

**Pontificia Universidad Católica del
Perú Facultad de Derecho**



**Programa de Segunda Especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos
Naturales**

**Criterios para la identificación e imputación de responsabilidad en materia de
Pasivos Ambientales Mineros en el Perú a la luz de un caso práctico**

**Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho
Ambiental y de los Recursos Naturales**

AUTOR

Silvana Rebagliati Castro

ASESOR:

Jean Pierre Araujo Meloni

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20130371

2020

Resumen

Los Pasivos Ambientales Mineros (PAM) en el Perú no forman parte de una problemática nueva debido a que han sido identificados desde la época colonial. Es por ello que la regulación siempre debe tener en cuenta que muchos de los PAM identificados en la actualidad datan de aquellas épocas. Lo anterior, en definitiva, dificulta la tarea de identificación de los responsables.

Por ello, el presente trabajo detalla cuál es la regulación para la identificación e imputación de responsabilidad de los PAM en el Perú. Además, a través de un caso práctico (el caso de la empresa Servicios Corporativos Pacasmayo S.A.C., en adelante “SERCOPA”), analizaremos cuáles fueron los criterios de la Dirección General de Minería (DGM) del Ministerio de Energía y Minas y del Consejo de Minería para imputar responsabilidad a la empresa. Se trata de los PAM de la ex unidad minera “Esquilache”, ubicada en el departamento de Puno.

Es así que la finalidad principal del presente trabajo radica en la comprensión del razonamiento utilizado para la imputación de responsabilidad por la generación de PAM. Asimismo, en la identificación de los vacíos legales en la materia con la finalidad de formular propuestas de mejora.

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	4
II.	REGULACIÓN DE LOS PASIVOS AMBIENTALES MINEROS EN EL PERÚ.....	4
	2.1 Identificación de los Pasivos Ambientales Mineros.....	6
	2.2 Responsabilidad de los Pasivos Ambientales Mineros.....	8
	2.2.1 Responsabilidad administrativa ambiental.....	12
	2.2.2 Debida motivación y carga de la prueba en la responsabilidad por PAM.....	13
III.	CASO SERCOPA.....	16
	3.1 Hechos del caso.....	16
	3.2 Análisis del caso y aspectos controvertidos en materia de responsabilidad.....	18
IV.	¿VACÍOS EN LA LEGISLACIÓN?	
	4.1 Propuestas de mejora para los criterios de identificación de los responsables de los PAM.....	19
	4.2 Análisis a la luz de la Evaluación de Desempeño de la OCDE.....	20
V.	CONCLUSIONES.....	21
VI.	BIBLIOGRAFÍA.....	22

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se centrará en primer lugar, en detallar cuáles son los criterios de identificación e imputación de responsabilidad de los Pasivos Ambientales Mineros (PAM) en el Perú. Luego, analizaremos el razonamiento de la Administración Pública en el caso de los PAM de la ex unidad minera “Esquilache”, ubicada en el departamento de Puno.

Cabe mencionar que, tal como ha resaltado el Ministerio del Ambiente (MINAM) en la publicación denominada “Historia Ambiental del Perú –Siglos XVIII y XIX”, a la fecha, muchos de los PAM que en la actualidad no tienen un responsable identificado, “(...) incluyen buena parte de las minas abandonadas de la Colonia, así como de las primeras etapas de la República.” (MINAM 2016). Ello nos revela que en definitiva el Perú arrastra pasivos desde hace muchísimos años y por tanto la regulación debe siempre tener en cuenta que no se trata de un problema sin antecedentes.

Teniendo en cuenta el contexto en el que nos situamos, resulta relevante responder cuáles son los criterios de identificación y atribución de responsabilidad a los generadores de los PAM en el Perú con la finalidad de lograr una mejor y eficiente gestión de los mismos.

Sin perjuicio de posteriormente analizar a profundidad los hechos de la Resolución N° 476-2016-MEM-DGM/V, cabe mencionar que la referida Resolución imputó responsabilidad a la empresa SERCOPA por los pasivos ambientales en la ex unidad minera "Esquilache". El referido caso nos permitirá comprender el razonamiento de la DGM para imputar responsabilidad a la empresa. Resulta un caso emblemático en tanto permitirá analizar cuáles son los elementos indispensables de una debida motivación y, también para cuestionar cuáles pueden ser las nuevas propuestas de mejora para la búsqueda de los generadores de los PAM sin vulnerar los derechos de los administrados.

Por tanto, el presente trabajo tratará de responder cuáles son los criterios vigentes en el ordenamiento jurídico que permiten al Estado identificar y posteriormente imputar responsabilidad a los que generaron los pasivos. Asimismo, se formularán propuestas de mejora en la materia.

II. REGULACIÓN DE LOS PASIVOS AMBIENTALES EN EL PERÚ

Los pasivos ambientales en el Perú fueron regulados como tal propiamente en el año 2004, con la Ley N° 28271, Ley que regula los pasivos ambientales de la actividad

minera. El Reglamento de la referida Ley fue promulgado un año después, en diciembre del 2005, mediante el Decreto Supremo N° 059-2005-EM. Posteriormente, la Ley de Pasivos Ambientales fue modificada por la Ley N° 28526 y luego por el Decreto Legislativo N° 1042. Asimismo, el Reglamento también fue modificado por el Decreto Supremo N° 003-2009-EM.

La Ley de PAM define a los Pasivos Ambientales 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.*”¹

A su vez, el Reglamento de la Ley de PAM define qué se entiende por operaciones mineras “abandonadas e inactivas”. Conforme a las definiciones establecidas en los numerales 4.5 y 4.6 del artículo 4, los PAM clasificados como abandonados son aquellos que se encontraban fuera de una concesión vigente al momento de la entrada en vigencia de la Ley de PAM, es decir al 7 de junio de 2004. Por su parte, los PAM clasificados como inactivos son aquellos que al momento de la entrada en vigencia de la Ley de PAM, estaban ubicados dentro de una concesión vigente, específicamente en áreas, labores o instalaciones que estaban inoperativos por un periodo de dos o más años.

Por su parte, el referido Reglamento define también a los Pasivos Ambientales Mineros como “*Aquellas instalaciones, efluentes, emisiones, restos o depósitos de residuos producidos por operaciones mineras, **abandonadas o inactivas a la fecha de vigencia de la Ley** y que constituyen un riesgo permanente y potencial para la salud de la población, el ecosistema circundante y la propiedad.*”² (El énfasis es nuestro)

Por tanto, de las definiciones de la Ley y el Reglamento de PAM se aprecia que son pasivos ambientales mineros aquellos que fueron generados con anterioridad a la fecha de vigencia de la Ley, es decir antes del 7 de junio de 2004. Es así que se desprende que los PAM luego de la referida fecha, no tienen tal denominación y como consecuencia el marco normativo de PAM no será aplicable en dichos casos.

¹ Artículo 2 de la Ley N° 28271

² Artículo 4.4 del Decreto Supremo N° 059-2005-EM

Ahora bien, cabe destacar que el objetivo de la Ley que regula los PAM es “(...) *regular la **identificación** de los pasivos ambientales de la actividad minera, la **responsabilidad** y el **financiamiento para la remediación** de las áreas afectadas por éstos, destinados a su reducción y/o eliminación, con la finalidad de mitigar sus impactos negativos a la salud de la población, al ecosistema circundante y la propiedad.*”³ (El énfasis es nuestro)

Podemos observar entonces que, la legislación se centra en regular la identificación de los PAM, la responsabilidad y el financiamiento para las medidas de remediación. Ello, atiende a ciertos principios recogidos por el ordenamiento jurídico. En primer lugar, recordemos el principio de responsabilidad ambiental, recogido por la Ley General del Ambiente (LGA), el cual establece que el causante del daño ambiental deberá responder por este mediante la modalidad que corresponda según su naturaleza (rehabilitarlo, restaurarlo, repararlo o compensarlo).

Téngase en cuenta también el principio contaminador – pagador, el cual implica que contaminar tiene un valor económico para quien genere el daño ambiental. Dicho principio está reconocido en la Ley N° 28245, Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental como uno de los principios de la gestión ambiental.⁴

Por último, cabe mencionar la Resolución Ministerial N° 290-2006-EM/DM, la cual contiene el Inventario Inicial de Pasivos Ambientales Mineros. Nótese que el referido Inventario ha sido actualizado mediante diversas Resoluciones Ministeriales hasta la fecha.

2.1 Identificación de los Pasivos Ambientales Mineros

Ahora bien, procederemos a explicar cómo se ha regulado el procedimiento de identificación de los PAM. En primer lugar, el artículo 3 de la Ley de PAM establece que la identificación, elaboración y actualización del inventario de los pasivos ambientales mineros están a cargo del Ministerio de Energía y Minas (MINEM). El

³ Artículo 1 de la Ley N° 28271

⁴ Idea desarrollada también en:

Reglamento de la Ley de PAM indica que la DGM es la entidad encargada de las referidas funciones.

La Ley señala que los titulares de las concesiones mineras vigentes tienen la obligación de brindar las facilidades de acceso e información requeridas. Con ello, la DGM podrá elaborar con mayor detalle el inventario de los PAM y podrá finalmente identificar a los responsables.

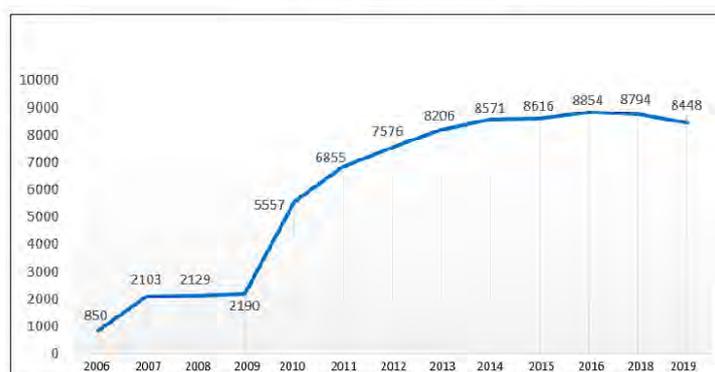
Cabe indicar que, de acuerdo a la Ley de PAM, los responsables de la generación de los PAM también tienen la obligación de presentar el Plan de Cierre de Pasivos Ambientales con excepción de reutilizar o reaprovechar los PAM, de acuerdo a las regulaciones establecidas.

Finalmente, es necesario precisar que, de acuerdo a la Ley, el Estado peruano asumirá la remediación de los PAM, en los casos en que los responsables no hayan podido ser identificados.

Como podemos apreciar en el siguiente gráfico, desde el año 2006 en adelante, hubo un fuerte incremento en la identificación de PAM en el Perú; sin embargo, parece haber una disminución en la curva desde el año 2018. Véase:

Gráfico 1

PASIVOS AMBIENTALES MINEROS EN EL PERÚ DEL 2006 AL 2019



Fuente: MINEM, 2019

(FONAM 2019)

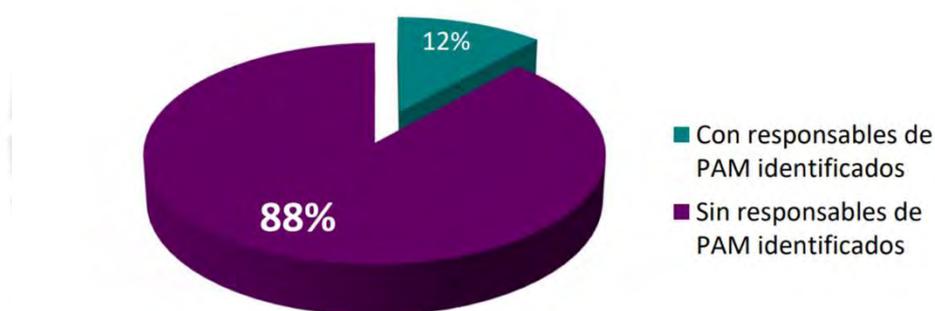
Cabe señalar que, en agosto del presente año, se aprobó la actualización del Inventario Inicial de Pasivos Ambientales Mineros mediante la Resolución Ministerial N° 238-2020-

MINEM/DM, donde figuran un total de siete mil novecientos cincuenta y seis PAM. Con ello, se podría confirmar que la disminución continúa, pero ello no necesariamente puede deberse a una menor generación de pasivos, sino también a cuán exhaustivas o no están siendo las labores de fiscalización del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

Por otra parte, la Defensoría del Pueblo elaboró un gráfico en el cual muestra que, al año 2015, un 88% de los PAM no tenían responsables identificados. Dicha cifra resulta alarmante debido a que si bien la legislación le atribuye responsabilidad al Estado Peruano por aquellos PAM cuyo responsable no pueda ser identificado luego de los esfuerzos empleados, ello implica un costo muy elevado que en nuestra opinión debería ser evitado. Véase el referido gráfico:

Gráfico 2

Determinación de responsables



(DEFENSORÍA DEL PUEBLO 2015: 11)

2.2 Responsabilidad de los Pasivos Ambientales Mineros

Ahora bien, tal como se estableció en el artículo 3 del Reglamento de la Ley de PAM, quien haya generado PAM indudablemente es el responsable de su remediación. Ante ello, resulta relevante recordar que, para imputar la responsabilidad a un sujeto, debe existir una relación de causalidad. Así, el principio de causalidad está recogido por la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), la cual señala que “*La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.*”⁵

⁵ Artículo 248 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por el Decreto Supremo N°004-2019-JUS.

Resulta relevante resaltar que la determinación de responsabilidad sobre un PAM por parte del Estado, específicamente por la DGM, se lleva a cabo cuando el responsable de su generación no ha tomado acción propia para remediarlo; sin embargo, ello no ocurre en caso el responsable remedie el PAM al cierre de su operación minera.

El artículo 5 de la Ley de PAM establece que si el titular de una concesión minera pierde la titularidad en caso de extinción (por una causal establecida en la Ley General de Minería), no deja de ser responsable por la generación del pasivo ambiental.

Por otro lado, el artículo 10 del Reglamento de la Ley de PAM contiene un artículo específico para la responsabilidad legal. Así, señala que *“En concordancia con la debida tutela del interés público, las transferencias o cesiones de derechos que se hayan efectuado o se efectúen, a título oneroso o gratuito, respecto de las áreas que contienen pasivos ambientales mineros, no afecta la acción directa que puede ejercer el MEM sobre cualquiera de las partes intervinientes en dichas transacciones, o sobre todas ellas, respecto de la remediación de los pasivos indicados.”* (El énfasis es nuestro)

En ese sentido, el artículo 10 del referido Reglamento señala expresamente que las transferencias o cesiones de derechos que se realicen o, que incluso se hayan realizado en el pasado, no afectan en ningún aspecto la responsabilidad de quienes intervinieron en la operación minera donde se encuentra el PAM.

Es en el marco normativo citado previamente que corresponde analizar cuáles son los criterios establecidos en nuestra regulación y en la jurisprudencia para imputar responsabilidad a los generadores de los PAM.

Por otra parte, cabe destacar que, mediante la Resolución Directoral N°209-2010-MEM/DGM, se aprobó el Plan de Manejo de Pasivos Ambientales Mineros, el cual fue elaborado para el periodo 2009-2011. No obstante, la Dirección Técnica Minera admitió que, si bien se consiguieron resultados importantes con el referido Plan, por motivos de presupuesto no lograron alcanzar los objetivos que tenían previstos (2012).

Por los motivos expuestos anteriormente, se aprobó el Plan de Manejo de Pasivos Ambientales Mineros para el periodo 2012-2016 a través de la Resolución Directoral N° 088-2012-MEM/DGM. La Dirección Técnica señaló que se aprobó para *“(…) continuar con el manejo de pasivos ambientales existentes en el territorio nacional de manera ordenada y con objetivos medibles”* (DGM 2012).

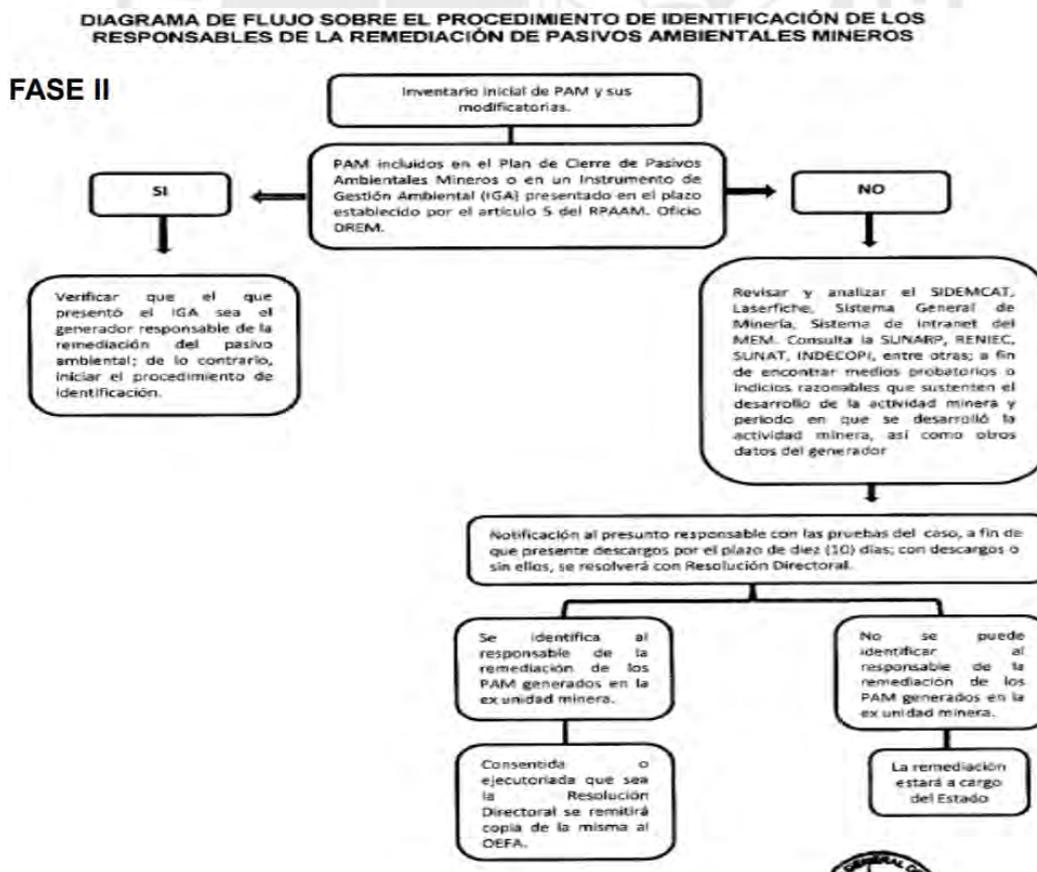
El referido Plan está compuesto por cuatro fases:

- “Actualización del Inventario Inicial: Identificación, caracterización y priorización de los pasivos ambientales mineros.
- Determinación de responsable de la remediación.
- Elaboración de estudios de ingeniería de los pasivos ambientales mineros que asuma el Estado.
- Obras de remediación”

(DGM 2012)

Como vemos, la segunda fase tiene como finalidad determinar quiénes fueron los generadores de los PAM. Con relación a ello, la DGM, mediante la Resolución Directoral N° 0278-2014-MEM/DGM, la cual aprobó la “Guía para la Identificación de los Responsables de la Remediación de Pasivos Ambientales Mineros”, elaboró un flujograma para establecer cuáles son los criterios que se utilizan para lograr identificar al responsable. Véase:

Gráfico 3



(DGM 2014)

Ahora bien, como podemos observar, el primer paso luego de concluir que se está ante un PAM no incluido en un Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros o un Instrumento de Gestión Ambiental, corresponde revisar en el SIDEMCAT (el cual es el Sistema de Derechos Mineros y Catastro) y consultar información de los registros de diversas entidades del Estado. Posteriormente, se notifica al posible responsable para que ejerza su derecho de defensa al respecto conforme a los plazos establecidos.

Cabe resaltar que, el procedimiento antes detallado podría parecer una labor sencilla; sin embargo, desde el inicio de las labores de la DGM, ha resultado ser una tarea muy complicada por la propia naturaleza de los hechos. Consideramos que, pese a la dificultad de la minuciosa investigación, se debe evitar caer en la arbitrariedad.

Teniendo ello en cuenta, cuando analicemos el caso de la empresa SERCOPA, intentaremos descifrar si los criterios utilizados por las autoridades siguen una secuencia lógica para la imputación de responsabilidad y si los criterios recogidos por nuestro ordenamiento son los adecuados.

2.2.1 Responsabilidad administrativa ambiental

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que, tal como menciona Juan Carlos Morón, “(...) *la Administración no puede hacer responsable a una persona por un hecho ajeno, sino solo por los propios.*” (2005: 247). Consideramos que ello constituye una premisa fundamental para la imputación de responsabilidad.

El artículo 74 de la LGA establece que “*Todo titular de operaciones es responsable por las emisiones, efluentes, descargas y demás impactos negativos que se generen sobre el ambiente, la salud y los recursos naturales, como consecuencia de sus actividades. Esta responsabilidad incluye los riesgos y daños ambientales que se generen por acción u omisión.*” (El énfasis es nuestro)

Ello implica que el generador de un PAM será responsable por su remediación sin importar si el mismo se generó por una acción en particular o por una omisión.

Por otra parte, en cuanto a la responsabilidad de otros regímenes, distintos al régimen administrativo, el artículo 138 de la LGA indica que “*la responsabilidad administrativa establecida dentro del procedimiento correspondiente es independiente de la responsabilidad civil o penal que pudiera derivarse por los mismos hechos.*”

Debe también recordarse el criterio de responsabilidad objetiva establecido en la LGA. Así, el artículo 144 indica que la *“La responsabilidad derivada del uso o aprovechamiento de un bien ambientalmente riesgoso o peligroso, o del ejercicio de una actividad ambientalmente riesgosa o peligrosa, es objetiva.”*

Ahora bien, tal como adelantamos en el presente trabajo, en caso corresponda una sanción a un administrado, solamente será imputable al responsable en caso se pueda probar una relación de causalidad (principio de causalidad). En ese sentido, Morón resalta la necesidad de la existencia de dicha relación entre la conducta del administrado y la sanción que se pretende aplicar.

Asimismo, agrega una afirmación de suma relevancia, ya que señala que *“Hacer responsable y sancionable a un administrado es algo más que simplemente hacer calzar los hechos en los tipos previamente determinados por la ley sin ninguna valoración adicional.”* (2005: 247)

Al respecto, consideramos que resulta esencial, en virtud de garantizar los derechos de los administrados, que la Administración lleve a cabo una debida motivación en sus resoluciones (concepto que desarrollaremos más adelante) para probar la relación de causalidad.

Ahora bien, cabe precisar que la regulación vigente de PAM en el Perú, tiene como ámbito de aplicación a los PAM que fueron generados antes de la promulgación de las normas. Consideramos que resulta un tema debatible en tanto podríamos ubicarnos ante una aplicación retroactiva de las normas y ello está prohibido por la Constitución Política del Perú.⁶ No obstante, el presente trabajo no dilucidará a profundidad el referido debate, ya que tiene como finalidad principal analizar cuáles son los criterios utilizados por la DGM para imputar responsabilidad a los supuestos generadores de los PAM.

2.2.2 Debida motivación y carga de la prueba en la responsabilidad por PAM

Debida motivación

⁶ Idea desarrollada también en:

REBAGLIATI CASTRO, Silvana

2020 Análisis del alcance de la responsabilidad de los Pasivos Ambientales Mineros en aplicación de la Ley N° 28271 y su Reglamento. Pontificia Universidad Católica del Perú

La motivación, conforme al artículo 3 del Texto Único Ordenado (TUO) de la LPAG, es un requisito de validez de los actos administrativos. Así, el referido artículo indica que *“El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.”* Ello quiere decir que en caso un acto administrativo carezca de una debida motivación, será nulo.

Por lo tanto, en virtud del párrafo anterior, al imputar responsabilidad a un administrado mediante un acto administrativo, éste siempre deberá estar debidamente motivado. Si la DGM considera responsable, por ejemplo, a una empresa minera de un determinado PAM, deberá establecer claramente y debidamente fundamentados sus argumentos para afirmar la relación de causalidad entre el hecho ocurrido y la acción (u omisión) de la empresa.

Recordemos que, el artículo 6 del TUO de la LPAG señala que *“la motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.”* (El énfasis es nuestro)

El referido artículo resalta también que la motivación puede fundamentarse mediante dictámenes, decisiones o informes anteriores que obren en el expediente. También afirma que una motivación basada en fórmulas generales o vacías de fundamentos no es admisible.

Carga de la prueba en la responsabilidad por PAM

Resulta también fundamental analizar el régimen de carga de la prueba en la responsabilidad de PAM para posteriormente analizar el caso SERCOPA.

Así, analizaremos la carga de la prueba a la luz de la LPAG. El numeral 1.3 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG recoge el principio de impulso de oficio mediante el cual *“Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias.”* (El énfasis es nuestro)

Otro principio que está relacionado con el principio de impulso de oficio es el de verdad material. Este principio está recogido en el número 1.11 del mismo artículo y señala que *“En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar*

plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.” (El énfasis es nuestro)

En virtud de dichos principios, se entiende que la Administración siempre debe realizar de oficio todas las actuaciones que permitan llegar a la verdad de la materia controvertida y además tiene el deber de verificar los hechos en los cuales basa su decisión.

Teniendo en consideración los citados principios, cabe aludir al artículo 173 del TUO de la LPAG. Este artículo señala de manera expresa que la carga de la prueba se rige por el principio de impulso de oficio establecido en la presente Ley. Establece también que corresponde que los administrados aporten pruebas y señala que las pruebas pueden ser mediante documentos, informes, pericias, testimonios, inspecciones entre otras diligencias permitidas.

Con relación a la regulación de la LPGA sobre la carga de la prueba, Morón señala lo siguiente:

*“La Administración actúa permanentemente en la búsqueda de la verdad material en todos sus órdenes. Por eso, sobre ella recae el **deber de practicar todas las diligencias probatorias que le produzcan conocimiento y convencimiento de esa certeza**, sin detenerse a analizar si los hechos materia de probanza motiven una decisión favorable o adversa a la Administración o a los terceros.*

(...)

Por lo general, los administrados no tienen el deber de probar, salvo en procedimientos especiales donde las normas legales expresas pueden imponerles esa obligación. Si recae sobre ellos la carga, como imperativo del propio interés, no tiene la trascendencia que tiene en el proceso judicial ni la esencia de una obligación jurídicamente exigible.” (El énfasis es nuestro) (Morón 2020: 18)

Teniendo en consideración los principios y la regulación de la LPAG, así como lo señalado por Morón, se desprende que nuestro ordenamiento jurídico establece que la quien afirma un hecho tiene la obligación de probarlo y por tanto en él recaería la carga de la prueba. Por ello, si la Administración realiza un reparo a un administrado, deberá

probar sus afirmaciones con una debida motivación como vimos en los párrafos anteriores.

Sin perjuicio de ello, resulta interesante traer a discusión la teoría de carga probatoria dinámica. Roxana Macrae explica que esta teoría “(...) *parte de una concepción publicista del proceso, en que el juez goza de amplias facultades como director del proceso, rompiendo la regla sobre la distribución de la carga de la prueba por la cual “quien afirma un hecho, debe probarlo”, permitiéndose de manera excepcional, en casos de prueba difícil, la aplicación del principio de facilidad probatoria, por el que la prueba recae en el sujeto que está en mejores condiciones para proporcionar el material probatorio, independientemente de quien afirmó el hecho.*” (El énfasis es nuestro) (2018)

En ese sentido, la carga de la prueba dinámica implica que quien está en una mejor condición de probar el hecho tiene la obligación probarlo y no necesariamente quien lo afirmó. La autora resalta que ello es excepcional y por tanto se debe tener en cuenta cada caso en particular. Cabe precisar que el Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 01776-2004-AA señaló lo siguiente:

“Se ha señalado prima facie que la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, según lo presenta el artículo 196° del Código Procesal Civil. Frente a ello, la carga probatoria dinámica significa un apartamiento de los cánones regulares de la distribución de la carga de la prueba cuando esta arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas para el propósito del proceso o procedimiento, por lo que es necesario plantear nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria, haciendo recaer el onus probandi sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva [...] La doctrina de las cargas probatorias dinámicas interviene para responder a una concepción de un derecho dúctil y una concepción más dinámica del devenir del proceso [...]. Así, no correspondería al demandante la carga de la prueba del hecho (de índole negativo) sino que el demandado tendría la carga de probar el hecho positivo.”

Como podemos apreciar, el Tribunal Constitucional señala que la carga de la prueba dinámica iría en contra de la legislación actual y coincidimos con dicha postura. Ello no implica que no pueda plantearse una reforma para admitir una carga de la prueba que recaiga en quien tenga las mejores condiciones de probar el hecho.

III. CASO SERCOPA

El presente acápite analizará la Resolución de la DGM que imputó responsabilidad a la empresa SERCOPA. Tal como mencionamos en la introducción, el caso resulta de suma relevancia para nuestro análisis porque a través del razonamiento y argumentación de la DGM, analizaremos los errores que tuvo y también nos permitirá elaborar nuevas propuestas de mejora para la búsqueda de los generadores de PAM.

Cabe precisar que, el referido caso trata de PAM que fueron generados cuando no existían normas que regularan los PAM ni tampoco se exigía la presentación de instrumentos de gestión ambiental (a diferencia de hoy en día). Ahora bien, tal como desarrollamos en el capítulo anterior, la legislación actual que permite atribuir responsabilidad a los generadores de PAM (a pesar de ser un tema discutible) alcanza a todos aquellos PAM generados con anterioridad a la normativa vigente.

3.1 Hechos del caso

Cada año, DGM actualiza el inventario inicial de PAM, conforme a la legislación actual. Así, en el 2015, mediante Resolución Ministerial N° 102-2015-MEM/DM, que actualizó el referido inventario, atribuyó los pasivos ambientales mineros pertenecientes a la ex unidad minera “Esquilache”. Dicha unidad se ubica en el distrito de San Antonio de Esquilache, provincia y departamento de Puno.

Ese mismo año, la DGM notificó a los posibles responsables para que ejercieran su derecho de defensa (presentando sus descargos). Fue así que, con recurso N° 2551700 de fecha 10 de noviembre de 2015, SERCOPA presentó sus descargos en el plazo que se le fue concedido.

Posteriormente, con fecha 8 de agosto de 2016, la DGM emitió la Resolución N°0476-2016-MEM-DGM/V. Dicha Resolución señaló que los pasivos de la ex unidad minera “Esquilache” se encontraba dentro del área de tres concesiones mineras. Para ello, la DGM elaboró un cuadro, el cual podemos observar a continuación:

Gráfico 4

CONCESIONES	CODIGO	TITULAR	SITUACION	REGION
MILLVADA 1	010305494	JOSE SALAZAR PALMA	EXTINGUIDO	PUNO
ANTAKORI	010415597	CIA.MINERA ANTAKORI S.A.	EXTINGUIDO	PUNO
ESQUILACHE 1	010079600	CIA.MINERA VENSIX SAC	VIGENTE	PUNO

Fuente consultada: SIDEMCAT-15/OCT/2015

Ahora bien, para argumentar la atribución de responsabilidad a SERCOPA, la DGM se remitió al Informe Técnico N° 085/79 de fecha 24 de julio de 1979, emitido por el Banco Minero del Perú- Sucursal Juliaca. Conforme indicó la DGM, el referido informe señalaba lo siguiente: *“La mayor parte de las labores existentes en los denuncios fueron ejecutados por la Cía. Minera “San Antonio de Esquilache (Hochschild) y parte por los españoles”.* Así, la DGM señala que dicha información *“(…) debe tomarse en cuenta para atribuirle responsabilidad a la empresa Mauricio Hochschild & CIA LTDA SAC., hoy denominada Servicios Corporativos Pacasmayo SAC.”*

Por su parte, SERCOPA, en su defensa, argumentó que las autoridades no habrían probado que la empresa efectivamente haya realizado actividades mineras que generen una presunción de responsabilidad. Asimismo, agregó que dicha presunción de responsabilidad no habría sido debidamente motivada al no haber una relación entre la empresa y la generación de los PAM.

Posteriormente, la DGM señaló que SERCOPA no habría ofrecido pruebas en sus descargos para desvirtuar lo afirmado por el Informe Técnico del Banco Minero del Perú. Asimismo, afirmaron que SERCOPA tendría registros societarios como Mauricio Hochschild & CIA Ltda. SAC y Mhc Mauricio Hochschild & Ltda SAC, empresas cuya fecha de inicio de actividades habría sido el mes de junio de 1937.

En base a ello y en base a los artículos 5 y 10 del Reglamento de PAM y al artículo 17 de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, la Resolución N° 0476-2016-MEM-DG/V imputó responsabilidad de la remediación de los PAM, entre otros, a SERCOPA.

Luego, con fecha 31 de agosto de 2016, SERCOPA interpuso recurso de revisión contra la referida Resolución. En virtud de ello, la Resolución del Consejo de Minería N° 282-

2017-MEM/CM resolvió el referido recurso de revisión y confirmó la Resolución N° 476-2016-MEM-DGM/V.

En la actualidad, Activos Mineros S.A.C (AMSAC) (la cual es la empresa estatal encargada de la remediación de los PAM), a través de la empresa GEOSERVICE INGENIERIA S.A.C. se encuentra elaborando los estudios del proyecto Ex Unidad Minera Esquilache. (AMSAC S/F)

3.2 Análisis del caso y aspectos controvertidos en materia de responsabilidad

Como hemos podido apreciar los argumentos expuestos por las partes, la principal controversia se basa en la relación de causalidad para la imputación de responsabilidad.

Como vimos, la Resolución N° 0476-2016-MEM-DG/V, la DGM se basó en el Informe Técnico N° 085/79 de fecha 24 de julio de 1979, emitido por el Banco Minero del Perú-Sucursal Juliaca. Ahora bien, es importante señalar que dicho informe no fue llevado a cabo con la finalidad de analizar las actividades mineras que fueron realizadas en la ex unidad minera “Esquilache”. El referido informe tenía como finalidad evaluar las reservas existentes en virtud de una solicitud de préstamo. Asimismo, el informe señala que habría una inexistencia de información fehaciente respecto de las labores mineras llevadas a cabo antes del año 1979 (año en el cual se elaboró el informe) (Alegre 2020).

También debe tenerse en cuenta que la DGM se basó en información con una antigüedad de treinta y siete años, la cual no consideró las operaciones mineras en la ex unidad minera san Antonio de Esquilache desde el año 1620 (Alegre 2020).

Por otra parte, Alegre resalta que la DGM identificó sesenta PAM en el Informe N° 200-2016-MEM-DGM-DTM/PAM. Sin embargo, *“(…) no definió el área que ocupan (sólo 02 coordenadas y en PSDA 56 por cada PAM), en qué derecho minero y bajo la titularidad de quién se generaron; tampoco qué actividad los generó, ni quién es el responsable por la remediación de cada uno de los 60 PAM identificados.”* (2020) Asimismo, la DGM no precisó a SERCOPA cuál era el alcance de la imputación de responsabilidad al concederle el plazo para presentar sus descargos (Alegre 2020).

Todo ello nos permite concluir que la DGM no acreditó una verdadera relación de causalidad entre los PAM de la ex unidad minera “Esquilache” y la actuación (u omisión) de la actual empresa SERCOPA. Sin perjuicio de ello es necesario resaltar la difícil labor

que la DGM tiene a su cargo al tener que identificar a los generadores de PAM que datan de la época de la colonia en el Perú.

Consideramos que, tanto la DGM, como el Consejo de Minería no motivaron debidamente sus resoluciones al basarse solamente en inferencias no fundamentadas. Ahora bien, con respecto a la carga de la prueba, precedentemente analizamos la teoría de la carga de la prueba dinámica, la cual implicaba que la parte que se encuentra en mejores condiciones deberá probar el hecho a pesar de no ser quien lo afirmó. Somos de la posición que ello no se aplicaría en el presente caso debido a que la empresa SERCOPA no se encontraba en tales condiciones y, adicionalmente, la teoría de la carga de la prueba dinámica no está regulada en el Perú.

Finalmente, cabe comentar un argumento que la empresa SERCOPA utilizó para su defensa. La empresa alegó que se estaría imputando una responsabilidad retroactiva. Si bien al inicio del presente trabajo señalamos que no profundizaríamos dicho debate, sí cabe mencionar un breve comentario.

Existen dos posturas en la doctrina. La primera postura señala que la legislación actual de PAM contiene una responsabilidad retroactiva y ello sería inconstitucional al ir contra del ordenamiento jurídico. La otra postura es contraria y establece que al tratarse de normas ambientales que garantizan el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y también el derecho fundamental a la salud, la regulación actual sí es compatible con la Constitución (Rebagliati 2020).

IV. VACÍOS EN LA LEGISLACIÓN

4.1 Propuestas de mejora para los criterios de identificación de los responsables de los PAM

En primer lugar, cabe señalar que la identificación de los responsables de los PAM no es una tarea sencilla y se debe destacar la gran labor de la DGM. Sin perjuicio de ello, se requieren incrementar los esfuerzos para facilitar la referida labor y así poder imputar la responsabilidad a quienes generaron un PAM y no se hicieron cargo del mismo. Asimismo, dicha labor debe ser debidamente motivada, tal como fundamentamos previamente y, se debe respetar el principio de causalidad en todo momento.

En definitiva, al ser los PAM en el Perú tan antiguos, la tarea de imputación de responsabilidad es realmente complicada, pero puede generar a su vez arbitrariedades. Es posible, por ejemplo, que un PAM haya sido generado por los españoles durante la época colonial y también por un titular de una concesión minera muchas décadas después, por lo que imputar responsabilidad únicamente al último titular identificado no resulta del todo coherente.

Por lo anterior, consideramos que es necesario aprobar un nuevo Plan de Manejo de Pasivos Ambientales mediante una Resolución Directoral. La nueva Resolución debe contar con criterios claros para la identificación de los responsables de PAM y debe estar debidamente publicada al alcance de todos los ciudadanos.

Es necesario también, además de la aprobación de un nuevo Plan de Manejo de Pasivos Ambientales Mineros, que todas las resoluciones que imputen responsabilidad por la generación de un PAM estén fundamentadas en información fehaciente y que los argumentos estén debidamente detallados.

Se debe destacar, por otra parte, el esfuerzo del Estado peruano para mejorar la gestión de la identificación e imputación de responsabilidad del PAM a través de convenios con otros países, tal como el convenio con la República de Corea del Sur. El referido convenio tiene dentro de sus objetivos “(...) *desarrollar planes de gestión con acciones preventivas basadas en el diagnóstico de la situación vigente de normas relativas a la remediación y monitoreo ambiental post cierre, para la certificación final del cierre de pasivos ambientales mineros*” (MINEM S/F).

4.2 Análisis a la luz de la Evaluación de Desempeño de la OCDE

En la actualidad, el Perú no forma parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE); sin embargo, desde hace algunos años hemos manifestado como país la intención de ser un miembro integrante de la Organización.

En ese sentido, la OCDE realiza Evaluaciones de Desempeño con el objetivo de evaluar los avances y desafíos de diversos temas relevantes para un Estado. Dentro de dichos temas, se encuentra el tema ambiental y dentro del mismo se analizó también los aspectos referidos a los PAM (CASTRO 2016: 5).

La última Evaluación de Desempeño Ambiental en el Perú fue llevada a cabo en el 2016 y la OCDE elaboró sesenta y seis recomendaciones para mejorar las políticas ambientales.

La OCDE destacó que “*La legislación peruana sobre el tratamiento y el saneamiento de los PAM es ejemplar en América Latina.*” (OCDE 2016: 69)

La principal recomendación que la OCDE resaltó fue la siguiente:

“Continuar con las políticas destinadas a resolver el problema de los PAM, profundizar la generación de información sobre riesgos, aprovechar su potencial económico (minería secundaria), determinar la propiedad y responsabilidades y diseñar e implementar mecanismos de monitoreo. Incrementar los esfuerzos de remediación, con especial énfasis en los sitios abandonados y de mayor riesgo. Establecer la responsabilidad y las necesidades de financiamiento para la remediación de los PAM abandonados y aprovechar la cooperación internacional en materia técnica. Asegurar que los planes de remediación de los PAM sean aprobados y fiscalizados por el SENACE y el OEFA, respectivamente.” (El énfasis es nuestro) (2016)

Como podemos apreciar, si bien la OCDE reconoce que la legislación peruana ha sido ejemplar en materia de PAM, ello no implica que carezca de errores y que no admita propuestas de mejora. Las recomendaciones de la OCDE están orientadas a mejorar las políticas para solucionar la problemática que genera la gran cantidad de PAM identificados a la fecha.

V. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, cabe indicar que somos de la posición que los criterios para la identificación y responsabilidad de los PAM deben ser más claros y precisos con la finalidad de evitar la arbitrariedad.

Por otra parte, tal como lo hemos señalado a lo largo del presente trabajo de investigación, la labor de la DGM no es sencilla por la propia naturaleza los PAM, especialmente por la antigüedad de los mismos. No obstante, para declarar responsable a un sujeto por la generación de un PAM, es necesario reunir todos los elementos necesarios y cumplir con el principio de causalidad.

En el caso de la empresa SERCOPA, recordemos que la principal controversia se basó en la relación de causalidad para la imputación de responsabilidad. Algunos de los errores para la referida imputación radicaron en información no fehaciente.

VI. BIBLIOGRAFÍA:

ALEGRE, ADA

2020 “Remediación de Pasivos Ambientales”. Curso de Minería, Energía y Ambiente. Programa de Segunda Especialidad de Derecho Ambiental y Recursos Naturales de la PUCP.

AMSAC

S/F Ex Unidad Minera Esquilache (Puno). Consulta: 21 de octubre de 2020.
<http://www2.amsac.pe/index.php/distribucion-de-proyectos/proyectos-en-estudio/proyectos-en-estudio-puno/item/509-ex-unidad-minera-esquilache-puno>

CASTRO, Mariano

2016 La imprescindible estrategia ambiental peruana para acceder a la OCDE. Lima: SPDA. Consulta: 20 de noviembre de 2020.
<https://spda.org.pe/wpfb-file/cuaderno-legal-6-ocde-pdf/>

CEPAL y OCDE

2016 Evaluación de Desempeño Ambiental Perú. Consulta: 21 de octubre de 2020.
https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40171/1/S1600313_es.pdf

CHAPARRO, Eduardo y OBLASSER Angela

2008 Estudio comparativo de la gestión de los pasivos ambientales mineros en Bolivia, Chile, Perú y Estado Unidos. Consulta: 21 de octubre de 2020
<https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/gestiones%20ambientales.pdf>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

2005 Ley N° 28611, Ley General del Ambiente. Consulta: 21 de octubre de 2020.
http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

2004 Ley N° 28245, Ley marco del sistema nacional de gestión ambiental. Consulta: 21 de octubre de 2020.

http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

2004 Ley N° 28271, Ley que regula los pasivos ambientales de la actividad minera.

Consulta: 21 de octubre de 2020.

http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

2005 Ley N° 28526. Ley que modifica los artículos 5- 6- 7 y 8- la primera disposición complementaria y final de la Ley N° 28271- ley que regula los pasivos ambientales de la actividad minera- y le añade una tercera disposición complementaria y final. Consulta: 21 de octubre de 2020.

http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

2007 Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Consulta: 21 de octubre de 2020.

http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

2015 Resolución Defensorial N° 010-2015/DP que aprueba el Informe Defensorial N° 171 “Un llamado a la remediación Avances y pendientes en la gestión estatal frente a los pasivos ambientales mineros e hidrocarburíferos”. Consulta: 21 de octubre de 2020.

http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

FONDO NACIONAL DEL AMBIENTE

2019 Pasivos Ambientales Mineros. Consulta: 2 de octubre de 2020.

<https://fonamperu.org.pe/un-fondo-ambiental-para-el-peru/pasivos-ambientales-mineros/>

MACRAE THAYS, Roxana

2018 La carga probatoria dinámica. Consulta: 20 de noviembre de 2020
<https://elperuano.pe/suplementosflipping/juridica/704/web/pagina02.html>

MINISTERIO DEL AMBIENTE

2016 Historia Ambiental del Perú. Consulta: 21 de octubre de 2020
<http://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2016/07/Historia-ambiental-del-Per%C3%BA.-Siglos-XVIII-y-XIX.pdf>

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

2015 Remediación de pasivos ambientales mineros en el Perú. Consulta: 20 de noviembre de 2020.
<http://www.minam.gob.pe/calidadambiental/wp-content/uploads/sites/22/2015/12/PRESENTACION-3-MINEM-PERU.pdf>

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

S/F Reporte de Cumplimiento Misional. Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros. Reporte elaborado por Elvis Javier Medina Peralta. Consulta: 18 de diciembre de 2020.
<http://minem.gob.pe/minem/archivos/Sustentos/303-DGAAM/REPORTE%20DE%20CUMPLIMIENTO%20MISIONAL.pdf>

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

2017 Resolución del Consejo de Minería N° 282-2017-MEM/CM.

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

2016 Resolución de la Dirección General de Minería N° 0476-2016-MEM-DGM/V.

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

2014 Resolución Directoral N° 0278-2014-MEM/DGM, que aprueba la “Guía para la Identificación de los Responsables de la Remediación de Pasivos Ambientales Mineros”.

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

2020 Resolución Ministerial N° 238-2020-MINEM/DM. Consulta: 2 de octubre de 2020.

<http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Mineria/REGISTROS/PASIVOS/RM%20238-2020-MNEM-DM.pdf>

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

2012 Resolución Directoral N° 088-2012-MEM-DGM. Lima, 17 de mayo de 2012

MORÓN URBINA, Juan Carlos

2005 Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la administración pública en la ley peruana. Lima: Advocatus, N° 13, 227-252. Consulta: 21 de octubre 2020.
<https://doi.org/10.26439/advocatus2005.n013.2795>

MORÓN URBINA, Juan Carlos

2020 Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Décimo Cuarta Edición. Segundo tomo. Lima: Gaceta Jurídica.

PODER EJECUTIVO

2008 Decreto Legislativo N° 1042. Decreto Legislativo que modifica y adiciona diversos artículos a la Ley N° 28271, Ley que regula los Pasivos Ambientales de la Actividad Minera. Consulta: 21 de octubre de 2020.
http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

PODER EJECUTIVO

2019 Decreto Supremo N° 004-2019-JUS. Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Consulta: 26 de junio de 2020.
http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

PODER EJECUTIVO

2005 Decreto Supremo N° 003-2009-EM. Modifican Reglamento de Pasivos Ambientales de la Actividad Minera aprobado por D.S. N° 059-2005-EM. Consulta: 26 de junio de 2020.
http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

REBAGLIATI CASTRO, Silvana

2020 Análisis del alcance de la responsabilidad de los Pasivos Ambientales Mineros en aplicación de la Ley N° 28271 y su Reglamento. Pontificia Universidad Católica del Perú.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2007 Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 01776-2004-AA. Consulta: 20 de noviembre de 2020.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01776-2004-AA.pdf>

WIELAND FERNANDINI, Patrick

2017 *Introducción al Derecho Ambiental*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

