

RWS-007

Second Witness Statement of César Zegarra

April 8, 2016

**BAJO LAS REGLAS DEL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE
DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES**

Bear Creek Mining Corporation
(Demandante)

contra

República del Perú
(Demandada)

Caso CIADI No. ARB/14/21

Declaración Testimonial de César Zegarra
Director General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Energía y Minas (2007-presente)

08 de abril de 2016

I. INTRODUCCIÓN

1. Mi nombre es César Zegarra y soy el Director General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Energía y Minas (“MINEM”) desde abril de 2007. He sido funcionario del MINEM desde 2004. Como Director General de Asesoría Jurídica participé en el proceso de redacción del Decreto Supremo No. 032 de 2011 (“Decreto Supremo No. 032”). Esta declaración es complementaria a mi primera declaración testimonial presentada el 6 de octubre de 2015.

2. En esta declaración testimonial responderé a ciertos alegatos presentados por Bear Creek Mining Corporation (“Bear Creek” o la “Demandante”) en su escrito de Réplica del 8 de enero de 2016.¹ En particular, la Demandante alega: (i) que la declaración de necesidad pública es un acto administrativo del Estado, que carece de un componente discrecional; (ii) que la estructura utilizada por la empresa para adquirir las concesiones mineras era necesaria para mitigar riesgos y fue legal y adecuada; (iii) que el Decreto No 032 de 2011 (Decreto No. 032)

¹ Véase Réplica de la Demandante sobre el Fondo y Contra-Memorial sobre Jurisdicción, 8 de enero de 2016 (“Réplica de la Demandante”).

carece de fundamentos; y (iv) que funcionarios del gobierno confirmaron en repetidas ocasiones la supuesta ilegalidad del Decreto No. 032. Todas estas alegaciones son incorrectas, y en ocasiones las Demandantes tergiversan mis declaraciones y las sacan de contexto. A

continuación responderé a estos argumentos.

II. PROCESO DE APROBACIÓN DE DECLARACIÓN DE NECESIDAD PÚBLICA

A. LA DECLARACIÓN DE NECESIDAD PÚBLICA ES UN ACTO DISCRECIONAL DEL ESTADO

3. El Artículo 71 de la Constitución peruana dispone que los extranjeros no podrán adquirir, directa o indirectamente, minas dentro de los 50 km de las fronteras peruanas, salvo que cuenten con una declaración de necesidad pública. El mismo artículo establece que esta declaración debe ser otorgada mediante Decreto Supremo aprobado por el Consejo de Ministros.²

4. En su Réplica, la Demandante y sus expertos alegan que la declaración de necesidad pública de una inversión en minas en zona de frontera es un acto administrativo que no permite ningún componente de discreción de la administración.³ La Demandante alega que prueba de que se trata de un acto administrativo, es que el proceso para obtener una declaración de necesidad pública es un proceso que está regulado por la legislación peruana y que está dispuesto en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (“TUPA”) del MINEM.⁴ Esto es incorrecto.

5. La declaración de necesidad pública es un acto completamente discrecional del Estado. Como expliqué en mi primera declaración testimonial, la declaración de necesidad

² Véase Constitución del Perú de 1993, Artículo 71 [Anexo R-001].

³ Véase por ejemplo Réplica de la Demandante, párra. 39

⁴ Véase por ejemplo Réplica de la Demandante, párras. 39-40; Segundo Informe de Alfredo Bullard, 8 de enero de 2016, párras. 13 y ss.

pública no se emite de manera automática pues es un acto discrecional del Estado en el que el Consejo de Ministros evalúa las necesidades de la población y toma una decisión con base en los intereses públicos de la Nación. La declaración de necesidad pública se emitirá únicamente si el gobierno considera que el desarrollo de una actividad contribuirá al bienestar general de la población y es acorde con los intereses públicos de la nación. La misma Constitución establece que la declaración debe ser otorgada, en última, por el Consejo de Ministros que es el ente de decisiones eminentemente político, que tiene la facultad de evaluar y determinar cuáles son las necesidades y las prioridades del Estado. Si dicha declaración fuera automática, en vez de ser discrecional, no tendría ningún sentido que se involucrara al Consejo de Ministros en su proceso de aprobación. Por lo tanto, la declaración se otorga si el ente de más alto nivel en el Poder Ejecutivo estima, en el balance de los factores, que se generará un bienestar común para la población.

6. El hecho que el proceso para obtener una declaración de necesidad pública está incluido en el TUPA del MINEM no significa que dicha declaración sea un acto administrativo. El TUPA es un documento que recopila las regulaciones aplicables a un sector y resume los requisitos necesarios para llevar a cabo un procedimiento ante una entidad pública. Por ley, todas las entidades públicas deben tener un TUPA. El TUPA resulta de un esfuerzo del Estado por establecer procedimientos claros, transparentes y de fácil entendimiento para los ciudadanos. Sin embargo, el hecho que un procedimiento esté dentro del TUPA de una entidad no significa que el acto que resulta de dicho procedimiento carezca de un componente discrecional. En el caso del Decreto Supremos que aprueba una declaración de necesidad pública, el TUPA le informa al aplicante sobre el proceso que debe seguir y los documentos que deberá presentar en su aplicación, porque de hecho existe un proceso estándar para presentar dicha aplicación. Pero,

el hecho que el TUPA disponga dicho procedimiento no clasifica la naturaleza legal del decreto como tal. En consecuencia, la conclusión de Bear Creek sobre el carácter exclusivamente administrativo de la declaración de necesidad pública es equivocada.

7. El Estado puede denegar una declaración de necesidad pública cuando dicha necesidad pública no existe, si las circunstancias que fundamentaron la declaración de necesidad pública dejan de existir, el Estado tiene la capacidad de derogar dicha declaración de necesidad pública en ejercicio de su poder discrecional. Por ejemplo, si un proyecto de inversión que había sido declarado de necesidad pública resulta en manifestaciones masivas que en vez de crear beneficios económicos causa pérdidas materiales y humanas, el Estado tiene la capacidad de reevaluar los factores que permitieron la declaración de necesidad pública y derogarla. La Demandante también alega que yo he afirmado que una declaración de necesidad pública debe permanecer en vigor por 20 o 30 años.⁵ Sin embargo, la Demandante está sacando mis declaraciones de contexto. Por supuesto, cuando el Estado evalúa si otorgar una declaración de necesidad pública o no a un proyecto de inversión, espera que dicho proyecto sea a largo plazo para generar un mayor beneficio a la población. Esto no significa, ni la ley lo dispone, que la declaración se otorga por un plazo específico, y mucho menos que durará 20 a 30 años. Si los factores que fundamentaron una declaración de necesidad pública dejan de existir, el Estado puede reevaluar su decisión y estimar que debe derogarse la declaración de necesidad pública.

B. LA ESTRUCTURA UTILIZADA POR BEAR CREEK PARA ADQUIRIR LAS CONCESIONES MINERAS ERA INNECESARIA

8. Bear Creek alega que la estructura utilizada para obtener las concesiones mineras para el Proyecto Santa Ana (“concesiones Santa Ana”) fue adecuada y legal. Es decir, la empresa considera que no existió una violación constitucional al pedirle a su representante, la

⁵ Véase Réplica de la Demandante, párra. 43.

Sra. Jenny Karina Villavicencio, que aplicara para obtener las concesiones Santa Ana, suscribiera con la empresa unos contratos de opción sobre las concesiones Santa Ana, y le transfiriera las concesiones a la empresa una vez ésta obtuviera la declaración de necesidad

pública.⁶ La apreciación de la empresa es incorrecta, pues sí existió una violación del Artículo 71 de la Constitución peruana al utilizar a una nacional peruana para adquirir, en beneficio de un extranjero, las concesiones mineras de manera indirecta, a través de ella.

9. Adicionalmente, la Demandante alega que la empresa adoptó esta estructura con el fin de minimizar los riesgos de perder las concesiones, mientras la empresa aplicaba y obtenía la declaración de necesidad pública, condición necesaria para que la empresa pudiera adquirir, de manera directa o indirecta, las concesiones mineras.⁷ En mi primera declaración testimonial expliqué que la violación constitucional por parte de Bear Creek no era necesaria, por cuanto la empresa ha podido aplicar a las concesiones directamente y la entidad encargada hubiera reservado las concesiones a favor de Bear Creek, hasta que la empresa obtuviera una respuesta de la aplicación a la declaración de necesidad pública.⁸ En su Réplica, Bear Creek, y en particular su experto Hans Flury, alegan que Bear Creek no hubiera podido aplicar directamente a las concesiones, por dos razones: (i) por un supuesto riesgo de que el Instituto Geológico Minero Metalúrgico (“INGEMMET”—entidad encargada de revisar y otorgar las aplicaciones para concesiones mineras) decidiera cambiar su práctica y levantara la suspensión; y (ii) porque el INGEMMET está supuestamente obligado a levantar la suspensión de la aplicación a los 7

⁶ Véase Réplica de la Demandante, párras. 17-43.

⁷ Véase Réplica de la Demandante, párra. 24.

⁸ Véase Primera Declaración Testimonial de César Zegarra, 6 de octubre de 2015 (“Primera Declaración Zegarra”), párras. 8-10 [RWS-003].

meses de haber sido presentada, lo cual no es tiempo suficiente para obtener la declaración de necesidad pública.⁹ Ninguna de estas razones tienen fundamento legal.

10. Primero, tal como lo explique en mi primera declaración testimonial, no hay nada en la legislación peruana que prohíba a un extranjero aplicar a una concesión en zona de frontera antes de obtener la declaración de necesidad pública. Por el contrario, sí existe una prohibición expresa en el Artículo 71 de la Constitución a adquirir las concesiones mineras, directa o indirectamente, antes de obtener tal declaración. Por lo tanto, en los casos en los que las concesiones no han sido tituladas (como el caso Santa Ana), el extranjero debe aplicar directamente ante el INGEMMET para obtener la concesión minera. Cuando recibe esta aplicación, el INGEMMET reserva las concesiones solicitadas (para que no sean otorgadas a otras personas) y suspende su proceso a la espera de que el extranjero obtenga la declaración de necesidad pública. No existe riesgo de que el INGEMMET decida cambiar su práctica, como lo alega el Sr. Flury. No conozco el primer caso en el que el INGEMMET haya hecho esto, y de hecho tengo entendido que el INGEMMET continúa con esta práctica. Es más, entiendo que esto no es solo una práctica del INGEMMET, sino que el INGEMMET debe mantener vigente la solicitud de un extranjero sobre concesiones mineras en zona de frontera, siempre y cuando la solicitud no haya sido expresamente desaprobada o que, transcurridos seis (6) meses de dicha solicitud, el peticionario no se haya acogido al silencio negativo (solicitado por el propio peticionario), en virtud del Reglamento de Procedimientos Mineros.¹⁰

⁹ Véase por ejemplo Réplica de la Demandante, párra. 25; Informe de Experto de Hans Flury, 8 de enero de 2016 (“Informe de Flury”), párras. 40-43.

¹⁰ Véase Reglamento de Procedimientos Mineros aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM, 7 de septiembre de 1992 (“Reglamento de Procedimientos Mineros”), Art. 14B [Anexo R-155]. “Artículo 14Bº: Serán declarados inadmisibles (...) archivándose definitivamente sin constituir antecedente o título para la formulación de otros, los petitorios mineros en los que: (...) g. Sean peticionados por extranjeros en zona de frontera cuya solicitud sea expresamente desaprobada o que, transcurridos seis (6) meses de dicha solicitud, se acojan al silencio negativo y consideren su solicitud como denegada y consentida”.

11. Segundo, no es cierto que el INGEMMET solo puede reservar las concesiones mineras por un periodo de 7 meses, como lo alega el Sr. Flury.¹¹ El Sr. Flury alega que según la Ley de Procedimientos Administrativos Generales (“LPAG”), un procedimiento administrativo será declarado abandonado de oficio dentro de los 30 días de la solicitud, si ésta incumple algún trámite que provoque la paralización del proceso.¹² En este caso entiendo que según Flury, el incumplimiento sería no tener la declaración de necesidad pública al momento de solicitar la concesión. Flury alega adicionalmente que según el Reglamento de Procedimientos Mineros, el INGEMMET solo puede suspender el proceso de otorgamiento de concesiones mineras por un periodo de 6 meses.¹³ El Sr. Flury parece luego tomar estas dos disposiciones para alegar que el INGEMMET solo puede reservar la solicitud del extranjero por 7 meses, lo cual no sería suficiente para obtener la declaración de necesidad pública.¹⁴

12. Sin embargo, el racionamiento del Sr. Flury se basa en una premisa equivocada. El Sr. Flury parece entender que la aplicación a una concesión minera por parte de un extranjero sin declaración de necesidad pública es un incumplimiento por parte del extranjero. Esto no es correcto. Solo habría un incumplimiento si el extranjero aplica con una declaración de necesidad pública denegada, o si en el curso de la aplicación a las concesiones, la aplicación a la declaración de necesidad pública es denegada o declarada en abandono. Ninguno de los términos citados por el Sr. Flury empiezan a correr si existe una aplicación para una declaración de necesidad pública en trámite. Es decir, si la aplicación para una declaración de necesidad pública está en trámite y no ha sido denegada o declarada en abandono, el INGEMMET

¹¹ Véase Informe de Flury, párra. 43.

¹² Véase Informe de Flury, párra. 42.

¹³ Véase Informe de Flury, párra. 41.

¹⁴ Véase Informe de Flury, párra. 43.

mantendrá la suspensión del proceso del petitorio minero, reservando las concesiones mineras a favor del extranjero que las solicitó, hasta que se emita una decisión sobre la declaración de necesidad pública.

13. En conclusión, era innecesaria la estructura utilizada por Bear Creek para evitar presuntos riesgos en su proceso de aplicación (porque no existía tal riesgo), y por el contrario constituyo una violación al Artículo 71 de la Constitución peruana.

C. LA ESTRUCTURA UTILIZADA POR BEAR CREEK PARA ADQUIRIR LAS CONCESIONES MINERAS NO FUE LEGAL

14. La Demandante, y en particular su experto Hans Flury, alegan que el modo mediante el cual Bear Creek adquirió las concesiones mineras fue legal y consistente con las prácticas de la industria minera.¹⁵ Esto es incorrecto. Bear Creek adquirió las concesiones mineras Santa Ana, de manera indirecta, a través de una ciudadana peruana que era su apoderada y empleada, antes de haber siquiera aplicado para obtener la declaración de necesidad pública. Esto constituye una violación del Artículo 71 de la Constitución peruana.

III. DECRETO NO. 032 DE 2011

15. Como expliqué en mi primera declaración testimonial, el Decreto No. 032 de 2011 se emitió por una combinación de dos razones: (i) las protestas anti-mineras en Puno a comienzos de 2011 crearon una situación social y política crítica en la región; y (ii) se descubrió que la empresa Bear Creek había violado el Artículo 71 de la Constitución al adquirir indirectamente las concesiones Santa Ana a través de una ciudadana peruana, antes de haber obtenido la declaración de necesidad pública. Sin embargo, la Demandante en su Réplica alega sorprendentemente que el Estado está utilizando la posible violación constitucional para encubrir

¹⁵ Véase Réplica de la Demandante, párras. 45-46; Informe de Flury, párra. 59.

la verdadera razón por la cual se emitió el Decreto No. 032.¹⁶ La Demandante también alega que es absurdo que el Estado esté utilizando como excusas el “descubrimiento” de la relación con Jenny Villavicencio y el conflicto en Puno para haber derogado la declaración de necesidad pública.¹⁷ Finalmente, la Demandante alega que el Perú tenía múltiples mecanismos a su disposición en vez de recurrir a la expropiación del Proyecto Santa Ana.¹⁸ Todas estas afirmaciones son incorrectas. El Estado no pretendió ni pretende encubrir la “verdadera” razón por la cual se emitió el Decreto Supremo No. 032. A continuación explicaré las dos razones que fundamentan la derogatoria de la declaración de necesidad pública del Proyecto Santa Ana. El Estado actuó de manera apropiada ante una situación crítica.

A. LAS PROTESTAS EN PUNO EN 2011

16. Tal como lo expliqué en mi primera declaración testimonial, la primera mitad de 2011 fue una época crítica en la región de Puno. Protestas antimineras paralizaron el Departamento y dejaron como resultado extensos daños tanto a la vida humana como materiales. Estas protestas surgieron en diferentes frentes en el Norte y en el Sur del Departamento pero todos con un común denominador: la población estaba protestando en contra de las actividades mineras en la región. El frente del Sur fue la protesta que duró más tiempo (inició desde marzo de 2011), y es precisamente éste el que está relacionado con el Proyecto Santa Ana. Los pobladores del Sur, desde el inicio de las protestas, reclamaron la cancelación del Proyecto Santa Ana de Bear Creek.

17. La situación fue crítica, por lo cual el gobierno se vio obligado a intervenir con el fin de evitar una crisis mayor. La ciudad de Desaguadero duró bloqueada por más de un mes, la

¹⁶ Véase Réplica de la Demandante, párra. 20.

¹⁷ Véase Réplica de la Demandante, párra. 107.

¹⁸ Véase Réplica de la Demandante, párra. 119.

ciudad de Puno también estuvo bloqueada, el comercio se vio afectado, hubo actos de violencia y vandalismo, y la situación se fue agravando de manera exponencial entre mayo y junio de 2011. Aunque yo no participé en el diálogo que intentó llevar el gobierno en Puno en mayo de 2011, yo me involucré en las reuniones que se llevaron a cabo en Lima entre el 17 y 23 de junio con representantes de los protestantes del frente del Sur. Durante estas reuniones los protestantes volvieron a exponer sus reclamos anti-mineros, e insistían en la cancelación del Proyecto Santa Ana. En este ambiente, era evidente que el Proyecto Santa Ana no tenía el apoyo de las comunidades, y que los pobladores no suspenderían las protestas hasta tanto no se detuvieran todos los proyectos mineros en el Sur, se suspendiera los petitorios mineros que estaban en trámite, y se adoptaran las regulaciones necesarias para garantizarles el proceso de consulta y consentimiento de las comunidades al momento de iniciar un proyecto minero en sus tierras. Ante esta situación era insostenible fundamentar la declaración de necesidad pública de un proyecto, teniendo en cuenta que se descubrió que la compañía había irregularidades en la adquisición de las concesiones, como se describe a continuación.

B. LA VIOLACIÓN CONSTITUCIONAL

18. El segundo motivo por el cual se derogó la declaración de necesidad pública del Proyecto Santa Ana fue la posible violación constitucional de Bear Creek de la que tomamos conocimiento el último día de los diálogos con los protestantes en Lima. Hasta ese momento, la posición del gobierno había sido tratar de mantener las concesiones de Santa Ana, por cuanto entendíamos que Bear Creek había adquirido las concesiones mineras de manera apropiada. Sin embargo, cuando tomamos conocimiento de la posible violación constitucional, consideramos que lo más apropiado era derogar la declaratoria de necesidad pública.

19. La Demandante alega que el Estado no puede afirmar que no conocía la estructura mediante la cual Bear Creek adquirió las concesiones mineras antes de junio de 2011 para sustentar la emisión del Decreto No. 032. En particular, Bear Creek afirma que había supuestamente informado al MINEM desde la aplicación a la declaración de necesidad pública que la titular de las concesiones era la Sra. Villavicencio, que la Sra. Villavicencio era apoderada de la empresa, y que la empresa había suscrito dos contratos de opción con la Sra. Villavicencio sobre las concesiones mineras. Finalmente, la Demandante alega que el Estado consciente de todo esto emitió el Decreto No. 083 de 2007, con lo cual no solo se emitía la declaración de necesidad pública del Proyecto Santa Ana, sino que se aprobaba la estructura utilizada por Bear Creek. Estos alegatos de Bear Creek son equivocados.

20. Yo no tuve conocimiento de la posible violación constitucional de Bear Creek sino hasta el último día de diálogos con los protestantes de Puno en Lima, el 23 de junio de 2011. Este conocimiento se dio porque el congresista por el Departamento de Puno, Yohnny Lescano, junto con otros representantes de los protestantes entregaron información que indicaba que Bear Creek había adquirido las concesiones Santa Ana a través de la Sra. Villavicencio antes de obtener la declaración de necesidad pública, con lo cual se había violado el Artículo 71 de la Constitución del Perú. Con esta información, más la crítica situación de Puno, consideramos que lo más apropiado era derogar la declaración de necesidad pública del Proyecto Santa Ana.

21. Ahora bien, aún si Bear Creek le entregó toda la información necesaria al MINEM, y yo visé la aprobación de dicha documentación, esto no significa que el Estado conociera y fuera consciente de la verdadera relación entre Bear Creek y la Sra. Villavicencio. Primero, en el proceso de revisión de los documentos para la aprobación de una declaración de necesidad pública, los funcionarios asumen la buena fe de la empresa solicitante y no están (ni

deben estar) en la búsqueda de posibles irregularidades o ilegalidades en la aplicación. Segundo, Bear Creek no explica que la información que supuestamente entregó no estaba claramente organizada, ni se alertaba sobre ella. Por el contrario se trata de información que estaba presentada de manera dispersa en el expediente, con lo cual era muy difícil que los funcionarios conectaran todos los hechos y realmente entendieran el esquema ilegal utilizado por Bear Creek. Con la información otorgada el Estado no conocía el nivel de control de Bear Creek sobre la Sra. Villavicencio, ni conocía la verdadera relación entre la empresa y la Sra. Villavicencio.

22. Finalmente, el Decreto No. 083 no aprobó la estructura de la adquisición de concesiones adoptada por Bear Creek. El Decreto Supremo aprobó la declaración de necesidad pública. Dicha aprobación no precluye al Estado de adoptar sanciones en contra de la empresa si se descubre que la empresa cometió irregularidades antes de que se otorgara la declaración de necesidad pública, como ocurrió en este caso.

C. OTRAS MEDIDAS ADOPTADAS POR EL ESTADO PARA RESOLVER LA SITUACIÓN EN PUNO

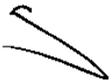
23. Si bien la Demandante no se enfoca en este punto, vale la pena hacer énfasis en que el Decreto No. 032 no fue la única medida adoptada por el gobierno en respuesta a la crítica situación que se estaba viviendo en Puno en 2011. Bear Creek alega que el Decreto Supremo No. 032 fue emitido para apaciguar unas protestas políticas en el sur de Puno, indicando que el Estado sacrificó el Proyecto Santa Ana para calmar la situación de Puno.¹⁹ Primero, como ya expliqué con anterioridad el Proyecto Santa Ana perdió su declaración de necesidad pública por dos claras razones—no fue un sacrificio para satisfacer las supuestas intenciones políticas del señor Aduviri. Segundo, tal como lo expliqué en mi primera declaración testimonial, el gobierno adoptó varias medidas en respuesta a los tres frentes del conflicto: los Decretos Supremos 032,

¹⁹ Véase Réplica de la Demandante, párra. 137.

033, 034 y 035 de 2011.²⁰ Todos estos decretos responden a las preocupaciones de la población en cuanto a las actividades mineras en la zona.

IV. REUNIONES CON BEAR CREEK LUEGO DE ADOPTADO EL DECRETO NO. 032 DE 2011

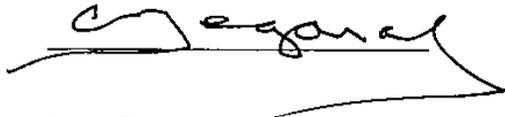
24. Finalmente, la Demandante alega que en una reunión en la que estuve yo con el Viceministro Shinno, ambos admitimos que Bear Creek había obtenido las concesiones de manera legal y que declaramos que el Decreto Supremo 032 no tenía ninguna base legal y que Perú perdería en un arbitraje internacional.²¹ Esto es falso. Si bien recuerdo que estuve en una reunión con los representantes de la empresa discutiendo el caso, no recuerdo que hayamos dicho ninguna de las afirmaciones que alega Bear Creek. No tendría ningún sentido hecho dichas declaraciones, por cuanto yo participé en la redacción del Decreto No. 032. Si en junio de 2011 hubiéramos considerado que Bear Creek había adquirido las concesiones de manera apropiada, no habríamos emitido el Decreto. Como lo mencioné antes, el Estado actuó de manera apropiada ante una situación crítica y única.



²⁰ Véase Primer Informe de Zegarra, párras. 23-31.

²¹ Véase Réplica de la Demandante, párra. 150; Segunda Declaración de Antúnez de Mayolo, párra. 62.

Los hechos consignados en esta declaración son verdaderos a mi leal saber y entender.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'César Zegarra', written over a horizontal line. The signature is stylized and cursive.

César Zegarra

Fecha: 8 de abril de 2015