 MINEM garantiza en el contrato que el
15 concesionario percibirá los ingresos. La
16 determinación de esos ingresos por parte de un
17 tercero no tiene absolutamente nada que ver. Es
18 un tercero del que se vale el Ministerio de
19 Energía y Minas, en este caso en el marco de
20 normas de derecho público y por eso en
21 ejercicio de competencias, que ese tercero
22 determine ese cálculo no quiere que decir que,

1 en contra del texto de la ley y en contra del
2 texto contractual, esta no sea una obligación
3 que el MINEM asume frente a la sociedad
4 concesionaria.

5 P: Doctor Monteza, yo sé que usted dice que
6 lo dijo esta mañana y sí lo escuché, pero esa
7 conclusión que usted dio esta mañana no está
8 incluida en ninguno de sus informes. ¿Verdad?

9 R: Señor Molina, en mi opinión, eso se
10 desprende de los párrafos que usted ha
11 mencionado, porque usted lo que tiene, me
12 permito...

13 P: Doctor Monteza, perdón, te he dejado
14 hablar. Es una pregunta -- es un sí o un no.

15 R: Sí, está.

16 P: ¿Puedes citar los párrafos en sus
17 informes que hablan exactamente -- que dicen
18 exactamente que Mamacocha tiene el poder bajo
19 el contrato de demandar a MINEM por un
20 incumplimiento de OSINERGMIN?

21 R: Eso -- ese texto no está en el informe,
22 lo que no quiere decir que esa idea haya sido

1 descartada, señor Molina.

2 P: Doctor Monteza, usted sometió dos
3 informes y, de hecho, usted la exposición de
4 usted hoy era para dar una reseña de los
5 informes. Mi pregunta es simplemente dónde en
6 sus informes usted admitió o dio la conclusión
7 de que CHM pudo haber demandado al MINEM bajo
8 el contrato por incumplimiento del OSINERGMIN.

9 R: Mis informes no dicen eso, señor Molina,
10 porque mis informes no han analizado ese
11 supuesto. Mis informes han analizado el
12 supuesto en el que se puede utilizar el ejemplo
13 de OSINERGMIN para señalar que otras entidades
14 del Estado asumen obligaciones en el contrato y
15 sus acciones causan responsabilidad en el MINEM
16 como contratante. Eso dicen mis informes.

17 P: Sí, lo que dice tu informe, como estamos
18 viendo en el párrafo 94, es que esta
19 contractualización, y otra vez el contexto en
20 el que estás hablando de la obligación del
21 OSINERGMIN de calcular la prima, que es esto
22 que sería peligroso contractualizar ese tipo de

1 obligación porque Mamacocha debería de seguir
2 vías administrativas fuera del contrato.
3 ¿Verdad?

4 R: No, señor Molina. Yo respondo al
5 argumento del informe de la experta de las
6 demandantes. La experta de las demandantes no
7 hace énfasis en OSINERGMIN como el único
8 supuesto; la experta de las demandantes dice:
9 el Contrato RER obliga a todas y cada una de
10 las entidades del Estado, y por eso la demora
11 en la obtención de los permisos y las acciones
12 del Gobierno Regional causan responsabilidad en
13 el Ministerio. Como ejemplo de que el contrato
14 obliga a otras entidades, crea obligaciones
15 para otras entidades, tenemos el ejemplo claro
16 del OSINERGMIN. Ese es el contexto de mi
17 respuesta.

18 Me parece, con todo respeto, que no se puede
19 analizar mi respuesta sin analizar el contexto
20 al que responde. Lo que yo digo en ese contexto
21 es que el OSINERGMIN no tiene obligaciones en
22 el contrato, y ahí me quedo. Y digo con

1 relación a lo siguiente: que aceptar la figura
 2 de contractualización, que yo no la conozco en
 3 el contexto, en el contenido que le ha dado la
 4 experta de las demandantes, que sería que traer
 5 una obligación que está en la ley y mencionarla
 6 en el contrato hace que ahora esta obligación
 7 tenga una suerte de doble fuente equiparable e
 8 igual, eso es lo peligroso. Porque si lo
 9 llevamos a los permisos, llevaría a lo que
 10 sostiene la experta y las demandantes, con lo
 11 que yo no estoy de acuerdo.

12 P: Entonces, vamos a hablar de esta
 13 obligación de calcular la prima. Vamos a hablar
 14 de un hipotético. Vamos a suponer que el
 15 OSINERGMIN incumple con esa obligación, o sea,
 16 no calcula la prima en una manera correcta, y
 17 Mamacocha quiere montar una demanda para poder
 18 recibir la prima que le corresponde. ¿Usted --
 19 ahora usted está diciendo hoy, por la primera
 20 vez, que Mamacocha puede demandar al MINEM, que
 21 usted dice que es la contraparte de Mamacocha,
 22 bajo el contrato? ¿Ese es su testimonio el día

1 de hoy?

2 R: Esa es mi opinión, señor Molina.

3 P: Y, otra vez, eso no está en tus informes.
 4 ¿Verdad?

5 R: Eso no ha sido objeto de mis informes,
 6 así como no ha sido objeto del informe de la
 7 experta de las demandadas -- de las
 8 demandantes.

9 P: ¿Y qué tal...? Y obviamente como vimos en
 10 esa tabla que bajo el párrafo 91 de su segundo
 11 informe hay otras obligaciones que el contrato
 12 asigna al OSINERGMIN. ¿Verdad?

13 R: Puede ser. No recuerdo en este momento.

14 P: Okay. Vamos a -- regresamos -- ¿por
 15 favor, podemos regresar a la tabla, para que se
 16 recuerde el doctor Monteza?

17 COÁRBITRO TAWIL: Perdón, ¿puedo hacer una
 18 pregunta? Para entender.

19 Buen día, doctor Monteza. Usted está
 20 diciendo -- si yo entiendo bien OSINERGMIN
 21 sería un tercero al contrato. ¿Es correcto?

22 SEÑOR MONTEZA: Es correcto. Buenos días,

1 profesor Tawil.

2 COÁRBITRO TAWIL: Y en caso de haber algún
 3 problema con la prima, demandaría el MINEM por
 4 incumplimiento de un tercero al contrato?

5 SEÑOR MONTEZA: No, no. Demandaría el MINEM
 6 por un incumplimiento del MINEM. ¿No? Por
 7 disposiciones del marco legal interno, la
 8 determinación de la prima la hace el MINEM
 9 porque en su condición de regulador es el
 10 órgano técnico en materia eléctrica. Pero por
 11 mandato de la Ley RER, quien le garantiza al
 12 concesionario el pago de la tarifa es -- del
 13 ingreso garantizado es Ministerio de Energía y
 14 Minas. ¿No?

15 En mi opinión, si cabe la comparación para
 16 facilitar el entendimiento, las partes asumen
 17 la -- digamos, disponen -- por eso digo si cabe
 18 la comparación, porque esto emana del derecho
 19 público, pero es como si las partes dispusieran
 20 que la determinación del pago al que una de
 21 ellas está obligada la hace un órgano
 22 especializado; eso es lo que ocurre acá.

1 Si el órgano especializado hace un cálculo
 2 que en interpretación del beneficiario no le
 3 permite obtener el ingreso económico que el
 4 contrato le ha garantizado, tendrá una
 5 reclamación frente a quien le garantizó ese
 6 ingreso, no frente a quien ejerce por
 7 especialización, que es la tarea de
 8 determinación.

9 COÁRBITRO TAWIL: Pero, doctor, el pago de la
 10 prima se hace en base al trabajo de OSINERGMIN.

11 SEÑOR MONTEZA: Por supuesto. El OSINERGMIN
 12 hace el cálculo de esa determinación.
 13 OSINERGMIN hace, en realidad, todos los
 14 cálculos vinculados a tarifas en el sector
 15 eléctrico, ¿no?

16 COÁRBITRO TAWIL: Bueno, gracias.

17 Por favor, señor Molina, adelante.

18 SEÑOR MOLINA: Solo para completar la serie
 19 de preguntas del profesor Tawil, después de que
 20 OSINERGMIN haga el cálculo, el MINEM no es el
 21 que le paga al concesionario la prima. ¿Verdad?

22 SEÑOR MONTEZA: ¿Se refiere a pago no desde

1 el concepto -- no desde el punto de vista legal
 2 como forma de extinción de la obligación? Si se
 3 refiere al pago como ejecución de entregar
 4 dinero, no, el dinero no pasa por el MINEM.
 5 Claro que no.

6 P: El dinero -- Primero que nada, quien paga
 7 son los usuarios, como ya hemos concretado.
 8 ¿Verdad?

9 R: Los recursos económicos vienen de los
 10 usuarios. Sí, correcto.

11 COÁRBITRO TAWIL: Paga el sistema.

12 SEÑOR MONTEZA: A través del sistema, ¿no?
 13 Los usuarios le pagan a su distribuidor, su
 14 distribuidor paga a los generadores y de los
 15 generadores llega al generador RER.

16 COÁRBITRO TAWIL: O sea que el MINEM, en la
 17 práctica, ¿qué hace en ese circuito?

18 SEÑOR MONTEZA: El MINEM es el que otorga la
 19 garantía al concesionario, no, nada -- no hace
 20 nada. Otorga la garantía al concesionario de
 21 que recibirá el monto correcto.

22 COÁRBITRO TAWIL: O sea que si no se da esa

1 situación, el MINEM no ha estado en un
 2 incumplimiento propio, sino que es un problema
 3 del sistema, del OSINERGMIN, etcétera.

4 SEÑOR MONTEZA: No, yo creo que sí es un
 5 incumplimiento propio, ¿no? Si se ofrece una
 6 garantía de que algo ocurrirá y eso no ocurre,
 7 se asume la responsabilidad en calidad de
 8 incumplimiento.

9 COÁRBITRO TAWIL: Pero es una garantía por un
 10 hecho de un tercero o del sistema, no es por
 11 una acción no cumplida por el MINEM.

12 SEÑOR MONTEZA: No por un acto ejecutable por
 13 el MINEM, no, pero sí en el marco efectivamente
 14 del correcto funcionamiento de todo el sistema
 15 de fomento.

16 COÁRBITRO TAWIL: Gracias.

17 SEÑOR MOLINA: Doctor Monteza: ahorita si ve
 18 en la tabla, en la cláusula 4.7 el contrato
 19 habla de que OSINERGMIN es responsable por la
 20 supervisión del cronograma de obras. ¿Verdad?

21 SEÑOR MONTEZA: Sí, correcto.

22 P: Entonces, suponiendo que haya una disputa

1 entre la sociedad concesionaria y OSINERGMIN
 2 sobre la supervisión del cronograma de obras,
 3 ¿la sociedad concesionaria pudiera demandar al
 4 MINEM bajo el contrato? ¿Sí o no?

5 R: Si me pudiera poner su ejemplo más claro.
 6 ¿Si hay una disputa por...?

7 P: Vamos a suponer que la sociedad
 8 concesionaria en su -- alega que sí llegó al
 9 cierre financiero, pero que el OSINERGMIN no
 10 está de acuerdo y hay una disputa entre esas
 11 partes sobre el hecho -- sobre ese asunto. En
 12 ese caso, ¿la sociedad concesionaria puede
 13 demandar al MINEM bajo el contrato? ¿Sí o no?

14 R: Si se le imputa un incumplimiento del
 15 contrato con el que no está de acuerdo, sí,
 16 podrá demandar al MINEM.

17 P: Por actos atribuibles solamente a
 18 OSINERGMIN. ¿Ese es su testimonio?

19 R: OSINERGMIN determina -- es el supervisor
 20 de las obligaciones. OSINERGMIN -- y eso es
 21 estándar en todos los sectores regulados. El
 22 supervisor de las obligaciones contractuales es

1 el regulador. El regulador puede llegar a la
 2 conclusión de que no se ha cumplido; si el
 3 MINEM hace suya esa determinación, y como
 4 consecuencia de eso imputa un incumplimiento,
 5 tendrá que responder por haber hecho suya la
 6 posición del regulador.

7 P: Pero si el MINEM no dice nada y es
 8 simplemente una disputa entre la sociedad
 9 concesionaria y el OSINERGMIN, ¿esa disputa no
 10 se puede plantear bajo el contrato?

11 R: Es que no se puede dar el caso -- perdón,
 12 me estoy apurando. Es que no se puede dar el
 13 caso de que el MINEM no diga nada. O sea, para
 14 que esto tenga una relevancia contractual,
 15 OSINERGMIN hace una manifestación y algo tiene
 16 que ocurrir con el concedente. El concedente es
 17 el que dirá si está de acuerdo o no está de
 18 acuerdo con OSINERGMIN y hará suya esa opinión.
 19 Eso, insisto, es estándar.

20 Los supervisores de los contratos son los
 21 reguladores. Los reguladores dicen que en su
 22 opinión hay un incumplimiento; el concedente

1 determinará si eso le parece así y, si decide
 2 hacer suya esa imputación de incumplimiento,
 3 tendrá que responder por eso. Eso es estándar
 4 en el contrato en diversos aspectos, ¿no? Por
 5 ejemplo, en el momento de aprobarse la adenda
 6 2, OSINERGMIN dijo que no estaba de acuerdo,
 7 que la prórroga de los plazos no era posible.
 8 El Ministerio decidió no hacer suya esa
 9 posición del regulador y continuar.

10 PRESIDENT: Mr. Molina can you hear me?

11 SEÑOR MOLINA: Sí, señor presidente.

12 PRESIDENT: You have used up your one hour
 13 and 45 minutes. How many more minutes do you
 14 estimate you have to continue?

15 SEÑOR MOLINA: No más de 15 minutos.

16 PRESIDENT: You know my rules about
 17 estimates by lawyers, do you?_

18 SEÑOR MOLINA: No me la sé, señor presidente.

19 PRESIDENT: If a lawyer gives me an estimate
 20 always double it. Does that apply to you?

21 SEÑOR MOLINA: No creo, pero depende
 22 obviamente de las respuestas que me da el

1 señor, el doctor Monteza.

2 PRESIDENT: Please proceed.

3 SEÑOR MOLINA: Si podemos ir a la próxima
 4 página de este documento, usted me acaba de
 5 decir que el concedente tiene que aceptar la
 6 decisión del OSINERGMIN. Esa condición que
 7 usted acaba de decir no está en la cláusula
 8 4.7. ¿Verdad?

9 SEÑOR MONTEZA: No lo recuerdo. Si me puede
 10 poner la cláusula 4.7.

11 P: Tom, si puedes poner la cláusula entera
 12 para que la vea el doctor. Y otra vez, doctor,
 13 usted tiene este informe -- no, bueno, -- Tom
 14 sería más fácil -- bueno, igual.

15 ¿Ahí ve la cláusula 4.7?

16 R: Yo tengo mi informe, sí, claro, si a eso
 17 se refiere.

18 P: Sí -- Tom, ¿por qué no regresamos al
 19 párrafo 91? Porque el doctor Monteza tiene los
 20 informes impresos ahí con él y así sería más
 21 fácil que cambiar de documentos.

22 R: Okay. ¿Me puede repetir su pregunta,

1 señor Molina?

2 P: Usted dijo hace unos minutos que las
 3 decisiones del OSINERGMIN tienen que ser
 4 aceptadas por el MINEM para tener impacto
 5 contractual. Mi pregunta es: esa condición no
 6 está escrita en la cláusula 4.7 del contrato.
 7 ¿Verdad?

8 R: No, eso no está en la cláusula 4.7, no
 9 está en el texto.

10 P: Y tampoco está en la cláusula 4.8 del
 11 contrato. ¿Verdad?

12 R: No.

13 P: Y tampoco está en la cláusula 8.3 del
 14 contrato. ¿Verdad?

15 R: No.

16 P: Vamos a cambiar de tema, doctor Monteza.
 17 Vamos a hablar del tema del amparo. En su
 18 segundo informe usted sostuvo que revisó las
 19 dos sentencias del amparo. ¿Verdad?

20 R: Sí.

21 P: Y si podemos ir al párrafo 222 de su
 22 segundo informe, por favor, usted aquí sostuvo

1 en relación con las sentencias de amparo y la
 2 conducta de CHM que, en su opinión, las
 3 sentencias son: "Una muestra clara de la
 4 conducta de Mamacocha contraria a la buena fe y
 5 destinada a hacer que las autoridades
 6 competentes incurran en error para beneficiarse
 7 indebidamente con un menor estándar de análisis
 8 y un procedimiento más expeditivo en un asunto
 9 trascendental para un Proyecto RER, como es el
 10 socioambiental". ¿Sí dijiste eso?

11 R: Sí, correcto.

12 P: Solo para confirmar, doctor Monteza,
 13 usted mantiene independencia de la parte
 14 demandada. ¿Verdad?

15 R: Sí.

16 P: Y usted es un experto en el derecho
 17 administrativo. ¿Verdad?

18 R: Sí.

19 P: Y no es experto en derecho ambiental.
 20 ¿Verdad?

21 R: No tengo práctica ambiental directamente,
 22 pero el derecho ambiental es parte del derecho

1 administrativo, señor Molina.

2 P: Usted no es experto en derecho
3 constitucional. ¿Verdad?

4 R: No.

5 P: Y usted está de acuerdo que para el
6 análisis y emisiones de permisos
7 medioambientales intervienen distintas áreas
8 técnicas y legales. ¿Verdad?

9 R: Sí.

10 P: Entre ellos, intervienen abogados,
11 ingenieros, especialistas en la materia, ¿sí?

12 R: Sí.

13 P: Y usted sostiene que CHM hizo incurrir a
14 varios funcionarios y especialistas en error.
15 ¿Verdad?

16 R: Yo sostengo que hay varias acciones del
17 solicitante de los permisos que yo no
18 interpreto como propias de un solicitante
19 sofisticado con un alto estándar -- al que se
20 le exige un alto estándar de cumplimiento con
21 asesoría. A mí me parece que eso no es lo
22 esperable.

1 P: Entiendo que usted no está de acuerdo con
2 los actos de la sociedad concesionaria, pero sí
3 está de acuerdo que ARMA aprobó los trámites y
4 las solicitudes de la sociedad concesionaria
5 aquí. ¿Verdad?

6 R: Sí, eso es un hecho.

7 P: Y regresando al tema del amparo, usted
8 entiende que el MINEM fue parte demandada en
9 ese procedimiento. ¿Verdad?

10 R: Sí.

11 P: Y usted sabe que MINEM a lo largo del
12 proceso defendió la validez de los permisos
13 ambientales de Mamacochoa. ¿Verdad?

14 R: No sé lo que ha hecho a lo largo del
15 proceso. Yo no he revisado todo el expediente.

16 P: ¿Usted no sabe que el MINEM sostuvo que
17 las afirmaciones del demandante en ese amparo
18 solo se basan en su dicho y no están
19 sustentadas en ningún informe técnico? ¿No
20 sabía eso?

21 R: Me parece haberlo leído. Si desea hacerme
22 preguntas al respecto, me gustaría ir a los

1 textos a los que se refiere.

2 P: Okay. Tom, ¿podemos poner el documento R-
3 0070, por favor?

4 Esta es la primera sentencia del
5 procedimiento del amparo. ¿Verdad?

6 R: Sí.

7 P: Es fechada enero de 2020. ¿Verdad?

8 R: Sí.

9 P: Si podemos ir a la página 15, en el
10 numeral 1.2.5, en esta sección... ¿Usted sí
11 conoce este párrafo?

12 R: Sí.

13 P: ¿Usted entiende que en este párrafo la
14 Corte está haciendo una reseña de los
15 argumentos planteados por el MINEM en ese caso?

16 R: No lo sé. No recuerdo si es una reseña.
17 Eso es lo que dice el texto, pero no sé si es
18 una reseña de lo que dice el MINEM.

19 P: ¿Podemos subir, Tom, a la página
20 anterior, solamente para que el doctor pueda
21 ver el origen de esta sección? Una página
22 anterior, por favor.

1 Doctor, ahí ve que en la sección 1.2 dice:
2 "Del emplazado Ministerio de Energía y Minas".
3 ¿Sí?

4 R: Sí, lo veo.

5 P: Si regresamos, por favor, al 1.2.5, aquí,
6 doctor, el MINEM dice que: "Las afirmaciones
7 del demandante solo se basan en su dicho y no
8 están sustentadas en ningún informe técnico
9 concreto sobre el eventual impacto del
10 proyecto, de conformidad a los medios de prueba
11 que el demandante ofrece en su demanda y, por
12 tanto, no ha evaluado de forma concreta y
13 específica los posibles impactos ambientales
14 del proyecto cuestionado, el cual de manera
15 concreta y específica cuenta con opiniones
16 técnicas ambientales favorables de los
17 informes", y luego da unos informes. ¿Verdad?

18 R: Eso dice el texto, señor Molina, pero
19 creo que es indispensable tener en cuenta
20 cuáles son los vicios alegados en el
21 procedimiento -- en el proceso de amparo y cuál
22 es el derecho constitucional protegido. Si se

1 habla de vulneración...

2 P: Perdón, esa no es mi pregunta y, como

3 dijo el señor presidente, ya no tenemos tiempo.

4 Entonces, prefiero...

5 R: Si su pregunta es que yo le haga...

6 MR NISTAL: Mr. President, I feel that the

7 expert should be allowed to answer.

8 PRESIDENT: Mr Nistal?

9 MR NISTAL: Yes, Mr President. I was

10 intervening just to ask that the expert be

11 allowed to answer the question. He was cut in

12 the middle of his response.

13 PRESIDENT: OK. Dr Monteza, please finish

14 your answer.

15 SEÑOR MONTEZA: Gracias, señor presidente. Es

16 que yo creo, con todo respeto, señor Molina,

17 que pedirme que lea el texto no es una

18 pregunta. Eso -- si usted lo lee y me pregunta:

19 ¿eso es lo que dice?, mi respuesta es: sí, eso

20 es lo que dice ese texto. Pero se tiene que

21 tener en cuenta que en este proceso lo que se

22 cuestiona, se analiza y lo que se declara en la

1 sentencia es que se ha vulnerado el principio

2 de indivisibilidad y que, por lo tanto, el

3 vicio consiste precisamente en que no se han

4 analizado los potenciales impactos ambientales

5 acumulativos. Ese es un análisis que no se ha

6 hecho.

7 Si el Ministerio o el procurador -- que hay

8 que ser precisos también en que la defensa

9 judicial está a cargo de la Procuraduría

10 Pública, que es un órgano distinto. Si la

11 Procuraduría Pública lo que dice al analizar el

12 expediente es: "El demandante no ha ofrecido

13 pruebas de que se haya -- de que existan

14 impactos ambientales negativos o...", etcétera,

15 eso es una afirmación que tiene que entenderse

16 en el contexto. Si me lo permite, una

17 afirmación absolutamente carente de sentido, en

18 un supuesto en el que lo que se ha cuestionado

19 es que al momento de hacer el análisis de la

20 certificación ambiental no se han evaluado los

21 impactos. Si la autoridad no ha evaluado los

22 impactos y ese es el vicio, mal podría

1 rechazarse el amparo sosteniéndose que quien se

2 queja de que no se han analizado los impactos

3 no ha aportado evidencia de los impactos, ¿no?

4 Esa es mi respuesta. Gracias, señor

5 presidente.

6 SEÑOR MOLINA: Mi pregunta es la siguiente,

7 doctor Monteza, : usted discrepa de la

8 conclusión del MINEM que las afirmaciones del

9 demandante no están sustentadas en ningún

10 informe técnico. ¿Sí o no?

11 SEÑOR MONTEZA: ¿Yo discrepo de que diga eso?

12 Eso dice. El procurador dice: "No hay ningún

13 informe técnico sobre el eventual impacto del

14 proyecto".

15 P: ¿Usted en su análisis de este amparo ha

16 visto un informe técnico que apoye las

17 conclusiones del demandante en este caso? ¿Sí o

18 no?

19 R: La posición del demandante, señor Molina,

20 es que no se han hecho evaluación de impacto

21 ambiental adecuada. No es posible presentar un

22 informe -- en mi opinión, no es posible

1 presentar un informe técnico destinado a

2 sostener que no se ha hecho un análisis de

3 impacto ambiental.

4 P: Doctor Monteza, en esta sentencia no hay

5 ningún análisis sobre la buena fe del CHM.

6 ¿Verdad?

7 R: No lo recuerdo, señor Molina.

8 Probablemente no lo haya.

9 P: Y usted entiende que después de esta

10 sentencia el MINEM, como parte demandada,

11 apeló. ¿Verdad?

12 R: Entiendo que sí, pero no conozco ese

13 contenido.

14 P: ¿Usted no revisó la segunda sentencia del

15 amparo?

16 R: Sí. Por supuesto.

17 P: En la sentencia de apelación.

18 R: Sí, claro que sí.

19 P: Entonces usted entiende que en esa

20 sentencia el MINEM sostuvo que la primera

21 sentencia era -- estoy usando sus palabras del

22 MINEM -- completamente ilegal porque anuló una

1 concesión definitiva de generación sin respaldo
2 de un informe técnico. ¿Sí supo eso?

3 R: Eso dice la sentencia.

4 P: Y usted está de acuerdo que esa sentencia
5 tampoco hace ningún análisis sobre la buena fe
6 del CHM. ¿Verdad?

7 R: Me parece que no. No lo recuerdo, señor
8 Molina.

9 P: Usted también entiende que la Comisión
10 Especial contrató a un administrativista,
11 doctor Morón, para analizar qué pasó con los
12 permisos ambientales del proyecto Mamacocha.
13 ¿Verdad?

14 R: Me parece que el doctor Morón fue
15 contratado para analizar el contexto de las
16 acciones del Gobierno Regional.

17 P: Y el doctor Morón llegó a una conclusión
18 sobre el principio de indivisibilidad. ¿Verdad?

19 R: Sí, con la que discrepo profunda y
20 respetuosamente, por supuesto, porque, para
21 empezar, no está sustentada más allá. Tiene una
22 afirmación yo no sé de dónde emana. Pero hace

1 un análisis en un párrafo sobre el principio de
2 indivisibilidad, correcto.

3 Por cierto, también tengo...

4 P: Doctor Monteza -- perdón, doctor Monteza.

5 R: Sí.

6 P: Usted -- bajo el derecho administrativo
7 peruano existe la presunción de validez de
8 actos administrativos. ¿Verdad?

9 R: Sí, por supuesto. El artículo 9° de la
10 ley.

11 P: Y esta presunción mantiene que desde la
12 emisión de un acto administrativo, el acto se
13 presume válido. ¿Verdad?

14 R: Eso dice el texto de la ley, sí.

15 P: Y es justamente esta presunción de
16 validez que otorga seguridad jurídica a los
17 administrados. ¿Verdad?

18 R: La presunción de validez otorga efectos
19 al acto administrativo. Eso es indiscutible. Un
20 acto por su presunción de validez tiene
21 efectos. Uno puede tener confianza en que ese
22 acto tiene efectos porque emana de la ley. La

1 seguridad jurídica es un concepto bastante más
2 complejo que ese en mi opinión, señor Molina.

3 P: Y usted está de acuerdo, doctor Monteza,
4 que los permisos ambientales de Mamacocha se
5 declararon nulos empezando en el 4 de febrero
6 de 2021, que es la fecha de la segunda
7 sentencia del amparo. ¿Verdad?

8 R: Se declararon nulos en la sentencia, sí.

9 P: Se declararon nulos en la primera
10 sentencia, pero esa sentencia se puso firme con
11 la segunda sentencia del amparo. ¿Verdad?

12 R: Esa sentencia produce efectos, ¿no? Si no
13 recuerdo mal, en los procesos de amparo la
14 sentencia tiene efectos -- la sentencia de
15 primera instancia tiene efectos aun cuando sea
16 impugnada.

17 P: Pero la primera sentencia, otra vez, está
18 fechada de 30 de enero de 2020. ¿Verdad?

19 R: Me parece que sí. Podemos revisar la
20 fecha si usted lo desea, pero creo que sí.

21 P: Entonces, al 31 de diciembre de 2018 esa
22 sentencia todavía no había ocurrido. ¿Verdad?

1 R: Así es.

2 P: Y bajo la presunción de validez, las
3 resoluciones que aprobaron los permisos
4 ambientales de Mamacocha tenían una presunción
5 de que eran válidos. ¿Verdad?

6 R: Estaban surtiendo efectos. Sí, claro. La
7 presunción de validez tiene como efecto que el
8 acto surta efectos. Nadie puede cuestionar la
9 eficacia del acto administrativo en virtud de
10 la presunción de validez.

11 P: Gracias, doctor.

12 Señor presidente, ¿me puede dar dos o tres
13 minutos? Y pienso que puedo concretar que ya --
14 para estar seguros que ya estamos listos para
15 acabar.

16 PRESIDENTE: Mr Molina, you are finished with
17 your cross-examination?

18 SEÑOR MOLINA: ¿Me puede dar dos minutos?
19 Perdón, señor presidente, ¿me puede dar dos
20 minutos para hablar con un miembro de mi
21 equipo?

22 PRESIDENTE VAN DEN BERG: Sí.

(Pausa.)

SEÑOR MOLINA: Mi última pregunta, doctor Monteza, es: usted entiende que después de la segunda sentencia Mamacocho presentó un contra amparo para revocar la sentencia del amparo. ¿Verdad?

SEÑOR MONTEZA: Sí, entiendo que eso ha ocurrido.

P: Y si el contra amparo deja sin efecto las sentencias del amparos, la nulidad de los permisos de CHM se revierte. ¿Verdad?

R: Habrá que estar al resultado de esa sentencia, señor Molina.

P: Sí, pero en el hipotético de que ese contra amparo llega a prosperar, eso es el efecto que tuviera. ¿Verdad?

R: Señor Molina, la sentencia de la Corte en este caso desarrolla el principio de los efectos de la sentencia, que es un principio bastante desarrollado por el Tribunal Constitucional. En función a ese principio -- por el Tribunal Constitucional peruano.

Cualquiera sea el resultado de la sentencia, el juez constitucional puede definir los efectos específicos que va a tener. Tenemos casos emblemáticos en el Perú. Yo no me puedo poner en ese supuesto. Se puede llegar a la conclusión -- ha ocurrido que una disolución del Congreso no fue válida, pero el Congreso no se disuelve. O sea, eso --habrá que estar a la sentencia, señor Molina. Lamentablemente no puedo ponerme en ese supuesto.

P: Gracias.

Señor presidente, ya terminé.

PRESIDENT: Thank you, Mr Molina.

I ask Mr Nistal, how many minutes do you need for redirect?

MR NISTAL: It is difficult to know, Mr President, but I would say approximately 60 minutes.

PRESIDENT: So you are slated for 15.

MR NISTAL: Yes. I'm planning to exceed that considerably.

PRESIDENT: I see. All right. What shall

we do then? Do you need ten minutes' break then before you start?

MR NISTAL: Yes, Mr President. That would be very useful.

PRESIDENT: All right. Let's see how far we get and then we will take at a certain point in time the lunch break, but I will consider with my colleagues when we can do that.

Ten minutes break now.

MR NISTAL: Thank you.

(Pausa para el café.)

PRESIDENT: Mr Nistal?

MR NISTAL: Yes, Mr President.

PRESIDENT: Please proceed.

MR NISTAL: Thank you.

SEÑOR NISTAL: Doctor Monteza, ¿recuerda que el abogado de las demandantes le formuló una serie de preguntas acerca de las adendas del Contrato RER? Empezó con la adenda 2.

SEÑOR MONTEZA: Sí, recuerdo que me hizo preguntas con relación a la adenda 2, sí.

P: Por favor, ¿podemos poner en pantalla la

adenda 2, que para el récord es el anexo C 0009? Y, por favor, vayamos a la cláusula 1.4 de la adenda, que empieza en la página 19 del anexo.

Doctor Monteza, entiendo que habrá que moverla para que la pueda leer usted entera, pero sobre la base de la cláusula que ve en pantalla, ¿puede por favor explicar al Tribunal qué es exactamente lo que había solicitado CHM que se le otorgase a través de la adenda número 2?

R: Sí. En alguna parte de mi respuesta mencioné que en ésta se solicita la ampliación del plazo, la modificación del numeral 1.4.22. Bueno, modificación del cronograma, modificación del 1.4.22 de la cláusula primera del contrato para establecer que la fecha de terminación sea no menor de 20 años; que se modifique el 8.4 también, precisando que no se podía resolver el contrato en caso de que la fecha de POC fuese después del 31 de diciembre de 2018; y que se agregue una cláusula que

1 establezca que si había inconsistencias entre
2 el contrato y las bases, primaria el contrato.
3 Esos cuatro pedidos hace la sociedad
4 concesionaria en esta oportunidad.

5 P: Por favor, ¿podemos ir a la cláusula 2.1
6 de la adenda, que entiendo que empieza en la
7 página 20 del anexo?

8 R: Ya pasó.

9 P: Y otra vez tendremos que bajar un poco
10 pero, doctor Monteza, una vez que haya leído la
11 cláusula 2.1, ¿puede por favor explicar qué
12 solicitudes de la concesionaria fueron
13 aceptadas y cuáles fueron rechazadas?

14 R: Bueno, de las cuatro que hemos leído como
15 pedido, se aceptó la primera, la modificación
16 del cronograma, y las otras fueron rechazadas:
17 el establecimiento de los 20 años como plazo
18 mínimo, la prórroga -- perdón, la preeminencia
19 del contrato sobre las bases en el caso de una
20 discrepancia y el otro punto no lo recuerdo,
21 pero los tres fueron rechazados. Solamente se
22 modificó el cronograma.

1 P: Por favor, ¿podemos bajar un poco para
2 enseñarle al doctor Monteza la cláusula 2.3?

3 Doctor Monteza, ¿puede darnos por favor
4 ahora su opinión acerca de las implicaciones de
5 esta cláusula 2.3? Me gustaría que la
6 interpretase y explicase usted qué considera
7 que significa.

8 R: Bueno, en mi opinión, esa cláusula lo que
9 refleja es, después de haber hecho el análisis
10 de los pedidos de la contraparte, después de
11 que el MINEM hizo el análisis de los pedidos de
12 la contraparte y decidió amparar solamente el
13 primero, rechazar los demás, eso es aceptado
14 por la contraparte, y ambas confluyen en este
15 numeral 2.3 para aceptar que esos pedidos
16 habían sido rechazados y que, por lo tanto, el
17 régimen del contrato no se modifica. No se
18 establecen los 20 años como plazo mínimo, no se
19 establece la preeminencia del contrato sobre
20 las bases. Creo que esto ratifica o confirma,
21 contiene que este es un entendimiento común de
22 las partes.

1 P: Sobre la base de las cláusulas que acaba
2 de ver, ¿puede por favor compartir su opinión
3 acerca de si la adenda 2 garantizó a CHM que
4 tendría derecho a que se postergase la fecha de
5 la POC real cada vez que ocurriese un retraso
6 imputable a alguna entidad del Estado peruano?

7 R: Bueno, yo creo que no. Creo que es
8 bastante claro que eso no ocurrió, más allá de
9 que yo he explicado en mis informes y en las
10 preguntas que me ha hecho el señor Molina, que
11 discrepo del análisis que hace el Ministerio en
12 este supuesto, este análisis tiene
13 particularidades. Analiza presuntas
14 responsabilidades del Ministerio. Pero
15 definitivamente más allá de esas
16 particularidades es bastante claro que no se
17 puede en mi opinión desprender de este acuerdo,
18 del contenido de esta adenda ni de sus
19 antecedentes una garantía respecto de actos
20 posteriores y, mucho menos, una garantía
21 respecto de actos que ni siquiera resultarían
22 atribuibles al MINEM.

1 COÁRBITRO TAWIL: Perdón, señor Nistal, una
2 aclaración ya que está con el tema. A ver si
3 entiendo bien, doctor Monteza. Yo creo que lo
4 que se modificó es el 1.4.23. ¿Correcto? Es la
5 fecha real de puesta en operación comercial.

6 SEÑOR MONTEZA: Se modificó el cronograma. Si
7 podemos pasar a la cláusula que leímos hace un
8 momento de la modificación, se modifica el
9 cronograma de ejecución de obras.

10 COÁRBITRO TAWIL: Resultando como nueva
11 fecha, si lee la última parte, pasemos a la
12 página siguiente, resultando como nueva fecha,
13 y en (inaudible) los (demás dichos) resultando
14 como nueva fecha de puesta en operación
15 comercial el 14 de marzo de 2020. ¿Correcto?

16 SEÑOR MONTEZA: Sí, eso dice la cláusula,
17 profesor.

18 COÁRBITRO TAWIL: Y esa es la fecha real de
19 puesta en operación comercial, el 1.4.23.
20 ¿Correcto?

21 SEÑOR MONTEZA: Sí, conforme a esa adenda,
22 sí.

1 COÁRBITRO TAWIL: Okay, gracias.

2 SEÑOR NISTAL: Señor Monteza, me gustaría
3 clarificar algo para el Tribunal. Usted
4 discutió con el señor Molina acerca de si las
5 partes habían acordado o no que ciertos hechos
6 eran imputables al MINEM o al Estado, que si
7 eso daba derecho a postergar o no la fecha de
8 la POC real.

9 Mi pregunta es: las justificaciones que se
10 dan en la resolución ministerial o en cualquier
11 otro documento para llegar a esta adenda que
12 acabamos de ver, que usted acaba de confirmar
13 que es esencialmente modificar la fecha de la
14 POC real, mi pregunta es: ¿esas
15 justificaciones, esas decisiones, eso es parte
16 de la adenda? ¿Se puede decir que sobre la base
17 de esas discusiones CHM tenía un derecho a
18 postergar cualquier fecha siempre y cuando se
19 diesen circunstancias similares? ¿O la adenda
20 se ciñe exclusivamente a lo que pone en esa
21 cláusula 2.1? Eso es lo que quiero entender.

22 SEÑOR MONTEZA: No, si se refiere, señor

1 Nistal, a las consideraciones contempladas en
2 la resolución, eso no es parte del contenido de
3 la adenda. Eso es un antecedente que no tiene
4 en absoluto carácter contractual. El contenido
5 contractual de la adenda es el contenido
6 plasmado en ella, los acuerdos de las partes.
7 Y, por lo tanto, no se podría hacer un análisis
8 más allá de ese texto para efectos de
9 determinar cuál es el efecto de la adenda.

10 P: ¿Y mediante la adenda 2 se modificó de
11 alguna forma las obligaciones de las partes
12 bajo el Reglamento RER o el Reglamento RER en
13 relación a la obtención de permisos?

14 R: No. No se modificó en absoluto. Es más,
15 la cláusula 2.3 que acabamos de leer refleja el
16 común entendimiento de las partes de que más
17 allá del cambio del cronograma y el
18 establecimiento de la nueva fecha de POC real,
19 en realidad el contrato queda inmodificable --
20 inmodificado.

21 P: Por favor, vayamos ahora a la resolución
22 ministerial número 559 2016, que aprueba esta

1 adenda 2, y en concreto vayamos al segundo
2 párrafo de la página 9 de la adenda 2. Creo que
3 es página 27 del anexo -- 24, perdón. Empieza
4 con las palabras: "Que en atención al oficio".
5 Eso es.

6 Una vez que haya leído este párrafo, doctor
7 Monteza, ¿le puede explicar al Tribunal cuál
8 fue la recomendación de OSINERGMIN en relación
9 con la solicitud de CHM de que se prorrogase la
10 fecha de la POC real y que se modificase a
11 condición resolutoria contenida en la cláusula
12 8.4 del Contrato RER?

13 R: Sí. Bueno, me parece que también me
14 refería en algún momento en la parte de la
15 discusión del papel que jugaba OSINERGMIN y lo
16 que decía OSINERGMIN con relación a la
17 ejecución del contrato. En este caso, siendo
18 consultado el regulador respecto de las
19 solicitudes del concesionario, el regulador
20 expresa que está en contra de la modificación
21 del plazo de goce de ingreso garantizado, de la
22 ampliación de las fechas de POC y de fecha de

1 término del contrato, y explica que la razón
2 por la que está en desacuerdo es que considera
3 que eso es contrario al régimen RER, al marco
4 legal, al Reglamento RER aplicable. Eso refleja
5 que, en realidad, el entendimiento de esta
6 cláusula o de estas disposiciones legales por
7 parte del regulador era bastante claro desde
8 antes de la solicitud de modificación del
9 contrato que dio lugar a la segunda adenda.

10 P: Doctor Monteza, ¿está usted de acuerdo
11 con la opinión del OSINERGMIN?

12 R: Sí, por supuesto. Esa es la opinión que
13 se refleja en mis informes.

14 P: Por favor, ¿podemos poner en pantalla la
15 adenda 3, que para el récord es el anexo C
16 0014? En concreto vayamos a la cláusula segunda
17 de la adenda, que se encuentra en la página 26
18 del anexo.

19 Doctor Monteza, una vez que haya leído la
20 cláusula segunda, ¿puede explicar al Tribunal
21 qué es lo que acordaron las partes a través de
22 la adenda número 3?

1 SEÑOR MOLINA: Perdón por interrumpir: yo no
2 le pregunté al doctor Monteza preguntas basadas
3 en esta adenda ni a la materia que maneja esta
4 adenda.

5 SEÑOR NISTAL: Señor presidente: el abogado
6 Molina intentó establecer que las partes habían
7 acordado a través de la adenda 2, y es algo que
8 han argumentado a través de todo este caso, que
9 CHM esencialmente se mantendría indemne y que
10 tendría derecho a perpetuidad a siguientes
11 adendas. Estoy intentando establecer lo
12 contrario y obtener la opinión del experto
13 acerca de ello.

14 PRESIDENT: Objection overruled.

15 SEÑOR NISTAL: Puede contestar a mi pregunta,
16 doctor Monteza. Una vez que haya leído la
17 cláusula segunda, ¿puede explicar al Tribunal
18 qué es lo que acordaron las partes a través de
19 la adenda 3?

20 SEÑOR MONTEZA: Bueno, este texto dice que
21 ratifican los acuerdos detallados en el
22 apartado 2 de los acuerdos del acta de trato

1 directo. Creo que habría que revisar ese
2 documento para poder responderle.

3 P: Gracias. Veamos, entonces, los acuerdos a
4 los que llegaron las partes en el apartado 2
5 del acta de trato directo. Se encuentran
6 reproducidos en la resolución ministerial que
7 aprueba la adenda 3, y se encuentra en la
8 página 15 de la adenda. Ahí está.

9 Doctor Monteza, una vez que haya leído la
10 cláusula 2.1, que ve en pantalla, ¿le puede por
11 favor explicar al Tribunal cuál fue el alcance
12 de los acuerdos alcanzados por las partes en el
13 apartado 2 del acta de trato directo?

14 R: Bueno, la suspensión del contrato de
15 concesión de suministro de energía de Mamacocha
16 incluyendo las obligaciones y derechos del
17 cronograma de ejecución de obra contenido en el
18 anexo 2. Bueno, lo que las partes acuerdan ahí
19 es la suspensión del contrato en el marco del
20 trato directo.

21 P: Sí, ¿pero qué significa eso, doctor
22 Monteza? Por ejemplo, ¿considera usted que la

1 adenda 3 modificó la fecha de la POC real o la
2 fecha de término del contrato?

3 R: No, en absoluto. Es bastante claro que lo
4 que hacen estas adendas, además en el contexto
5 en el que fueron emitidas, es suspender la
6 exigibilidad de las obligaciones, valga la
7 redundancia, durante el plazo que se da la
8 suspensión con el objetivo de generar las
9 condiciones necesarias para que desarrolle el
10 trato directo. No tiene ningún otro efecto. No
11 tiene efecto más allá de suspender durante el
12 plazo ahí establecido la exigibilidad de las
13 obligaciones que pudiesen vencer en ese período
14 sin modificar el contrato. Está claro que ese
15 no es el objetivo de la adenda.

16 P: Pero si no se modifica la fecha de la POC
17 real o la fecha de término, ¿qué utilidad tiene
18 la adenda 3?

19 R: Bueno, durante el plazo de suspensión --
20 este es un contrato de ejecución continuada y
21 hay una serie de obligaciones que pueden
22 devenir en exigibles durante ese plazo. Si hay

1 discrepancias y obligaciones exigibles, esas
2 obligaciones exigibles eventualmente podrían
3 generar incumplimientos, imputaciones y no dar
4 lugar al desarrollo del trato directo.

5 Lo que las partes realizan acá es una
6 suspensión de ese plazo para que, a partir de
7 la imposibilidad de vencimientos de plazo,
8 inexigibilidad de obligaciones durante ese
9 plazo, durante ese tiempo se generen las
10 condiciones para la negociación. Entiendo que
11 esto es tratado por el doctor Lava en sus
12 informes. Hay obligaciones como, por ejemplo,
13 la necesidad de incrementar la carta fianza en
14 función al avance de los hitos del cronograma.
15 En general, el objetivo es generar -- dar las
16 condiciones para que se produzca la
17 conversación entre las partes. Pero la
18 conversación entre las partes estaba referida
19 potencialmente a tener impacto en el contrato.
20 Eso es lo que se iba a conversar. Me parece que
21 no se puede reputar un efecto a estas adendas
22 con relación a eso que estaba siendo objeto de

1 negociación.

2 P: Por favor, amplíemos ahora la cláusula
3 2.2 del apartado 2 del acta de trato directo.

4 SEÑOR MOLINA: Señor presidente, reitero mi
5 objeción. Ya llevamos varios minutos hablando
6 de suspensiones y del acuerdo de suspensión,
7 cuando ninguna de mis preguntas era basada en
8 esas adendas ni al tema de la suspensión.

9 SEÑOR NISTAL: Señor presidente: reitero lo
10 que mencioné antes: el señor Molina ha hecho
11 preguntas acerca de la adenda 2 y ha implicado
12 que esa adenda 2 significaba que cada vez que
13 hubiese un retraso -- estoy intentando mostrar
14 qué es lo que se acordó en las adendas.

15 PRESIDENT: Objection overruled.

16 SEÑOR NISTAL: Señor Monteza, una vez que
17 haya leído esa cláusula, ¿puede por favor
18 explicar al Tribunal si es razonable concluir
19 que el MINEM o el Estado peruano aceptó algún
20 tipo de responsabilidad contractual o
21 extracontractual por las acciones llevadas a
22 cabo por cualquier otro gobierno, regional o

1 local?

2 SEÑOR MONTEZA: No. Esta estipulación señala
3 todo lo contrario. ¿No? Y, además, dada su
4 naturaleza contractual, es el común
5 entendimiento y la voluntad de las partes. El
6 Ministerio de Energía y Minas declara
7 unilateralmente que lo señalado no constituye
8 reconocimiento de responsabilidad ni
9 contractual ni extracontractual o de cualquier
10 otro tipo, ni siquiera del propio Ministerio.

11 Entonces, ese no es claramente -- la
12 disposición lo que hace es dejar claro que los
13 hechos que están motivando la suspensión del
14 contrato para efectos de generar una
15 negociación sobre estas alegaciones de
16 Mamacocha y la suspensión en sí misma no es una
17 aceptación del Ministerio de responsabilidad de
18 ninguna naturaleza.

19 P: Doctor Monteza, ¿ha revisado usted las
20 adendas 4, 5 y 6 del Contrato RER? Y voy a
21 terminar con esta línea de preguntas pronto,
22 pero ¿ha revisado usted estas adendas 4, 5 y 6

1 del Contrato RER?

2 R: Sí.

3 P: Para el récord, son los anexos C-0015, C-
4 0016 y C-0017.

5 Mi pregunta es: ¿recuerda usted si las
6 adendas 4, 5 y 6 contienen una cláusula similar
7 a la cláusula 2.2 que ve en pantalla? Si no
8 recuerda, se las puedo enseñar.

9 R: Me parece que contienen la misma
10 cláusula. Si quiere hacerme alguna pregunta con
11 relación a ese contenido, me gustaría verlas,
12 pero lo que le puedo decir es que me parece que
13 contienen exactamente la misma cláusula.

14 P: Gracias.

15 Señor Monteza, ¿recuerda usted que el señor
16 Molina le hizo una serie de preguntas sobre las
17 obligaciones de OSINERGMIN y su intervención en
18 el Contrato RER? También hubo una pregunta del
19 profesor Tawil acerca de eso. ¿Recuerda esa
20 discusión?

21 R: Sí, la recuerdo.

22 P: ¿Recuerda usted si alguno de los laudos

1 locales que analizaron el Contrato RER, de los
2 laudos de la Cámara de Lima, consideran o
3 analizan si OSINERGMIN tiene responsabilidad --
4 responsabilidades contractuales bajo el
5 Contrato RER?

6 R: Sí, sí, hay laudos que lo analizan y
7 llegan a la conclusión de que no las tiene.

8 P: Veamos en la pantalla el Laudo en
9 Conhidro y vamos a la página 71, por favor.
10 Para el récord, este es el anexo CM-0085.
11 Vayamos, por favor, a la página 71.

12 ¿Se acuerda, doctor Monteza, que de hecho el
13 señor Molina le llevó a algunas de las mismas
14 cláusulas que están mencionadas en el párrafo
15 322?

16 R: Sí, están mencionadas -- sí, las vimos.
17 Me parece que a partir del cuadro que yo
18 elaboro en mi informe, pero recuerdo la 4.7 y
19 la 4.6, sí.

20 P: Bien. A lo mejor convendría, por favor,
21 subir un poco desde el párrafo 320, me da la
22 impresión -- ah, no, está bien, empecemos desde

1 el 321. ¿Puede por favor leer estos párrafos y
2 explicarle al Tribunal cuál fue la conclusión a
3 la que llegó el Tribunal Conhidro en relación a
4 si OSINERGMIN es o no parte del contrato o si
5 tiene obligaciones contractuales bajo el mismo?

6 R: Sí. Bueno, el Tribunal hace un análisis
7 de la intervención de OSINERGMIN conforme a
8 estas cláusulas -- mencionada en estas
9 cláusulas la intervención que tiene OSINERGMIN
10 en la aprobación del cronograma, y llega a la
11 conclusión en general que las actuaciones de
12 OSINERGMIN no son actuaciones en el marco del
13 contrato. ¿No?

14 P: Veamos ahora, por favor, el Laudo en
15 Electro Zaña, específicamente el párrafo 300,
16 en la página 122. Para el récord, este es el
17 anexo RL-0095.

18 ¿De nuevo, doctor Monteza, por favor, puede
19 leer ese párrafo y explicarle al Tribunal qué
20 es lo que en su opinión concluyó el Tribunal en
21 Electro Zaña?

22 R: Sí. Bueno, en este caso nuevamente

1 refiriéndose a lo que hacía OSINERGMIN en el
2 marco del proceso de aprobación del cronograma,
3 llega a la conclusión el Tribunal que este no
4 es un acto de naturaleza contractual -- la
5 presentación es -- la definición del contenido
6 es unilateral del concesionario. La aprobación
7 que hace o la revisión que hace OSINERGMIN la
8 hace en el marco de las normas que le atribuyen
9 competencia. No hay intervención del Ministerio
10 de Energía y Minas y, por lo tanto, no tiene
11 naturaleza contractual esta intervención.

12 P: ¿Recuerda que el abogado de las
13 demandantes le preguntó acerca de...?

14 Estamos pasando a otro tema. Podemos quitar
15 este documento de la pantalla, por favor.

16 ¿Recuerda que el abogado de las demandantes
17 le preguntó acerca del tope de 5 por ciento
18 previsto en la exposición de motivos de la Ley
19 RER?

20 R: Sí.

21 P: ¿Y se acuerda que usted intentó explicar
22 que ese tope de 5 por ciento es solo uno de los

1 mecanismos previstos en la Ley RER para
2 controlar el incremento de las tarifas
3 resultantes de los proyectos RER?

4 R: Sí, en general es en el régimen RER,
5 ¿no?, uno de los mecanismos para controlar el
6 impacto.

7 P: Sí. Le estoy preguntando simplemente
8 porque creo recordar que el abogado de las
9 demandantes no le permitió continuar. ¿Puede
10 explicar, por favor, cuáles son los otros
11 mecanismos? Aparte del 5 por ciento, ¿qué otros
12 mecanismos hay para controlar ese incremento de
13 tarifas o en general lo que tienen que pagar
14 los contribuyentes?

15 R: Bueno, sobre todo para efectos de este
16 arbitraje, los principales mecanismos son la
17 inmodificabilidad de las fechas, ¿no?, de las
18 fechas de POC real y de terminación del
19 contrato.

20 En mi opinión, y por eso he tratado de ser
21 enfático en señalar que tenemos al frente a una
22 entidad del Estado, lo que se hace es con estas

1 reglas establecer un régimen de incentivos que
2 busca que los concesionarios o los postores que
3 se someten voluntariamente a este régimen, a
4 obtener las ayudas vinculadas al ingreso
5 garantizado y a la prima, tomen las medidas
6 diligentes en todo el proceso, desde la
7 selección de su proyecto, la estrategia de
8 obtención de sus permisos, etcétera, para
9 lograr que el horizonte de tiempo sobre la base
10 del cual se calcula la energía requerida en
11 cada una de las subastas, realmente se cumpla.
12 No? Porque lo que hace el Estado es: determina
13 en un horizonte de tiempo una energía
14 requerida, estima los costos que eso va a
15 determinar en ese tiempo y, por lo tanto, la
16 carga que va a tener que satisfacer la demanda
17 con la -- el cargo por prima; y sobre esa base
18 toma la decisión.

19 Es interés evidentemente de esta política
20 que estos plazos se cumplan, porque de lo
21 contrario todos los cálculos que justificaron
22 la determinación de la energía adjudicada o de

1 la energía requerida en cada subasta y el plazo
2 previsto en el contrato y el impacto de la
3 prima sobre la demanda no se verificarían,
4 serían inútiles.

5 Entonces, yo considero que de la misma
6 manera -- o mejor dicho, que la limitación de
7 la posibilidad de modificar las fechas cumple
8 exactamente el mismo objetivo, busca satisfacer
9 el mismo interés que la delimitación del 5 por
10 ciento: uno es en cantidad y el otro es en
11 horizonte temporal. Lo que se busca es tener
12 previsibilidad de ese cambio. Si no se tiene
13 previsibilidad de ese cambio, entonces no
14 habría forma de diseñar adecuadamente las
15 políticas públicas.

16 P: Vamos a pasar a otro tema. ¿Recuerda que
17 le hicieron una pregunta acerca de la
18 declaración jurada que hicieron los postores en
19 la tercera subasta?

20 R: Sí.

21 P: Por favor, ¿podemos poner en pantalla el
22 anexo R-0138, que contiene la declaración

1 jurada que realizaron las demandantes el 30 de
2 octubre de 2013?

3 Doctor Monteza, ¿cómo interpreta usted que
4 las demandantes...? Déjeme reformular.

5 ¿Interpreta usted que las demandantes
6 reconocieron el carácter no modificable de la
7 fecha de término del contrato exclusivamente
8 cuando se presenten eventos de fuerza mayor o
9 también en otros casos?

10 R: No, yo creo que eso es -- es una
11 limitación absoluta, ¿no? Me parece que el
12 texto es bastante claro.

13 Este texto emana de la norma, que es
14 bastante clara, y por eso este texto dice "no
15 modificable", en términos absolutos, en mi
16 opinión, y por eso utiliza "aun cuando se
17 presenten eventos de fuerza mayor." ¿No? Esta
18 fecha es simplemente no modificable.

19 P: Por favor, pongamos ahora en pantalla el
20 anexo R-0139, que contiene la declaración
21 jurada que presentaron las demandantes con el
22 sobre de calificación en la tercera subasta

1 RER. Le doy algo de tiempo para que la lea y le
2 voy a hacer una pregunta.

3 R: Okay.

4 P: ¿Cree usted que es razonable, sobre la
5 base de estas declaraciones que le he enseñado,
6 considerar que las demandantes reconocieron el
7 carácter no modificable de la fecha de término
8 del contrato, incluso en supuestos relacionados
9 con retrasos atribuibles a entidades del
10 Estado? ¿Cree usted razonable concluir que esa
11 es una -- un reconocimiento expreso que
12 realizan las demandantes?

13 R: Yo creo que sí, y la razón la he
14 explicado al momento de dar mis respuestas.
15 ¿No? Yo creo que estas declaraciones surgen de
16 la modificación del régimen RER, y esa
17 modificación del régimen RER se da en un
18 determinado contexto y busca hacer frente a ese
19 contexto.

20 Creo que una interpretación distinta no es
21 razonable. Creo que es bastante claro que la
22 aceptación que se hace al, como dice el texto

1 en pantalla, aceptar y someterse incondicional,
2 expresa e indubitadamente a las bases y demás
3 reglas, es una -- debe ser -- no puede tener un
4 significado distinto a ese sometimiento
5 incondicional a asumir ese riesgo, como yo lo
6 he tratado, porque era el contexto, era la
7 medida que se buscaba -- era la situación que
8 se buscaba solución con esta medida.

9 Así que creo que sí, yo creo que ese es el
10 entendimiento.

11 Se ha pretendido dar, si me lo permite, un
12 cariz de irrazonabilidad a una interpretación
13 en ese sentido, pero yo considero que eso, en
14 realidad, no es así. Parte de asumir un
15 supuesto ideal que nunca ocurrió, que no ocurre
16 por lo menos en el Perú, que entiendo no ocurre
17 en otras latitudes. ¿No?

18 Desde mi punto de vista, si se asume el
19 riesgo de obtener la POC de un proyecto en un
20 plazo que puede ir hasta dos años, porque puede
21 hacerlo antes -- por ejemplo, en este caso hay
22 hechos que evidencian que Mamacocho había

1 avanzado con la obtención de permisos
2 vinculados a agua, recursos hídricos, incluso
3 antes del contrato.

4 Entonces, el régimen claro establecido lo
5 que busca es que se asuma esto, que se entienda
6 la realidad del país, que se entienda el
7 contexto del mercado peruano, que se entienda
8 lo que ocurre y que se tomen las medidas
9 necesarias para lograr el objetivo. Creo que
10 ese es el entendimiento que debía tener, que
11 debió tener Mamacocha en el momento que hizo
12 estas declaraciones, señor Nistal.

13 P: Gracias. Esto me lleva a otra línea de
14 preguntas. ¿Recuerda usted que el señor Molina
15 le preguntó sobre la buena o mala fe de la
16 administración durante el procedimiento
17 administrativo relativo a la obtención de
18 permisos?

19 R: Sí, lo recuerdo.

20 P: Y usted mencionó que es importante tomar
21 en cuenta la conducta o acciones del
22 administrado durante un procedimiento

1 administrativo.

2 Mi pregunta es: ¿a qué clase de conducta se
3 refiere? ¿Qué se puede hacer frente a la mala -
4 - bueno, a un retraso en obtención de permisos
5 por parte de entidades que no son el MINEM?

6 R: Sí. A ver, en el ámbito del procedimiento
7 administrativo, que fue en el ámbito en el que
8 estábamos hablando esa pregunta, en el ámbito
9 del procedimiento administrativo, que es el
10 procedimiento que se realiza para obtener los
11 permisos ante las entidades gubernamentales
12 competentes, es posible que exista
13 responsabilidad de la administración, y eso
14 está regulado en la Ley de Procedimiento
15 Administrativo General. La ley dice que para
16 determinar la responsabilidad de la
17 administración se tendrá en cuenta, entre otros
18 aspectos, la conducta del administrado.

19 No se puede, me parece que carece de
20 sustento legal pero además me parece que no es
21 real, no es realista, hablar de mala fe de la
22 administración por demoras en el plazo. Si una

1 demora en un plazo implicase mala fe de la
2 administración, en realidad el derecho
3 administrativo no se habría desarrollado como
4 se ha desarrollado.

5 Un procedimiento puede tardar por múltiples
6 razones, infinitas, desde complejidad del
7 procedimiento hasta capacidad de atención de la
8 propia entidad, y esa es una realidad en todas
9 partes.

10 Frente a eso, evidentemente, hay que
11 ponderar los intereses del administrado. Y una
12 cosa que no se ha analizado, me parece, por lo
13 menos en lo que yo he visto en este caso, es
14 precisamente lo que puede hacer el administrado
15 y lo que el administrado que se somete a las
16 bases debió haber previsto como parte de su
17 contrato o como parte de su estrategia en el
18 proyecto.

19 Yo me atrevería a decir, por ejemplo, a
20 partir de mi propia experiencia, que no
21 encuentro posible que un estudio de abogados en
22 el Perú, por ejemplo, le emita una opinión a un

1 interesado en desarrollar el proyecto, un
2 proyecto de esta naturaleza, que no incluya una
3 recomendación de tomar las medidas necesarias
4 respecto del riesgo que se está asumiendo.

5 Y voy a lo que usted menciona, señor Nistal.
6 Si yo, por ejemplo, solicito una --inicio un
7 procedimiento administrativo -- un
8 procedimiento administrativo.

9 (Pausa.)

10 SEÑOR MONTEZA: Perdón, me cambié de canal.
11 Estoy escuchando en inglés. Si un administrado
12 inicia un procedimiento administrativo debe,
13 por ejemplo, para empezar, cumplir con
14 presentar toda la documentación necesaria. Si
15 no cumple con presentar toda la documentación
16 necesaria, ahí ya hay un hecho que habrá que
17 tenerse en cuenta más adelante.

18 Presentar toda la documentación necesaria no
19 es lo único que se requiere, porque el análisis
20 de la administración no solamente incluye un
21 análisis de contar cuántos documentos se han
22 presentado, sino del contenido y la suficiencia

1 de ese contenido. Y se pueden formular
2 observaciones. Hay reglas para formular
3 observaciones, hay reglas para responder a esas
4 observaciones. Y habrá que evaluar toda la
5 diligencia del administrado a lo largo de ese
6 proceso. Estamos hablando de la responsabilidad
7 eventual de la administración, ¿no es cierto?

8 Luego tenemos que la administración,
9 imaginémosnos efectivamente no ha emitido
10 pronunciamiento una vez vencido el plazo para
11 responder, que como se ha explicado en este
12 caso, es de 30 días hábiles como plazo máximo.

13 En ese supuesto, dependiendo de la materia
14 en la que estemos, el administrado tendrá, por
15 ejemplo, la posibilidad de considerar que ha
16 aplicado el silencio administrativo negativo
17 para efectos de interponer un recurso que busca
18 destrabar el trámite. La presentación de ese
19 recurso va a tener como efecto que el
20 expediente se eleve al órgano superior, por
21 ejemplo, y eso busca que el superior tenga la
22 posibilidad de revisar y de hacer aquello que

1 el inferior no ha hecho.

2 A mayor abundamiento con relación a este
3 procedimiento, si a pesar de que yo, por
4 ejemplo, ejerzo mi derecho de impugnación sobre
5 el silencio negativo y la administración sigue
6 sin responderme, el siguiente silencio que
7 aplicará será positivo. Entonces ahí, por
8 ejemplo, un administrado frente a una
9 administración completamente desidiosa, que
10 simplemente no le responde en 60 días podría
11 obtener un resultado positivo.

12 Sin perjuicio de esto, también está la
13 posibilidad de interponer una queja. La ley
14 peruana contempla como remedio de las
15 desviaciones del procedimiento un mecanismo que
16 en mi opinión es bastante eficaz. La ley dice
17 que interpuesta la queja, se resuelve en tres
18 días por el superior jerárquico del funcionario
19 que está demorando, y que esa -- la resolución
20 del superior jerárquico puede implicar una
21 orden de que se atienda el pedido, puede
22 implicar la sustitución del funcionario

1 desidioso, puede implicar la asignación del
2 caso a otro órgano para solucionar el problema.

3 Entonces, al final del procedimiento de cual
4 sea el resultado, cuando se busque evaluar una
5 situación de mala fe de la administración y la
6 responsabilidad que eso puede tener para con el
7 administrado, se tendrá en cuenta si el
8 administrado presentó los documentos completos,
9 si atendió adecuadamente las observaciones, si
10 en el momento necesario ejerció los medios de
11 defensa para mitigar su daño, que es una
12 exigencia --digamos, está contemplada en la
13 ley, pero es una exigencia general en el
14 derecho para solucionar el problema.

15 Entonces, cuando yo me pongo en el contexto
16 del Perú, cuando yo me pongo en el contexto de
17 las subastas RER anteriores, cuando yo me pongo
18 en el contexto de esa problemática y entiendo
19 por qué sale la modificación al Reglamento RER,
20 y sobre la base de esa modificación yo decido
21 participar en un Proyecto RER, tengo que tener
22 todo esto en cuenta, identificar los mecanismos

1 que la ley ya prevé y que en mi opinión
2 resultan eficaces dentro del plazo de dos años
3 para garantizar que mi proyecto esté en
4 posibilidad de entrar en operación comercial o
5 para maximizar las probabilidades de que mi
6 proyecto esté en capacidad de entrar en
7 operación comercial en el plazo previsto. Tengo
8 este plazo: los 20 años eran reducibles a 18,
9 entonces puedo hacer algo antes, puedo hacer
10 algo durante ese plazo, y la ley ofrece
11 mecanismos para eso.

12 Entonces, lo que yo quise decir cuando se me
13 hizo esa pregunta es que yo no creo posible,
14 por lo menos no se ha planteado un caso de esa
15 manera, que podamos hablar de mala fe de la
16 administración solo por el hecho de que los
17 plazos no se hayan obtenido --perdón, los
18 permisos no se hayan obtenido en el plazo. No
19 creo que se pueda hablar de mala fe de la
20 administración sin entender qué pasó en el
21 procedimiento y, sobre todo, sin analizar si se
22 ejercieron los mecanismos que la ley permite

1 para lograr esto, ¿no?

2 Se me hizo la pregunta, por ejemplo, usted
3 cree que el administrado debe hacer más...

4 PRESIDENT: Dr Monteza, could you be
5 slightly more economical in your answers?

6 SEÑOR MONTEZA: Sí, señor presidente. Con
7 esto termino.

8 En realidad, creo que todo este contexto se
9 tiene que analizar antes de hablar de mala fe
10 de la administración. El solo transcurso del
11 plazo sin respuesta no nos puede hacer llevar
12 en mi opinión ni hablar de mala fe de la
13 administración ni de responsabilidad de la
14 administración.

15 SEÑOR NISTAL: Gracias, doctor Monteza.

16 Y si todo esto no funciona, usted confirmó
17 que hay mecanismos para que se declare la
18 responsabilidad de la administración que actúa
19 de mala fe. Estamos hablando de organismos que
20 no son el MINEM. Mi pregunta es: cuando usted
21 dijo que se puede establecer la
22 responsabilidad, ¿está hablando de

1 responsabilidad contractual o extracontractual?

2 SEÑOR MONTEZA: No, yo estoy hablando de
3 responsabilidad en el marco de la Ley del
4 Procedimiento Administrativo y, por lo tanto,
5 del procedimiento. Si llegamos a la conclusión
6 que tramitado el procedimiento la entidad ha
7 incurrido en responsabilidad, porque digamos ha
8 sido capaz de superar todas estas defensas del
9 administrado o lo ha hecho -- me refiero -- se
10 ha mantenido, por ejemplo, sin responder, no ha
11 reconocido la eficacia del silencio y cosas de
12 esa naturaleza, y se llega a la conclusión de
13 que hay una responsabilidad, esa es la
14 responsabilidad prevista en la Ley del
15 Procedimiento Administrativo General, que no
16 tiene carácter contractual.

17 P: De acuerdo. Y cuál sería la vía -- de
18 manera breve, ¿cuál sería la vía para obtener
19 compensación por esa responsabilidad
20 extracontractual? Lo que quiero saber es: ¿es
21 posible pedir a través del Contrato RER
22 compensación por responsabilidad

1 extracontractual de otras entidades que no son
2 el MINEM?

3 R: No. La vía para eso es un proceso
4 judicial. La ley peruana prevé la
5 responsabilidad de la administración en el
6 marco del proceso judicial contencioso
7 administrativo.

8 P: Gracias. Voy a pasar ahora a la sentencia
9 de amparo, señor Monteza. Deme un segundo, por
10 favor.

11 ¿Recuerda usted que el señor Molina se
12 refirió a la sentencia amparo, y
13 específicamente le enseñó los argumentos que
14 había presentado el MINEM en esta sentencia?

15 R: Sí, lo recuerdo.

16 P: Sobre la base del resultado de la
17 conclusión a la que llegan las diferentes
18 cortes peruanas, ¿sabe usted si estos
19 argumentos fueron aceptados por las cortes
20 peruanas?

21 R: No, los argumentos fueron desestimados.

22 P: Y esta sentencia de amparo, me estoy

1 refiriendo al anexo R-0070, ¿puede aún ser
2 impugnada? Mi pregunta es: ¿tiene carácter de
3 cosa juzgada o no tiene carácter de cosa
4 juzgada?

5 R: Sí, claro, tiene carácter de cosa
6 juzgada. No existe vía para impugnarla dentro
7 del proceso.

8 P: Y entonces todo este procedimiento del
9 que estaba hablando el señor Molina, creo que
10 se refirió a amparo contra amparo o algo por el
11 estilo, ¿se trata de un procedimiento
12 ordinario? ¿Es una tercera apelación? ¿De qué
13 estamos hablando exactamente?

14 R: Es otro proceso judicial. El amparo
15 contra un amparo es otro proceso judicial que,
16 además, fundamentalmente requiere que la
17 decisión del primer amparo sea firme, que no se
18 pueda cuestionar en su propia vía.

19 P: Entonces, ¿la sentencia de amparo
20 despliega efectos ahora o todavía no los
21 despliega?

22 R: Sí, claro. Como lo mencioné, no solamente

1 esa sentencia, en los procesos de amparo la
2 sentencia de primera instancia tiene efectos.

3 P: Gracias. Deme un segundo, por favor.

4 Vayamos, por favor, a la sentencia de
5 amparo; pongámosla en pantalla y vayamos al
6 punto -- a la página 29, el punto 2.1.1.1. Ahí
7 estamos.

8 Doctor Monteza, ve aquí que se menciona un
9 informe titulado: "Flora y fauna silvestre de
10 la laguna Mamacocha y alrededores", realizado
11 por el biólogo doctor Luis Norberto Villegas
12 Paredes. Entiendo que es investigador del
13 instituto de ciencia y gestión ambiental.

14 R: Sí. Eso dice.

15 P: ¿Podemos ir ahora al punto -- a la página
16 32, en concreto el punto 2.1.1.17?

17 ¿Puede, por favor, leer ese párrafo, señor
18 Monteza? Y tómese el tiempo que necesite, y
19 explíqueme al Tribunal cuál es su
20 interpretación de las conclusiones a las que
21 llega el informe.

22 R: Sí, en este informe -- bueno, la

1 recomendación después de caracterizar la laguna
2 Mamacocha como un sistema -- como un ecosistema
3 frágil y de poca probabilidad de que se den las
4 condiciones de que exista en otro lugar, la
5 opinión de este informe es que no se realicen
6 actividades que lo alteren o perturben.

7 P: ¿Puede bajar un poco más, por favor? Deme
8 un segundo, por favor.

9 Vamos ahora al punto 2.1.2. Es la página 32.
10 Un poco más arriba creo que es. Ahí. Aquí se
11 menciona un informe técnico. ¿Correcto?

12 R: Ajá.

13 P: Y es el emitido por el Servicio Nacional
14 Forestal y de Fauna Silvestre. Lo ve, ¿verdad?

15 R: Sí.

16 P: Bien. Vayamos ahora a la página 34, en
17 concreto el 2.1.3.3, y hagamos el mismo
18 ejercicio. Me gustaría saber, después de que
19 usted lea ese párrafo, que me diga cuáles
20 considera que son las conclusiones a las que
21 llega el informe sobre la designación de la
22 laguna Mamacocha como maravilla natural de la

1 Comunidad Andina.

2 R: Sí, bueno, SERFOR hace esta determinación
3 después de pasar por la identificación de
4 especies de flora y fauna en el ecosistema
5 Mamacocha y llega a la conclusión de que ha
6 sido declarado una maravilla natural de la
7 Comunidad Andina.

8 P: Gracias. Vayamos ahora, por favor, a la
9 página 49 de esta sentencia, y en concreto al
10 punto 2.7.3. Mismo ejercicio, doctor Monteza:

11 ¿puede, por favor, leer este numeral y
12 explicarle al Tribunal lo que denuncia en
13 concreto el Frente de Defensa de los recursos
14 naturales del distrito de Ayo?

15 SEÑOR MOLINA: Señor presidente: perdón por
16 interrumpir, pero me parece que he tenido
17 paciencia, pero las últimas preguntas del
18 doctor Nistal simplemente le han pedido al
19 experto que lea del documento. No veo que haya
20 una pregunta además de esa.

21 PRESIDENT: Sustained.

22 SEÑOR NISTAL: Señor presidente, no sé si

1 recordará cuál ha sido la práctica de las
2 demandantes durante todo...

3 PRESIDENT: Mr Nistal, please ask questions
4 and don't let the witness only read the
5 document.

6 SEÑOR NISTAL: De acuerdo. Deme un segundo,
7 por favor, doctor Monteza. No hace falta que
8 conteste esta pregunta.

9 Mr President, can I take two minutes to
10 speak with my team?

11 PRESIDENT: Sure, please go.

12 MR NISTAL: Thank you.

13 (Pausa.)

14 MR NISTAL: Mr President, Dr Monteza, I
15 don't have any more questions.

16 PRESIDENT: Thank you, Mr Nistal. I look to
17 my colleagues. Professor Tawil, do you have
18 any questions?

19 PROFESSOR TAWIL: No, Mr President, I have
20 no further questions. Thanks.

21 PRESIDENT: Professor Vinuesa, any
22 questions?

1 PROFESSOR VINUESA: No, I don't have any
2 questions either.

3 PRESIDENT: Thank you. Since I don't have
4 questions either, Dr Monteza, thank you for
5 testifying. You are now excused as a witness.

6 SEÑOR MONTEZA: Gracias, señor presidente.
7 Gracias, señores miembros del Tribunal.

8 PRESIDENT: We have a recess of 45 minutes
9 until 19.15.

10 (Pausa para el almuerzo.)

11 SESIÓN DE LA TARDE

12 PRESIDENT: In the meantime, Mr Grané the
13 secretary of the Tribunal will forward you the
14 interim questions as promised before this
15 morning and they may be follow-up questions but
16 we do not expect many.

17 MR GRANÉ: Thank you very much Mr President.

18 PRESIDENT: OK then Mr Grané, I think you
19 may proceed with your next expert witness.

20 INTERROGATORIO AL PERITO CLAUDIO LAVA CAVASSA

21 MR GRANÉ: Thank you very much. It will be
22 Mr Hugo Forno who will be introducing expert

1 Claudio Lava Cavassa.

2 PRESIDENT: Mr Lava, could you please state
3 your full name for the record?

4 SEÑOR LAVA CAVASSA: Claudio Lava Cavassa.

5 PRESIDENT: Thank you Mr. Lava. You appear
6 as an expert witness for the Respondent.

7 If any question is unclear to you, either
8 because of language or any other reason, please
9 do seek a clarification, because if you don't
10 do so the Tribunal assumes you have understood
11 the question and that your answer responds to
12 the question.

13 SEÑOR LAVA CAVASSA: De acuerdo, así lo haré.

14 PRESIDENT: Thank you. Mr Lava, you will
15 appreciate that testifying, be it before a
16 court or an arbitral tribunal, is a very
17 serious matter. In that connection the
18 Tribunal expects you to give the declaration,
19 the text of which will now appear on the
20 screen.

21 SEÑOR LAVA CAVASSA: Declaro solemnemente por
22 mi honor y conciencia que lo que manifestaré

1 estará de acuerdo con lo que sinceramente creo.

2 PRESIDENT: Thank you, Mr Lava. As we are
3 in a virtual hearing and not in person, we need
4 to ask you a number of further confirmations.

5 Could you confirm that you are alone in the
6 room?

7 SEÑOR LAVA CAVASSA: Sí, estoy solo.

8 PRESIDENT: If at any time someone enters
9 into your room, please alert the Tribunal of
10 this fact, and refrain from testifying further
11 until the person has left the room.

12 SEÑOR LAVA CAVASSA: De acuerdo. Así lo haré.

13 PRESIDENT: May I ask you now to scan the
14 room?

15 SEÑOR LAVA CAVASSA: Señor presidente, yo
16 tengo la cámara integrada a mi PC. Si intento
17 mover la PC, corro el riesgo de desconectar
18 algo. Lo que puedo hacer es, si usted me lo
19 permite, vía el teléfono celular, para hacer un
20 scan.

21 PRESIDENT: That's fine for me, but with
22 whom do you have the connection with the

1 iPhone? Maybe you can connect with the
2 Secretary of the Tribunal?

3 SEÑOR LAVA CAVASSA: Yo he afiliado otra
4 cuenta de correo electrónico al Zoom en este
5 equipo. Debería funcionar.

6 PRESIDENT: ok alright, good. Well done.
7 Thank you, Mr Lava. Talking about iPhones,
8 could you now shut down, please, your iPhone.

9 Could you confirm for the record from where
10 you are testifying? The location?

11 SPANISH COURT REPORTER: No interpretation.
12 (Se suspende la interpretación.)

13 PRESIDENT: I am on the English channel. I
14 hear Spanish, but I am on the English channel.
15 I think the switch is not set correctly with
16 the interpreters.

17 TECHNICIAN: There are no interpreters
18 active at the moment. They're all on mute.

19 PRESIDENT: I see.

20 TECHNICIAN: We've got one.

21 THE INTERPRETER: All right. This is
22 English.

(Pausa.)

SEÑOR LAVA CAVASSA: Por supuesto.

(Pausa.)

PRESIDENT: Now I hear you. Again the question, Mr Lava. Can you please confirm the location from which you are testifying?

SEÑOR LAVA CAVASSA: Estoy en mi domicilio, donde despacho regularmente, en la ciudad de Lima, Perú.

PRESIDENT: Thank you. Mr. Lava, can you please go to your First Report of 3 February 2021 and go to page 106?

SEÑOR LAVA CAVASSA: Sí.

PRESIDENT: Can you confirm for the record that the signature appearing above your name is your signature?

SEÑOR LAVA CAVASSA: Sí, lo confirmo.

PRESIDENT: Can you please go to your second -- I think you are again on the wrong channel.

SEÑOR LAVA CAVASSA: Sí.

PRESIDENT: Can you please go to your Second Report, 4 November 2021, and go to page

128 and confirm for the record that the signature appearing above your name is your signature.

SEÑOR LAVA CAVASSA: Sí, lo confirmo.

PRESIDENT: Is there any correction, modification or amendment you wish to make to either report?

SEÑOR LAVA CAVASSA: Ninguna.

PRESIDENT: Thank you. Mr Forno, please proceed with the direct examination, which is basically the presentation by the expert witness. Mr Forno, you are --

SEÑOR FORNO FLÓREZ: Buenas tardes, señor presidente, muchas gracias. Buenas tardes también a los demás miembros del Tribunal y a los demás participantes en esta audiencia.

Doctor Lava, entiendo que usted tiene una presentación que realizar a manera introductoria. Puede usted proceder, por favor.

SEÑOR LAVA CAVASSA: Así es, doctor Forno. Muchas gracias. Si me ayudan, por favor, con la presentación.

Muy buenos días y muy buenas tardes. Mi nombre es Claudio Lava Cavassa, experto por la parte demandada.

En esta presentación voy a resumir brevemente mi opinión sobre algunos de los aspectos que considero más saltantes acerca del arbitraje iniciado por Mamacocha.

¿De qué se trata este caso? Se trata de un proyecto de energía renovable de propiedad de la empresa adjudicataria, diseñado y desarrollado por ésta. El titular de un proyecto de energía renovable puede acogerse al régimen promocional RER, que otorga al adjudicatario ciertos beneficios, como son una tarifa de adjudicación y un comprador asegurado. Para eso, el titular suscribe con el MINEM un contrato de suministro de energía, contrato administrativo cuyo contenido esencial está en buena medida predeterminado por la ley.

Este contrato no otorga un derecho de explotación. Es la concesión definitiva de generación la que otorga el derecho de generar

energía eléctrica y la posibilidad de venderla al mercado de corto plazo y al mercado mayorista. Recordemos que es posible tener una concesión definitiva sin un Contrato RER, pero no es posible obtener los beneficios de un Contrato RER sin una concesión definitiva.

El Contrato RER se da en el marco del régimen promocional que impone al adjudicatario determinados riesgos, como son el diseño, el financiamiento y la construcción del proyecto en un plazo determinado. En el presente caso no se alcanzó la puesta en operación comercial el 31 de diciembre de 2016 ni tampoco la fecha máxima, el 31 de diciembre de 2018. Dicha inejecución trajo como consecuencia la terminación automática del Contrato RER, no así la pérdida del proyecto.

A lo largo de esta presentación quiero exponer los siguientes cuatro aspectos que están en la lámina. Primero, ¿quién asumió la obligación de obtener los títulos habilitantes y qué significa entonces la obligación de

1 coadyuvar? Segundo, ¿en qué consiste la
2 condición resolutoria que forma parte de este
3 régimen RER y que es crucial en el análisis de
4 este caso? Tercero, quiero dedicar unas
5 palabras al argumento que se ha expuesto sobre
6 la imposibilidad de la prestación. Y,
7 finalmente, haré unos breves apuntes sobre el
8 reclamo de daños de las demandantes.

9 Abordaré ahora el primer tema de mi
10 presentación, referido a la obtención de
11 títulos habilitantes. Y antes que nada veamos
12 que el contrato contempla una definición de
13 Estado, por un lado, y otra de partes,
14 refiriéndose al MINEM y a Mamacocha. Se aprecia
15 una clara intención de denominar por separado
16 al Estado y al Ministerio con la finalidad de
17 delimitar el alcance de las obligaciones del
18 Ministerio como entidad administrativa que
19 forma parte de un Estado unitario y
20 descentralizado.

21 En efecto, el Estado suscribe el contrato a
22 través de la entidad legalmente competente,

1 como es el Ministerio, pero ello no significa
2 que el contrato involucre a todas las entidades
3 que componen el Estado.

4 PRESIDENT: The interpreters and court
5 reporters have difficulty following you. If
6 you can reduce your feed by 50 per cent, I will
7 grant you more time at the end. That's a deal?

8 SEÑOR LAVA CAVASSA: Perfecto, así lo haré.

9 PRESIDENT: OK. Thank you.

10 SEÑOR LAVA CAVASSA: No hay aquí una
11 representación en los términos del artículo 160
12 del Código Civil. El Estado está actuando
13 directamente a través de una de sus
14 dependencias, que tiene competencias propias
15 delimitadas por la ley. El otro experto de la
16 República del Perú ha desarrollado ya este
17 punto. Considero que no es necesario que yo me
18 detenga en él.

19 Dicho esto, entremos a dilucidar qué
20 acordaron las partes en relación a la
21 obligación de obtener los títulos habilitantes.
22 En el numeral 1.4.1 de las bases que forman

1 parte integrante del contrato se pacta
2 expresamente que los riesgos asociados a la
3 obtención de permisos y licencias son asumidos
4 por la generadora RER. La única responsable de
5 cumplir con todos los requisitos legales para
6 contar con un proyecto en estricto cumplimiento
7 regulatorio es la generadora RER. El acuerdo de
8 las partes no deja lugar a dudas.

9 Pero eso no es todo. Vemos aquí otras dos
10 disposiciones del contrato donde se acordó que
11 correspondía a Mamacocha gestionar, solicitar y
12 cumplir los requisitos, orientados desde luego
13 a la obtención de los permisos.

14 Leídas en conjunto estas disposiciones de
15 las bases y del contrato, no hay discusión de
16 que el único obligado a cumplir los requisitos
17 y específicamente obtener los títulos
18 habilitantes es Mamacocha.

19 Y, entonces, la pregunta es: ¿qué rol jugaba
20 aquí el MINEM? Me gustaría detenerme brevemente
21 en los numerales 4.2 y 4.3 del contrato para
22 mostrar al Tribunal cuál es ese rol.

1 El numeral 4.2, que ven en pantalla, se
2 refiere específicamente a la imposición de
3 servidumbres, actividad que corresponde
4 legalmente al MINEM, contraparte del contrato.
5 En este caso específico, se pacta la obligación
6 de Mamacocha de solicitar la servidumbre, pero
7 además en este caso específico se pacta, en el
8 primer párrafo del numeral 4.3, que el
9 Ministerio impondrá las servidumbres.

10 Ahora bien, el segundo párrafo del numeral
11 4.3 del contrato se refiere a los títulos
12 habilitantes que deben ser otorgados por otras
13 entidades distintas al MINEM. En este caso
14 específico, se pacta simplemente la obligación
15 del MINEM de coadyuvar. Y esta obligación está
16 sujeta a tres condiciones: primero, que exista
17 un retraso por parte de las distintas entidades
18 que conforman el Estado; segundo, que Mamacocha
19 cumpla los requisitos legales y, tercero, que
20 la intervención del MINEM sea solicitada.

21 Un aspecto interesante es que las partes
22 previeron la posibilidad de que existan

1 retrasos por parte de estas entidades. De
2 hecho, esa es una condición, entre las otras,
3 para que surja la obligación del Ministerio de
4 coadyuvar. Sin embargo, el tratamiento que le
5 dan las partes no es el de un incumplimiento
6 del contrato. La consecuencia pactada aquí es
7 simplemente habilitar a Mamacochoa a solicitar
8 la ayuda del MINEM.

9 Pero a fin de cuentas, ¿qué significa
10 coadyuvar? El diccionario de la Real Academia
11 Española es bastante claro: "Contribuir,
12 ayudar". Y ayudar significa: "Auxiliar,
13 socorrer, hacer un esfuerzo". A partir de estas
14 definiciones, no veo cómo puede seriamente
15 saltarse a la conclusión de que coadyuvar
16 significa obtener o garantizar un resultado.

17 Pero eso no es todo. No debe perderse de
18 vista que el Ministerio no está en capacidad
19 legal de lograr que otras entidades del Estado
20 otorguen los permisos solicitados. No puede
21 interpretarse coadyuvar como una obligación de
22 resultados. De hecho, sería ilícito un pacto

1 que obligase al MINEM o al Ministerio, que es
2 lo mismo, a interferir en la actuación de otras
3 entidades y entregar permisos que no estén
4 dentro de su competencia.

5 Pero hay un argumento adicional que no se
6 puede desconocer y que es evidente. Si las
7 partes hubiesen querido que el MINEM asuma un
8 resultado concreto, lo hubieran expresado así
9 expresamente en el contrato, tal como hicieron,
10 por ejemplo, con el caso de la servidumbre bajo
11 la competencia del MINEM que ya he comentado.
12 Por lo demás, si el Estado en su totalidad
13 fuera la contraparte, ¿qué sentido tendría una
14 obligación de coadyuvar? En ninguna parte del
15 contrato se establece o se pactan obligaciones
16 del Estado en su conjunto, asumiendo que fuera
17 parte del contrato, de otorgar permisos.

18 A manera de conclusión de este primer
19 apartado, quiero recalcar lo siguiente. La
20 obligación de obtener y contar con los títulos
21 habilitantes recae en Mamacochoa. La obligación
22 del MINEM de coadyuvar no supone ni puede

1 suponer el garantizar un resultado concreto.

2 En este segundo apartado voy a detenerme en
3 el análisis de la condición, y específicamente
4 de la condición resolutoria.

5 En el derecho peruano, las partes pueden
6 sujetar los efectos de un acto jurídico o el
7 cese de los mismos a la ocurrencia de un evento
8 condicional, esto es, un evento futuro e
9 incierto. Y es incierto porque no se sabe si
10 sucederá o no.

11 Tratándose de una condición suspensiva, los
12 efectos del acto jurídico no se generan antes
13 del cumplimiento de la condición, mientras que
14 en el caso de la condición resolutoria los
15 efectos del acto desaparecen con el
16 cumplimiento de la condición.

17 A diferencia de una cláusula resolutoria, la
18 condición opera de manera automática, sin
19 declaración de ninguna de las partes y sin
20 declaración de autoridad jurisdiccional.

21 Veamos ahora cómo está diseñado el régimen
22 RER.

1 Mamacochoa asumió la obligación de alcanzar
2 la POC el 31 de diciembre de 2016, pero el
3 sistema le otorgó dos años de holgura: hasta el
4 31 de diciembre de 2018, para poder alcanzar la
5 POC sin perder los beneficios del régimen,
6 deduciéndose desde luego esa holgura de los 20
7 años que le ofrecía originalmente el sistema.
8 Mamacochoa podría libremente hacer uso de esos
9 dos años sin tener que sustentar ni siquiera el
10 motivo de la demora.

11 Las disposiciones referidas en esta lámina,
12 que se refieren a la fecha real de la POC, la
13 fecha máxima, señalan que no podrá exceder en
14 dos años la fecha referencial; caso contrario,
15 el contrato quedará automáticamente resuelto.

16 En esta lámina vemos las disposiciones sobre
17 fecha de término del contrato, y contienen en
18 esencia una misma definición: 31 de diciembre
19 de 2036, fecha no modificable por ninguna
20 causa, hasta la cual se garantiza la tarifa de
21 adjudicación. El numeral 1.4.1 de las bases,
22 para mayor abundamiento, utiliza la expresión

1 "inamovable".

2 Al momento de presentarse a la subasta,
3 Mamacocho declaró bajo juramento que reconocía
4 el carácter no modificable de la fecha de
5 término por ninguna causa, aun cuando, es
6 decir, incluso cuando se presentase un evento
7 de fuerza mayor.

8 En esta lámina vemos la definición de plazo
9 de vigencia y las disposiciones que vemos
10 apuntan a un mismo concepto: el plazo de
11 vigencia es el período comprendido entre la
12 fecha real de la POC y la fecha de término: 31
13 de diciembre de 2036.

14 En este marco temporal de especial
15 relevancia se produce propiamente el suministro
16 de energía y se paga la tarifa de adjudicación.
17 Es decir, dentro de él se generan las
18 prestaciones propias del suministro RER. Como
19 podemos ver, la POC delimita propiamente el
20 inicio del suministro y de la tarifa de
21 adjudicación. Determina si el proyecto
22 hidroeléctrico del adjudicatario podrá verse

1 beneficiado con el régimen promocional o no.

2 Por eso tanto la fecha real de la POC como la
3 fecha de término son hitos inamovibles.

4 Ahora bien, la condición resolutoria está
5 reflejada también en el numeral 8.4 del
6 contrato. Si al 31 de diciembre de 2018 por
7 cualquier motivo no se ha concretado la POC, el
8 contrato quedará resuelto de pleno derecho.

9 Como vemos, en las distintas disposiciones
10 que venimos revisando se utilizan
11 indistintamente las expresiones
12 "automáticamente resuelto" y "resuelto de pleno
13 derecho".

14 Por otra parte, el numeral 10.2 del contrato
15 contiene una cláusula resolutoria, una cláusula
16 que faculta al Ministerio a resolver el
17 contrato o a no resolverlo ante determinadas
18 causales. Y entre esas causales el literal b)
19 menciona la obligación prevista en el numeral
20 8.4 que acabo de comentar, es decir, alcanzar
21 la POC a más tardar el 31 de diciembre de 2018.
22 Pero ya hemos visto que para ese supuesto el

1 régimen normativo imperativo RER es muy
2 enfático al establecer la resolución automática
3 o de pleno derecho. Claramente, el numeral 10.2
4 supone una incongruencia con el numeral 8.4 del
5 contrato.

6 Pero más abajo en la misma cláusula, las
7 propias partes aclaran la incongruencia. Veamos
8 el numeral 10.4. Si no mediara una causal de
9 resolución de pleno derecho, el MINEM
10 comunicará a la sociedad concesionaria su
11 intención de resolver el contrato, otorgando un
12 plazo a tal efecto. La cláusula dice
13 textualmente: "Si no mediara una causal de
14 resolución de pleno derecho". Recordemos que el
15 numeral 8.4 establece precisamente la
16 resolución de pleno derecho. Es decir, en
17 consonancia con las normas imperativas
18 revisadas, el contrato retira, excluye el
19 evento del numeral 8.4 del alcance de esta
20 cláusula 10.

21 Pero no solo eso: en este mismo párrafo las
22 partes han precisado qué ocurre cuando se

1 verifica una causal de resolución de pleno
2 derecho, como sucede en el numeral 8.4. En tal
3 supuesto, el contrato concluirá por el solo
4 hecho del incumplimiento.

5 Pero eso no es todo: las bases también
6 establecen esta misma consecuencia. Cuando se
7 establezca la resolución de pleno derecho, como
8 ocurre en el numeral 8.4, el contrato se
9 resolverá en forma inmediata y automática sin
10 que sea necesaria una comunicación. Será
11 suficiente el incumplimiento para que el
12 contrato concluya de inmediato.

13 Entonces, ante el escenario de que no se
14 alcance la POC a más tardar en la fecha máxima
15 prevista, el numeral 8.4 del contrato prevé la
16 resolución de pleno derecho. ¿Qué significa una
17 resolución de pleno derecho en este caso? Según
18 el numeral 10.4 del contrato y según el numeral
19 10 de las bases, significa que el contrato
20 concluye por el solo hecho del incumplimiento,
21 de forma automática e inmediata, sin que se
22 requiera notificación previa ni plazo de

1 subsanación. Este es el esquema planteado por
2 el marco normativo imperativo y, a su vez, es
3 reflejado en el acuerdo de las partes. En suma,
4 nos encontramos ante una condición resolutoria.

5 Permítame el Tribunal cerrar este apartado
6 con unas breves conclusiones que tomo de los
7 laudos Santa Lorenza, Electro Zaña y Conhidro,
8 aunque no son citas textuales.

9 COÁRBITRO TAWIL: Perdón, profesor Lava,
10 perdón la interrupción, pero para clarificar ya
11 que está en el tema. ¿No hubiera sido más
12 lógico eliminar la referencia al 8.4 en el
13 10.2.b? Porque usted lo que dice -- a ver si
14 entendí bien, usted dice: era una condición
15 resolutoria pero también la pusieron en el
16 10.2, que son las cláusulas resolutorias y la
17 clarificación del 10.4 muestra que es una
18 condición y no una cláusula. ¿Pero para qué
19 pusieron el 8.4 en el 10.2.b?

20 SEÑOR LAVA CAVASSA: Perdón, voy a respetar
21 la regla de los 3 segundos.

22 Ciertamente es una incongruencia en el

1 contrato, pero nótese un aspecto de suma
2 importancia. La condición resolutoria viene
3 dada por norma imperativa, viene dada por el
4 reglamento de la Ley RER. Aplicaría incluso si
5 no estuviera puesta en el contrato.

6 En el contrato tenemos disposiciones que
7 son, por un lado, las definiciones de fecha
8 real, de fecha de término y de fecha
9 referencial; tenemos el 8.4 del contrato;
10 tenemos el 10.4 del contrato; tenemos el 10 de
11 las bases, y todos apuntan a una dirección: que
12 evidencian que esa referencia en el numeral
13 10.2 es, digamos, errada. Es una incongruencia
14 con todo el régimen RER que acabo de exponer.

15 COÁRBITRO TAWIL: Ahora una última pregunta y
16 lo dejo seguir: ¿no daría a presumir el 10.2
17 que por lo menos en el contrato se consideró
18 que no era una condición sino una cláusula
19 resolutoria?

20 SEÑOR LAVA CAVASSA: No, de una lectura del
21 8.4, de las definiciones y del 10.4 es evidente
22 que se trató de un error y que la voluntad

1 inequívoca de las partes ha sido retirar ese
2 supuesto de pleno derecho del alcance de esa
3 cláusula.

4 COÁRBITRO TAWIL: Muy bien, gracias.

5 SEÑOR LAVA CAVASSA: Primero, el riesgo de no
6 alcanzar la POC en la fecha prevista por
7 cualquier causa fue asumido por Mamacocha.

8 Segundo, tratándose de una condición
9 resolutoria, ésta se activa incluso cuando
10 hubiera mediado hechos de la naturaleza, hechos
11 del príncipe, hechos determinantes de terceros
12 e inclusive hechos atribuibles al propio
13 Estado.

14 Y tercero, el contrato queda sin efecto sin
15 que sea necesario que el incumplimiento fuese
16 imputable a la sociedad adjudicataria ni que el
17 MINEM la constituya en mora ni que el MINEM
18 hubiese comunicado a aquélla su intención de
19 resolver el contrato.

20 En este tercer apartado voy a hablar
21 brevemente sobre la imposibilidad de la
22 prestación. En la medida en que ha sido

1 planteada por el experto de las demandantes
2 como argumento, ¿cuándo podemos decir que una
3 prestación se ha vuelto de imposible
4 cumplimiento? Primero que nada, tenemos que
5 hablar de una verdadera imposibilidad; no de
6 una mera dificultad. Los ejemplos más
7 paradigmáticos son que el bien se pierde, el
8 bien se destruye o la cosa debida es puesta
9 fuera del comercio. Esta imposibilidad debe ser
10 absoluta. El impedimento no puede ser vencido
11 de ningún modo por las fuerzas humanas,
12 cualquiera sea el esfuerzo aplicable.

13 Segundo, la imposibilidad debe surgir de
14 manera posterior a la celebración del contrato.
15 Si fuera una imposibilidad originaria,
16 estaríamos ante un caso de nulidad de origen.
17 Nótese de qué grado de imposibilidad estamos
18 hablando.

19 Tercero, la imposibilidad debe ser actual,
20 esto es, debe estar presente al momento en que
21 debía cumplirse la prestación.

22 Finalmente, la imposibilidad debe ser

1 objetiva y no subjetiva, esto es, que afecte la
2 prestación en sí misma haciéndola inejecutable
3 para cualquier deudor y no solo para este
4 deudor en específico.

5 Como ya he adelantado en mis informes y
6 veremos a continuación, no encuentro en el
7 presente caso que estemos frente a una
8 prestación devenida en imposible. No hay una
9 verdadera imposibilidad de la prestación. Pero
10 adicionalmente veremos también que esta es una
11 discusión jurídicamente intrascendente a
12 consecuencia de los efectos de la sentencia de
13 amparo.

14 Las demandantes y su experto civil
15 sostienen, en mi opinión erradamente, que el
16 proyecto se habría visto afectado por una serie
17 de actuaciones maliciosas del Ministerio y del
18 Estado peruano que habrían terminado por
19 destruir la posibilidad de obtener el
20 financiamiento y, en último término, de
21 alcanzar la POC. Entre tales actuaciones
22 refiere: la demanda de nulidad del Gobierno

1 Regional de Arequipa; la investigación fiscal;
2 la denegatoria del Ministerio de la tercera
3 solicitud de ampliación y el inicio del
4 arbitraje local ante la Cámara de Comercio de
5 Lima. A decir de las demandantes, ningún
6 prestamista razonable aceptaría financiar un
7 proyecto con tales cuestionamientos.

8 Ciertamente, no puede sostenerse que alguna
9 de estas actuaciones haya ocasionado que se
10 torne imposible la obligación de alcanzar la
11 POC. El efecto que cualquiera de estas
12 actuaciones pudiera haber ocasionado sobre el
13 proyecto, cosa que descarto, no podría ser ni
14 remotamente equiparable a la pérdida o
15 destrucción del proyecto, porque la ejecución
16 del mismo quede prohibida o fuera del comercio.

17 Solo a modo de ejemplo, la demanda del
18 Gobierno Regional de Arequipa y la
19 investigación de la Fiscalía, que no son parte
20 del contrato, fueron evidentemente actuaciones
21 legítimas en ejercicio de las competencias
22 legales que les son conferidas. La principal

1 prueba de esto la encontramos en la sentencia
2 de amparo, por cuanto los fundamentos de hecho
3 fueron los mismos que finalmente condujeron a
4 la autoridad judicial a declarar la nulidad de
5 la calificación ambiental y de la concesión
6 definitiva de generación.

7 Analicemos brevemente la obligación de
8 Mamacocha de obtener el cierre financiero. La
9 estructura de financiamiento para este proyecto
10 no estaba escrita en piedra. Las condiciones o
11 expectativas de cualquier financista no son
12 imputables al Ministerio ni al Estado peruano.
13 Mamacocha podía elegir el mecanismo de
14 financiamiento a su discreción. No en vano en
15 las bases se dejó expresa constancia que
16 Mamacocha participó sobre la base de su debida
17 diligencia luego de haber efectuado los
18 análisis, cálculos y estimaciones necesarios.
19 No olvidemos que Mamacocha es una empresa
20 sofisticada, con experiencia. Conocía los
21 antecedentes de las dos subastas previas y
22 podía prever los tiempos y vicisitudes de esta

1 clase de proyectos.

2 Veamos ahora la obligación de Mamacocha de
3 obtener los títulos habilitantes. Y aquí
4 resulta de especial relevancia enfocarnos en lo
5 que ha resuelto ya el Poder Judicial de manera
6 definitiva e incuestionable.

7 La sentencia de amparo con carácter de cosa
8 juzgada declaró nulo todo lo actuado en el
9 trámite de expedición de la calificación
10 ambiental. Al declararse la nulidad de los
11 permisos ambientales y de la concesión
12 definitiva de generación se han retrotraído las
13 cosas al estado anterior a la vulneración de
14 derechos fundamentales del demandante, lo cual
15 significa que tales títulos habilitantes no
16 fueron válidamente emitidos.

17 Esto significa que, en estricto, Mamacocha
18 nunca cumplió con obtener los títulos
19 habilitantes y ni siquiera cumplió -en la
20 siguiente diapositiva, por favor-, ni siquiera
21 cumplió con los requisitos legales para
22 obtenerlos.

1 Lo más importante: la sentencia de amparo
2 nos da unos hechos concretos e incontestables.
3 Está probado que Mamacocha actuó mal en el
4 trámite de obtención de la calificación
5 ambiental y de la concesión definitiva de
6 generación.

7 Dicho todo esto, solo puedo concluir que no
8 concurren los elementos para que se configure
9 una imposibilidad de la prestación ni tampoco
10 se advierte actuación alguna del MINEM o del
11 Estado que haya determinado la imposibilidad de
12 Mamacocha de alcanzar el cierre financiero u
13 obtener los títulos habilitantes.

14 Quiero entrar ahora al cuarto punto de mi
15 presentación, analizando brevemente el reclamo
16 de daño de las demandantes. Para ello es
17 importante recordar cuáles son los elementos
18 que deben concurrir.

19 Primero, el hecho antijurídico. Siempre es
20 necesaria que una conducta sea ilícita,
21 antijurídica o ilegítima para que surja la
22 obligación legal de indemnizar. En este caso,

1 tendríamos que encontrar un incumplimiento
2 contractual imputable al Ministerio.

3 Segundo, el daño, esto es, las consecuencias
4 negativas que recaen sobre el afectado como
5 consecuencia de la conducta antijurídica. El
6 daño debe ser cierto y probado. El
7 resarcimiento comprende los daños que sean
8 consecuencia inmediata y directa de la
9 inejecución.

10 Tercera, el nexo causal, esto es, la
11 relación causa efecto entre la conducta
12 antijurídica y el daño producido. Pasa por
13 determinar cuál es el hecho determinante del
14 daño.

15 Y, por último, el factor de atribución.
16 Según el artículo 1321 del Código Civil, está
17 obligado a indemnizar quien no ejecuta sus
18 obligaciones por dolo, intención o culpa,
19 negligencia.

20 Ahora analicemos el presente caso a la luz
21 de los conceptos ya comentados. En primer
22 término, el hecho antijurídico. ¿Qué

1 incumplimientos se atribuyen al Ministerio? ¿El
2 deber de coadyuvar? Al respecto, ni siquiera
3 podemos considerar que surgió tal obligación
4 porque la sentencia de amparo ha determinado
5 que Mamacocha actuó indebidamente al solicitar
6 la reconsideración de la calificación ambiental
7 y, en consecuencia, en estricto, nunca estuvo
8 en cumplimiento de los requisitos legales,
9 condición necesaria para que surja el deber de
10 coadyuvar.

11 Por otro lado, la denegatoria de la tercera
12 extensión. Tampoco es una obligación exigible
13 al Ministerio, porque como ya he dicho, tenemos
14 norma imperativa que imposibilitaba al
15 Ministerio a ir más allá.

16 En segundo lugar, el nexo causal. En el
17 presente caso la sentencia de amparo es la
18 prueba de que Mamacocha no obtuvo los permisos
19 necesarios para llevar adelante el proyecto, y
20 ese incumplimiento, entre otros, permite
21 explicar por qué no alcanzó la POC.

22 En tercer término, el factor de atribución.

1 Habiéndose descartado la existencia de un hecho
2 antijurídico y de nexo causal, no resulta de
3 aplicación hablar aquí de factor de atribución
4 en el caso del MINEM.

5 Finalmente, el daño. Por las consideraciones
6 anteriores, debe descartarse la existencia de
7 un daño que sea indemnizable bajo el Contrato
8 RER. De cualquier manera, quiero aportar dos
9 consideraciones de interés para el Tribunal.

10 Primero, la resolución automática del
11 Contrato RER, por no haberse alcanzado la POC,
12 no ocasiona la resolución de las concesiones de
13 generación subyacentes. Es decir, Mamacocha
14 perdería la tarifa de adjudicación debido a su
15 incumplimiento en alcanzar la POC, pero eso no
16 afectaría a las concesiones definitivas. Por
17 cierto, en el presente caso éstas no fueron
18 obtenidas por Mamacocha.

19 Potencialmente, Mamacocha podría haber
20 seguido operando la planta de generación
21 conforme al régimen general y no ya como
22 generador RER.

1 Y segundo, el experto por las demandantes
2 argumenta, y las demandantes, por cierto, que
3 nos encontramos ante una imposibilidad de la
4 prestación por culpa del acreedor; y esto nos
5 ubica en el segundo párrafo del artículo 1432
6 del Código Civil. Sin embargo, dicha norma
7 mantiene con vida el deber del acreedor de
8 honrar su prestación: el pago de la tarifa de
9 adjudicación cuando correspondiese, pero no
10 contempla el resarcimiento de daños en los
11 términos del artículo 1321.

12 A modo de conclusión, no concurren los
13 elementos para que se configure un deber de
14 indemnizar por parte del Ministerio o del
15 Estado peruano.

16 Muchas gracias, señores miembros del
17 Tribunal, y quedo atento a sus preguntas.

18 PRESIDENT: Thank you, Mr Lava. You will
19 now be asked questions in cross-examination,
20 either by Mr Forno or Mr Molina.

21 SEÑOR MOLINA: Gracias, señor presidente.

22 Buenas tardes, señor Lava, doctor Lava. Me

1 llamo Marco Molina, soy abogado para las
2 demandantes.

3 En este caso, como usted sabe, tenemos una
4 regla de esperar unos tres a cinco segundos
5 antes de dar una respuesta. Entonces, por
6 favor, le pido que espere a que termine mi
7 pregunta antes de responder.

8 PRESIDENTE VAN DEN BERG: Señor Molina, cinco
9 segundos, no tres.

10 SEÑOR MOLINA: Muy bien, señor presidente.

11 Cinco segundos, doctor Lava, no tres.

12 SEÑOR LAVA CAVASSA: De acuerdo, así lo haré.

13 P: Muy bien.

14 Doctor Lava, vamos a hablar de las
15 suspensiones que fueron implementadas bajo
16 adendas 3 a 6. Usted analizó estas suspensiones
17 -- mejor dicho, estas adendas en sus informes.
18 ¿Verdad?

19 R: Sí.

20 P: Y solo para estar claros, su posición es
21 que la suspensión bajo estas adendas tuvo el
22 efecto de hacer que las obligaciones del CHM

1 bajo el cronograma sean temporalmente
2 inexigibles. ¿Verdad?

3 R: Sí.

4 P: De hecho, usted dice en sus informes que,
5 como consecuencia una vez levantada la
6 suspensión, la ejecución del contrato se activa
7 nuevamente en sus mismos términos y
8 condiciones. ¿Verdad?

9 R: Si no fuera molestia, le solicitaría
10 proyectar el texto para yo poder confirmarlo.

11 P: ¿Usted tiene copias de sus informes ahí
12 en donde está, en su oficina?

13 R: Sí, las tengo.

14 P: Ok. Pero si podemos proyectar -- Tom,
15 ¿puedes poner el párrafo 3.54 del segundo
16 informe del doctor Lava? No, es del -- quizás
17 es del primer informe, perdón. No, debe ser del
18 segundo informe del doctor Lava.

19 Como decía, doctor Lava, usted dice en este
20 párrafo que: "Como consecuencia, una vez
21 levantada la suspensión, la ejecución del
22 contrato se activa nuevamente en sus mismos

1 términos y condiciones". ¿Verdad?

2 R: Sí.

3 P: Entonces, en su opinión las partes nunca
4 tuvieron la intención de extender los plazos
5 bajo el cronograma que estaba vigente en ese
6 entonces. ¿Verdad?

7 R: Correcto.

8 P: De hecho, en su opinión la intención de
9 las partes era que CHM siga avanzando con el
10 cronograma que estaba vigente antes de la
11 suspensión. ¿Verdad?

12 R: No recuerdo en este momento esa
13 afirmación. Lo que yo ha dicho es que la
14 suspensión efectivamente supone la
15 inexigibilidad de las obligaciones y derechos
16 durante el plazo de la suspensión, pero no
17 encuentro yo ni puede desprenderse de los
18 documentos una voluntad de prorrogar fechas o
19 plazos.

20 P: Entonces, en su opinión, las partes nunca
21 suspendieron las obligaciones que CHM tuvo bajo
22 el cronograma. ¿Verdad?

R: Sí, los suspendieron durante el plazo de la suspensión, pero una cosa es suspender y otra cosa es prorrogar.

P: Entonces, en su opinión las partes tenían la expectativa que CHM iba a ejecutar los hitos que estaban bajo el cronograma durante el período de suspensión. ¿Sí o no?

R: ¿Me puede repetir la pregunta, por favor?

P: Sí, solo quiero aclarar porque no lo tengo claro: usted es de la opinión que durante el plazo de suspensión las partes tenían la intención de que CHM iba a cumplir con los hitos que tenía bajo el cronograma. ¿Sí o no?

R: No me consta esa intención, pero lo que sí puedo agregar para responder a su pregunta es que el proyecto, no olvidemos, es de Mamacocha. ¿Sí? El contexto de la suspensión se da en el -como ya lo explicó el doctor Montezuma, en el marco de una negociación, de un trato directo, únicamente con el objetivo de no distorsionar, de no causar disrupción en esta mesa de negociaciones.

Eso es, simplemente. Creo que -- no sé si estoy respondiendo a su pregunta.

P: No me ha respondido, doctor Lava. Le voy a preguntar otra vez. Déjeme preguntarle de esta manera: usted sabe que el plazo de suspensión en este caso duró diecisiete meses. ¿Verdad?

R: No lo recuerdo, pero -- no lo he contado, pero me parece que es algo así.

P: El plazo fue -- empezó en abril de 2017 y duró hasta el fin de septiembre de 2018. ¿Es verdad?

R: ¿Me permite que lo verifique en los documentos?

P: Claro.

R: Voy a tener que remitirme a cada una de las adendas. ¿Sí?

P: Sí, podemos empezar con la adenda 3, que está en anexo C-14. Pero ahí cuando -- solo para -- poniendo a un lado el número del tiempo, usted sí está de acuerdo que duró varios meses. ¿Verdad?

R: Sí, podemos decir que duró varios meses.

P: Y obviamente las partes en ese entonces querían que este proyecto tenga éxito. ¿Verdad?

R: Sí.

P: Las partes - Perú -- el Estado, el concedente bajo el contrato, tanto como Mamacocha tenían la intención y la expectativa de que este proyecto iba a poder llegar a POC e iba a poder suministrar energía al Sistema Interconectado del Perú. ¿Verdad?

R: A ver, permítame responder su pregunta de esta manera. Usted me está preguntando por una voluntad común, como si esa voluntad común se desprendiera de los documentos. Digamos, yo lo que puedo decir es: en las adendas no se expresa una voluntad común de que esto llegue a buen puerto. Entiendo que es así porque son dos partes en un contrato, pero lo fundamental aquí, insisto, es que el proyecto es de Mamacocha, el obligado a ejecutarlo era Mamacocha, Mamacocha suscribió un contrato para acogerse a unos beneficios y debía cumplir unos

requerimientos, entre ellos, el plazo para la POC.

Por lo tanto, digamos, no puede, asignando alguna suerte de común intención de que el proyecto llegue a buen término, asumirse que el Estado también estaba obligado a hacer que llegue a buen término.

P: Yo entiendo su interpretación de las obligaciones del contrato. Mi pregunta no es esa. Mi pregunta es simplemente: cuando las partes entraron en suspensión, como está claro en las adendas, la intención era -- la intención seguía siendo de que querían que este proyecto tenga éxito. ¿Verdad?

R: Lo que ocurre, señor Molina, es que la intención de las adendas de suspensión -- digamos, otra vez. La intención de esas suspensiones es no distorsionar el proceso de conversaciones que estamos teniendo en paralelo. Simplemente eso. Si usted me pregunta: por lo tanto, de ahí fluye que las partes ambas seguían queriendo que el proyecto

1 tenga éxito, es una pregunta que me hace
2 especular un poco.

3 P: Le voy a preguntar de otra manera. Usted
4 está de acuerdo que este contrato tiene varios
5 límites de tiempo que obviamente -- por
6 ejemplo, el cronograma de obras tiene varios
7 hitos con sus -- las fechas que le corresponden
8 a cada hito, y el último de esos hitos siendo
9 la puesta en operación comercial. ¿Está de
10 acuerdo?

11 R: Sí, pero ese cronograma lo establece
12 Mamacochoa.

13 P: De acuerdo, pero tiene que ser aprobado
14 por el concedente y, de hecho, es un anexo al
15 contrato. ¿Verdad?

16 R: Si no recuerdo mal, quien lo aprueba es
17 OSINERGMIN. Y ahí, por ejemplo, el Laudo Santa
18 Lorenza es muy claro y en mi opinión en mi
19 primer informe me parece que yo también lo
20 desarrollo, no quiere decir que ambas partes
21 estén obligadas por ese cronograma. Ese
22 cronograma es desarrollado por Mamacochoa, lo

1 somete a OSINERGMIN para una aprobación formal
2 y se integra al contrato. Pero no olvidemos que
3 entre el 31 de diciembre del 16 y el 31 de
4 diciembre del 18 hay dos años de holgura donde
5 Mamacochoa en estricto podía tomarse el plazo
6 que requiriese.

7 P: Doctor, yo no estoy hablando del plazo de
8 holgura, estoy haciendo una pregunta muy
9 simple, por favor. No tenemos mucho tiempo y
10 solo le pido a usted que escuche la pregunta
11 que tengo para poder tener la conversación que
12 queremos tener.

13 La pregunta es: usted sabe, por ejemplo, que
14 el concedente tuvo que aprobar el nuevo
15 cronograma bajo adenda 1, por ejemplo. Usted
16 sabe que el que firmó fue la parte concedente y
17 la parte de la sociedad concesionaria. ¿Verdad?

18 R: Sí, señor Molina, pero lo que pasa es que
19 su pregunta no puede obviar los dos años de
20 holgura. Por ejemplo, ya que me comenta la
21 primera adenda, la primera adenda, que mueve --
22 digamos, establece -- modifica el cronograma y

1 mueve la POC a algún día de diciembre de 2018,
2 podría en estricto no haber existido. Mamacochoa
3 podía tener y tenía esos dos años para -- no
4 tenía que acreditar ni siquiera cuál era la
5 causa de la demora.

6 P: Okay. Y en la adenda 2 las partes
7 decidieron ampliar el cronograma más la
8 puesta en operación comercial más allá de lo
9 que estaba previsto en el contrato. ¿Verdad?

10 R: Es correcto. La adenda 2 es un caso
11 distinto. En la adenda 2 -- es distinto
12 principalmente porque se excede del marco
13 imperativo RER. ¿No? Y por otras causales,
14 además. En la primera adenda, por ejemplo, las
15 demoras atribuidas eran demoras que se habían
16 incurrido antes de la firma del contrato
17 incluso.

18 En la adenda 2 se alegan demoras
19 supuestamente del MINEM. Entonces, son casos
20 distintos y es muy importante ser muy riguroso
21 en los términos y contextualizar adecuadamente
22 cada adenda.

1 P: Sí, pero mi punto, otra vez regresando,
2 que nos estamos saliendo del tema, regresando
3 al punto que iba...

4 SEÑOR FORNO FLÓREZ: Perdón, señor
5 presidente, discúlpeme que interrumpa al doctor
6 Molina, esta pregunta la ha hecho de seis
7 maneras distintas y en las seis oportunidades
8 el experto ya la ha respondido, y ha respondido
9 diciendo que de las adendas no emana esa
10 voluntad común de mantener el éxito del
11 proyecto. Yo creo que ya esta pregunta ha sido
12 respondida, señor presidente. Gracias.

13 SEÑOR MOLINA: La pregunta...

14 PRESIDENT: Overruled. It's not asked and
15 answered. Mr Molina, please proceed.

16 SEÑOR MOLINA: Gracias, señor Presidente, la
17 pregunta, doctor Lava, que quiero que me
18 responda con un sí o con un no es que en las
19 adendas 1 y 2 la parte que aprobó el cronograma
20 no era OSINERGMIN, sino era la parte concedente
21 bajo el contrato. ¿Verdad?

22 SEÑOR LAVA CAVASSA: Entiendo que su

pregunta, acláreme por favor, está referida específicamente a la firma de las adendas.

¿Correcto?

P: Correcto.

R: Sí. Obviamente, si la contraparte es el Ministerio, las adendas deben ser firmadas por el Ministerio.

P: Y el Ministerio, entonces, tenía la expectativa que Mamacocha iba a cumplir con los hitos en esos cronogramas. ¿Verdad?

R: El Ministerio tenía la expectativa de que Mamacocha cumpliría con las labores que son de su carga, ¿no?, efectivamente: obtener los títulos, llegar a los títulos habilitantes y llegar a la POC en la fecha que Mamacocha acepte. Es correcto.

P: Entonces, según las partes, cuando el Ministerio y la sociedad concesionaria entraron a una suspensión que duró muchos meses, si el Ministerio sabría o tuviera el entendimiento que Mamacocha no estaba avanzando sus hitos y que esos hitos no eran prorrogables, entonces

el Ministerio -- entonces, esa suspensión estaba asegurando que el contrato se iba a terminar y que el proyecto se iba a acabar.

¿Verdad?

R: No, no estoy de acuerdo con su apreciación. No debemos limitar el análisis a los meses de suspensión. Mamacocha tuvo, si no me equivoco, cincuenta y ocho meses desde la firma del contrato para hacer el proyecto.

P: Sí, pero cuando entraron al plazo de suspensión, doctor Lava, Mamacocha en ese entonces todavía no había llegado -- no había cumplido con algún hito del cronograma. ¿Verdad? ¿Usted sabe eso?

R: No lo sé, pero -- ahora que usted me lo refiere, pero incluso en ese caso digamos, la actuación del Ministerio no busca velar por los intereses de Mamacocha; busca velar por el interés público que subyace al Contrato RER.

P: Y como hablamos con el doctor Monteza esta mañana, uno de esos intereses públicos es la promoción de los proyectos RER. El Estado

había declarado bajo la Ley RER que ese era un interés público del Estado del Perú. ¿Verdad?

R: Para ser muy preciso, el objeto de la Ley RER es promover el aprovechamiento de los recursos energéticos renovables para mejorar la calidad de vida de la población y proteger el medio ambiente.

P: Claro. Entonces, como usted acaba de afirmar, era de interés del gobierno de que estos proyectos avancen. Y mi pregunta simplemente sigue siendo: durante la suspensión, si el Ministerio tuvo la idea de que este proyecto no estaba avanzando y que los hitos no eran prorrogables, como usted dice, eso significa que el proyecto iba a fracasar. ¿Verdad?

R: No lo sé. Usted me está pidiendo a mí que yo especule sobre plazos de un proyecto de cuándo se construye y se desarrolla un proyecto. Y yo, honestamente, no -- digamos, no conozco -- nunca he construido proyectos energéticos.

Insisto: al firmarse las adendas no se puede partir de la premisa de que el Ministerio suscribe la adenda para -- con el objetivo de facilitarle la vida o hacerle la tarea a Mamacocha. No hay que confundir el objeto de la ley y todo este régimen RER con la herramienta. La herramienta es la promoción de la inversión en producción de electricidad. ¿Sí? Pero para eso se establece un marco normativo con plazos muy fijos, y el Ministerio no puede salirse de esos parámetros inamovibles.

P: Tom, ¿por qué no ponemos en la pantalla el documento C-0009, que es la adenda 2? Y específicamente -- bueno, primero vamos a introducir el documento para asegurar que el doctor Lava lo conoce y luego podemos avanzar en ese documento.

Doctor Lava, usted conoce este documento, ¿verdad?

R: Sí.

P: Es la adenda 2 del contrato que las partes celebraron el 3 de enero de 2017.

1 ¿Verdad?

2 R: Sí.

3 P: ¿Si podemos bajar, Tom, adonde tenemos el
4 nuevo cronograma que fue el resultado de esta
5 adenda?

6 Doctor Lava, ve que el anexo número 1 de
7 esta adenda es lo que está titulado: "El nuevo
8 cronograma de ejecución de obras". ¿Sí lo ve?

9 R: Lo veo.

10 P: Ve que en la tabla -- en la primera tabla
11 vemos varios hitos, incluyendo el cierre
12 financiero y varios más, hasta la puesta en
13 operación comercial. ¿Sí lo ve?

14 R: Lo veo.

15 P: Usted sabe que las suspensiones acabaron
16 en el 2018. ¿Verdad?

17 R: En 2018. No recuerdo la fecha exacta,
18 pero en el 2018, sí.

19 P: Entonces, vamos a ver, por ejemplo, el
20 hito este de cierre financiero. Bajo esta tabla
21 dice que debería de ser completado el 29 de
22 agosto 2017. ¿Sí lo ve?

1 R: ¿Si me lo puede marcar en amarillo, por
2 favor? Ah, no, ya lo vi, sí, 29 de agosto de
3 2017.

4 P: Y ves que el hito después de ese es el
5 inicio de obras civiles. ¿Sí lo ve?

6 R: Lo veo.

7 P: Y este hito debería estar -- debería ser
8 completado por Mamacocha el 10 de noviembre de
9 2017. ¿Sí lo ve?

10 R: Sí, lo veo.

11 P: Entonces, en su opinión, como usted en
12 varios lugares en sus informes habla de las
13 intenciones de las partes que usted interpreta
14 de la suspensión -- del acuerdo de suspensión y
15 las adendas. Entonces, mi pregunta para usted
16 es simplemente si las partes tenían la
17 intención de que Mamacocha vaya avanzando estos
18 hitos durante el plazo de suspensión.

19 R: Me pregunta si la intención de las partes
20 era que Mamacocha vaya avanzando estos hitos
21 durante el período de suspensión. ¿Esa es la
22 pregunta?

1 P: Esa es la pregunta.

2 R: No sé si esa era la intención de las
3 partes, pero Mamacocha podía hacerlo.

4 P: Mi pregunta es si -- bueno, déjeme --
5 mejor vamos al acuerdo de suspensión, para
6 poder aclarar unas cosas. Vamos al anexo C-14,
7 por favor, Tom.

8 Doctor Lava, ¿usted sí conoce el documento
9 que tenemos en la pantalla?

10 R: Sí.

11 P: Esta es la adenda 3 del contrato que fue
12 celebrado el 8 de septiembre de 2017. ¿Verdad?

13 R: Sí.

14 P: Si vamos a la página 22 de este
15 documento, Tom -- perdón, página 35, perdón. Si
16 ves abajo, dice que: "Mediante el acta de trato
17 directo del 21 de julio de 2017, el director
18 general de electricidad, actuando en
19 representación del Ministerio de Energía y
20 Minas y CH Mamacocha, a través de su gerente
21 general Andina Consultoría Estratégica...". Si
22 podemos ir a la segunda parte de esto. Y si ve

1 que estas partes llegaron a este acuerdo que
2 está ahorita planteado en la pantalla. ¿Sí lo
3 ve?

4 R: Sí, lo veo.

5 P: Este es el acuerdo de suspensión.
6 ¿Verdad?

7 R: Sí, lo veo.

8 P: Tom, ¿puedes ampliar el acuerdo que está
9 ahí, que está abajo de ese párrafo?

10 Este es el acuerdo que las partes
11 formalizaron bajo adenda 3. ¿Verdad?

12 R: Sí.

13 P: Y este acuerdo fue extendido tres otras
14 veces bajo adendas 4 a 6. ¿Verdad?

15 R: Sí.

16 P: Y te voy a hacer -- voy a leer el texto
17 relevante y te haré preguntas, ¿está bien?

18 R: Correcto.

19 P: Este artículo 2.1 dice: "La suspensión
20 del contrato de concesión de suministro de
21 energías renovables al Sistema Eléctrico
22 Interconectado Nacional para el proyecto de

1 Mamacocha SRL incluye las obligaciones,
2 derechos y el cronograma de ejecución de obras
3 contenido en el anexo 2 del contrato de
4 concesión RER modificado previamente por
5 adendas 1 y 2". ¿Sí está de acuerdo con eso?

6 R: Es correcto, es lo que dice el texto.

7 P: Voy a seguir y luego te voy a hacer unas
8 preguntas. Solo para tener todo claro en el
9 récord.

10 Esta segunda parte dice que: "La suspensión
11 aplicará retroactivamente hasta el 21 de abril
12 de 2017 y durará hasta el 31 de diciembre de
13 2017". ¿Verdad?

14 R: Sí.

15 P: Entonces -- y puedes subir, Tom, al
16 primer párrafo nada más para tenerlo en la
17 pantalla -- o si quizás puedes irte un poquito
18 para atrás para verlo todo en conjunto. Así
19 está bien.

20 Este acuerdo dice expresamente, doctor Lava,
21 que: "La suspensión tuvo el efecto de suspender
22 todas las obligaciones y derechos bajo el

1 contrato". Eso es lo que dice, ¿verdad?

2 R: Suspensión de obligaciones, derechos y el
3 cronograma de ejecución, sí.

4 P: Y también dice específicamente que el
5 cronograma está suspendido. ¿Verdad?

6 R: Sí, lo dice.

7 P: Este es el cronograma que acabamos de ver
8 en la adenda 2. ¿Verdad?

9 R: Sí, exactamente.

10 P: Entonces, es claro del texto de este
11 acuerdo que las obligaciones que Mamacocha tuvo
12 bajo ese cronograma estaban suspendidas.
13 ¿Verdad?

14 R: Que estén suspendidas -- a ver -- voy a
15 respetar la regla de los tres segundos. Sí,
16 están suspendidos. Lamentablemente las partes
17 fueron muy parcas, muy escuetas al emplear el
18 término "suspensión", ¿sí? Lo que tenemos que
19 leer todo esto otra vez en conjunto y ver qué
20 es lo que quisieron decir cuando dijeron
21 "suspensión". No significa un compromiso de
22 prorrogar plazos, porque si así hubiera sido,

1 lo hubieran expresado con ese mismo lenguaje
2 prístino que lo hicieron en la adenda 1 y en la
3 adenda 2, en la adenda 2 transgrediendo el
4 marco normativo imperativo.

5 Aquí lo único que han dicho es suspender, y
6 eso no impide que Mamacocha pudiera, por
7 ejemplo, haber seguido avanzando con el
8 proyecto. Si -- El objeto es que si no cumplía
9 un hito, si no -- si no avanzaba con el
10 cronograma, el MINEM no le iba a imputar un
11 incumplimiento en un retraso. Ese es el objeto,
12 simplemente. ¿Por qué? Porque como dice la nota
13 2 que no se ve en pantalla pero que está un
14 poco más abajo, esto se enmarca en el contexto
15 de las negociaciones que estamos teniendo.

16 P: Sí, mi pregunta es más específica, doctor
17 Lava. Yo entiendo muy bien, yo he leído sus
18 informes. Entiendo muy bien su interpretación
19 de varios aspectos de la suspensión, pero mi
20 pregunta es simplemente que hace poco estábamos
21 hablando de cuál era la intención de las partes
22 con respecto a ese cronograma. Y como aquí dice

1 en el acuerdo, como usted acaba de afirmar, la
2 intención era, por lo menos en la manera que
3 está escrita, suspender las obligaciones de CHM
4 bajo ese cronograma. ¿Verdad?

5 R: Sí, como ya se lo respondí, efectivamente
6 el texto dice lo que dice. Yo no puedo
7 distorsionar lo que dice el texto, pero sí
8 puedo leer también otras partes de la adenda.

9 P: Y no hay nada en este texto de este
10 acuerdo que limita esta suspensión a la
11 exigibilidad del cronograma. ¿Verdad?

12 R: Que limita... ¿Me puede repreguntar la
13 pregunta? No la entendí.

14 P: Sí. Usted hace poco nos acaba de
15 confirmar que en su opinión lo único que este
16 acuerdo hizo es suspender la exigibilidad del
17 cronograma. ¿Verdad? Esto es lo que usted dijo
18 hace unos minutos.

19 R: No, yo lo que digo es que se suspendió la
20 exigibilidad de todas las obligaciones y
21 derechos, incluso las obligaciones que emanan
22 del cronograma para Mamacocha durante ese

1 lapso.
 2 P: Regresando a la tesis de usted de que en
 3 el momento en que se levantaba la suspensión
 4 que de inmediato todos los hitos del cronograma
 5 bajo adenda 2 otra vez eran exigibles, ¿verdad?
 6 ¿Esa es su tesis?
 7 R: Bueno, bajo adenda 2 no, porque la adenda
 8 2 excede la fecha que establece el marco
 9 normativo imperativo.
 10 P: Perdón, mi pregunta es otra. Mi pregunta
 11 es: usted hace poco, y si quiere podemos otra
 12 vez regresar, creo que era el párrafo 3.54 de
 13 su segundo informe. ¿Te acuerdas cuanto lo
 14 teníamos en la pantalla?
 15 R: Sí, sí lo podemos ver, por favor.
 16 P: Sí, está bien. Es que ahí decía usted
 17 que: "Una vez levantada la suspensión, la
 18 ejecución del contrato se activa nuevamente en
 19 sus mismos términos y condiciones, pero no
 20 existen elementos para sostener que a través
 21 del acuerdo de suspensión las partes hayan
 22 querido alterar los plazos". ¿Sí ve eso?

1 R: Sí.
 2 P: Entonces, bajo su interpretación del
 3 acuerdo, el momento en que se levantaron esas
 4 suspensiones en septiembre de 2018 los hitos
 5 bajo el cronograma que vimos hace unos minutos
 6 eran otra vez exigibles. ¿Verdad?
 7 R: Vamos a decirlo de esta forma. Una vez
 8 levantada la suspensión, se reactiva la
 9 exigibilidad de los derechos y obligaciones
 10 emanados del contrato y, por lo tanto, entre
 11 otras cosas, Mamacocha queda obligada a cumplir
 12 con la fecha de la POC en la fecha máxima
 13 prevista.
 14 P: Pero también, como ya vimos, hay otros
 15 hitos en ese cronograma. Como, por ejemplo, el
 16 cierre financiero, que bajo el cronograma de
 17 adenda 2 había vencido el 29 de agosto de 2017.
 18 ¿Verdad? ¿Se acuerda que lo estábamos viendo en
 19 la pantalla?
 20 R: Lo recuerdo, pero como le digo, el
 21 cronograma no es carga del Ministerio. El
 22 cronograma lo plantea Mamacocha y se obliga a

1 cumplirlo Mamacocha.
 2 P: Pero el Contrato RER sí prevé de que si
 3 Mamacocha no logra cumplir con los hitos en el
 4 cronograma, sea el que sea, el OSINERGMIN puede
 5 pedirle a Mamacocha que aumente el monto de su
 6 garantía de fiel cumplimiento. ¿Verdad?
 7 R: Sí, eso es correcto. Esa disposición,
 8 digamos, la eficacia de esa exigibilidad quedó
 9 suspendida durante la etapa de suspensión.
 10 P: ¿Usted ha visto algo en el expediente o
 11 en los escritos que confirme que el momento en
 12 que levantaron la suspensión OSINERGMIN le
 13 pidió a CHM que aumente su garantía de fiel
 14 cumplimiento a causa de no haber cumplido con
 15 los hitos de cierre financiero o el inicio de
 16 obras civiles?
 17 R: No, no he visto tal cosa.
 18 P: Ahora vamos a regresar a su tesis de que
 19 las partes no quisieron extensiones al
 20 cronograma porque no usaron la palabra
 21 "extensión" en su acuerdo de suspensión.
 22 Específicamente usted dice en párrafo 3.55 de

1 su segundo informe -- y si quieres, Tom, lo
 2 podemos poner en la pantalla para ayudar al
 3 doctor Lava. En ese párrafo usted dice que: "No
 4 hubiera existido inconveniente para que las
 5 partes pacten expresamente la postergación de
 6 determinados hitos y obligaciones
 7 contractuales". ¿Verdad?
 8 R: Sí, excepto los inamovibles.
 9 P: Doctor Lava, usted ha leído los escritos
 10 en este caso. ¿Verdad?
 11 R: He leído los principales escritos de
 12 fondo de las partes.
 13 P: Usted entiende que las demandantes alegan
 14 que era imposible para CHM cumplir con los
 15 hitos mientras existían interferencias de
 16 autoridades regionales. ¿Verdad?
 17 R: Esa es la alegación de Mamacocha, ¿sí?
 18 Entiendo que esa es la alegación de Mamacocha.
 19 P: Y usted entiende que cuando CHM y el
 20 MINEM entraron al acuerdo de suspensión todavía
 21 existía la demanda del Gobierno Regional de
 22 Arequipa. ¿Verdad?

R: No tengo el marco temporal tan claro. Si me permite, lo puedo verificar en un minuto, si es necesario.

P: Usted entiende que el Gobierno Regional de Arequipa desistió con su demanda en diciembre de 2017. ¿Verdad?

R: El desistimiento de la demanda, según tengo en mis apuntes, ocurrió el 28 de diciembre del 17. Sí.

P: Y las partes entraron al acuerdo de suspensión en julio de 2017. ¿Verdad?

R: A ver, permítame. Si no me equivoco, la tercera adenda suspendiendo el contrato se firmó el 8 de septiembre de 2017.

P: Sí, esa es la adenda. Pero igual con la adenda eso fue antes del desistimiento del Gobierno Regional de Arequipa con su demanda. ¿Verdad?

R: Fue antes, sí.

P: Y usted entiende que -- y entonces cuando CHM entró a la adenda 3 no tenía cómo saber si el Gobierno Regional de Arequipa iba a desistir

de su demanda o si -- o cuándo el Gobierno Regional de Arequipa iba -- no podía haber en el futuro y no podía saber en septiembre cuándo el Gobierno Regional de Arequipa iba a desistir con la demanda. ¿Verdad?

R: ¿Usted quiere que yo le responda si no podía saber lo que iba a ocurrir en el futuro?

P: Correcto.

R: Me imagino que no. Nadie puede predecir lo que venga en el futuro.

SEÑOR FORNO FLÓREZ: Señor presidente: discúlpeme que vuelva a interrumpir. Lamento ser pesado en esto. El experto es un experto de derecho y se le está pidiendo que haga evaluaciones de hecho y, además, a futuro. Me parece que esa no es tarea del experto en este caso. Muchas gracias.

PRESIDENT: Sustained. No speculation in the question.

SEÑOR MOLINA: Mi punto simplemente es, doctor Lava, que al momento que las partes firmaron el acuerdo de suspensión no se sabía

cuál iba a ser -- qué iba a pasar con la demanda del Gobierno Regional de Arequipa. ¿Verdad? En ese momento no se sabía.

SEÑOR LAVA CAVASSA: Me parece que es otra vez, discúlpeme, señor Molina, una pregunta sobre hechos. No tengo claro si se sabía o no se sabía. Lo que puedo decir para responder a su pregunta es que estaba la demanda iniciada y que la tercera adenda se firma después. Sobre si se sabía o no, o quién sabía, la verdad, no sabría decirle. No sé cómo contestar esa pregunta.

P: Y usted sí entiende que en febrero de 2018, después de que ya había desistido el Gobierno Regional de Arequipa, usted entiende que Mamacocha -- esa fue la fecha que Mamacocha presentó su tercera solicitud de modificación bajo el Contrato RER. ¿Verdad?

R: ¿Qué fecha? Disculpe.

P: En febrero de 2018.

R: La solicitud, según tengo en mis apuntes, es el 1° de febrero de 2018. Sí. ¿Cuál es su

pregunta?

P: Que eso ocurrió después de que ya había desistido el Gobierno Regional de Arequipa con su demanda. ¿Verdad?

R: Sí, correcto.

P: Y en esa -- y usted entiende que en esa solicitud Mamacocha pidió extensiones bajo el contrato para curar demoras causadas por esa demanda. ¿Verdad?

R: ¿La tercera solicitud dice usted? Recuerdo, sí, que parte de las alegaciones son ocasionadas por la demanda del Gobierno Regional de Arequipa, pero debo decir no encuentro qué demoras puede haber ocasionado una demanda de nulidad de actos jurídicos.

P: Pues vamos a ver -- vamos a regresar al tema este de si la suspensión debía de haber resultado en una extensión. Ya entiendo su punto y lo tiene claro en sus informes de que en su opinión una suspensión no necesariamente debería resultar en una extensión. Esa es su posición, ¿verdad?

R: Sí.

P: Vamos a ir al documento; Tom, C-216, por favor.

Doctor Lava: este es un oficio fechado 13 de julio de 2017 del MINEM hacia -- dirigido a CHM, ¿verdad?

R: Sí.

P: ¿Usted conoce este documento?

P: Permítame leerlo, por favor. ¿Podría agrandar un poquito la imagen?

A ver, es un oficio que remite el viceministro de Energía a Mamacocha enviándole el informe 122-2017.

P: Y vio -- ve que en el sello en la mano derecha demuestra que Mamacocha recibió este oficio el 14 de julio de 2017. ¿Verdad?

R: Es correcto.

P: O sea, una semana antes del acuerdo de suspensión que luego formalizaron bajo la adenda 3. ¿Verdad?

R: Una semana antes -- ah -- no, ¿la adenda 3 no es en septiembre? No es una semana antes,

pero es antes.

P: Perdón, la adenda 3 formalizó -- ¿te acuerdas cuando pusimos la adenda 3 en la pantalla?

R: Sí.

P: ¿En la que están formalizando un acuerdo de suspensión entre las partes? ¿Se acuerda?

R: Sí. ¿A ese acuerdo se refiere? Bueno, no tengo la fecha exacta, pero bueno, no sabría contestarle.

P: Vamos a la próxima página.

Doctor Lava: usted ve que este es el informe al cual le hacía referencia el oficio que acabamos de ver, ¿verdad?

R: Sí.

P: Es el informe número 122-2017 MEM/DGE, ¿verdad?

R: Correcto.

P: Y está dirigido al señor Víctor Carlos Estrella, que es quien en ese entonces era el director general de Electricidad de MINEM.

R: Correcto.

P: Y está fechado 28 de junio de 2017, ¿verdad?

R: Correcto.

P: ¿Podemos ir al numeral 2.3? Usted ve que este numeral está titulado: "Análisis de la Dirección General de Electricidad del MINEM". ¿Sí?

R: Correcto.

P: La primera oración de ese numeral dice: "Corresponde asimilar la solicitud de suspensión del contrato a una solicitud de prórroga de los hitos establecidos en el contrato, en tanto en el supuesto de aceptarse la suspensión y, por ende, disponer que no se compute el plazo de ejecución de las obligaciones contractuales por un período indeterminado, el plazo no computado deberá ser en su oportunidad adicionado al cronograma vigente estableciéndose una nueva POC más allá de marzo de 2020". ¿Sí ve eso?

R: Lo veo.

P: Entonces, como usted puede ver en este

informe, que es un informe dirigido al director general de Electricidad en junio de 2017, MINEM toma la posición que una suspensión bajo el contrato es similar a una prórroga bajo el contrato. ¿Sí lo ve?

R: Veo que eso es lo que dice el numeral 2.3 en el informe emitido por este funcionario, pero insisto: de aquí no se puede pasar a interpretar la voluntad de las partes declarada en la adenda, sobre todo cuando se transgrede una norma imperativa.

P: Usted acaba de decir que (a través) de un funcionario. Pero, como acabamos de ver, el viceministro de Energía en ese entonces le mandó este informe a Mamacocha unos días después. ¿Verdad?

R: Sí, señor Molina, por supuesto. Pero insisto: las partes no pueden a través de informes, adendas, contratos, modificar una norma imperativa. No se puede.

P: Y usted ve que dice que cuando el plazo de suspensión termine, en ese entonces las

1 partes deberían de adicionar el cronograma
2 vigente con el plazo no computado bajo el
3 término suspensión. ¿Sí entiende que eso es lo
4 que dice?

5 R: Eso es lo que dice ese párrafo.

6 P: Y la última parte del párrafo dice que
7 eso debe de estarse a lo dispuesto en el
8 numeral 8.4 del contrato y luego hace
9 referencia a la resolución ministerial número
10 559-2016 MEM/DM del 29 de diciembre de 2016.

11 ¿Sí ve eso?

12 R: Lo veo.

13 P: ¿Usted entiende que esta resolución
14 ministerial es la resolución ministerial que
15 aprobó la adenda 2?

16 R: ¿La resolución ministerial 559-2016 es la
17 que aprobó la adenda 2? ¿Me está preguntando si
18 esa es...? No recuerdo los números, usted me
19 disculpará; pero, digamos, independientemente
20 de eso, creo que el fondo acá es, nuevamente,
21 para interpretar la voluntad expresada en la
22 tercera, cuarta, quinta y sexta adendas, hay

1 que recurrir al texto de la tercera, cuarta,
2 quinta y sexta adenda. ¿Sí?

3 P: Entonces -- bueno, vamos a ver -- vamos a
4 poner -- para probar su tesis de que esto no es
5 necesariamente la voluntad de las partes, vamos
6 a poner en la pantalla el documento C-0097, por
7 favor.

8 Doctor Lava, ¿ve que esta es una demanda
9 presentada por el MINEM frente a un tribunal
10 arbitral en Lima?

11 R: Lo veo.

12 P: Usted conoce este arbitraje. Es el
13 arbitraje de Lima que también es uno de los
14 eventos que las partes disputan en este caso.
15 ¿Verdad?

16 R: Correcto.

17 P: Usted entiende que esta demanda fue
18 presentada por el MINEM en diciembre de 2019.
19 ¿Verdad?

20 R: Permítame verificar la fecha para --
21 Diciembre de 2019, sí.

22 P: Y usted está -- usted entiende que en

1 esta adenda -- perdón, en esta demanda el MINEM
2 buscaba anular adendas 1 y 2 bajo el contrato.
3 ¿Verdad?

4 R: Correcto.

5 P: ¿Por qué no vamos a la página -- al
6 numeral 9.1.3 y también el 9.1.4, que deben
7 estar en la misma página? Usted puede ver aquí,
8 doctor Lava, que en el primer numeral aquí
9 habla de que las cuatro adendas -- 3, 4, 5 y 6,
10 que son las adendas importantes para el término
11 de la suspensión, lograron suspender el
12 contrato por 528 días calendario. ¿Sí lo ve?

13 R: Sí, lo que dice es: "En total los días de
14 suspensión del contrato de suministro ascienden
15 a 528 días calendario". ¿A eso se refiere?

16 P: Porque el plazo de suspensión empezó el
17 21 de abril de 2017 y duró hasta el 30 de
18 septiembre de 2018. Eso es lo que demuestra esa
19 tabla. ¿Verdad?

20 R: Correcto.

21 P: Y en el otro numeral MINEM admite que
22 esos 528 días, y estoy citando: "Deben sumarse

1 a las fechas previstas en el cronograma". ¿Sí
2 lo ve?

3 R: Sí, lo veo, señor Molina. Pero me parece
4 estar respondiendo constantemente la misma
5 pregunta. Un escrito, una alegación en una
6 demanda, un informe, no generan derecho, no
7 generan una convicción ni una obligatoriedad a
8 futuro. Lo que rige estos contratos es el marco
9 normativo RER, que tiene unos límites
10 claramente establecidos. Ese régimen RER no se
11 cambia por un informe, no se cambia por una
12 carta o no se cambia a través de una alegación
13 en una demanda. Así no se interpreta el
14 contrato, la adenda y el marco normativo RER.

15 P: Otra cosa, doctor Lava -- y ya puedes
16 quitar esto de la pantalla. Otra cosa, doctor
17 Lava. Usted está de acuerdo, y creo que lo dijo
18 otra vez en su exposición hoy, que OSINERGMIN
19 es la única entidad responsable por exigirle a
20 CHM que cumpla con los hitos en el cronograma.
21 ¿Verdad?

22 R: ¿Por los hitos del cronograma? En este

1 momento, sinceramente no lo tengo muy claro;
 2 tendría que mirar el contrato bajo esa --
 3 porque no es un tema que yo abordo en mis
 4 informes. Tendría que mirarlo específicamente
 5 para poder responderlo.

6 P: Si podemos poner el contrato en la
 7 pantalla. Creo que son los numerales 4.7 y 4.8.

8 PRESIDENT: Mr Molina, how many more minutes
 9 do you estimate your cross-examination will
 10 last?SEÑOR MOLINA: 30 minutos.

11 PRESIDENT: You have used the full 45
 12 minutes we are now over the 60 minutes, first
 13 60 minutes. It would be normally a break and
 14 then you have still 30 minutes to go?

15 SEÑOR MOLINA: He intentado reducir, porque
 16 sé que no tenemos mucho tiempo en el horario,
 17 así que he intentado reducir el
 18 contrainterrogatorio.

19 PRESIDENT: If we break now then you could
 20 review your notes and see how you can focus
 21 your questions further. Shall we do that?

22 SEÑOR MOLINA: Esta bien Señor Presidente

1 PRESIDENT: Then break until 21.05 CET.

2 (Pausa para el café.)

3 PRESIDENT: Mr Molina?

4 MR GRANÉ: Mr President, we have a point of
 5 order, very brief and for the sake of full
 6 disclosure. When we went into the break Mr
 7 Lava was added into our breakout room. We
 8 realised that immediately. We had absolutely
 9 no discussion. We contacted FTI to ask that Mr
 10 Lava be removed, but before we could reach FTI
 11 he was removed from our breakout room, but we
 12 wanted to clarify that.

13 PRESIDENT: Much appreciated.

14 For the Claimant, anybody who wants to -- Mr
 15 Forno?

16 MR MOLINA: Well, just in response to that,
 17 I don't think we have -- Claimants have no
 18 response to --

19 PRESIDENT: Mr Molina, sorry. I apologise.
 20 I think that was very ethical of Mr Grané.
 21 That can happen, these technical mishaps. I
 22 appreciate that you reported it.

1 Here there are different issues. What I
 2 have is they cut the heating system at seven
 3 o'clock every evening, and I can tell you it is
 4 not Peru here outside! So, here we go. All
 5 right, Mr Molina, please continue.

6 MR MOLINA: Thank you, Mr President. But I
 7 do have one just a clarification, and I can
 8 switch to Spanish if it's easier. But I
 9 noticed during the break, it was brought to my
 10 attention that Dr Lava had mentioned on two
 11 separate occasions that he would look at his
 12 notes, so I just wanted a point of
 13 clarification, just to make sure if he does
 14 have notes, and if so -- or just to clarify
 15 what it is that he was referring to.

16 PRESIDENT: Dr Lava, do you have notes in
 17 front of you?

18 SEÑOR LAVA CAVASSA: Tengo las fechas
 19 anotadas, para saber el orden temporal de las
 20 cosas. ¿Quiere que lo exhiba en pantalla?

21 PRESIDENT: I think that's good you show it,
 22 because actually you should have no notes in

1 front of you except for your hard copies of
 2 your two reports.

3 SEÑOR LAVA CAVASSA: Es un calendario de las
 4 actividades, solo para tener el orden temporal
 5 de las ideas que me pregunta el señor Molina.

6 PRESIDENT: Mr Molina, any objection to
 7 that?

8 MR REISENFELD: Mr President, I would
 9 suggest that the expert show Claimants whatever
 10 document he has been referring to during the
 11 course of his testimony.

12 PRESIDENT: OK. Can you show it to us?

13 SEÑOR LAVA CAVASSA: Lo acabo de hacer. Sí,
 14 claro. Son fechas.

15 PRESIDENT: Mr Lava, is that a document
 16 composed by yourself, or is that something you
 17 pulled out from one of the documents in the
 18 file?

19 SEÑOR LAVA CAVASSA: No, es únicamente un
 20 listado de -- por ejemplo, como el señor Molina
 21 me pregunta si esto fue posterior o anterior a
 22 tal evento, en fecha tal, la tercera adenda; en

1 fecha tal, la cuarta adenda; en fecha tal, la
2 quinta adenda. Solo para ordenarme
3 temporalmente.

4 PRESIDENT: But have you prepared yourself
5 that document?

6 SEÑOR LAVA CAVASSA: Yo mismo, sí.

7 PRESIDENT: Mr Reisenfeld and Mr Molina, you
8 would like to have it shared with us?

9 MR REISENFELD: I think that would be in
10 best order, Mr President. If he could scan it
11 and send it to us, that would be best.

12 PRESIDENT: Dr Lava, are you in a position
13 to scan?

14 SEÑOR LAVA CAVASSA: No tengo a mi secretaria
15 ahora mismo, pero si usted gusta, puedo prender
16 el celular para hacer esto. ¿Perdón?

17 PRESIDENT: How many pages is it?

18 SEÑOR LAVA CAVASSA: Son tres páginas.

19 PRESIDENT: There are two ways of doing
20 this. Sharing it on the screen or that you
21 take pictures with your iPhone and send it to
22 us. What's the fastest way?

1 SEÑOR LAVA CAVASSA: Okay.

2 PRESIDENT: Do you have it as a digital file?

3 SEÑOR FORNO FLÓREZ: Doctor Lava, ¿tiene
4 usted una versión digital que nos pueda enviar
5 por correo electrónico o no la tiene?

6 SEÑOR LAVA CAVASSA: Sí, la tengo.

7 SEÑOR FORNO FLÓREZ: Y tal vez podría ser esa
8 la forma más rápida para que todo el mundo la
9 reciba simultáneamente.

10 SEÑOR LAVA CAVASSA: Por supuesto.

11 PRESIDENT: I agree. So can you send it by
12 e-mail to everyone, Mr Lava?

13 SEÑOR LAVA CAVASSA: De acuerdo, lo estoy
14 haciendo.

15 PRESIDENT: Please go ahead.

16 MR REISENFELD: And then, Mr President, it
17 would be useful if he would confirm that he
18 does not have handwritten notes on the version
19 that he's been referring to.

20 PRESIDENT: You want to inspect them in
21 front of the camera?

22 Dr Lava, can you show the documents?

1 They're all clean. All right. Page 2. Yes.

2 MR REISENFELD: Perfect. Thank you. In the
3 meantime, have you been able to send it, Dr
4 Lava?

5 SEÑOR LAVA CAVASSA: No, aún no, señor
6 presidente. Pido mil disculpas. Estoy tratando
7 de encontrarlo. Un segundo.

8 PRESIDENT: Mr Molina, shall we wait, or can
9 it also be sent afterwards?

10 (Pausa.)

11 SEÑOR LAVA CAVASSA: Se lo estoy enviando en
12 este momento a los abogados de la parte
13 demandada.

14 (Pausa.)

15 SEÑOR LAVA CAVASSA: De acuerdo, ya está
16 enviado.

17 PRESIDENT: Mr Forno should have received
18 it, isn't it?

19 SEÑOR LAVA CAVASSA: Sí, lo ha recibido.

20 SEÑOR FORNO FLÓREZ: Voy a ver de inmediato.

21 MR REISENFELD: For the sake of good order
22 it would seem to me the witness should be

1 directed to throw away that copy and not refer
2 to it for the balance of --

3 PRESIDENT: Step by step, Mr Reisenfeld.
4 First we have to see whether we get the
5 document, and then the next step is how to get
6 rid of the document.

7 MR REISENFELD: Thank you.

8 SEÑOR FORNO FLÓREZ: Yo estoy mirando ahora
9 mi inbox y todavía no he recibido nada, señor
10 presidente. Apenas lo reciba, les avisaré.

11 PROFESSOR TAWIL: I would suggest we move
12 forward.

13 PRESIDENT: One second. If it has been sent
14 it should have been received by now.

15 MR GRANÉ: We have received it and we are
16 forwarding this to you at this very minute, Mr
17 President, and members of the Tribunal.

18 PRESIDENT: Thank you, Mr Grané.

19 Mr Molina and Mr Reisenfeld, do you want
20 first to review the document before continuing
21 the cross, or can you continue?

22 MR REISENFELD: The answer is I think we

1 should take just a few moments to look over the
2 document before this questioning continues,
3 yes.

4 PRESIDENT: Do you want a 5 minute break Mr.
5 Reinsenfeld? Is that better?

6 MR REISENFELD: Yes

7 PRESIDENT: ok great, 5 minutes recess

8 (Pausa.)

9 PRESIDENT: Mr Molina, in the meantime,
10 while you checked the document, we checked the
11 PO. The PO is specific on the distinction in
12 paragraph 28 of PO6, which says in the last
13 sentence that it is only fact witnesses that
14 shall not have notes.

15 MR REISENFELD: Yes, that is correct.
16 Paragraph 29.

17 PRESIDENT: 28.

18 MR REISENFELD: 28 and 29.

19 PRESIDENT: Anyway, 28 last sentence is
20 quite clear.

21 MR REISENFELD: Yes.

22 PRESIDENT: Mr Molina, you may continue the

1 examination of Dr Lava. Dr Lava, you may
2 continue to have the note in front of you.

3 (Pausa.)

4 SEÑOR MOLINA: Doctor Lava, antes de que
5 fuimos al break se acuerda que pusimos en la
6 pantalla -- y, por favor, Tom, si puedes poner
7 otra vez en la pantalla el anexo C-0002. Esos
8 son los numerales 4.7 y 4.8 del Contrato RER.
9 ¿Verdad?

10 SEÑOR LAVA CAVASSA: Correcto.

11 P: Usted interpreta esos numerales como
12 identificando que OSINERGMIN es el -- es la
13 entidad gubernamental encargada en fiscalizar
14 el cronograma de obras. ¿Verdad?

15 R: Sí, eso es correcto. El OSINERGMIN es la
16 entidad encargada de fiscalizar.

17 P: El MINEM no tiene ningún rol con respecto
18 a la fiscalización del cronograma. ¿Verdad?

19 R: Correcto.

20 P: Entonces, si CHM hubiese querido
21 suspender la exigibilidad del cronograma, CHM
22 debería haber celebrado esa suspensión con

1 OSINERGMIN. ¿Verdad?

2 R: No, no. OSINERGMIN tiene esas
3 atribuciones de fiscalización porque es el ente
4 regulador en el sector. Esa función la cumple
5 no porque esté en el numeral 4.7 o en el
6 numeral 4.8; la cumple porque está en la ley.
7 El obligado bajo este contrato es el
8 Ministerio.

9 P: Entonces, para entender, ¿su posición es
10 que el Ministerio está obligado por la
11 fiscalización del contrato -- del cronograma?

12 R: No, no, permítame explicarme
13 correctamente. El Ministerio es la parte en el
14 contrato, ¿sí? Esa es la tesis que yo he
15 expuesto en mis informes. Estas referencias a
16 OSINERGMIN no generan -- primero, no suponen
17 que OSINERGMIN sea parte del contrato ni le
18 generan una obligación contractual a
19 OSINERGMIN. Acá lo único que se está haciendo
20 en este contrato es refiriendo la función que
21 cumple OSINERGMIN de acuerdo a las normas, pero
22 no la hace parte del contrato.

1 P: Sí, y otra vez usted me afirmó hace poco
2 que el MINEM no tiene ningún rol con la
3 fiscalización del cronograma. Esa es todavía su
4 respuesta, ¿verdad?

5 R: Correcto, porque recuerde que estamos en
6 un Estado -- esta es la particularidad de
7 contratar con el Estado. El Estado peruano es
8 unitario y descentralizado. Entonces, el ente
9 al que le corresponde esa función por ley es
10 OSINERGMIN.

11 P: Entonces, si Mamacocha quiso suspender la
12 exigibilidad de su cronograma, tenía que haber
13 pactado con OSINERGMIN bajo su tesis. ¿Verdad?

14 R: No. Yo creo que la exposición del doctor
15 Monteza esta mañana fue muy clara en ese
16 sentido. Es decir, la parte aquí, otra vez, es
17 el -- la parte contractual es el Ministerio.
18 Las adendas, como el contrato fue suscrito con
19 el Ministerio, las adendas deben ser suscritas
20 por el Ministerio. Esta función de OSINERGMIN
21 viene dada por la norma. Entonces, si las
22 partes, digamos, Ministerio y Mamacocha

1 suscriben una adenda modificando el cronograma,
 2 OSINERGMIN lo único que menciona el contrato es
 3 que OSINERGMIN hace una validación del
 4 cronograma, verifica que se haya presentado.
 5 Creo que está en el numeral anterior, pero eso
 6 no hace que OSINERGMIN deba participar en las
 7 adendas ni que sea parte en el contrato ni que
 8 esté obligada bajo el contrato.

9 P: Mi pregunta no es si OSINERGMIN está
 10 obligada bajo contrato; mi pregunta es: en su
 11 tesis de que la suspensión solamente suspendió
 12 la exigibilidad del cronograma, y usted también
 13 me acaba de admitir que el MINEM no tiene
 14 ningún rol sobre la fiscalización de ese
 15 cronograma, mi pregunta es si -- déjeme
 16 reformularizar esta pregunta.

17 Primero vamos al párrafo 4.29 de su segundo
 18 informe, por favor, que está relacionado a este
 19 tema.

20 R: ¿Lo van a exhibir en pantalla o debo
 21 buscarlo yo?

22 P: Estoy seguro que mi colega aquí lo va a

1 poner en la pantalla.

2 R: Okay, muchas gracias.

3 P: Es 4.29 del segundo informe del doctor
 4 Lava.

5 Sí se acuerda de este párrafo, ¿verdad,
 6 doctor Lava?

7 R: Sí.

8 P: Usted dice que cuando el contrato refiere
 9 a OSINERGMIN, por ejemplo, debe entenderse como
 10 una referencia específica y concreta al
 11 OSINERGMIN. ¿Verdad?

12 R: Es verdad.

13 P: Y lo que usted dice también es que no se
 14 puede extender esa obligación al MINEM.
 15 ¿Verdad?

16 R: Es correcto. Las obligaciones -- o sea,
 17 lo que dice el párrafo, si me permite leerlo,
 18 es -- si me permite explicar el contexto del
 19 párrafo, este párrafo lo que está diciendo es:
 20 sobre la base del 1.4.2 del contrato, es que
 21 cuando se refiere a -- que creo que es la
 22 definición de autoridad gubernamental. Hay un

1 texto muy claro del contrato que dice:
 2 cualquier referencia a una autoridad
 3 gubernamental debe entenderse hecha a esa
 4 autoridad gubernamental y no a ninguna otra.
 5 Entonces, lo único que estoy aquí es aclarando.
 6 Es decir, cuando el contrato dice MINEM, es
 7 MINEM, que es el único obligado bajo el
 8 contrato; pero cuando hay referencias al COES o
 9 al OSINERGMIN o a cualquier entidad, debe
 10 entenderse específicamente a esa entidad, pero
 11 eso no significa que el contrato les genere
 12 obligaciones. Estoy hablando solamente de
 13 referencias, como referencias específicas y
 14 concretas; es lo que dice el texto.

15 P: Voy a preguntártelo de esta manera. Vamos
 16 a suponer, doctor Lava, en un hipotético, que
 17 durante el plazo de suspensión OSINERGMIN exige
 18 que Mamacocha cumpla con un hito en el
 19 cronograma y vamos a suponer que Mamacocha
 20 obviamente no está de acuerdo porque piensa que
 21 el cronograma está suspendido. En ese
 22 hipotético, la disputa entre OSINERGMIN y

1 Mamacocha no serían parte del contrato, en su
 2 tesis de que el MINEM y no el Estado es la
 3 contraparte de CHM. ¿Verdad?

4 R: Es correcto.

5 P: Entonces, en ese caso, la disputa sería
 6 extracontractual. ¿Verdad?

7 R: En ese caso, si el administrado -- sí, la
 8 respuesta es sí, porque sería un reclamo entre
 9 administrado y administración fuera del
 10 contrato, sino en el marco de la norma.

11 P: ¿Y en ese caso Mamacocha tuviera una
 12 demanda bajo las adendas 3 a 6 contra el MINEM
 13 por haber incumplido con el acuerdo de
 14 suspensión que usted dice que hizo inexigible
 15 el cronograma de obras?

16 R: Solo quiero aclarar bien la pregunta,
 17 entenderla bien. Usted me está poniendo en el
 18 ejemplo hipotético de que durante el plazo de
 19 suspensión OSINERGMIN hubiera imputado algún
 20 incumplimiento a Mamacocha. ¿Sí? Y Mamacocha en
 21 ese escenario tendría que -- ahí es donde me
 22 quedé, ¿cuál es la pregunta concreta? Ese es el

1 escenario hipotético. ¿Correcto?

2 SEÑOR FORNO FLÓREZ: Señor presidente:
3 discúlpeme que interrumpa. Discúlpeme, doctor
4 Molina. Se está preguntando acerca de las
5 competencias del OSINERGMIN y el doctor Lava es
6 un experto en derecho civil.

7 El doctor Monteza, que ya declaró, fue el
8 experto en derecho administrativo. De manera
9 que estas preguntas no son conducentes para que
10 sean respondidas por el doctor Lava. Gracias.

11 SEÑOR MOLINA: Señor presidente, mis
12 preguntas están relacionadas a las adendas 3 a
13 6 que forman parte del contrato. Lo que yo
14 quiero entender es si, en el hipotético que yo
15 puse, si Mamacocha tuviera una demanda bajo las
16 adendas 3 a 6 del contrato. Esa es mi pregunta.

17 SEÑOR LAVA CAVASSA: Sí, pero ¿una demanda
18 originada en qué me dice usted?

19 PRESIDENT: Dr Lava, first I have to rule on
20 the objection. Objection is overruled. Dr
21 Lava, you can now answer the question.

22 SEÑOR LAVA CAVASSA: Sí, correcto. Lo que

1 decía es: solamente quería entender el contexto
2 de la pregunta hipotética. Ahora no sé, por
3 favor, si pudiera en todo caso repetirme la
4 pregunta.

5 SEÑOR MOLINA: Mi pregunta es: si Mamacocha
6 tiene una disputa durante el plazo de
7 suspensión sobre la exigibilidad del
8 cronograma, ¿esa disputa la pueden plantear
9 bajo el contrato contra el MINEM? ¿Sí o no?

10 SEÑOR LAVA CAVASSA: A ver. Tendríamos que
11 encontrar algún incumplimiento del MINEM en el
12 contrato. Es decir, es un ejemplo hipotético y
13 efectivamente yo no soy experto en derecho
14 administrativo, pero me obliga también a
15 hipotetizar. ¿Sí? Tendríamos que asumir que el
16 OSINERGMIN, desconociendo el pacto o digamos
17 desconociendo el contrato o las adendas de
18 suspensión firmadas por el Ministerio, atribuye
19 alguna -- ejecuta alguna penalidad o imputa
20 incumplimiento a Mamacocha. Mamacocha podría
21 demandar al MINEM, digamos en ese escenario
22 hipotético, diciéndole: "Oye, digamos, este

1 acuerdo de suspensión ha sido desconocido, y
2 eso, como tú eres mi contraparte, yo te reclamo
3 a ti." Pero lo que pasa -- O sea, para entender
4 y complementar mi pregunta, y con esto termino,
5 otra vez: esto no es -- la contraparte no es un
6 particular, es el Estado peruano, que es
7 unitario y descentralizado. ¿Sí? Con lo cual,
8 cada entidad tiene porciones de ese poder
9 público que ejerce según la ley de su
10 competencia. Entonces, es lo más natural que
11 este tipo de cosas pasen.

12 P: Vamos a otro tema, doctor Lava. Usted en
13 este caso ha tomado la posición que CHM asumió
14 todos los riesgos relacionados al avance de
15 este proyecto. ¿Verdad?

16 R: Ha asumido los riesgos del
17 financiamiento, del diseño, de la construcción
18 y de los permisos.

19 P: Vamos a poner en la pantalla los párrafos
20 5.35 a 5.38 de su primer informe, por favor;
21 ¿quizás será posible ampliar los párrafos 5.35
22 a 5.38?, por favor.

1 Doctor Lava, en el primer párrafo que ve en
2 la pantalla usted opina que: "Ante
3 incumplimiento del contrato de la contraparte
4 de CHM...", que según su postura es MINEM, "...el
5 contrato queda resuelto a pleno derecho".
6 ¿Verdad?

7 R: Claro. Si no me equivoco, en este acápite
8 estoy analizando -- yo -- la premisa es que
9 este -- esta fecha perentoria -- estoy
10 sobresimplificando el lenguaje, pero es una
11 condición resolutoria. Entonces, yo aquí
12 analizo si incluso en el evento de que hubiera
13 demoras atribuibles al MINEM resiste esta
14 condición resolutoria. Eso es lo que yo analizo
15 en este acápite. Y yo creo que sí, que la
16 condición resolutoria aplica, como lo dice en
17 los laudos y específicamente el Laudo Electro
18 Zaña, incluso cuando hubiera demoras, hubiera
19 alguna falta o demora atribuible al Ministerio.

20 P: Y en el último párrafo de lo que ve en la
21 pantalla, usted concluye que no encuentra
22 impedimento para que la condición resolutoria

1 establecida en el marco normativo vigente y
 2 pactada en el contrato sea de aplicación
 3 también a casos en que la causa de la no
 4 ocurrencia de la (condición) hubiera sido
 5 imputable al propio MINEM, quien otra vez usted
 6 dice que es la contraparte. ¿Verdad?

7 R: Es correcto, solamente hago la precisión:
 8 yo no he encontrado ninguna actuación del MINEM
 9 de las alegadas que haya causado tal
 10 impedimento. Pero efectivamente la condición
 11 resolutoria es un evento -- es un elemento
 12 accidental del acto jurídico que atañe a la
 13 eficacia misma del acto, ¿sí? Con lo cual es
 14 irrelevante cuál es la causa que lo produce; lo
 15 que se tiene que verificar es la constatación
 16 objetiva del evento.

17 P: Okay, pero vamos a suponer que el
 18 Tribunal encuentra que sí hubo un
 19 incumplimiento del MINEM bajo el contrato. Yo
 20 sé que usted no lo opina, pero vamos a suponer.
 21 Para estar claros, su opinión es que en ese
 22 caso, en esa circunstancia, lo que debería de

1 ocurrir bajo los términos del contrato es que
 2 el contrato se resuelva de pleno derecho.
 3 ¿Verdad?

4 R: Es correcto.

5 P: Y también es su opinión que en esa
 6 circunstancia MINEM debería de ejecutar la
 7 garantía de fiel cumplimiento. ¿Verdad?

8 R: El marco normativo así lo establece.

9 P: Con lo cual usted entiende que el --
 10 perdón, voy a reformular. Usted llega a esa
 11 conclusión porque usted considera que el
 12 régimen RER prevé la resolución de pleno
 13 derecho y la existencia de una asunción de
 14 riesgos del concesionario por no llegar a POC.
 15 ¿Verdad?

16 R: Efectivamente. A ver, el régimen RER
 17 contempla una condición resolutoria para la
 18 cual es irrelevante cuál es la causa, basta la
 19 mera constatación, y también contempla la
 20 responsabilidad de Mamacocha en caso de no
 21 alcanzarse ahí. Digamos, dicho esto, como he
 22 repetido en mi presentación y en mis informes,

1 yo no encuentro ningún acto del MINEM, que es
 2 la contraparte en el contrato, pero tampoco de
 3 las otras entidades, que hayan sido la causa de
 4 que esto no se llegue. Ahora -- Sí, adelante.

5 P: ¿Podemos poner en la pantalla la dúplica
 6 de la parte demandada, y específicamente el
 7 párrafo 100 en la dúplica?

8 Usted sí ha revisado la dúplica de la parte
 9 demandada, ¿verdad, doctor Lava?

10 R: Sí.

11 P: Si puede ampliar la parte -- bueno -- la
 12 parte de la mano derecha. Lo vamos a esperar.

13 Doctor Lava, usted ve que como por la mitad
 14 de este párrafo dice: "En primer lugar, el Perú
 15 en ningún momento ha argumentado que las
 16 sociedades concesionarias asumieron el riesgo
 17 de que el MINEM incumpliera sus propias
 18 obligaciones bajo el Contrato RER".

19 R: Sí, lo leo.

20 P: Pero como acabamos de ver, en su primer
 21 informe usted sí dijo que bajo el régimen -- el
 22 marco normativo, Mamacocha había asumido este

1 riesgo cuando firmó el contrato. ¿Verdad?

2 R: No, no exactamente, y permítame por favor
 3 explicar. Son dos reglas distintas, ¿sí? La
 4 condición resolutoria no atañe al régimen de
 5 responsabilidad; atañe a los efectos del
 6 contrato. Eso es bien establecido por la norma
 7 imperativa, y basta que ocurra el evento
 8 condicionante para que el contrato termine. No
 9 estamos hablando aquí de un tema obligacional,
 10 estamos hablando de la constatación del evento
 11 futuro e incierto.

12 En cuanto al régimen de responsabilidad, lo
 13 que yo he sostenido en mis informes es que
 14 Mamacocha asumió responsabilidad objetiva ante
 15 la -- en el evento de que no ocurra la POC en
 16 la fecha máxima establecida. ¿Y qué significa
 17 responsabilidad objetiva? Significa -- como lo
 18 permite, por supuesto, el artículo 1317 del
 19 Código Civil, significa que no se entra a
 20 evaluar el dolo o la culpa, sino que basta la
 21 inejecución de la obligación para ser
 22 responsable. El único límite a esto sería el

1 dolo o la culpa inexcusable del Ministerio. Ese
2 sería el único límite no en la condición
3 resolutoria, sino en la regla de
4 responsabilidad. Si es que lográramos
5 determinar que el Ministerio tenía una
6 prestación exigible, asumiendo que no hubiera
7 habido sentencia de amparo, que es la causa
8 finalmente de que no se haya llegado a la POC,
9 y asumiendo que el Ministerio hubiera actuado
10 con dolo o culpa inexcusable, entonces no
11 habría responsabilidad de Mamacocha.

12 P: Solamente para tenerlo claro, usted está
13 diciendo que bajo -- en su opinión sí existe
14 una manera de que, aunque se resuelva el
15 contrato y se ejecutara la garantía de fiel
16 cumplimiento, si se puede comprobar que el
17 Ministerio actuó con dolo -- o, mejor dicho, la
18 contraparte de Mamacocha actuó con dolo
19 injustificadamente...

20 R: No. Dolo...

21 P: Déjeme terminar. Que en ese entonces el
22 Ministerio o la contraparte de Mamacocha le

1 debería a Mamacocha daños y perjuicios por
2 haber -- por ese acto. ¿Eso es lo que usted
3 acaba de decir?

4 R: Si se lograra determinar todos los
5 elementos de la responsabilidad que yo he
6 explicado en mi presentación: hecho
7 antijurídico, que no encuentro alguno; nexo
8 causal, que no encuentro alguno; daño, ¿sí?
9 Porque ¿qué es lo que permite el régimen, el
10 Código Civil? Yo creo que aquí Mamacocha asumió
11 los riesgos incluso de la falta del MINEM por
12 culpa leve. Incluso esos los asume Mamacocha, y
13 ese es un pacto válido. O sea, es correcto
14 afirmar que Mamacocha asumió también los
15 riesgos de los incumplimientos del MINEM, salvo
16 que se demostrara que hubiera existido dolo,
17 que es la intención, o culpa inexcusable, que
18 es tanto o casi tanto como el dolo. O sea, es
19 un descuido tan elemental que nadie debería
20 cometer. Si eso se lograra demostrar,
21 efectivamente el artículo 1328 del Código Civil
22 es lo que establece, ¿no?

1 P: Y siguiendo esa lógica, en esa
2 circunstancia que usted acaba de mencionar,
3 donde se puede comprobar que la contraparte de
4 Mamacocha actuó con dolo, Mamacocha tendría
5 acceso a recibir -- o sea, en este entonces
6 pudiera recuperar todos los daños y perjuicios
7 que sufrió a causa de ese dolo. ¿Verdad?

8 R: No, y voy a explicar por qué, si me lo
9 permite, por favor. Sé que es un poco tedioso.
10 Pero ¿qué es lo que ocurre? La tesis de las
11 demandantes y el informe del doctor Benavides
12 señalan que lo que hubo aquí fue imposibilidad
13 de la prestación por culpa del acreedor.
14 Francamente, yo ya he explicado que no hay tal
15 imposibilidad de la prestación, pero esa es la
16 tesis.

17 Eso nos retira del libro inexecución de
18 obligaciones y nos pone en el libro de
19 obligaciones. El acreedor, como acreedor de una
20 prestación, y aquí -- la prestación aquí es el
21 no haber alcanzado la POC -- el deudor es
22 Mamacocha; el acreedor es el MINEM. Si el MINEM

1 en su condición de acreedor, maliciosa y
2 dolosamente hubiera hecho que sea imposible
3 alcanzar la fecha de la POC en el plazo máximo,
4 la norma contempla una consecuencia muy
5 específica y muy completa: no establece que el
6 contrato se resuelva; establece que se resuelve
7 la obligación devenida en imposible, es decir,
8 la obligación de Mamacocha -- claro, si es
9 imposible, se resuelve; pero en este caso
10 hipotético, imaginario, ideal, el acreedor
11 queda obligado a pagar la contraprestación.
12 Solo si no cumple su contraprestación
13 tendríamos que saltar un paso más allá. Si
14 estando obligado a pagar su prestación no lo
15 hace, será responsable de daños, ¿sí? No sé si
16 he explicado bien mi posición, pero es un
17 resumen muy ejecutivo.

18 P: Señor presidente, déjeme -- ¿es posible
19 tener dos minutos para hablar con colegas para
20 ver qué más necesito para terminar el
21 contrainterrogatorio? Van a ser dos minutos
22 solamente.

1 PRESIDENT: Please do so.

2 (Pausa.)

3 SEÑOR MOLINA: Señor presidente: no tenemos
4 más preguntas en este momento. Gracias.

5 PRESIDENT: Thank you, Mr Molina. Mr Forno,
6 are you still online?

7 SEÑOR FORNO FLÓREZ: Estoy con ustedes, señor
8 presidente.

9 PRESIDENT: Do you need ten minutes, or do
10 you immediately move to the redirect?

11 SEÑOR FORNO FLÓREZ: Tenemos varias
12 preguntas.

13 Sí, señor presidente, necesitamos 10 minutos
14 por lo menos. Es más, le pediría que fueran 15
15 inclusive.

16 MR GRANÉ: Mr President, if I may just very
17 quickly, in terms of organisation and without
18 prejudice to the discussions that we will have
19 in the breakout room, we do anticipate having a
20 lengthy redirect -- of course within the
21 timeframe that remains for this party.

22 Would the intention of the Tribunal be to

1 continue with that redirect this evening and
2 complete that redirect?

3 PRESIDENT: Yes, it is. That's the
4 intention.

5 MR GRANÉ: Thank you.

6 PRESIDENT: Thank you. 15 minutes recess.
7 (Pausa para el café.)

8 PRESIDENT: Mr Forno? Can you please
9 proceed with the redirect.

10 SEÑOR FORNO FLÓREZ: A sus órdenes, señor
11 presidente.

12 Muy amable, señor presidente.

13 Doctor Lava: mi colega, el doctor Molina, le
14 ha preguntado sobre la suspensión del Contrato
15 RER por las adendas 3 a 6. ¿Lo recuerda?

16 SEÑOR LAVA CAVASSA: Sí.

17 P: Recordará usted que yo formulé una
18 objeción porque el doctor Molina formuló lo que
19 entiendo fue la misma pregunta de varias
20 maneras diferentes. Para arrojar algo de
21 claridad sobre el tema, ¿podría usted explicar
22 cuál es el objeto y alcance de las adendas 3 a

1 6 suscritas por las partes del Contrato RER? Es
2 decir, qué aspectos del contrato modifican y
3 cuáles no, por favor.

4 R: Sí, cómo no. La adenda 3 a 6 se dan en el
5 contexto de las negociaciones por el trato
6 directo iniciado por Mamacocha. Mamacocha,
7 entiendo yo, a través del trato directo
8 manifiesta su voluntad de plantear un reclamo
9 contra el Estado por ciertas demoras atribuidas
10 a entidades del Estado. En ese contexto se
11 firma la adenda tercera y luego es prorrogada
12 en sucesivas adendas hasta la número 6.

13 La posición de la parte demandante es que
14 mediante esas adendas el MINEM habría
15 reconocido u otorgado una ampliación de plazo,
16 si no expresa, aunque sea tácitamente. Y yo
17 creo que eso no es así.

18 El texto expreso no solo del acta de trato
19 directo sino de las adendas deja muy en claro
20 que el objeto de esas adendas fue suspender las
21 obligaciones y derechos emanados del contrato.
22 Las partes, como señalé, han sido muy parcas y

1 muy escuetas al decir qué cosas suspender.

2 Por lo tanto, si es que atenemos al contexto
3 en el que se suscribe, donde las partes están
4 negociando por un potencial reclamo de
5 Mamacocha por presuntas demoras atribuidas a
6 unas entidades, y en las adendas hay lenguaje
7 muy claro de que el MINEM no está reconociendo
8 ninguna responsabilidad ni por él ni por el
9 Estado, de que no se modifica ninguna otra
10 cláusula que no sea expresamente modificada, en
11 fin, de que no hay manifestaciones de voluntad
12 tácitas, mal podría interpretarse la palabra
13 "suspender" como garantizar que te otorgaré una
14 prórroga a futuro, máxime cuando las adendas 1
15 y 2 lo dijeron expresamente. Cuando quisieron
16 mover la fecha de la POC, las partes acordaron
17 mover la fecha de la POC.

18 Todo esto me lleva a solo una conclusión
19 posible: es que durante este lapso que duró la
20 suspensión la exigibilidad de las obligaciones
21 quedó suspendida, y eso significa: "No vamos a
22 entorpecer el proceso de negociación

1 imputándonos obligaciones o responsabilidades
2 mientras esto dure”.

3 Creo que esa es la lectura más sana y más
4 acorde con el marco, además, con el marco
5 normativo imperativo del régimen RER.

6 P: Doctor Lava, ¿contiene el Contrato RER
7 previsiones relativas a las consecuencias que
8 acarrearán las demoras en el cumplimiento del
9 cronograma de ejecución de obras con
10 anterioridad al 31 de diciembre de 2018?

11 R: Entiendo que se está refiriendo a la
12 cláusula que señala que por demoras hay
13 modificaciones de las cartas fianzas,
14 obligaciones de Mamacocha de aumentar el monto
15 de la carta fianza.

16 P: Me refiero a las consecuencias. Eso
17 podría ser una, desde luego.

18 R: Esa es una de las consecuencias
19 efectivamente. Efectivamente esa obligación,
20 por ejemplo, queda suspendida a través del
21 acuerdo de suspensión. Ese es uno de los
22 efectos directos de las adendas de suspensión.

1 P: A ver, para ser claros, doctor Lava, ¿la
2 suspensión acordada mediante las adendas 3 a 6
3 le impedían de algún modo a Mamacocha continuar
4 desarrollando el proyecto?

5 R: No, en modo alguno. Por eso hice hincapié
6 en mi respuesta que el proyecto es de
7 Mamacocha. El proyecto, el que lo conoce, lo
8 diseña y lo ejecuta, es Mamacocha; y puede
9 ejecutarlo y hacerlo cuando quiera, dentro del
10 marco legal, por supuesto. Lo único es que las
11 partes del Contrato RER dijeron: “Para efectos
12 de este Contrato RER no va a haber, durante
13 este plazo -- eh, no nos vamos a imputar ni
14 exigir obligaciones por ahora mientras
15 conversamos”, pero eso no quiere decir que no
16 pueda ejecutar su proyecto según sus propios
17 planes.

18 P: Ahora bien, ¿qué efecto tienen las
19 cláusulas 3.2 y 3.3 de la adenda sexta en la
20 cláusula 8.4 del Contrato RER? Usted necesita
21 que las proyectemos seguramente. Le pregunto
22 para pedir que las proyecten.

1 R: Se lo agradecería mucho, por favor.

2 P: Sí. Por favor, vamos a proyectar la
3 cláusula 3.2 de la adenda 6, que para efectos
4 del récord es el anexo CLC 00035. Por favor,
5 habría que bajar un poquito para que...

6 R: Sí.

7 P: También la 3.3, doctor Lava.

8 R: Sí. Esto es lo que yo mencionaba hace un
9 instante. Yo creo que, bueno, es evidente que
10 las partes mediante estos dos numerales lo que
11 están manifestando es que este acuerdo recogido
12 en esta adenda se limita única y exclusivamente
13 a suspender. No se modifica ninguna otra
14 disposición del contrato. Y las partes -- es
15 muy llamativo que además las partes hagan
16 expresa referencia a la cláusula octava del
17 contrato, que es la que recoge, entre otras
18 cosas, pero es la que recoge, por ejemplo, la
19 condición resolutoria del marco normativo y la
20 plasma en el numeral 8.4 con la fecha límite
21 del 31 de diciembre de 2018.

22 A mí me parece evidente que las partes lo

1 que han querido decir aquí es: “No vamos a
2 modificar ni nos estamos comprometiendo a
3 modificar nada más”; y que no se vaya a
4 interpretar que estamos modificando la fecha
5 máxima de la POC o la condición resolutoria.

6 P: Entonces, ¿cuál diría usted que es el
7 efecto de estas cláusulas que hemos leído en la
8 cláusula 8.4 del Contrato RER?

9 R: El numeral 3.3 es muy claro. En forma
10 específica y no limitativa -- y no limitativa,
11 o sea, quiere decir que no solo la cláusula
12 octava, sino ninguna otra del contrato o, mejor
13 dicho, todas las demás mantienen su plena
14 vigencia y eficacia. Ese es el efecto que
15 tiene.

16 El numeral 8.4, tal como figura en su
17 redacción original, porque no puede extenderse
18 más allá de la fecha máxima establecida en el
19 marco normativo, mantiene su plena vigencia y
20 eficacia. Y eso lo han reiterado las partes en
21 la adenda 3, en la adenda 4, en la adenda 5 y
22 en la adenda 6.

1 P: ¿Usted ha señalado que estas cláusulas
2 3.2 y 3.3 se reproducen o hay otras tantas con
3 el mismo tenor en las adendas cuarta y quinta?

4 R: Así es.

5 P: Bien. Para concluir con esta línea de
6 preguntas, doctor Lava, usted explicó que las
7 partes del contrato no podían modificar el
8 mandato de normas imperativas. Concretamente,
9 en el caso -- en este caso las partes no
10 podrían modificar la fecha POC real ni la fecha
11 de término porque ello vulneraría las normas de
12 carácter imperativo. ¿Es correcto lo que estoy
13 señalando?

14 R: Eso es correcto. Ello vulneraría el marco
15 normativo imperativo. No olvidemos que tanto la
16 fecha referencial, como la fecha real, como la
17 fecha de término, encorsetan la voluntad de las
18 partes, la limitan. De hecho, yo en mis
19 informes llego a la conclusión de que este
20 Contrato RER es un contrato normado. Eso
21 significa que la ley por consideraciones de
22 interés público le pone límites a la voluntad

1 de las partes y les dice: "Ustedes no pueden
2 pactar más allá".

3 Por lo tanto, sencillamente no se puede
4 interpretar una adenda -- digamos, una
5 interpretación sana de una adenda de esta
6 naturaleza no puede ser aquella que transgreda
7 ese marco imperativo, sino al contrario,
8 aquella que se enmarque dentro del marco
9 imperativo.

10 P: Doctor Lava, cuando usted se refiere a la
11 vulneración eventual del marco normativo o del
12 orden normativo, ¿a qué disposición o a qué
13 fuente normativa se refiere en particular?

14 R: Son las disposiciones del Reglamento RER,
15 tal como fue modificado antes de la tercera
16 subasta. Ahí es donde se establecen estos hitos
17 inamovibles, que luego se reproducen en las
18 bases y luego, cuando Mamacocha se presenta en
19 la subasta, hace suyas esas disposiciones, las
20 hace parte de su oferta y presenta su oferta,
21 que es vinculante para él. Y cuando se acepta y
22 se firma el contrato, se incorpora todo este

1 marco al contrato.

2 Insisto, podrían no estar replicadas esas
3 disposiciones normativas al contrato, pero aun
4 así aplicarían. Estoy hablando específicamente
5 de los límites puestos por la definición de
6 fecha referencial, fecha real POC, fecha de
7 término del contrato. Se terminaría
8 distorsionando todo el sentido de este régimen
9 RER si se aceptara alguna transgresión de estos
10 límites.

11 P: ¿Qué sanción prevé el ordenamiento
12 jurídico peruano, si es que prevé alguno, para
13 el caso en que un acto jurídico violente una
14 norma imperativa?

15 R: Eso nos ubica en el artículo 5° del
16 Título Preliminar del Código Civil, que señala
17 que un acto contrario a norma imperativa o
18 contrario al orden público es nulo.

19 P: Doctor Lava, usted recuerda que el doctor
20 Molina le formuló una serie de preguntas acerca
21 de la imposibilidad de cumplimiento de las
22 obligaciones de Mamacocha. ¿Recuerda?

1 R: Sí.

2 P: Me parece recordar que usted en su
3 respuesta mencionó la sentencia de amparo como
4 una causa directa de esa imposibilidad de
5 Mamacocha de llegar a la fecha POC real. Sobre
6 esa base, doctor Lava -- perdón, un segundo.

7 ¿Podría usted explicar cuáles son los
8 efectos de la sentencia de amparo con respecto
9 al proyecto Mamacocha y, más específicamente,
10 respecto del Contrato RER suscrito con
11 Mamacocha?

12 R: Sí. La sentencia de amparo es relevante,
13 primero, porque es un fallo que ya adquirió la
14 calidad de cosa juzgada. No es materia ya
15 abierta a discusión. El juzgado y la Corte
16 Superior en materia constitucional ya han
17 encontrado -- han hecho unas determinaciones y
18 lo que han resuelto -- y que ya, digamos, está
19 más allá de la discusión -- es que la
20 reconsideración de la calificación ambiental y
21 el haber dividido el proyecto en dos para esa
22 recalificación supuso unas infracciones a

1 derechos fundamentales. Primero, expuso a grave
2 riesgo el derecho al medioambiente del
3 demandante; y segundo, supuso una transgresión
4 abierta del debido procedimiento.

5 ¿Qué significa esto? Que aun cuando la
6 sentencia haya ocurrido en fecha posterior al
7 31 de diciembre de 2018, los efectos se
8 retrotraen al momento inmediatamente anterior a
9 la afectación de los derechos fundamentales. Es
10 decir, se declara nula y se debe entender que
11 siempre fue nula la concesión definitiva de
12 generación, se declara nulo el permiso
13 ambiental y eso quiere decir que siempre fue
14 nulo, a pesar de que la declaración vino
15 después. Y eso tiene consecuencias prácticas
16 muy evidentes.

17 Mamacocha nunca consiguió válidamente la
18 calificación ambiental y nunca consiguió
19 válidamente la concesión definitiva de
20 generación. Y la evidencia de esto es el fallo
21 que está recogido en la sentencia de amparo,
22 que es cosa juzgada.

1 Y a su pregunta, doctor Forno, disculpe que
2 me haya extendido, pero el impacto respecto del
3 cumplimiento de las obligaciones del contrato
4 es evidente. Porque no olvidemos que una
5 obligación esencial de Mamacocha en este caso
6 era no solamente gestionar y solicitar y
7 cumplir los requerimientos legales de los
8 permisos, sino específicamente era su exclusiva
9 responsabilidad, dicen las bases, contar con la
10 concesión definitiva de generación en pleno
11 cumplimiento legal. No lo cumplió. Esa es la
12 consecuencia de la sentencia de amparo.

13 P: Doctor Lava, mi colega le hizo varias
14 preguntas acerca de la resolución del Contrato
15 RER. ¿Lo recuerda?

16 R: Sí.

17 P: Y en ese contexto han abordado, mediante
18 un resumen ejecutivo, para usar sus propias
19 palabras, la distinción entre resolución, por
20 un lado, y el régimen de responsabilidad, por
21 otro. ¿Lo recuerda?

22 R: Sí, lo recuerdo.

1 P: Quisiera que me aclarara, doctor Lava, el
2 régimen de responsabilidad de cada una de las
3 partes del contrato ante una instancia de
4 resolución como la que prevé la cláusula 8.4
5 del Contrato RER.

6 R: Mhm mhm. Claro, la cláusula 8.4 del
7 Contrato RER establece una obligación que es de
8 cargo de Mamacocha, que es alcanzar la POC en
9 una fecha máxima, que es el 31 de diciembre del
10 2018. El deudor de esta obligación es Mamacocha
11 y el acreedor es el Ministerio.

12 Pero, además, la cláusula 8.4 establece que,
13 si no se alcanza en esa fecha, se ejecuta la
14 carta fianza de garantía. ¿Qué supone esto?
15 Para efectos -- primero analicemos en cabeza de
16 Mamacocha. Supone que, por cualquier motivo, se
17 hará responsable si es que no se llega a la
18 fecha de la POC. El hecho de que se establezca
19 como consecuencia "por cualquier motivo" en la
20 ejecución de la carta de fianza significa,
21 primero, que las partes han hecho una suerte de
22 estimación anticipada de daños que está

1 reflejada en el monto de la carta fianza; y
2 supone también, como expliqué, que Mamacocha
3 asume responsabilidad objetiva. Es decir --
4 Además, porque así viene dada por el marco
5 normativo RER: ley y reglamento.

6 Si miramos por un momento el Código Civil,
7 el Código Civil dice: "La regla general es que
8 un deudor no responde por causas no
9 imputables", y dice literalmente: "Salvo que lo
10 contrario esté establecido en la ley o en el
11 pacto de las partes." Y esto nos ubica
12 exactamente en el caso donde estamos: el marco
13 normativo RER y el contrato establecen esta
14 responsabilidad objetiva de Mamacocha.

15 Ahora, en cabeza del Ministerio --entiendo
16 que también su pregunta va en cabeza del
17 Ministerio, tendríamos que primero analizar; en
18 esta prestación específica, el Ministerio es
19 acreedor. ¿Sí? Para aplicarle al Ministerio las
20 normas de responsabilidad que están en el libro
21 "Inejecución de obligaciones", tendríamos que
22 identificar alguna prestación de la que el

1 Ministerio sea deudor. Si lográramos
 2 identificar alguna prestación de la que el
 3 Ministerio sea deudor, tendríamos que entrar a
 4 analizar, como comenté en mi exposición
 5 inicial, los requisitos normales para en este
 6 caso el Ministerio como deudor de alguna
 7 prestación, que yo no identifiqué de momento, es
 8 que haya un hecho antijurídico, que haya dolo o
 9 culpa, que haya nexo causal y que haya daño.
 10 ¿Sí?

11 Esa es un poco la -- el régimen, en palabras
 12 muy gruesas.

13 P: Entonces, si entendí bien, doctor Lava,
 14 el Código Civil peruano admite que el deudor
 15 pueda ser responsable aun cuando haya una causa
 16 que no le es imputable que ha impedido cumplir.

17 R: Sí. El deudor, según como digo, el
 18 artículo 1317 del Código Civil, establece que
 19 la ley o las partes -- la ley en sentido lato,
 20 ¿no?, o las partes pueden establecer, pueden
 21 asignar ese riesgo, digamos, esa eventualidad
 22 en cabeza del deudor.

1 P: Usted mencionó que existía alguna especie
 2 de limitación a esta regla de la que acabamos
 3 de hablar usted y yo. ¿Nos podría explicar un
 4 poco más en qué consiste esta limitación?

5 R: Correcto. El deudor, según el Código
 6 Civil, puede asumir para sí o puede asumir por
 7 su cuenta el caso fortuito, la fuerza mayor, el
 8 hecho determinante del tercero e incluso el
 9 hecho del acreedor. En esta última parte hay
 10 que hacer una pequeña digresión. Puede asumir
 11 la responsabilidad, puede asumir la carga del
 12 hecho imputable al acreedor por culpa leve. Si
 13 acaso el acreedor hubiera actuado con dolo o
 14 negligencia grave, ahí sí tenemos un límite que
 15 establece el Código Civil.

16 Y para eso quizás sea bueno explicar a qué
 17 me estoy refiriendo con dolo o culpa grave. El
 18 dolo es la intención, la malicia, ¿sí?, a
 19 causar un daño exprofesamente, sabiendo que se
 20 va a causar el daño. La culpa grave o culpa
 21 inexcusable o negligencia grave, que son
 22 términos que se utilizan en la doctrina

1 indistintamente, refiere a un grado de descuido
 2 tal que no es admisible. Se equipara casi casi
 3 al dolo. Es más, si me lo permiten, en palabras
 4 de Planiol, explicaba este concepto que se
 5 utiliza para que el malvado o el canalla no se
 6 haga pasar por tonto. Este es el grado de
 7 inexcusabilidad que debe tener la culpa. A
 8 diferencia de esto, la culpa leve es un,
 9 digamos, un descuido -- no voy a decir menor,
 10 pero un descuido que es entendible y que le
 11 podría pasar a cualquiera, aun poniendo toda la
 12 diligencia del mundo.

13 P: ¿Y cómo aplican estas reglas, doctor
 14 Lava, que usted ha explicado al caso específico
 15 de Mamacocha? Es decir, ¿qué elementos deberían
 16 verificarse para atribuirle al MINEM la
 17 responsabilidad contractual ante la resolución
 18 del contrato por incumplimiento de la fecha POC
 19 real?

20 R: Tendría que evidenciarse y demostrarse
 21 más allá de toda duda, primero, que hay un
 22 hecho antijurídico, es decir, que hay una

1 prestación, una obligación del Ministerio
 2 exigible que no ha sido cumplida. Dos, que no
 3 ha sido cumplida, además, con malicia, con
 4 intención o con un descuido tan grande que es
 5 equivalente a la malicia de la intención. Y yo
 6 diría, agregaría, tenemos que asumir también
 7 que no existe la sentencia de amparo.

8 P: Usted recordará... Por favor.

9 R: Solo para terminar. Y por supuesto que
 10 ese incumplimiento y esa malicia son los
 11 causantes directos de un daño. En su última
 12 presentación el doctor Molina me preguntó:
 13 entonces si eso se demostrara, el MINEM debería
 14 asumir todo el valor del proyecto; y yo dije
 15 que no por otra razón, que es válida también,
 16 pero digo que no también porque el proyecto no
 17 lo ha perdido Mamacocha. O, mejor dicho, no hay
 18 ningún acto imputable al Ministerio que pueda
 19 decirse que haya hecho que pierda el proyecto.
 20 El proyecto es suyo.

21 Entonces, hay que ser muy cuidadoso cuando
 22 si se hace este análisis determinar cuál sería

1 el daño producido.

2 P: Doctor Lava: mi colega, el abogado de las
3 demandantes, le preguntó por las adendas
4 primera y segunda. ¿Recuerda?

5 R: Sí.

6 P: ¿Puede usted explicarnos qué implicancias
7 tuvo la cláusula octava de la primera adenda de
8 la POC -- en la POC del Contrato RER? ¿Usted
9 necesita que proyectemos la cláusula octava?

10 R: ¿La cláusula octava del Contrato RER?

11 P: La cláusula octava de la primera adenda.

12 R: Sí, por favor, si la pudieran proyectar.

13 P: Para efectos del récord, es el anexo CLC-
14 00028.

15 Mi pregunta, doctor Lava, es: esta cláusula
16 que veremos ahora en pantalla, ¿qué
17 implicaciones tuvo...? ¿Qué implicaciones tuvo
18 esta cláusula en la primera adenda en la POC
19 del Contrato RER, doctor Lava? ¿Esta cláusula
20 cómo impactó, si es que impactó -- la POC del
21 Contrato RER, por favor?

22 R: Sí. Como yo por lo menos intenté

1 explicar, espero haberlo logrado, es que esta
2 primera adenda se da en el contexto y se da
3 dentro del marco del período de holgura del que
4 gozaba Mamacocha. No olvidemos que hay dos
5 momentos: fecha referencial, 31 de diciembre
6 del 16, y fecha máxima, que es 31 de diciembre
7 del 18. Dentro de ese lapso, Mamacocha podía
8 alcanzar la POC en cualquier momento y estaba
9 dentro del marco normativo RER. No hubiera
10 perdido el régimen. Por supuesto, ese plazo de
11 demora se le descontaría de los 20 años.

12 Entonces, en estricto mi opinión, primero,
13 es que esta adenda podría no haber existido, y
14 aun así entiendo que las partes lo pueden haber
15 -- pueden haber suscrito una adenda para mayor
16 orden y claridad en los términos, y para fijar
17 y tener claridad sobre cuál es el nuevo
18 cronograma. Pero en estricto Mamacocha podría
19 hacer uso de ese lapso sin tener ni siquiera
20 que justificar la razón.

21 Entonces, en estricto este pacto, para
22 atender su pregunta, específico de la cláusula

1 octava no impacta sobre la cláusula 8.4 del
2 contrato, y es distinta -- esta es única y las
3 otras adendas que se verán -- podrán ver
4 después son distintas a esta. No le veo
5 relación, como entiendo que es también uno de
6 los argumentos de las demandantes.

7 P: El abogado de las demandantes le ha
8 preguntado por la adenda 2 y si conforme a
9 dicha adenda se le daba derecho a la
10 concesionaria a obtener una tercera extensión.
11 Usted le respondió que no. ¿Nos podría explicar
12 un poco mejor por qué?

13 R: Sí. La segunda adenda es distinta a la
14 primera. Es distinta, digamos, entre otras
15 cosas, porque acá las alegaciones que se hacen
16 son demoras atribuibles al MINEM, mientras que
17 la primera eran demoras atribuibles a otras
18 entidades. Pero en este caso de la segunda
19 adenda sí se transgrede el marco normativo
20 porque se excede de la fecha máxima de la POC.

21 En el contrato, en la cláusula 12.2, las
22 partes han establecido una cláusula que señala

1 que ninguna renuncia -- o mejor dicho, que si
2 una parte renuncia a un derecho o no lo ejerce,
3 es esa renuncia o ese -- primero, que no se
4 puede asumir una renuncia, que no debe ser
5 expresa; pero que ese no ejercicio o esa
6 eventual pasividad no podrá ser asumida a
7 futuro como una obligatoriedad. Eso está
8 expresamente en la cláusula 12.2 del contrato.
9 Eso -- primero.

10 Pero segundo, la segunda -- la adenda 2 sí
11 transgrede el marco normativo imperativo. Las
12 partes posiblemente han pretendido modificar lo
13 que está establecido en el régimen RER vía
14 adenda.

15 Entonces, por estas consideraciones no se
16 puede desprender de la adenda 2 alguna vocación
17 de obligatoriedad o de repetición a futuro, o
18 de -- o ni siquiera se puede asumir que haya
19 generado alguna expectativa legítima o alguna
20 confianza en Mamacocha que al momento de
21 postular a la subasta sabía perfectamente el
22 marco normativo.

1 P: Bien, doctor. El abogado de las
2 demandantes también ha preguntado acerca de
3 este arbitraje en Lima y si constituyó una
4 conducta de repudio o de mala fe de obstrucción
5 del Contrato RER. ¿Lo recuerda?

6 R: Sí.

7 P: Bien. Y en esta línea le ha preguntado
8 acerca de si el Tribunal Arbitral admitió la
9 demanda del MINEM y usted ha confirmado que no.
10 ¿Puede usted explicarnos por qué es que esta
11 demanda no fue admitida?

12 SEÑOR MOLINA: Perdón, perdón por
13 interrumpir. Yo no planteé ninguna pregunta
14 sobre ese arbitraje. La única pregunta que hice
15 es que si -- la pregunta de la admisión que
16 dijo MINEM que en ese arbitraje relacionada a
17 la suspensión, pero yo no hablé de las
18 decisiones por la cual el Tribunal en ese
19 arbitraje llegó a sus decisiones.

20 PRESIDENT: Sustained.

21 SEÑOR FORNO FLÓREZ: Doctor, usted recuerda
22 que el doctor Molina le hizo unas preguntas

1 sobre la demanda del Gobierno Regional y su
2 relación con el Contrato RER. ¿Correcto?

3 SEÑOR LAVA CAVASSA: Sí.

4 P: El señor Molina le preguntó si en virtud
5 de la demanda del Gobierno Regional se
6 desprendería alguna obligación de prórroga de
7 la fecha POC real. ¿Existe tal obligación?

8 SEÑOR MOLINA: Perdón otra vez. Perdóneme,
9 por favor. Yo no hice la pregunta que acaba de
10 señalar el doctor Forno.

11 PRESIDENT: Sustained.

12 SEÑOR FORNO FLÓREZ: Perdón. Un minuto, por
13 favor.

14 Señor presidente, me quedan realmente muy
15 pocas preguntas. ¿Me podría usted conceder
16 cinco minutos para reordenarme y ver qué
17 preguntas efectivamente voy a terminar
18 formulando? Son realmente pocas.

19 PRESIDENT: OK. Granted. Please, five
20 minutes recess.

21 SEÑOR FORNO FLÓREZ: Muchas gracias.

22 (Pausa para el café.)

1 PRESIDENT: Mr Forno?

2 SEÑOR FORNO FLÓREZ: Gracias, señor
3 presidente. Realmente me quedan solo cuatro
4 preguntas. Se refieren a un tema relativo a la
5 demanda del Gobierno Regional respecto del cual
6 el doctor Molina ha presentado una objeción. Yo
7 quisiera que revisáramos en el transcript del
8 43.23 al 44.18, en donde él habla de este tema
9 de la demanda del Gobierno Regional. Es el
10 43.12 al 44.16, por favor.

11 PRESIDENT: Are you asking me to reconsider?

12 SEÑOR FORNO FLÓREZ: sí, por favor, señor
13 Presidente

14 PRESIDENT: OK permítame un segundo. Granted.
15 Ask your question.

16
17 SEÑOR FORNO FLÓREZ: Doctor Lava: el doctor
18 Molina le preguntó si en virtud de la demanda
19 del Gobierno Regional se desprendería alguna
20 obligación de prórroga de la fecha POC real.
21 ¿Existe tal obligación?

22 SEÑOR LAVA CAVASSA: No. Y las razones son

1 las siguientes: la demanda del Gobierno
2 Regional de Arequipa es una demanda contencioso
3 administrativa, una demanda de nulidad respecto
4 de la calificación ambiental del proyecto.

5 Se ha discutido en este caso si es que esa
6 demanda tenía mérito o no, y se ha discutido
7 diciendo que era una demanda frívola. Hoy
8 sabemos a través de la sentencia de amparo que
9 había un fundamento real y cierto para
10 presentar esa demanda.

11 Los hechos son los mismos, las alegaciones
12 son las mismas. Eso, por un lado. con lo cual,
13 había perfecta legitimidad del Gobierno
14 Regional de Arequipa para presentar una demanda
15 de esa naturaleza.

16 En segundo término, el Gobierno Regional de
17 Arequipa no es parte del contrato. Es un
18 Gobierno Regional dentro de la estructura del
19 Estado peruano, y el MINEM no puede asumir
20 responsabilidades por actos de todos los
21 gobiernos regionales del país. Este tema ya lo
22 hemos profundizado bastante y el doctor Monteza

1 también al debatir el concepto de parte.

2 Pero, además, una demanda de nulidad no veo
3 honestamente cómo pudiera impactar en el plazo
4 de ejecución de un proyecto. Digamos, cualquier
5 reticencia, que es la alegación de las partes
6 demandantes, u observación que un financista
7 pudiera alegar por haber habido aquí una
8 demanda, no puede ser imputable al Ministerio.

9 Por lo tanto, en consecuencia, no veo cómo
10 de esa demanda pueda desprenderse alguna
11 obligatoriedad de ampliación de plazo.

12 P: Doctor Lava, me quedan solamente dos
13 preguntas.

14 En este contexto, ¿podría desprenderse del
15 Contrato RER alguna obligación a cargo del
16 MINEM con relación a dicha demanda? Por
17 ejemplo, ¿tendría el MINEM la obligación de
18 coadyuvar con Mamacocha en el retiro de dicha
19 demanda?

20 R: En mis informes he dicho que no. Yo creo
21 que el deber de coadyuvar no llega ahí. Y,
22 además, la razón es muy simple: se está

1 alegando la vulneración -y con fundamento-, la
2 vulneración de normas de orden público. El
3 Gobierno Regional de Arequipa no solo tenía la
4 facultad de demandar, sino que estaba obligado
5 a actuar. Por lo tanto, de ahí no puede
6 desprenderse una obligatoriedad del Ministerio.
7 ¿Para qué? Para que el Gobierno Regional cese
8 en su actuación legítima de cuestionar, de
9 someter al órgano jurisdiccional esta materia.

10 P: Y, finalmente, doctor Lava, ¿existe algún
11 impedimento en el ordenamiento jurídico peruano
12 que impida la intervención de entidades en
13 asuntos ajenos a su competencia?

14 R: Perdón, ¿me puede repetir la pregunta?

15 P: Sí, claro que sí. Le pregunto si en el
16 ordenamiento jurídico peruano existe algún
17 impedimento que vete la posibilidad de
18 intervención de entidades públicas en asuntos
19 ajenos a su competencia.

20 R: Por supuesto. A nivel constitucional ya
21 he explicado que el Estado peruano es unitario,
22 descentralizado y se rige también por el

1 principio de separación de poderes. El Tribunal
2 Constitucional ha desarrollado esta materia
3 indicando que no se debe admitir ningún tipo de
4 injerencia de los poderes del Estado entre sí.

5 A nivel legal, lo que puedo traer a colación
6 ahora es el principio de legalidad. Cada
7 entidad puede actuar y debe actuar en función a
8 lo que le está -- a la competencia que le es
9 expresamente asignada en la norma. Sería
10 ilícito un pacto o una interpretación de un
11 pacto -- la interpretación no sería ilícita,
12 pero el pacto sería ilícito si obligara a una
13 entidad a ejercer -- a incurrir en injerencia
14 respecto de las facultades legales de otra
15 entidad.

16 P: Muchas gracias, doctor Lava.

17 Señor presidente, no tengo más preguntas por
18 ahora. Muy amable.

19 PRESIDENT: Thank you, Mr Forno. I look to
20 my colleagues. Professor Vinuesa, do you have
21 any questions?

22 PROFESSOR VINUESA: No, I don't have any

1 questions. Thank you.

2 PRESIDENT: Professor Tawil, any questions?

3 PROFESSOR TAWIL: No, I don't. Thanks.

4 PRESIDENT: Thank you. I have no questions
5 either. Thank you, Mr Lava, for testifying.
6 You are now excused as an expert witness.

7 MR LAVA: Gracias.

8 PRESIDENT: Mr Reisenfeld and Mr Grané, are
9 there any points of admin, household or
10 procedure you would like to raise at this
11 point? Mr Reisenfeld?

12 MR REISENFELD: Claimants do not have
13 anything at this time, Mr President.

14 PRESIDENT: For Respondent? Mr Grané?

15 MR GRANÉ: Nothing from Peru's side. Thank
16 you.

17 PRESIDENT: Thank you all. Then I can close
18 the day for today. It was a long day. So we
19 have tomorrow and I think it's a somewhat
20 shorter day, isn't it? Looks like it. All
21 right. Thank you and have a good night. See
22 you tomorrow.

1 (Es la hora 16:50 EST)

1

2 CERTIFICADO DEL ESTENOTIPISTA DEL TRIBUNAL

3

4 Quien suscribe, Leandro Iezzi, Taquígrafo

5 Parlamentario, estenógrafo del Tribunal, dejo

6 constancia por el presente de que las

7 actuaciones precedentes fueron registradas

8 estenográficamente por mí y luego transcritas

9 mediante transcripción asistida por computadora

10 bajo mi dirección y supervisión y que la

11 transcripción precedente es un registro fiel y

12 exacto de las actuaciones.

13 Asimismo dejo constancia de que no soy

14 asesor letrado, empleado ni estoy vinculado a

15 ninguna de las partes involucradas en este

16 procedimiento, como tampoco tengo intereses

17 financieros o de otro tipo en el resultado de la

18 diferencia planteada entre las partes.

19 _____

20 Leandro Iezzi, Taquígrafo Parlamentario

21 D-R Esteno

22