

Nuevas soluciones a viejos problemas. Análisis sobre la reciente modificación al régimen legal de pasivos ambientales mineros en el Perú

Gabriel Bailetti Frayssinet*

El presente artículo realiza un análisis sobre la reciente modificación normativa a los pasivos ambientales mineros en el Perú, la cual busca no solo una solución económica, sino desarrollar un marco promotor de la remediación y regulador de los responsables a partir de garantías, modalidades, incentivos y convenios. Asimismo, plantea propuestas para un mejor control de los pasivos ambientales mineros.

I. INTRODUCCIÓN

Los pasivos ambientales mineros (en adelante PAM) constituyen uno de los problemas ambientales más complejos que enfrentan los países con pasado minero. En la actualidad, estos rezagos de antiguas operaciones mineras continúan produciendo impactos que afectan a la población y ambiente (ver Cuadro N° 1), ocasionando que los gobiernos deban soportar en casos fuertes presiones para lograr su remediación y perjudicando la imagen de los actuales operadores mineros.

Las preguntas sobre quién y cómo deben remediarse no son fáciles de responder, sobre todo considerando las enormes inversiones que en algunos casos son necesarias para tal efecto. La primera legislación que intentó definir estas y otras cuestiones relacionadas a los PAM fue aprobada por la Ley N° 28271¹ y su Reglamento el Decreto Supremo N° 059-2005-EM², a las que en adelante nos referiremos como “la primera regulación”. Este régimen legal ha sido recientemente modificado por el Decreto Legislativo N° 1042³ y el Decreto Supremo N° 003-2009-EM⁴, a los que en adelante nos referiremos como “la reciente modificación”⁵.

El presente artículo analiza los cambios incorporados por esta reciente modificación, interesándose en particular por las facilidades e incentivos que

otorga a los remediadores, sean generadores o voluntarios.

II. LA PRIMERA REGULACIÓN: LEY N° 28271 Y DECRETO SUPREMO N° 059-2005-EM

La regulación nacional sobre PAM aprobada entre los años 2004 y 2005 significó un primer esfuerzo válido para lograr la remediación de los pasivos.

A continuación se resumen los principales aspectos de esta primera regulación:

1. Definición de PAM

La Ley N° 28271 incorporó el concepto de PAM a la legislación nacional, definiéndolos de manera amplia como “aquellas instalaciones, efluentes, emisiones, restos o depósitos de residuos producidos por operaciones mineras, en la actualidad abandonadas o inactivas y que constituyen un riesgo permanente y potencial para la salud de la población, el ecosistema circundante y la propiedad”⁶.

El Reglamento a su vez clasificó a los pasivos como:

- a. PAM abandonados.- Aquellos pasivos que al 7 de julio del 2004 se encontraban localizados fuera de una concesión vigente⁷.

* Abogado por la Universidad de Lima, LLM en Política y Legislación Minera (Universidad de Dundee, graduado con honores), asesor de empresas y profesor universitario. Ha participado en procesos de elaboración de políticas y normas legales en Perú y África. Actualmente se desempeña como asesor legal del estudio Enrique Lastres Abogados S.C.

1 Publicada el 6 de julio del 2004.

2 Publicado entre el 8 (Decreto Supremo) y 9 (Anexo) de diciembre del 2005.

3 Publicado el 26 de junio del 2008.

4 Publicado el 15 de enero del 2009.

5 El autor del presente artículo formó parte del equipo a cargo de la elaboración de los proyectos de dichos instrumentos legales.

6 Esta definición está vigente y se encuentra en el artículo 2° Ley N° 28271, Ley de PAM, y se repite en el numeral 4.4. del artículo 4° del Reglamento de PAM.

7 Numeral 4.5. del artículo 4° del Reglamento de PAM.

- b. PAM inactivos.- Aquellos pasivos que al 7 de julio del 2004 se encontraban localizados en concesión vigente, pero en áreas, labores o instalaciones sin operar durante dos años o más⁸.

Cuadro N° 1: Impactos de las actividades mineras

Los impactos de las actividades mineras en el ambiente son producidos principalmente en las etapas de exploración, desarrollo, explotación y procesamiento o beneficio, y su intensidad se incrementa en la medida que se avanza de la primera a la última de las mencionadas etapas⁹.

Entre los principales impactos resaltan: (a) el drenaje ácido de mina¹⁰ producido por labores mineras que atraviesen aguas subterráneas¹¹ o generado por el contacto de cuerpos de agua con relaves o desmontes mineros¹², y (b) el vertimiento de agua de proceso en las etapas finales de la etapa de beneficio o procesamiento, que retornan a los cuerpos de agua conteniendo productos químicos y otros contaminantes (como el cianuro)¹³. Otros impactos a mencionar son: la erosión causada por relaves mineros físicamente inestables, la desertificación producida por la eliminación de vegetación y suelo orgánico sobre todo en las operaciones mineras de tajo abierto, los impactos producidos en los ecosistemas y diversidad biológica¹⁴, así como el uso intensivo de agua y otros recursos naturales.

Estos impactos pueden ser producidos por las actuales operaciones mineras o por pasivos ambientales mineros.

2. Responsabilidad de los PAM¹⁵

En el caso peruano, la primera regulación de PAM estableció que el responsable de la remediación de un PAM es "toda persona o entidad que haya generado pasivos ambientales mineros"¹⁶. Esta fórmula de atribución de responsabilidad (aún vigente)

determina que sea responsable quien haya realizado actividad minera de exploración, explotación, beneficio, etc., resultando irrelevante si el responsable ejerció la actividad minera de manera formal o informal, o si el PAM se generó dentro o fuera de una concesión minera de la que haya sido titular. Además, esta responsabilidad no se extingue¹⁷ ni está sujeta a defensas previas¹⁸.

De esta manera, el legislador peruano ha establecido una responsabilidad subjetiva en materia de PAM. En tal sentido, la autoridad minera debe probar que una persona realizó la actividad que generó o haya podido generar (mediante el uso de presunciones) el PAM, para poder considerarlo como responsable de su remediación. El autor considera que esta decisión fue acertada al resultar más justa que la responsabilidad objetiva, que considera responsable a quien fue o es actualmente titular de la concesión minera que contenga el PAM. Además, una responsabilidad objetiva hubiera evitado que zonas mineras de larga data sean objeto de concesiones mineras y en general, desalentado las inversiones mineras, reduciendo las posibilidades que alguien distinto al Estado remedie las áreas afectadas por pasivos.

Pese a los anteriores aspectos positivos, esta opción ocasiona dificultades a la autoridad minera como pasamos a explicar.

Dificultad de hacer responsable al responsable

Como se mencionó anteriormente, los impactos de las operaciones mineras pueden generarse tanto en las actividades actualmente vigentes como en los pasivos ambientales mineros.

En el caso de operaciones actuales, el minero podría ser obligado a responsabilizarse del impac-

8 Numeral 4.6. del artículo 4° del Reglamento de PAM.

9 WALDE, T.W., Políticas ambientales en países en vías de desarrollo, (CPMLP Professional Paper N° PP3, 1992), p. 3.

10 UNEP, Aspectos ambientales de metales no ferrosos (Cu, Ni, Pb, Zn, Au). Una guía técnica, (Publicación de las Naciones Unidas, 1991), p. 43.

11 UNEP, Op. cit. 13, p. 27.

12 WALDE, T.W., Op. cit. 12, p. 4.

13 Otto, J., Legislación ambiental minera eficiente para los países en vías de desarrollo, (Seminar Paper SP12, Zambia, 1992), p. 8.

14 MMSD, Rompiendo nuevo suelo, Capítulo 10: Minería, Minerales y el Ambiente. (2002) <www.ied.org/mmsd/mmsd_pdfs/finalreport_10.pdf> (última visita, 14 de Octubre, 2009).

15 La atribución de responsabilidad respecto de los PAM constituye un caso *sui generis*. Por un lado se debe considerar que dichos pasivos ambientales fueron generados en un momento en la historia minera en que las normas ambientales eran casi inexistentes y no se contaba con la conciencia y estándares ambientales que conocemos en la actualidad. Por el otro, se debe tener presente que dichos pasivos continúan produciendo impactos en la población y el ambiente al día de hoy.

16 Artículo 3° del Reglamento de PAM.

17 Esta responsabilidad subsiste en caso de extinción de la concesión minera (artículo 5° de la Ley de PAM) y en caso el PAM se encuentre actualmente en áreas o concesiones de propiedad o posesión de terceros (artículo 31° del Reglamento de PAM).

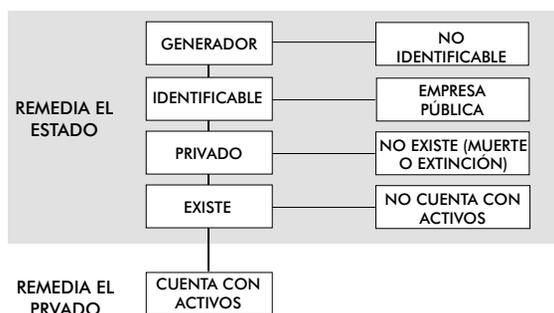
18 El Reglamento establece que los contratos de transferencia o cesión de derechos sobre áreas que contienen PAM no afectan la "acción directa" que tiene el Estado contra cualquiera de los generadores responsables del PAM. De esta manera el Estado podría dirigirse contra uno de los generadores o todos a la vez, sin que ninguno de éstos pueda defenderse alegando la celebración de estos contratos para eximirse de responsabilidad o requerir que el Estado se dirija contra otro de los generadores antes de dirigirse contra su persona (artículos 10° y 11° del Reglamento de PAM).

to de sus actividades en aplicación del principio contaminador-pagador¹⁹. Para esto, los gobiernos suelen solicitar garantías al inicio de la operación minera que permitan asegurar que la mina será apropiadamente cerrada al final de su vida útil²⁰.

Respecto a los PAM, el problema es bastante más complicado considerando que éstos fueron generados principalmente por operaciones de explotación y procesamiento minero ocurridas en las últimas décadas, siglos o milenio, que continúan generando impactos ambientales en algunos casos mucho más graves que aquellos producidos por las operaciones mineras vigentes²¹. Además, tomando como ejemplo lo ocurrido en países que han iniciado el proceso de remediación de PAM con anterioridad al nuestro, el responsable podría no ser identificable o capaz de soportar en la actualidad las obligaciones de remediación²². Por ejemplo, podría resultar imposible determinar la identidad del generador por falta de registros o por haberse tratado de mineros informales; o siendo identificable, haber muerto y sus bienes resultar irrecuperables (en caso de personas naturales), haberse disuelto y liquidado (en caso de personas jurídicas), o simplemente no contar con activos suficientes para efectuar la debida remediación. Incluso en caso el titular sea identificado y cuente con activos, se podría esperar el inicio de una “batalla legal” respecto a la alegada responsabilidad.

Los casos antes mencionados determinarían que en la práctica resulte difícil lograr que el responsable “se haga responsable” de remediar el PAM que generó, como se advierte del siguiente gráfico:

Gráfico N° 1: Remediación del Estado v. remediación del privado.



3. Modalidades de remediación

La primera regulación de PAM estableció que los responsables (en adelante “responsables-generadores”) debían remediar los PAM a través de un plan de cierre de pasivos ambientales mineros²³. Esta legislación no contemplaba otra posibilidad de remediación.

El Reglamento incluyó la figura de remediador voluntario estableciendo lo siguiente:

- a. El titular minero que no sea legalmente responsable de un PAM localizado dentro del ámbito de su concesión, quedará habilitado para acogerse voluntariamente a ejecutar “las medidas necesarias para la remediación ambiental correspondiente, a través de cualquiera de las modalidades exentas de responsabilidad, previstas en el presente Reglamento”²⁴. Asimismo, resultaba a veces necesario que el Ministerio de Energía y Minas (MEM) determine de manera previa la falta de responsabilidad²⁵.

Sin embargo, las diversas “modalidades exentas de responsabilidad”, como las áreas de conservación ambiental minera y los bonos de responsabilidad social y ambiental, requerían siempre estar acompañadas por un plan de cierre de pasivos ambientales mineros²⁶. Se entendía entonces que la remediación de uno o varios PAM por un remediador voluntario debía hacerse necesariamente a través de un plan de cierre de pasivos ambientales mineros, al igual que en el caso de los remediadores-generadores.

- b. Dichos remediadores voluntarios no asumían “responsabilidad legal” respecto de los PAM, lo que debía ser establecido expresamente mediante Resolución Directoral emitida por la Dirección General de Minería (DGM)²⁷. No obstante esta declaración, el derogado artículo 15° establecía lo siguiente:

“Artículo 15°.- Responsabilidad por la ejecución del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales

La entidad que pretenda hacerse cargo de la remediación voluntaria de pasivos ambientales

19 Banco Mundial, No termina hasta que termina: cierre de minas a nivel mundial, p. 6. <<http://sitesresources.worldbank.org/INTOGMC/Resources/notoverwhenover.pdf>> (última visita el 12 de octubre del 2009).

20 Estas garantías en general suelen requerirse en efectivo o a través de cartas de crédito irrevocables, certificados de depósito, bonos del gobierno, fideicomisos, fianzas u otras garantías sustentadas en los activos de la empresa. En el Perú las garantías permitidas para el Plan de cierre de Minas se encuentran reguladas en el Capítulo 2 del Título IV del Decreto Supremo N° 033-2005-EM, Reglamento para el Cierre de Minas.

21 Ver MMSD, Op. cit. 17, Capítulo 10.

22 BOYD, J., Obligaciones para las minas de carbón y subterráneas en los Estados Unidos, en Bastida, E., (et. al.) (eds.), Política y legislación minera internacional y comparada (Países Bajos: Kluwer Law International, 2005), p. 729.

23 En sus artículos 5° (modificado por Ley N° 28526), 6° y 7° (modificado por Ley N° 28526) de la Ley de PAM y en diversos artículos del Reglamento de PAM.

24 Artículo 12° (derogado) del Reglamento de PAM.

25 Idem.

26 Artículos 16° y 18° del Reglamento (vigentes) y artículo 28° (derogado) del Reglamento de PAM.

27 Artículo 14° (derogado) del Reglamento de PAM.

mineros sobre los cuales no es legalmente responsable, debe presentar para su aprobación, el Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros correspondiente, estando obligada a su debida ejecución, en los términos y plazos aprobados por la DGAAM.”

Este artículo constituyó un serio obstáculo para la remediación voluntaria, pues se interpretaba que el remediador voluntario estaría a merced de los “términos y plazos” que establezca la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros (DGAAM), lo que equivaldría en la práctica a firmar un cheque en blanco para que la autoridad minera lo complete con el monto que considere necesario para ejecutar las medidas de remediación que a su criterio correspondan. En otras palabras, la decisión de un remediador voluntario de presentar un plan de cierre de pasivos ambientales mineros habría determinado que dicho remediador sea tratado como un generador.

III. LA RECIENTE MODIFICACIÓN: DECRETO LEGISLATIVO N° 1042 Y DECRETO SUPREMO N° 003-2009-EM

La reciente modificación se sustentó en que el proceso de remediación de PAM resultaría más eficiente si conjuntamente con el esfuerzo de identificar y hacer pagar al responsable²⁸ se establece un marco altamente promotor de la remediación. Así, esta modificación incorporó un enfoque promotor al régimen legal de los PAM.

Los siguientes puntos enumeran y exploran las garantías, modalidades, incentivos y otros conceptos relacionados a la promoción de la remediación de los PAM aprobados por esta modificación.

1. Garantías del remediador voluntario

La reciente modificación específica que puede ser remediador voluntario cualquier persona natural o jurídica, respecto a cualquier PAM que se encuentre en el territorio nacional, inclusive en el área de la concesión minera de un tercero²⁹.

Entre las garantías otorgadas a estos remediadores destaca la eliminación de toda inseguridad respecto a la extensión de la responsabilidad del remediador voluntario³⁰, señalándose en el segundo párrafo del nuevo artículo 14° lo siguiente:

“La persona o entidad que se comprometa a remediar voluntariamente un pasivo ambiental será responsable del cumplimiento de las obligaciones que se determinen en su solicitud o estudio ambiental, y las que de manera expresa se comprometa durante la etapa de evaluación de su estudio, o con posterioridad a su aprobación.”

De esta manera, la reciente modificación aclara que sólo se puede exigir al remediador voluntario aquello a lo que libre y expresamente se haya obligado. Resta decir que dicho remediador deberá cumplir estas obligaciones o de lo contrario estará sujeto a sanciones. Sin embargo, la modificación ha establecido que las sanciones por el incumplimiento de un remediador voluntario representan el 20% de las que corresponden a los remediadores-generadores³¹, indicando además - por si existiese alguna duda - que para efectos de su imposición se tomarán en cuenta los criterios de gradualidad, las atenuantes de responsabilidad por infracciones contenidas en la Ley del Procedimiento Administrativo General³² y cualquier otro criterio aprobado por las autoridades competentes.

Otras garantías a resaltar son que: (i) el generador que no haya iniciado la remediación, no podrá oponerse a la remediación voluntaria por parte de un tercero, ni bajo ningún supuesto requerir un pago de éste, por ejemplo, en caso de reutilización o reaprovechamiento³³, y (ii) el remediador voluntario no adquiere ninguna responsabilidad de carácter administrativo o judicial por las infracciones, delitos o reparaciones que se hubieran configurado en torno a los PAM que remedien, lo que repite el texto del derogado artículo 14° de la primera regulación aunque sin incluir el requerimiento de una Resolución Directoral previa³⁴.

28 La práctica de los primeros años de aplicación de la primera regulación nacional sobre PAM ha demostrado que esta opción puede determinar un gasto en tiempo, energía e inversión por parte del Estado que en ocasiones resulta improductivo. Aunque esto no es exclusividad de nuestro país. Por ejemplo, se calcula que el Superfund – Programa de los Estados Unidos para la Remediación de Sitios Altamente Contaminados – gastaba entre el 15 al 40% de su presupuesto en discusiones legales para determinar la responsabilidad de sus remediadores (costos de transacción) en lugar de utilizarlos para la remediación en sí misma. Esto a su vez ocasionaba importantes costos a los privados. Declaración de Lloyd S. Dixon al Subcomité del Superfund, control de desechos y estudio de riesgos del Comité de Ambiente y Obras Públicas del senado de los Estados Unidos, Marzo 1995, <www.rand-org/pubs/testimonies/2006/CT125.pdf> (última visita el 27 de octubre del 2009).

29 Artículo 12° del Reglamento de PAM, modificado por el Decreto Supremo N° 003-2009-EM. Los principios aplicables a la remediación de PAM en tierras o concesiones de terceros se encuentran contenidos en el artículo 32° del Reglamento de PAM.

30 Recuérdese el problema ocasionado por el derogado artículo 15° del Reglamento de PAM, planteado en el punto II, 3, b.

31 Antepenúltimo párrafo del artículo 52° del Reglamento de PAM, aprobado por Decreto Supremo N° 003-2009-EM.

32 Respectivamente aprobados por el numeral 3 del artículo 230° y el artículo 236°-A de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

33 Tercer párrafo del artículo 12°-A, último del artículo 59° y primero del artículo 60° del Reglamento de PAM, incorporados por Decreto Supremo N° 003-2009-EM.

34 Segundo párrafo del artículo 14° del Reglamento de PAM, aprobado por Decreto Supremo N° 003-2009-EM.

2. Modalidades de remediación

La reciente modificación incluye cuatro modalidades de remediación: (a) el plan de cierre de PAM, (b) el plan de cierre de minas, (c) la reutilización, y (d) el reaprovechamiento. Los remediadores-generadores pueden optar por el plan de cierre de PAM, reutilización o reaprovechamiento³⁵, mientras que los remediadores voluntarios pueden valerse de cualquiera de estas modalidades para la remediación.

a. Remediación mediante el plan de cierre de PAM

Como se recuerda, la primera regulación sobre los PAM sólo contemplaba la posibilidad que éstos sean remediados a través del plan de cierre de pasivos ambientales mineros.

El nuevo régimen mantiene esta posibilidad, aunque despojándola de su carácter de exclusiva (admitiendo la utilización de un plan de cierre de minas, la reutilización o el reaprovechamiento) y además permitiendo que el remediador voluntario limite su responsabilidad mediante la celebración de convenios de remediación voluntaria con responsabilidad limitada contenidos en el nuevo artículo 15° del Reglamento.

Convenios de limitación de responsabilidad en los planes de cierre de PAM

Estos convenios permiten que el remediador voluntario se obligue a determinados compromisos de remediación, distintos a la presentación regular de un plan de cierre de pasivos.

Cabe resaltar que esta posibilidad aplica a los "interesados en asumir la remediación voluntaria de pasivos ambientales mineros mediante el plan de cierre de PAM"³⁶, aunque al menos en los tres primeros supuestos que se listan a continuación no se requiere que dicho instrumento ambiental sea presentado anterior, conjunta o posteriormente al correspondiente compromiso. Asimismo, se debe tener en cuenta que estas solicitudes no serán siempre aceptadas, pues el MEM podría rechazarlas si no las considera útiles para la remediación.

Las posibilidades de limitación de responsabilidad son las siguientes:

- Evaluar el PAM³⁷, lo que implica "determinar con mayor precisión los tipos de contaminantes que contienen, sus cantidades y sus características físicas, químicas, biológicas o toxicológicas"³⁸.
- Elaborar determinado estudio ambiental de remediación³⁹. Al respecto, resulta interesante notar que podría tratarse de cualquier estudio ambiental, sea el propio plan de cierre de pasivos ambientales mineros u otro estudio que pueda considerarse como parte integrante del mismo, complementario o alternativo.
- Ejecutar ciertas acciones u obras destinadas a la remediación ambiental de uno o varios PAM, o de sus impactos ambientales⁴⁰. La redacción del numeral que aprueba este supuesto es lo suficientemente amplia como para permitir la aprobación de cualquier solución que sea propuesta y resulte interesante para el objetivo de la remediación.
- Presentar un Plan de Cierre de PAM señalando un monto máximo de dinero a ser invertido por el remediador voluntario y que deberá ser previsto como presupuesto de las acciones del plan de cierre⁴¹. Esto significa, por ejemplo, que si el remediador voluntario se obliga a remediar un PAM con un presupuesto de USD 50,000.00, una vez llegado a dicho límite no se le podrá exigir monto adicional alguno a menos que el propio remediador lo apruebe. Si bien este supuesto ya está cubierto por el antes citado segundo párrafo del artículo 14° del Reglamento⁴², se pensó que podría interesar a algún remediador voluntario precisar desde un inicio el monto máximo de remediación al que pretenda obligarse.

«Los impactos de las operaciones mineras pueden generarse tanto en las actividades actualmente vigentes como en los pasivos ambientales mineros».

35 A partir de la reciente modificación, los generadores que hayan presentado un Plan de Cierre de PAM que se encuentre pendiente de aprobación a la fecha del Reglamento, podrían adecuarlo a las modalidades de reutilización o reaprovechamiento (artículo 38° del Reglamento de PAM aprobado por Decreto Supremo N° 003-2009-EM), y aquellos generadores que hayan incumplido a la fecha con la presentación obligatoria del plan de cierre de pasivos ambientales podrían optar por la remediación a través de las mismas modalidades (artículo 31° del Reglamento de PAM aprobado por Decreto Supremo N° 003-2009-EM), aunque en este último caso se deberán aplicar las sanciones que correspondan.

36 Artículo 15° del Reglamento de PAM, modificado por Decreto Supremo N° 003-2009-EM.

37 Numeral 15.1 del artículo 15° del Reglamento de PAM, modificado por Decreto Supremo N° 003-2009-EM.

38 Extensión de la evaluación de un PAM según el artículo 9° del Reglamento.

39 Numeral 15.1 del artículo 15° del Reglamento de PAM, modificado por Decreto Supremo N° 003-2009-EM.

40 Numeral 15.2 del artículo 15° del Reglamento de PAM, modificado por Decreto Supremo N° 003-2009-EM.

41 Numeral 15.3 del artículo 15° del Reglamento de PAM, modificado por Decreto Supremo N° 003-2009-EM.

42 Ver punto III, 1.

- Establecer un límite a la duración de la etapa de post-cierre⁴³. Esta posibilidad, también cubierta por el segundo párrafo del artículo 14°, permite que el remediador voluntario informe su voluntad de hacerse cargo de una etapa de post cierre limitada.

Al interior de MEM se discutió bastante si se permitía o no esta responsabilidad limitada, habiéndose impuesto acertadamente el argumento que resulta preferible que los remediadores voluntarios avancen “al menos en algo” a esperar que el Estado lo haga, más aún cuando las prioridades de este último al día de hoy son distintas: reducción de la pobreza, generación de empleo, salud, educación, vivienda.

b. Remediación mediante el plan de cierre de minas

El nuevo artículo 57° del Reglamento⁴⁴ permite que cualquier persona, antes o durante la realización de sus actividades mineras, pueda incluir en su plan de cierre de minas o modificatorias la remediación de uno o varios PAM. Los únicos requisitos son: (i) que los PAM a ser remediados se encuentren dentro del área de influencia del proyecto de dicho plan de cierre, en su más amplia acepción, y (ii) que sean objeto de la etapa de participación ciudadana.

La principal virtud de esta opción es que permite al remediador voluntario valerse de un solo instrumento ambiental para remediar un PAM, sin el costo y tiempo de la preparación de un plan de cierre de PAM.

El mencionado artículo agrega que la fiscalización, infracciones y sanciones aplicables serán aquellas contenidas en el Reglamento para el Cierre de Minas, aprobado por Decreto Supremo N° 033-2005-EM.

c. Reutilización

La reciente modificación define la reutilización como “el uso que puede hacer el titular de un concesión minera de pasivos ambientales que se encuentren dentro de la misma, tales como plataformas, de exploración, labores, desmonteras, relaveras u otros que puedan ser incorporados como parte de las actividades mineras actuales o futuras, determinando la obligación de su remediación ambiental”⁴⁵.

La necesidad de establecer esta posibilidad se debió a que – como se analizó anteriormente - la primera regulación de PAM establecía como única

posibilidad para un titular minero la remediación de un PAM a través del plan de cierre de pasivos ambientales mineros y no contemplaba la posibilidad de incorporarlo en sus operaciones mineras.

Como resulta lógico, la reciente modificación señala expresamente que la reutilización determina la obligación de su remediación ambiental por quien reutiliza el PAM, lo que debe efectuarse a través del instrumento ambiental que corresponda y otorgando “especial prioridad a la adopción inmediata de medidas de mitigación de los impactos al ambiente producidos por el pasivo ambiental”⁴⁶.

d. Reaprovechamiento

La reciente modificación define el reaprovechamiento como “la extracción de minerales de pasivos ambientales tales como desmontes, relaves u otros que pudieran contener valor económico, determinando la obligación de su remediación ambiental”⁴⁷.

Este concepto tiene su origen –al igual que en el caso de la reutilización– en que la primera regulación de PAM no contemplaba su remediación a través de una opción distinta al plan de cierre de PAM, surgiendo la duda si la explotación de relaveras, desmonteras y otros PAM con contenido mineral estaba legalmente permitida.

La reciente modificación además establece un régimen especial para el reaprovechamiento de pasivos ambientales mineros, distinto al de concesiones mineras, que resumimos como sigue:

- El nuevo artículo 60° del Reglamento de PAM⁴⁸ otorgó un derecho de exclusividad para que dentro los 30 días calendario siguientes a su vigencia, toda persona que se considere generador o con derecho sobre un PAM pueda solicitar su reaprovechamiento o remediación mediante cualquier otra modalidad. El plazo se amplía por 60 días adicionales en caso se trate del concesionario, cesionario o cualquier otra persona con derecho de explotación de una concesión minera en que se encuentre ubicado un PAM.
- En los dos supuestos antes mencionados, el solicitante contará con el plazo de un año desde su solicitud para presentar un EIA con cierre a nivel factibilidad o el instrumento ambiental que corresponda.
- Transcurridos los plazos otorgados a los titulares del derecho de exclusividad, cualquier interesa-

43 Numeral 15.4 del artículo 15° del Reglamento de PAM, modificado por Decreto Supremo N° 003-2009-EM.

44 Incorporado por Decreto Supremo N° 003-2009-EM.

45 El numeral 4.9 del artículo 4° del Reglamento de PAM, incorporado por Decreto Supremo N° 003-2009-EM.

46 Primer párrafo del nuevo artículo 59° del Reglamento de PAM, incorporado por Decreto Supremo N° 003-2009-EM.

47 El numeral 4.10 del artículo 4° del Reglamento de PAM, incorporado por Decreto Supremo N° 003-2009-EM.

48 Incorporado por Decreto Supremo N° 003-2009-EM.

do (o incluso el propio titular del derecho de exclusividad) podrá solicitar el reaprovechamiento de dichos PAM.

Podría entonces darse el caso que un PAM sea aprovechado por un titular minero distinto a aquel en cuya concesión minera se encuentre, considerando que el mineral contenido en un PAM es de naturaleza distinta a aquel cuyo derecho de exploración y explotación otorga una concesión minera. Mucho se discutió y podría seguir discutiéndose al respecto pero finalmente se optó por aplicar este criterio como la manera más práctica de disminuir este tipo de PAM. Esta decisión parece estar teniendo efectos positivos respecto a la remediación como lo demuestra el hecho que la DGM ya se encuentra tramitando solicitudes de reaprovechamiento⁴⁹.

Cabe aclarar que no se puede requerir el reaprovechamiento de áreas mineras que actualmente sean objeto del proceso productivo de una mina, objeto de cierre u otra medida, pues el reaprovechamiento aplica únicamente a aquellos relaves, desmontes u otros que: (i) se hayan encontrado fuera del área de una concesión minera vigente al 7 de julio del 2004, o (ii) hayan estado paralizados desde o con anterioridad al 7 de julio del 2002; es decir, a pasivos ambientales mineros.

Asimismo, no se aceptarán solicitudes de reaprovechamiento, ni siquiera para "guardar la prioridad", en tanto existan otras modalidades de remediación en proceso de evaluación o aprobadas⁵⁰. En caso de PAM que hayan sido objeto de una solicitud o proceso de reaprovechamiento que por cualquier motivo haya perdido vigencia antes de su reaprovechamiento o remediación total, sólo podrán ser objeto de un nuevo reaprovechamiento en tanto sea permitido mediante Resolución Ministerial que establezca los términos y condiciones que resulten convenientes⁵¹.

Sobra decir que quien reaproveche el PAM se encontrará obligado a su remediación, lo que finalmente es el objetivo de esta nueva figura.

3. Convenio de remediación voluntaria con declaración de falta de responsabilidad

Este convenio puede ser celebrado por toda persona que pretenda asumir la remediación de un PAM como remediador voluntario, sin ninguna limitación y mediante cualquiera de las modalidades mencionadas en los anteriores puntos. La razón de su celebración es contar con el compromiso que el remediador voluntario "no es ni será"⁵² identificado

por la autoridad minera competente como generador del PAM.

Resulta importante notar que estos convenios son facultativos, pudiendo una persona comprometerse y proceder a la remediación de un PAM sin haberlos celebrado y sin tener el riesgo de ser considerado como responsable-generador.

Si bien este convenio puede ser celebrado por cualquier remediador voluntario, resulta de especial interés para aquellos mineros que consideren poder ser identificados a futuro como generadores de un PAM, con las consecuentes sanciones que esto implicaría. Así, la solicitud de celebración de uno de estos convenios por parte de un remediador voluntario podría constituir en algún caso un "ofrecimiento de paz" por parte del minero para la consideración del Ministerio, que finalmente decidirá si acepta o no dicho ofrecimiento. En tal sentido, estos convenios pretenden en principio ser fórmulas conciliatorias que prefieren buscar que alguien acepte voluntariamente ser responsable de remediar el PAM, antes de entrar a discutir la responsabilidad y sanciones que le correspondan.

El proceso para su celebración es simple, la autoridad minera contará con un plazo de treinta días hábiles a partir de la solicitud para decidir sobre la responsabilidad del solicitante, pudiendo ocurrir tres cosas:

- (i) Que la autoridad minera se pronuncie determinando que no encuentra responsabilidad, en cuyo caso el solicitante se convierte inmediatamente en responsable de la remediación del PAM, aunque sin encontrarse sujeto al pago de ninguna multa u otra sanción.
- (ii) Que la autoridad minera determine que el solicitante es responsable del PAM, ante lo cual lo sujetará a las consecuentes sanciones y obligaciones de remediación.
- (iii) Que la autoridad minera no se pronuncie en el plazo de treinta días útiles de ingresada la solicitud, en cuyo caso se entenderá que el pedido ha sido rechazado sin que se entienda la identificación del solicitante como responsable del pasivo ambiental.

Obviamente, la celebración de este acuerdo únicamente se permite hasta antes que se emita una resolución identificando a una persona natural o jurídica como responsable-generador del pasivo.

49 Fuente: DGM.

50 Artículo 12-A° del Reglamento de PAM, incorporado por Decreto Supremo N° 003-2009-EM.

51 Idem.

52 Artículo 15-A° del Reglamento de PAM, incorporado por Decreto Supremo N° 003-2009-EM.

Finalmente, resulta importante notar que “la eficacia de este acuerdo está sujeta al completo cumplimiento de la remediación incluyendo la etapa de post-cierre”⁵³, es decir, la modalidad de remediación debe ejecutarse hasta que el PAM haya sido efectivamente remediado, y de no ser así, el mediador perderá el beneficio que este convenio le otorgaba.

4. Otras modalidades de remediación voluntaria

Cabe señalar que las modalidades antes descritas no constituyen un *numerus clausus* o listado cerrado, ya que la reciente modificación del régimen de PAM permite “de manera excepcional”⁵⁴ la celebración de convenios de remediación de pasivos ambientales entre la DGM y titulares mineros que establezcan modalidades distintas a las antes mencionadas, siempre que: (i) cuenten con la opinión favorable de la DGAAM, (ii) quien las celebre se obligue a la remediación ambiental del pasivo, y (iii) se encuentren amparados en una Resolución Ministerial⁵⁵.

Estos convenios pueden ser celebrados por toda persona natural o jurídica que sea titular de una concesión minera o de cualquier derecho superficiario que le permita remediar un pasivo ambiental⁵⁶.

5. Uso alternativo⁵⁷

El uso alternativo ha sido definido como “el acondicionamiento del pasivo ambiental minero para actividades productivas, turísticas, culturales, de recreo, deportivas, u otras, siempre que sea solicitado por el gobierno local o gobiernos locales del ámbito en que se encuentran los pasivos ambientales. Dicho acondicionamiento no deberá representar un riesgo para la salud humana o el ambiente”⁵⁸.

A diferencia de las modalidades descritas en los puntos anteriores, esta opción conlleva a un

«La remediación actual del PAM podría presentar un impacto más positivo que el impacto que podría ocasionar a futuro una operación minera vigente abandonada».

acondicionamiento del PAM que elimine el riesgo al ambiente y la salud humana, sin exigirse que el pasivo se remedie hasta lograr que el área disturbada retorne a su estado casi-original⁵⁹.

El desarrollo de esta figura fue inspirado en casos como el reservorio de agua de San José construido en un tajo abierto en Cajamarca y la mina de Mercurio Santa Bárbara en Huancavelica que en la actualidad constituye un atractivo turístico de la zona. En ninguno de estos casos habría convenido al Estado o a la población exigir una completa remediación de dichas áreas.

Se entiende entonces que el uso alternativo es de interés de todas las partes involucradas, pues disminuiría los costos de remediación del plan de cierre mientras que permitiría a la población obtener un provecho del pasivo.

6. Remediación de PAM para el cumplimiento de la obligación de trabajo

Históricamente el régimen de mantenimiento de la vigencia de la concesión minera peruana ha consistido en el pago de un derecho de vigencia y el cumplimiento de la obligación de trabajo.

Este segundo requisito ha sufrido un reciente cambio por parte del Ejecutivo que en uso de las facultades legislativas otorgadas por el Congreso de la República para legislar en relación al Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos aprobó un nuevo régimen de cumplimiento de la obligación de trabajo mediante los Decreto Legislativo N° 1010 y N° 1054 (que modifica el anterior). En opinión del autor, esta nueva legislación constituyó un error en la política minera del gobierno cuyos efectos fueron felizmente atenuados - aunque no completamente eliminados - en la medida que el Decreto Legislativo N° 1010 fue modificado y reglamentado.

La reciente modificación del régimen de PAM permite que adicionalmente a las formas de cumplimiento establecidas en el TUO de la Ley General de Minería - ver Cuadros N° 2 y N° 3 - los concesionarios mineros puedan cumplir la obligación de trabajo mediante la remediación voluntaria de los PAM. Para tal efecto la reciente modificación creó un certificado que puede ser utilizado para el cumplimiento de un año de la obligación de trabajo de la concesión minera.

Dicho certificado se obtiene ante la inversión en remediación del monto definido en el artículo 41°

53 Idem.

54 Artículo 12° del Reglamento de PAM, aprobado por Decreto Supremo N° 003-2009-EM.

55 Idem.

56 Idem.

57 Este concepto ya había sido considerado en la primera regulación sobre PAM aunque sin ninguna definición o desarrollo.

58 Numeral 4.11 del artículo 4° del Reglamento de PAM, incorporado por Decreto Supremo N° 003-2009-EM.

59 Artículo 64° del Reglamento de PAM, incorporado por Decreto Supremo N° 003-2009-EM.

del TUO de la Ley General de Minería, esto es, de un monto equivalente a no menos de diez veces el monto de la penalidad que hubiera correspondido pagar al concesionario minero por no haber cumplido con la obligación de producción mínima en el nuevo régimen de cumplimiento de la obligación de trabajo. Cabe resaltar que el monto de inversión no requiere haber sido gastado en el periodo de un año como ocurre con el resto de alternativas para el cumplimiento de la obligación de trabajo.

Cuadro N° 2: Cumplimiento de la obligación de trabajo de la concesión minera en el régimen anterior a los Decretos Legislativos N° 1010 y N° 1054⁶⁰

Forma de cumplimiento de la obligación de trabajo

El régimen original permitía tres formas de cumplir la obligación de trabajo para el mantenimiento de la vigencia de las concesiones mineras: (i) el logro de una determinada producción anual mínima, (ii) la realización de una determinada inversión anual mínima, o en defecto de las anteriores (iii) el pago de una penalidad.

Caducidad relacionada al cumplimiento de la obligación de trabajo

En relación al cumplimiento de la obligación de trabajo, la concesión minera sólo se extinguía por caducidad en caso el titular minero: (i) no haya logrado la producción o inversión mínimas requeridas por la norma por dos años consecutivos o acumulados, y además (ii) no haya cancelado dos penalidades anuales generadas por dicho incumplimiento.

Las características de este certificado son las siguientes:

- a. Puede ser utilizado para el cumplimiento de la obligación de trabajo de cualquier concesión minera que su titular elija.
- b. Tiene una vigencia de veinte años, por lo que no necesita ser utilizado en el año en que se realizó la inversión, como ocurre con el resto de alternativas para el cumplimiento de la obligación de trabajo.
- c. Puede ser utilizado para el cumplimiento de la obligación de trabajo de las concesiones mineras que se rigen por el régimen original del TUO de la Ley General de Minería o por

el nuevo régimen establecido por los Decretos Legislativos N° 1010 y N° 1054⁶¹.

- d. Puede ser transferido a título oneroso o gratuito, requiriéndose únicamente la formalidad de una autorización escrita con firma legalizada.

Cuadro N° 3: Cumplimiento de la obligación de trabajo de la concesión minera en el régimen de los Decretos Legislativos 1010 y 1054⁶²

Forma de cumplimiento de la obligación de trabajo

El régimen vigente dispone que la obligación de trabajo debe obtenerse no más tarde del vencimiento del décimo año de otorgada la concesión minera y consiste en el logro de cierta producción mínima anual⁶³.

En caso esta obligación de producción no se hubiese logrado al vencimiento del décimo año podrá: (1) reemplazarse por el pago de una penalidad anual hasta el vencimiento del décimo quinto año⁶⁴, y (2) desde el vencimiento del décimo quinto y por los siguientes cinco años el titular minero podrá: (a) ser eximido del cumplimiento de la obligación si su incumplimiento se debe a caso fortuito, fuerza mayor o hecho no imputable, o (b) reemplazar su cumplimiento por la realización de cierta inversión destinada a las "actividades mineras y/o en infraestructura básica de uso público" y el pago de una penalidad⁶⁵.

Lo establecido en el párrafo anterior no aplica en caso el concesionario minero haya alcanzado la producción mínima requerida al menos un año. Con posterioridad a dicho momento los concesionarios podrán cumplir la obligación de trabajo cada año: (1) alcanzando la producción mínima, o (2) realizando la inversión y efectuando el pago de la penalidad descritos en el numeral 2, b del párrafo anterior⁶⁶.

Caducidad relacionada al cumplimiento de la obligación de trabajo

El nuevo régimen establece como causales de caducidad relacionadas a la falta de cumplimiento de la obligación de trabajo, que: (a) continúe el incumplimiento de la obligación de producción al vencimiento del décimo quinto año⁶⁷, (b) continúe el incumplimiento de la obligación de producción al vencimiento del vigésimo año⁶⁸, (c) se incumpla la obligación de producción durante dos años consecutivos⁶⁹.

60 Este régimen continúa vigente para las concesiones vigentes a la fecha de publicación del Decreto Supremo N° 054-2008-EM.

61 Adviértase los diferentes plazos de aplicación del nuevo régimen de cumplimiento de la obligación de trabajo que establecen el artículo 3° y la Disposición Transitoria Única del Decreto Supremo N° 054-2008-EM.

62 El contenido de este resumen no se debe tener como absoluto considerando que la redacción de los textos legales relacionados es algo confusa y no se cuenta aún con la práctica o jurisprudencia que nos permita tener seguridad de su correcta interpretación.

63 Artículo 38° del TUO de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Legislativo N° 1054.

64 Artículo 40° del TUO de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Legislativo N° 1054.

65 Artículo 41° del TUO de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Legislativo N° 1054.

66 Artículo 42° del TUO de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Legislativo N° 1054 y num. 7.1 del artículo 7° de su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 054-2008-EM.

67 Artículo 40° del TUO de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Legislativo N° 1054.

68 Artículo 41° del TUO de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Legislativo N° 1054.

69 Artículo 59° del TUO de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Legislativo N° 1010 y num. 7.2 del artículo 7° de su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 054-2008-EM.

Considerando lo anterior, este certificado podría constituir, especialmente a futuro⁷⁰, un valioso instrumento para evitar la caducidad de una concesión minera o elemento de negociación para adquirir derechos respecto a una concesión minera que se encuentre en incumplimiento de la obligación de trabajo y próxima a su extinción por caducidad.

IV. PROPUESTAS PENDIENTES DE APROBACIÓN⁷¹

1. Utilización de parte del monto anual de las garantías del cierre de minas

En un reciente proceso de actualización del Reglamento para el Cierre de Minas se propuso permitir que los titulares de actividad minera remedien PAM con parte de los montos mantenidos como garantía del plan de cierre de minas (se recomendó la posibilidad de utilizar el 20%), siempre que los proyectos de remediación sean aprobados, supervisados y fiscalizados por el Estado.

Esta propuesta se sustenta en que la remediación actual de un PAM de interés del Estado implicaría una mejora cierta y concreta en la calidad del ambiente, frente al incumplimiento incierto de la obligación garantizada. Recuérdese que las garantías del cierre de minas son montos que simplemente se inmovilizan para asegurar una obligación futura, que puede o no ser incumplida, y que no serían utilizados en caso del titular de actividad minera cumpla con el cierre debido.

Además, la remediación actual del PAM podría presentar un impacto más positivo que el impacto que podría ocasionar a futuro una operación minera vigente abandonada. Por ejemplo, resultaría preferible que un titular minero en coordinación con el Estado remedie al día de hoy un PAM que se encuentre afectando a una población, cuerpo de agua, área natural protegida, etc. en lugar de reservar el íntegro de las garantías para el supuesto – nuevamente incierto – que el Estado deba remediar en lugar del titular minero los impactos de una operación que se desarrolla a mitad del desierto.

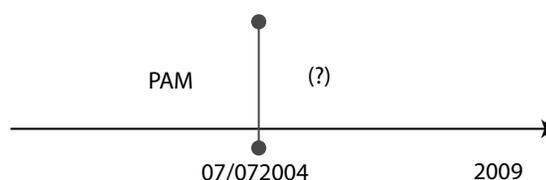
Como resulta evidente, se propuso reservar esta posibilidad a titulares mineros que presenten determinados “antecedentes positivos” en cuanto a su comportamiento ambiental.

2. Otorgar existencia legal a los “nuevos PAM” y permitirles ser objeto de remediación voluntaria

En el mismo proceso de actualización, se recomen-

dó incorporar una nueva disposición al Reglamento para el Cierre de Minas indicando que las instalaciones, efluentes, emisiones, restos o depósitos de residuos producidos por operaciones mineras, abandonadas o inactivas y que constituyan un riesgo permanente y potencial para la salud de la población, el ecosistema circundante y la propiedad, cuyo abandono o inactividad se haya configurado con posterioridad al 7 de julio del 2004 (fecha de vigencia de la Ley N° 28271) y que se encuentren en situación de abandono (fuera de una concesión minera) o inactivos (dos años o más sin operar), podrán ser objeto de las modalidades de remediación voluntaria reguladas en el Reglamento de PAM.

Gráfico N° 2: Falta de regulación de “nuevos PAM”.



De esta forma se estaría subsanando un importante vacío del régimen de cierre de minas (ver Gráfico N° 2) que no preveía la posibilidad de generación o - de alguna manera - existencia legal de pasivos ambientales mineros con posterioridad al 7 de junio del 2004, ni proponía instrumentos para su remediación voluntaria.

V. CONCLUSIONES

La actual regulación sobre pasivos ambientales mineros en el país promueve adecuadamente la participación del sector privado en la remediación de los pasivos. Esta regulación otorga facilidades para que los generadores de pasivos ambientales mineros procedan a su remediación, así como garantías e incentivos a favor de los remediadores voluntarios. Se advierte también que el Ministerio de Energía y Minas presenta la mejor voluntad de apoyar estas iniciativas.

Considerando estas condiciones favorables, se espera que los potenciales remediadores colaboren en este esfuerzo de remediación en beneficio del ambiente, las buenas relaciones con los distintos *stakeholders* y la mejora de la imagen de la Industria Minera. CA

70 Esto adquirirá mayor importancia cuando se cumpla el plazo para el cumplimiento de la obligación de producción según las reglas del nuevo régimen, de acuerdo a lo establecido por el artículo 3° y la disposición transitoria única del Decreto Supremo N° 054-2008-EM.

71 Estas propuestas fueron incluidas en el reciente proceso de actualización del Reglamento para el Cierre de Minas llevado a cabo el año 2009, habiendo sido objeto de publicación para comentarios (participación ciudadana) en marzo 2009, sin haber recibido objeciones.