

Universidad de Lima

Escuela de Postgrado

Maestría en Derecho Empresarial



EL FIDEICOMISO COMO INSTRUMENTO DE GESTIÓN PÚBLICA PARA LA REMEDIACIÓN DE PASIVOS AMBIENTALES MINEROS

Trabajo de investigación para optar el grado académico de maestro en Derecho
Empresarial

Miguel de los Ángeles Ramírez Guere

Código 19960990

Asesor: Eduardo Leturia López

Lima-Perú

Junio del 2017





**EL FIDEICOMISO COMO INSTRUMENTO
DE GESTIÓN PÚBLICA PARA LA
REMEDIACIÓN DE PASIVOS
AMBIENTALES MINEROS**

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: LA REMEDIACIÓN DE PASIVOS AMBIENTALES EN EL PERÚ.....	4
1.1 Definición de los pasivos ambientales mineros.....	4
1.2. Régimen Jurídico de los Pasivos Ambientales Mineros en el Perú.....	6
1.3. Legislación atingente a la Gestión de los Pasivos Ambientales Mineros en el Perú.....	8
1.4. Gestión de pasivos ambientales mineros en el Perú	10
1.4.1. Actualización del Inventario.....	12
1.4.2 Determinación de responsables	14
1.4.3 Instrumentos económicos para la remediación de pasivos ambientales mineros a cargo del Estado peruano	17
1.4.3.2. Sobre la actuación del FONAM en la remediación de pasivos ambientales mineros	20
1.4.3.3. Sobre la actuación de Activos Mineros S.A.C. en la remediación de pasivos ambientales mineros	22
1.5. Principales riesgos de la aplicación de recursos públicos en el financiamiento de la remediación de pasivos ambientales mineros	29
1.5.1. Riesgos técnicos vinculados a defectos en las obras de remediación....	29
1.5.2. Riesgo moral vinculado al desvío de recursos	31
1.5.3Riesgo político vinculado al cambio de prioridades en el cumplimiento de los objetivos estratégicos del sector energía y minas	31
1.5.4. Riesgo de embargo.....	31

CAPÍTULO II: INSTITUCIONES JURIDICAS E INSTRUMENTOS ECONOMICOS PARA LA GESTION AMBIENTAL DE LOS PASIVOS MINEROS EN LA EXPERIENCIA INTERNACIONAL.....32

2.1 Definición de Pasivos Ambientales Mineros en la experiencia internacional33

2.1.1 Estados Unidos 33

2.1.2 Canadá 34

2.1.3. Australia 35

2.1.4. Chile..... 35

2.2. Gestión de los Pasivos Ambientales Mineros en la experiencia internacional 36

2.2.1 Estados Unidos 37

2.2.2. Canadá 39

2.2.3 Australia 42

2.2.4 Chile..... 42

CAPÍTULO III: EL FIDEICOMISO COMO INSTRUMENTO DE GESTIÓN PÚBLICA PARA LA REMEDIACIÓN DE PASIVOS AMBIENTAL MINEROS .44

3.1 El Fideicomiso como herramienta de gestión..... 44

3.1.1 El Fideicomiso en el derecho romano 45

3.1.1.1. La Fiducia o Pactum Fiduciae 47

3.1.2. El *trust* anglosajón 49

3.1.3. El Fideicomiso Latinoamericano 50

3.1.3.1. El Fideicomiso en el Derecho Comparado Latinoamericano 51

3.2. La regulación del fideicomiso en el Perú 52

3.2.1. Características generales 53

3.3. El Fideicomiso como instrumento para la gestión de pasivos ambientales mineros. 54

3.3.1.El Fideicomiso Ambiental y la categoría doctrinal del Fideicomiso Público	54
3.3.2. Beneficios del Fideicomiso Público en Perú	56
3.3.3. Problemas del Fideicomiso Público en Perú	57
3.4. Propuesta Normativa para dar solución a los problemas enunciados...	58
3.4.1. Análisis de legalidad de la norma de creación	58
3.4.2. Controles Externos:.....	58
3.4.3. La rendición de cuentas	58
3.4.4. Estructura del Fideicomiso	59
CONCLUSIONES	60

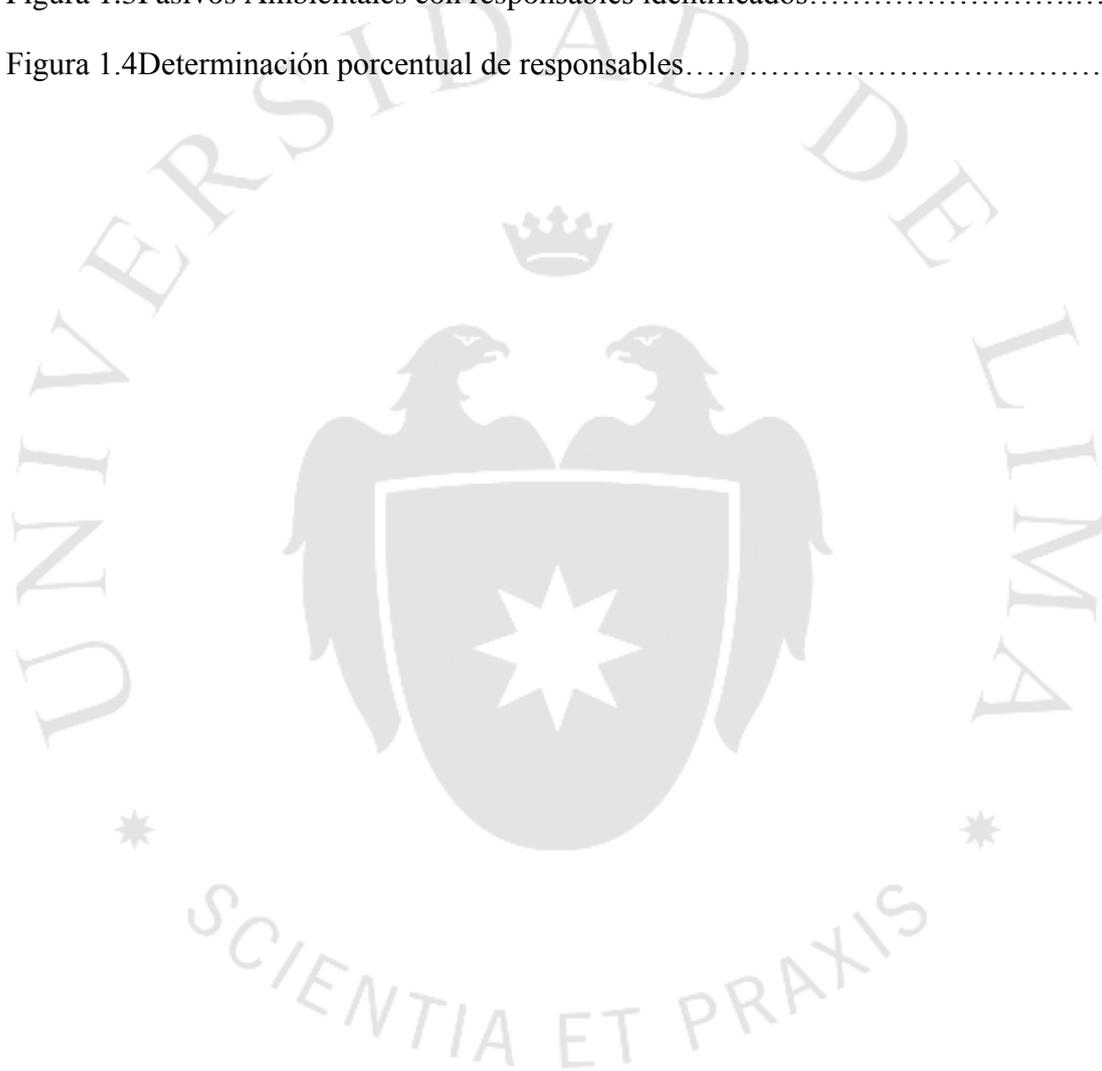


ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1.1 Principales proyectos de empresas multinacionales en el Perú.....	3
Tabla 1.2 Inventario de pasivos ambientales por región.....	11
Tabla 1.3 Pasivos Ambientales Mineros según nivel de priorización.....	12
Tabla 1.4 Listado de Pasivos Ambientales Mineros intervenidos por el Estado peruano.....	16
Tabla 1.5 Ejecución de proyectos con cargo al Fideicomiso Ambiental.....	25
Tabla 1.6 Pasivos Ambientales Mineros de muy alto riesgo encargados a Activos Mineros S.A.C.	26
Tabla 1.7 Proyectos ejecutados con cargo al Fideicomiso de Pasivos Ambientales Mineros de Alto Riesgo a nivel de Estudios.....	27
Tabla 2.1 Programas y Fuentes de Financiamiento para la remediación de sitios contaminados.....	40

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1.1 Etapas de manejo de pasivos ambientales.....	10
Figura 1.2 Procedimiento de identificación de responsable.....	13
Figura 1.3 Pasivos Ambientales con responsables identificados.....	15
Figura 1.4 Determinación porcentual de responsables.....	15



INTRODUCCIÓN

Esta investigación tiene por finalidad demostrar la utilización cada vez más frecuente del Fideicomiso Bancario por parte de la Administración Pública, para nuestro propósito, merece especial atención la manera en que se viene promoviendo su desarrollo en la gestión de servicios públicos ambientales, en el caso particular de la remediación de pasivos ambientales mineros, lo cual redundará en beneficio de la salud y seguridad de las poblaciones cercanas y posibilita el desarrollo de nuevos proyectos mineros dentro del Plan de Promoción de la Inversión Privada que tiene el Estado peruano.

Para nuestro estudio tomaremos como base los fideicomisos constituidos por Activos Mineros S.A.C., para llevar adelante la remediación de los PAMA, Planes de Cierre y remediación de pasivos ambientales mineros encargados por el Ministerio de Energía y Minas, entidad competente para implementar las Políticas Ambientales en materia de la calidad de aire, agua y suelos.

Señalaremos de qué manera estos Fideicomisos nacieron inicialmente como parte de las acciones de saneamiento ambiental que el Estado Peruano llevó a cabo para impulsar el proceso de privatización de las ex unidades mineras de Centromín Perú (transferidas por cesión de posición contractual a la empresa Activos Mineros S.A.C.), el cual como ente tiene la responsabilidad de remediar los problemas ambientales acumulados antes de la transferencia al sector privado, así como los reclamos de terceros con relación a los pasivos ambientales.

La investigación se justifica en la medida que el Estado peruano es el principal responsable de la remediación de pasivos ambientales mineros, teniendo en cuenta lo que ello representa para la salud de las poblaciones, la calidad ambiental y la promoción de nuevos proyectos de inversión minera, lo cual se acreditará con información desarrollada por el Ministerio de Energía y Minas (Inventario de Actualización de pasivos Ambientales), el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (Supervisa el cumplimiento de los planes de cierre aprobados), la Defensoría del Pueblo (reporta datos sobre el clima social para la inversión privada en minería) y la

Contraloría General de la República (verifica la legalidad, a través del sistema de control interno, de la actuación de las entidades en el cumplimiento de sus funciones y competencias).

Partiendo de la premisa que en nuestro país los recursos públicos para la remediación ambiental son limitados, debemos promover mecanismos que proporcionen seguridad para el adecuado desarrollo de estos proyectos. Sin perjuicio de ello, proponemos controles a la figura de Fideicomiso Bancario, toda vez que con dichos recursos se proporcionarán servicios ambientales a la colectividad en general, lo cual como precisaremos es relevante considerando que en nuestro país no existe una regulación propia del Fideicomiso Público.

Con la finalidad de sustentar nuestra hipótesis, desarrollaremos nuestra investigación en tres capítulos. En el primero, describiremos la gestión privada y pública que se ha venido desarrollando en nuestro país para la remediación de pasivos ambientales mineros, para cuyo efecto expondremos: (i) las normas peruanas aplicables; (ii) los procedimientos instituidos para su identificación, determinación de responsables y financiamiento; (iii) La actuación del Estado y las entidades que intervienen en la remediación de pasivos ambientales mineros; y (iv) los principales riesgos vinculados a la aplicación de recursos públicos en este tipo de proyectos.

En el segundo capítulo, partiendo de la premisa que el derecho no sólo se debate sino también se aplica, se revisará la manera como se viene gestionando en otros países la remediación de pasivos ambientales mineros, teniendo en cuenta la experiencia alcanzada por los principales productores mineros: Estados Unidos, Canadá, Australia y Chile.

En el tercer capítulo, sobre la base de la información de los dos primeros capítulos, se analiza la figura del Fideicomiso como instrumento económico para desarrollar proyectos de remediación ambiental. Este capítulo comienza con un repaso sobre los antecedentes romanos y anglosajones del fideicomiso; trasunta el fideicomiso latinoamericano y un breve análisis comparativo del abordaje de la figura en el derecho latinoamericano. Adicionalmente, señalaremos los beneficios del fideicomiso, la estructura y funcionamiento del Fideicomiso Ambiental, y terminaremos con una propuesta normativa que establezca controles y cautelas suficientes para que los

recursos públicos transferidos a los Fideicomisos creados por el Estado se destinen a la finalidad y objeto de su acto constitutivo.



CAPÍTULO I: LA REMEDIACIÓN DE PASIVOS AMBIENTALES EN EL PERÚ

1.1 Definición de los pasivos ambientales mineros

Al referirse a los pasivos ambientales mineros (PAM) y sus efectos sobre el medio ambiente y la salud, Grufides (2016) enfatiza:

Los pasivos ambientales presentan o pueden presentar un riesgo de seguridad o de contaminación tanto para la salud humana como para el medio ambiente¹. El riesgo de contaminación se debe a la presencia de sustancias tóxicas, como por ejemplo, arsénico, el cianuro o los metales pesados en los residuos mineros como son los relaves y los desmontes y a la liberación de ellos al medio ambiente. El riesgo de seguridad se debe a la estabilidad física de los pasivos en las diferentes microcuencas. (p. 16)

La gran demanda y altos precios de los minerales durante la última década tuvo como resultado que inviertan en nuestro país las empresas multinacionales que son parte del International Council on Mining and Metals (Oxfam America, 2009, p.6).

Tabla 1.1

Principales proyectos de empresas multinacionales en el Perú

Proyecto	Empresa
Hierro Perú	Shougang Corporation
Quellaveco	Angloamerican
Cerro Verde	Phelps Dodge
Tintaya	BHOP Billiton
Antamina	Teck/Mitsubishi/Noranda/Newmont
Toromocho	Minera Chinalco

¹ La contaminación de las aguas se debe a la liberación de contaminantes tóxicos contenidos en los residuos mineros y desde las obras mineras, los tajos abiertos y los socavones entre otros. Los suelos pueden sufrir un impacto tanto por la contaminación y erosión por la exposición de materiales removidos y procesados. La calidad del aire puede verse afectada por el arrastre de material particulado proveniente por lo general de tanques de relaves sin cubierta adecuada, de los desmontes de las pilas de lixiviación y los caminos.

La Granja	Rio Tinto
Las Bambas	Minera Las Bambas
Alto Chicama	Barrick Misquichilca

Fuente: Elaboración propia.

Con el desarrollo de la actividad minera intensiva, desde el año 1998 a 2015 la producción de cobre aumentó desde 483,000 toneladas a 1.5 Mt y se espera que para el 2019² sea 4.9 Mt (Anuario Minero 2000 -2015).

En el mismo período la actividad minera en su conjunto creció a un ritmo de 7.2%, llegando a significar para el año 2015 el 6% del PBI y aportar el 33% de los tributos que recauda el gobierno por concepto de impuesto a la renta, del cual el 50% es distribuido a los gobiernos locales como canon minero³ (Instituto de Ingenieros de Minas del Perú, 2016).

Aun cuando resultan innegables las externalidades positivas de la actividad minera, se requiere que los Estados en la protección del medioambiente, apuesten por la “adopción de nuevas actuaciones orientadas a lograr mayor armonización de los intereses generales ambientales en un modelo de desarrollo sostenible” (Lozano, 2010, p.149).

Dentro de esta dinámica, los impactos ambientales, sociales y económicos de los Pasivos Ambientales Mineros no solamente dañan la imagen y la reputación de las empresas mineras sino también provocan un creciente rechazo de todas las actividades mineras presentes y futuras. Es por ello que aunque los Pasivos Ambientales Mineros son considerados como un problema histórico requieren hoy en día una solución integral para no poner en peligro todo el sector minero (Chaparro y Oblasser, 2008).

El presente capítulo tiene por finalidad mostrar, la gestión ambiental por parte del Estado para la remediación de pasivos ambientales mineros, teniendo en cuenta el régimen jurídico y los diferentes instrumentos económicos utilizados por el Estado para

² La dotación de cobre en el Perú para el futuro se encuentra en 20 proyectos mineros que cuentan con EIA aprobado y exploración avanzada, los futuros productores de cobre que producirán al 2019 más de 300,000 toneladas/año serán La Granja, El Galeno y Las Bambas. Mientras los que producirán más de 150,000 toneladas/año serán Toromocho, Quellaveco, Río Blanco, Haquira y Michiquillay.

³ Como resultado, durante el año 2015, se han transferido a las regiones las sumas de S/. 2 260 054 867 Nuevos Soles por concepto de canon minero y de 527,303,729 por concepto de regalías mineras (Boletín Enero 2016, Ministerio de Energía y Minas).

tal efecto: transferencias presupuestales, cooperación internacional, fideicomisos, entre otros.

Asimismo, se muestra, como el ente competente para la gestión ambiental de pasivos ambientales mineros (Ministerio de Energía y Minas) delega en otras instituciones (FONAM, Activos Mineros S.A.C), la ejecución de tales servicios ambientales, a través de la figura del fideicomiso y los principales problemas asociados a su uso.

1.2. Régimen Jurídico de los Pasivos Ambientales Mineros en el Perú

En el Perú, a partir del año 1995 se efectuaron diferentes estudios que permitieron detectar los problemas ambientales constitutivos de riesgo para los seres humanos, el medioambiente y la propiedad. Este fue el caso del Proyecto de Desarrollo Sostenible (1996-2000) que consistió en realizar un estudio ambiental para detectar los problemas ambientales relacionados con la minería, a través de un diagnóstico a 16 cuencas hidrográficas con actividad minera, y elaborar la primera base de datos con la información de pasivos ambientales identificados (Oblasser y Chaparro, 2008).

Posteriormente, se creó el “Proyecto Eliminación de Pasivos Ambientales” (EPA) que a decir de Yupari (2003), tenía entre sus funciones: “realizar estudios y obras para la rehabilitación de áreas afectadas por pasivos” (p.14).

Dentro de los alcances del Proyecto se elaboraron cuatro inventarios de minas inactivas, monitoreos de cuencas y estudios de remediación, estudios de ingeniería básica y de detalle de ocho pasivos ambientales mineros de la cuenca del río Santa.

La incorporación de la figura jurídica denominada pasivos ambientales mineros a la legislación nacional se comenzó a gestar con la emisión de normas que a partir de los años 90 han ido nutriendo el bloque constitucional ambiental del Perú, y que empezó reconociendo el derecho que tiene toda persona para vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida (Constitución Política del Perú, 1993), así como los principios de sostenibilidad, aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, control y prevención de la contaminación ambiental, el principio de contaminador – pagador (Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, 1990).

Asimismo, se dictaron normas para el sector minero, que entre otras exigencias y requisitos para los titulares de las concesiones mineras, exigían garantías de protección al medio ambiente y la salud humana. Es el caso de los instrumentos de gestión ambiental: a) Estudio de Impacto Ambiental (EIA), y b) Programa de Adecuación y Manejo Ambiental - PAMA (Decreto Supremo N° 016-93-EM).

Dentro de este desarrollo normativo, se presentó el año 2002, al Congreso de la República el Proyecto de Ley N° 3801-2002-CR que regula los pasivos ambientales de la actividad minera. De este modo, en julio del año 2004 se promulgó la Ley que regula los pasivos ambientales de la actividad minera (Ley N° 28271).

En dicho marco legal, se define a los Pasivos Ambientales Mineros, como aquellas “instalaciones, efluentes, emisiones, restos o depósitos de residuos producidos por operaciones mineras actualmente abandonadas o inactivas que constituyen un riesgo permanente y potencial para la salud de la población, el ecosistema circundante y la propiedad” (Ley N° 28271, art. 2°, 2004).

En diciembre de 2005, se aprobó el Reglamento de Pasivos Ambientales de la Actividad Minera que establece los mecanismos de identificación de los pasivos ambientales mineros, la responsabilidad y el financiamiento para su remediación con la finalidad de mitigar sus efectos negativos sobre la salud de la población, el ecosistema circundante y la propiedad (Decreto Supremo N° 059-2005-EM).

Adicionalmente, el marco normativo de los pasivos ambientales mineros está complementada por la Ley General del Ambiente que establece que los planes de descontaminación y de tratamiento de pasivos ambientales mineros están dirigidos a remediar impactos ambientales originados por uno o varios proyectos de inversión o actividades, pasados o presentes (Ley N° 28611, art.30°, 2005).

Aunado a ello, la Política Nacional del Ambiente contempla entre sus lineamientos (Eje de Política 2), recuperar las zonas degradadas por la minería informal los pasivos ambientales mineros y realizar acciones para recuperar la calidad del agua, aire y suelos en áreas afectadas por pasivos ambientales (Decreto Supremo N° 012-2009-MINAM, 2009).

En esa misma línea, el Plan Nacional de Acción Ambiental, contempló la acción estratégica 7.16 Concertar, formular e implementar la Estrategia Nacional de Remediación de pasivos ambiental, estableciendo como objetivos para el 2021:

- El 50% de los pasivos ambientales priorizados, cuentan con planes de descontaminación elaborados y aprobados.
- El 10% de los pasivos ambientales priorizados cuentan con Planes de Descontaminación en ejecución.

1.3. Legislación atinente a la Gestión de los Pasivos Ambientales Mineros en el Perú

La actividad minera en el Perú es de larga data, existiendo registros desde la época precolombina, “el oro que se extraía en abundancia, provenía de los placeres metalíferos en los márgenes de ríos y de algunos aluviones y “aventaderos” en Cajamarca, Paucartambo, La Convención y Urubamba, así como de vetas y filones de la zona de Carabaya” (Vildósola Fuenzalida, 1999, p.124).

A partir del último cuarto del siglo XIX, se desarrollan explotaciones a gran escala en el país, en lo que Mario Samamé Boggio denominó (como se citó en Vildósola Fuenzalida, 1999):

El desenfreno jurídico liberal que se inició en 1890 y que culmina en la primera mitad del siglo XX con el Código de Minero de 1900, y a sus consecuencias objetivamente negativas para el Perú (p.291).

Durante gran parte del siglo XX, la regulación jurídica minera estuvo orientada a la protección de los derechos de los titulares⁴ de las concesiones mineras; esto quiere decir, sin una mayor consideración respecto del medioambiente, que determinó la acumulación de pasivos ambientales mineros producidos en su mayor proporción por el sector público.

Ruiz Caro (2002) en su estudio sobre el proceso de privatizaciones mineras en el Perú, señala:

Las más importantes concesiones del país se encontraban en poder del Estado, cuyos grandes proyectos tenía previsto desarrollar en asociación con inversionistas extranjeros

⁴ En el Código Minero de 1900, predominó una completa liberalidad y permisividad en los aspectos económicos, sociales y tributarios (exoneración de todo impuesto a las utilidades, derechos de exportación y controles respecto del oro y la plata); el Código de Minería de 1950, fijó un sistema de concesiones mineras de explotación irrevocables y por tiempo indefinido; la Ley General de Minería de 1971, estableció el sistema de amparo por el trabajo; y el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería ha desarrollado el concepto de aprovechamiento de los recursos minerales bajo el sistema de concesiones al que se accede a través de un procedimiento de orden público (procedimiento ordinario).

en las denominadas Empresas Mineras Especiales, en donde éstos participarían con el 75% del capital social y Minero Perú S.A. con el 25% restante, en su condición de titular de las concesiones mineras de dichos proyectos. La realidad es que bajo este esquema sólo se desarrolló el Proyecto Minero Iscaycruz. (p.71).

Es a partir del año 1990 con la publicación del Decreto Legislativo N° 613, Código del Medio Ambiente, que se establecieron las políticas generales para el aprovechamiento de los recursos naturales, lo que se condice con lo establecido en el artículo 67° de la Constitución Política de 1993: “El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales”.

Complementariamente, se publicó el Reglamento de Protección Ambiental para la Actividad Minero Metalúrgico (Decreto Supremo N° 016-93-EM), que establece que los titulares o concesionarios mineros deberán presentar al Ministerio de Energía y Minas (Dirección General de Asuntos Mineros Ambientales – DGAAM) los instrumentos de gestión ambiental como medidas de licenciamiento:

- (i) Preventivo: para el desarrollo de nuevos proyectos (Estudio de Impacto Ambiental); y,
- (ii) Correctivo: Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA), a “efecto de que las operaciones mineras en curso al año 1993 (minas y fundiciones) pudiesen cumplir los Límites Máximos Permisibles y demás normatividad ambiental, que a partir del año 1990 se reguló en el Perú (Chávez Mendoza, 2016, p. 61).

El sistema preventivo aplicable a los nuevos proyectos a través de la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental detallado o semi detallado, se complementó con la emisión de otras normas sectoriales, la R.M N° 304-2008-VMM/DM *Procedimientos de Participación Ciudadana en el Sub Sector Minero* y la R.M N° 092-2014-VMM/DM que aprueba los *Términos de Referencia para elaborar el Estudio de Impacto Ambiental en el Sub Sector Minero*; y a nivel transectorial, con la dación de la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental (Ley N° 28245, 2009).

Es importante precisar que el instrumento de gestión denominado Estudio de Impacto Ambiental, incluye entre otras secciones, la evaluación de potenciales impactos previstos del proyecto y el *plan de cierre conceptual* que considera la estabilidad física y química de las áreas disturbadas por el proyecto, la estabilidad biológica, la

protección de los cursos de agua y subterránea y el uso futuro del suelo (Oyarzún Muñoz, 2008, p.97).

En el Perú, la autoridad competente que evalúa y aprueba las certificaciones ambientales para las instalaciones de Mina es el Ministerio de Energía y Minas (MINEM), a través de la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros (DGAAM). En base a lo señalado, la DGAAM es responsable de la evaluación, supervisión y aprobación de los instrumentos ambientales respectivos (EIA, DIA y PAMA hasta el año 2004).

Ahora bien, como se ha visto previamente en el subtítulo 1.2 precedente, para la calificación de un pasivo ambiental minero y su inclusión en el inventario del Ministerio de Energía y Minas (Dirección General de Minería – DGM), se consideran las siguientes características concurrentes:

- a) Se trate de instalaciones, efluentes, emisiones, restos, depósitos de residuos;
- b) Producidas por operaciones mineras abandonadas o inactivas; y,
- c) Constituyan un riesgo permanente y potencial⁵ para la salud de la población, el ecosistema circundante y la propiedad.

1.4. Gestión de pasivos ambientales mineros en el Perú

La Ley N° 28271 que regula los pasivos ambientales de la actividad minera fue publicada el año 2004, y modificada al año siguiente ante la posibilidad de titulares de concesiones mineras de desligarse del régimen concesión minera – responsabilidad. Así, el artículo 5° de la modificación de la Ley de Pasivos Ambientales de la Actividad Minera establece que:

Los responsables de pasivos ambientales que no desarrollen operaciones mineras y mantienen el derecho a la titularidad de la concesión, deberán presentar el plan de cierre de pasivos ambientales. El Estado sólo asume la tarea de remediación por aquellos pasivos cuyos responsables no pueden ser identificados. En caso de que el titular de una concesión vigente la perdiera por cualquiera de las causales establecidas en la Ley

⁵ El Viceministerio de Gestión Ambiental publicó el año 2010 la *Guía de Evaluación de Riesgos Ambientales*, con el propósito de poner en conocimiento de los evaluadores de las Direcciones y Gerencias de Energía y Minas de los Gobiernos Regionales, indicadores y criterios que sirvan para el desarrollo de evaluaciones ambientales con la finalidad de determinar los niveles de riesgos.

General de Minería mantiene la responsabilidad por los pasivos ambientales (Ley N° 28526, 2005).

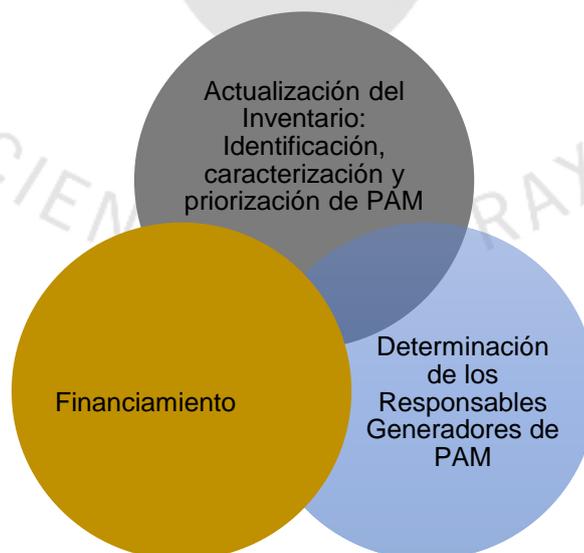
Asimismo, la Ley de Pasivos Ambientales Mineros establece que “el Ministerio de Energía y Minas a través de su órgano técnico competente identificará a los responsables de las operaciones mineras que abandonaron depósitos de residuos, labores o instalaciones mineras, generando pasivos ambientales en sus diversas modalidades. También identificará a los titulares de la concesión minera inactivos que mantienen el derecho de concesión y vigencia minera hasta la actualidad y arrastran pasivos ambientales” (Ley N° 28271, art. 4, 2004).

Dentro de este contexto, se puede resumir la actuación del Estado peruano en el manejo de los pasivos ambientales mineros, de acuerdo a lo siguiente: “establecer los mecanismos que aseguren la identificación de los pasivos ambientales de la actividad, la responsabilidad y el financiamiento para la remediación ambiental de las áreas afectadas por dichos pasivos” (Decreto Supremo N° 059-2005-EM, art.1, 2005).

Conforme a lo anterior, la Dirección General de Minería (DGM) del Ministerio de Energía y Minas en cooperación con la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros (DGAAM), conduce las acciones para el manejo de los pasivos ambientales mineros, como se muestra a continuación:

Figura 1.1

Etapas del manejo de pasivos ambientales mineros



Fuente: Elaboración propia.

1.4.1. Actualización del Inventario

La Dirección General de Minería realiza todas las acciones necesarias para identificar los Pasivos Ambientales Mineros y la elaboración del Inventario de los mismos (Ley N° 28271, art.3, 2004). Dicha tarea la lleva a cabo la Dirección Técnica Minera (Reglamento de Organización y Funciones, ROF, 2007).

Con ese diagnóstico inicial, que incluyó el año 2006 un total de 850 pasivos, la Dirección Técnica Minera ha venido actualizando permanente el inventario inicial, discriminando los pasivos ambientales mineros prioritarios basados en criterios de caracterización y riesgo.

La técnica utilizada para la caracterización y priorización contenida en el *Plan de Manejo de Pasivos Ambientales de la Actividad Minera*, se realiza mediante la evaluación de la información recolectada en campo utilizando seis fichas que abordan los siguientes aspectos: (i) información General de las Ex Unidad Minera; (ii) labores mineras; (iii) Residuos Mineros; (iv) otros residuos mineros; (v) edificaciones, infraestructura y otros; y (vi) sustancias Químicas (almacenadas o derrames)

Cabe anotar que el inventario inicial aprobado el año 2006 se ha actualizado hasta en seis oportunidades. En la última actualización, se identificaron un total de 8,854 pasivos ambientales mineros (Resolución Ministerial N° 102-2015-MEM/DM), cuyo resumen presentamos a continuación:

Tabla 1.2

Inventario de pasivos ambientales por región

Región	Pasivos 2006	Pasivo 2010	Pasivos 2011	Pasivos 2012	Pasivos 2013	Pasivos 2014	Pasivos 2015	Pasivos 2016*
Amazonas		160	157	157	157	157	157	157
Ancash	133	804	1115	1202	1199	1200	1251	1284
Apurímac	43	139	149	149	149	149	149	149
Arequipa	42	116	307	331	357	383	372	376
Ayacucho	69	93	105	111	111	111	98	98
Cajamarca	20	976	1019	1022	1022	1050	1075	1183
Cusco	44	484	507	507	507	581	581	305
Huancavelica	67	760	830	831	831	864	858	911
Huánuco	23	135	169	313	313	313	313	301
Ica	31	49	132	132	132	132	124	123
Junín	51	378	395	502	550	637	637	715
La Libertad	14	445	487	503	503	510	510	492
Lambayeque	8	8	8	8	8	8	4	4
Lima	60	203	293	528	530	613	613	693
Madre de Dios	22	23	23	22	22	22	22	22
Moquegua	53	60	124	124	137	137	137	128
Pasco	40	391	429	429	429	454	454	575
Piura	18	14	14	14	14	14	24	24
Puno	79	257	522	621	1048	1049	1050	1129
San Martín	1	1	1	1	1	1	1	1
Tacna	32	61	69	69	186	186	186	184
Total	850	5557	6855	7576	8206	8571	8616	8854

Fuente: Ministerio de Energía y Minas (2016). Inventario de Pasivos Ambientales Mineros. En: www.minem.gob.pe

Sobre la priorización de los pasivos ambientales mineros, de los 8854 pasivos ambientales mineros, existen 3158 cuyo nivel de riesgo es muy alto y 2040 catalogados como de alto riesgo. La Defensoría del Pueblo (2015) ha observado que “si se suman ambas cifras, se tiene un total 4281 pasivos ambientales mineros que están calificados como de muy alto riesgo y de alto riesgo, lo cual representa el 49.7% del total de PAM que se encuentra en el inventario” (p.40).

Tabla 1.3

Pasivos Ambientales Mineros según nivel de priorización

Etiquetas de fila	MUY ALTA	ALTA	MEDIA	BAJA	INSIGNIFICANTE	NO DEFINIDA	Total general
AMAZONAS					16	141	157
ANCASH	673	247	259	62	23	20	1284
APURIMAC	70	6	1	52	7	13	149
AREQUIPA	27	56	122	21	54	96	376
AYACUCHO		3	4	30	10	51	98
CAJAMARCA	808	337	23	5	10		1183
CUSCO	46	120	60	32	10	36	304
HUANCAVELICA	251	136	73	55	10	386	911
HUANUCO	10	154	115	5	13	4	301
ICA	14	8	27	20	52	2	123
JUNIN	156	50	152	260	84	14	716
LA LIBERTAD	195	78	143	10	1	65	492
LAMBAYEQUE					4		4
LIMA	362	105	66	52	65	43	693
MADRE DE DIOS						22	22
MOQUEGUA		13	14	63	34	4	128
PASCO	132	285	42	26	20	70	575
PIURA		21		3			24
PUNO	414	380	208	92	31	4	1129
SAN MARTIN						1	1
TACNA		41	26	38	77	2	184
Total general	3158	2040	1335	842	505	974	8854

Fuente: Ministerio de Energía y Minas (2016). Inventario de Pasivos Ambientales Mineros. En: www.minem.gob.pe

La Defensoría del Pueblo (2015) también ha enfatizado que frente a los 4281 pasivos mineros calificados como de alto y muy alto riesgo, “se tiene que sólo 861 PAM cuentan con estudios ambientales” (p.41).

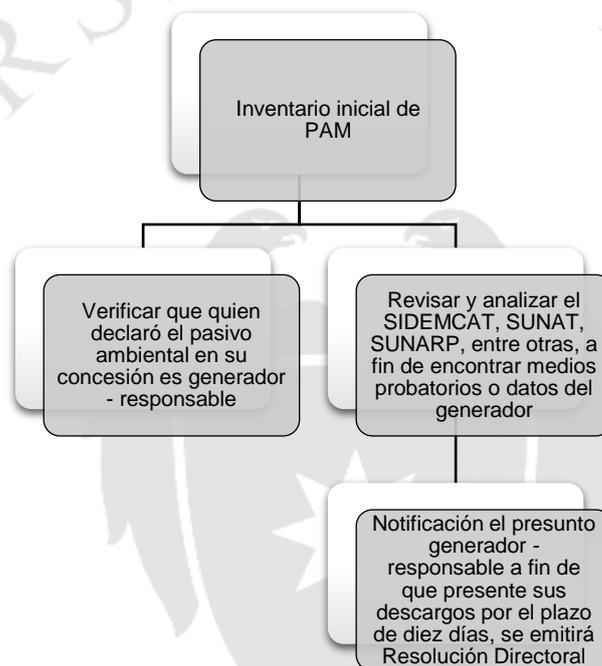
1.4.2 Determinación de responsables

El ordenamiento jurídico peruano establece tres tipos de responsables:

- a) El responsable de remediar el pasivo ambiental minero es el generador: basado en el principio ambiental “polluter pay” o “contaminador – pagador”, cuya determinación se realiza de acuerdo al procedimiento que se indica a continuación:

Figura 1.2

Procedimiento de identificación de responsable



Fuente: Ministerio de Energía y Minas (2015). Remediación de pasivos ambientales en el Perú. En: www.minem.gob.pe

- b) El responsable voluntario: “cualquier persona o entidad sea titular de concesiones mineras o no, podrá asumir la responsabilidad de remediar voluntariamente pasivos ambientales mineros, inventariados o no, que se encuentren ubicados en su propia concesión minera, de tercero o en áreas de libre denunciabilidad (...)”. (Decreto Supremo N° 059-2005-EM, 2005).

Bajo el ámbito de la Ley de Pasivos Ambientales y su Reglamento, son cuatro las modalidades de remediación voluntaria, excepcionalmente, podrá recurrirse a otra modalidad a solicitud del administrado siempre y cuando haya sido

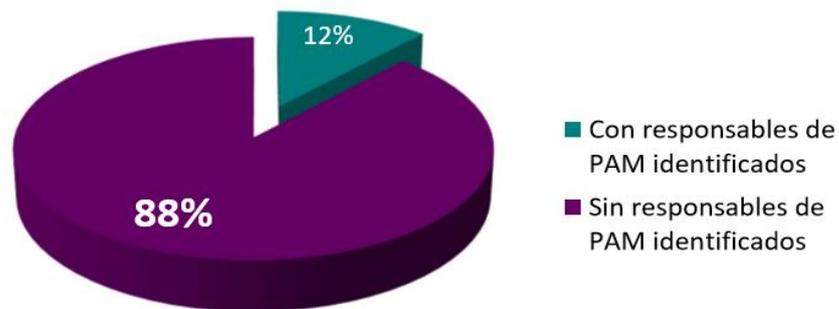
autorizada autorizada por el Ministerio de Energía y Minas a través de Resolución Ministerial. Las cuatro modalidades prescritas por los dispositivos normativos antes enunciados son:

- (i) Plan de Cierre de pasivos ambientales mineros;
 - (ii) Inclusión de los pasivos ambientales mineros en el plan de cierre de minas;
 - (iii) Reaprovechamiento; y,
 - (iv) Reutilización.
- c) El Estado es responsable de la remediación en los siguientes supuestos:
- (i) En caso que una empresa del propio Estado sea responsable en no menos de dos tercios del monto correspondiente a la remediación de las áreas afectadas por PAM;
 - (ii) Cuando las áreas afectadas con PAM no cuenten con responsables identificados o remediadores voluntarios;
 - (iii) Cuando a juicio de la autoridad competente exista un alto riesgo y el responsable no cumpla con iniciar la remediación del área con PAM a su cargo, o cuando se haya verificado la ejecución negligente de manera reiterada del Plan de Cierre del PAM (Decreto Supremo N° 059-2005-EM, arts. 20 y 30, 2005); y
 - (iv) Los pasivos ambientales mineros que sean objeto de promoción de la inversión privada bajo las modalidades del Decreto Legislativo N° 674.

De acuerdo a lo señalado por la Defensoría del Pueblo (2015) “de los 8616 PAM, existen 1001 responsables identificados y 7615 cuyos responsables no han sido identificados... únicamente el 12% de los PAM inventariados cuentan con responsables identificados” (p. 44-45).

Figura 1.3

Pasivos Ambientales con responsables identificados



Fuente: Defensoría del Pueblo. Informe de avances y pendientes en la gestión estatal frente a los pasivos ambientales mineros e hidrocarburíferos. En: [www. Defensoría.gob.pe](http://www.Defensoria.gob.pe)

El gráfico presentado confirma la tendencia en aumento de la gran cantidad de pasivos ambientales sin ser identificados; si a esto último le agregamos el número de responsables sin estudios ambientales, veremos que el Estado peruano se convierte en el principal responsable en la gestión ambiental de pasivos ambientales mineros.

Figura 1.4

Determinación porcentual de responsables



Fuente: Defensoría del Pueblo. Informe de avances y pendientes en la gestión estatal frente a los pasivos ambientales mineros e hidrocarburíferos. En: [www. Defensoría.gob.pe](http://www.Defensoria.gob.pe)

En el contexto expresado, resulta prominente revisar los instrumentos económicos utilizados por el Estado peruano para la gestión de la remediación de pasivos ambientales mineros, considerando que “son aquellos que utilizan los mecanismos de mercado con el fin de promover el cumplimiento de los objetivos de política ambiental” (Ley N° 28245, 2004).

Es de precisar que el Estado peruano viene interviniendo y manejando la remediación de pasivos ambientales mineros:

- Directamente a través del Ministerio de Energía y Minas utilizando recursos transferidos del tesoro público (Programa Presupuestal de Remediación) y otros medios de cooperación internacional (JICA y JOGMEC);
- Por Convenios Interinstitucionales, con fondos transferidos a fideicomisos constituidos por FONAM (convenios interinstitucional Ministerio de Energía – FONAM); y
- A través de encargos de gestión a Activos Mineros S.A.C., con aportes transferidos por el Ministerio de Energía y Minas y la Agencia de Promoción de la Inversión Privada a los Fideicomisos constituidos para la intervención de los pasivos de tutela de interés público (Fideicomiso de Pasivos de Alto y muy Alto Riesgo) y pasivos ambientales inmersos en el proceso de promoción de la inversión privada (Fideicomiso Ambiental).

Tabla 1.4

Listado de Pasivos Ambientales Mineros intervenidos por el Estado peruano.

Pasivos mineros con calificación de priorización	Total de EUM	Cantidad de pasivos	PAM incluidos en proyectos del Estado y Privados		Pasivos intervenidos por el Estado al 2014								Total intervenidos por el Estado al 2014	Pasivos programados para su intervención en el año 2015		Pasivos asumidos por empresas privadas	
			Ex Unidad Minera-EUM	pasivo ambiental minero	MEM 2010IA La Tahona El Dorado		MEM-PpR 2014 Programa Presupuestal		MEM-JICA		PAM encargados para AMSAC 2012-2013			MEM-PpR 2015 Programa Presupuestal			
					EUM	PAM	EUM	PAM	EUM	PAM	EUM	PAM		EUM	PAM		EUM
Muy Alto	142	2518	92	1982	8	119	2	43	26	480	11	351	47	993	8	134	Se tiene registrado que 23 ex unidades (Muy alto y Alto riesgo) están consideradas por las empresas privadas ya sea en planes de cierre de pasivos, reaprovechamiento y reutilización
Alto	128	1774	24	557	0	0	4	95	21	434	10	56	35	585	1	3	
Total	270	4292 A	116	2539 B	8	119	6	138	47	914	21	407	82	1578 C	9	137	

Fuente: Ministerio de Energía y Minas (2015). Remediación de pasivos ambientales en el Perú. En: www.minem.gob.pe

1.4.3 Instrumentos económicos para la remediación de pasivos ambientales mineros a cargo del Estado peruano

Según Sánchez Triana (1995) uno de los problemas que tradicionalmente se cita como causa de ineficiencia de las entidades gubernamentales de la responsabilidad ambiental

es la escasez de recursos presupuestales para financiar los gastos de funcionamiento e inversión (p. 254).

El Banco Mundial (2010) en su estudio sobre los mecanismos financieros (fundaciones, fideicomisos y Fondos) resume los mecanismos del sector minero orientados a la sostenibilidad de sus proyectos: (i) Compromiso de inversión a través de aportes voluntarios efectuados por las empresas mineras para el desarrollo de las zonas de influencia; (ii) Compensación mediante pagos efectuados por las empresas para reducir los impactos generados por los proyectos; (iii) Pagos al gobierno, a través de impuestos y regalías que serán distribuidos a las comunidades más cercanas a los proyectos (p.7).

Esto nos confirma la preocupación por la estructuración de los mecanismos financieros para resolver las externalidades relacionadas con las operaciones mineras y el medio ambiente. Las soluciones del sector público para ello, se dividen en dos grandes clases: las soluciones basadas en el mercado y la regulación directa. Las primeras intentan influir en los incentivos para conseguir unos resultados económicamente eficientes, y las segundas para limitar las externalidades (Stiglitz y Rosengard, 2000).

De la revisión del subtítulo 1.4.2 precedente, sin embargo, tenemos que muchos de los pasivos ambientales mineros no tienen responsables identificados (88% del total), constituyéndose el Estado en el principal responsable de la remediación.

Bajo dicho contexto, resulta de importancia lo señalado por el artículo 23° del Decreto Supremo N° 059-2005-EM, Reglamento de la Ley de Pasivos Ambientales Mineros, que establece:

Los pasivos ambientales mineros a cargo del Estado serán remediados a través de los fideicomisos que celebre para dicho fin el FONAM o el MEM a través de la DGM, en caso hayan sido autorizados y los constituyan en cumplimiento de la legislación aplicable... el MEM podrá realizar la remediación a través de terceros especializados contratados según las normas sobre la materia (párr.1).

De este modo, se precisa que los pasivos ambientales mineros a cargo del Estado serán remediados a través de fideicomisos que celebren el Fondo Nacional Ambiental o el

Ministerio de Energía⁶. Asimismo, las multas que emita la Dirección General de Minería en aplicación de la legislación sobre pasivos ambientales podrán ser transferidas⁷ mediante Convenio al FONAM para la remediación de los PAM de responsabilidad estatal.

1.4.3.1 Sobre la actuación del Ministerio de Energía y Minas como unidad ejecutora para la remediación de pasivos ambientales mineros

En el Perú, las competencias ambientales del Estado son ejercidas por “organismos constitucionalmente autónomos, autoridades del Gobierno Nacional, gobiernos regionales y gobiernos locales, de conformidad con la Constitución y las leyes que definen sus respectivos ámbitos de actuación, funciones y atribuciones, en el marco del carácter unitario del Estado” (Ley N° 28611, art. 52, 2005).

De esta manera, el órgano competente para intervenir en la remediación de pasivos ambientales mineros es el Ministerio de Energía y Minas, sin perjuicio de los convenios para la elaboración de estudios o la misma ejecución de obras, que celebre con la cooperación internacional (Japón – JICA y Corea - JOGMEC) y a nivel nacional con el FONAM; o a través de los encargos a la empresa Activos Mineros S.A.C.

En esta línea, el Plan Estratégico del Sector Energía y Minas (PESEM 2016 – 2021) contempla dentro de sus objetivos estratégicos sectoriales la disminución del impacto ambiental de las operaciones minero – energéticas, a través de la mejora de la gestión de la remediación de pasivos ambientales del sector (Ministerio de Energía y Minas, 2016).

Para dicho efecto, el Ministerio de Energía y Minas cuenta con un Programa Presupuestal denominado “Remediación de Pasivos Ambientales Mineros”, cuyos fondos le son transferidos del tesoro público en la suma de S/. 20, 000,000.00 (veinte millones con 00/100 nuevos soles) anuales, para intervenir un total de 2277 pasivos ambientales mineros al año 2021.

⁶ El Ministerio de Energía y Minas podrá destinar un monto presupuestal para remediar determinado pasivo ambiental a través de terceros especializados, en caso cumpla con los requisitos exigidos en la legislación pertinente (artículo 25° del Decreto Supremo N° 059-2005-EM)

⁷ Hasta la modificación del Decreto Supremo N° 059-2005-EM, se consideraba acudir a recursos provenientes de los derechos de vigencia recaudados. No se considera acudir a recursos provenientes del canon, de regalías contractuales o de regalías legales mineras.

Asimismo, ha celebrado Convenios de Cooperación Técnica Internacional con el Japón para desarrollar los estudios de preinversión y cierre de un total de 927 pasivos ambientales mineros agrupados en 49 proyectos, los cuales serán financiados por el JICA

El año 2015, el Ministerio de Energía y Minas y la República de Corea suscribieron el registro de discusiones para el proyecto de “Fortalecimiento de la gestión para la remediación de pasivos ambientales mineros en el Perú”, con el objeto del desarrollo de una minería sostenible a través de actividades conjuntas de transferencia tecnológica, actualización normativa, elaboración de guías y manuales, investigación y capacitaciones (Ministerio de Energía y Minas, 2015).

Actualmente, se ejecutan proyectos de cooperación técnica por un monto aproximado de S/. 12 000 000.00, de los cuales cerca del 80 por ciento corresponde al JICA.

1.4.3.2. Sobre la actuación del FONAM en la remediación de pasivos ambientales mineros

El Fondo Nacional del Ambiente (FONAM) fue creado por el Congreso mediante Ley N° 2673, como un instrumento de apoyo a la ejecución de proyectos ambientales, promoviendo la inversión en planes, programas y proyectos orientados al mejoramiento de la calidad ambiental, el uso sostenible de los recursos naturales y el fortalecimiento de las capacidades para una adecuada gestión ambiental.

FONAM, en el marco de la remediación a que se refiere la Ley de Pasivos Ambientales y su Reglamento, “se encargará de captar la cooperación financiera internacional, donaciones, canjes de deuda y otros recursos”.

En este orden de ideas, con la transferencia de un monto presupuestal asignado por el Ministerio de Energía y Minas, FONAM constituyó los fideicomisos para la remediación de los pasivos ambientales mineros “El Dorado” y “64 pasivos ambientales”, ambos en la región de Cajamarca, priorizados por el Ministerio de Energía y Minas como de alto y muy alto riesgo

- a) Remediación de cinco depósitos de relaves El Dorado

Como remediación a cargo del Estado, el año 2005 se celebró el Convenio entre el Ministerio de Energía y Minas – MEM y el FONAM, autorizado por el D.S. N° 042-2004-EM, mediante el cual se destinó un aporte inicial de S/.3'000,000 con el propósito de constituir un Fondo de Fideicomiso para iniciar las actividades destinadas a remediar los pasivos ambientales mineros a cargo del Estado, empezando por una de las zonas más sensibles ambientalmente como es el departamento de Cajamarca. El 29 de Diciembre del 2006 el MEM se hizo un aporte adicional al patrimonio fideicometido de S/. 3'909,613, siendo el aporte total de S/.6'909,613.

Una vez concluidas las actividades cierre (ejecución de obras para la remediación del pasivo ambiental El Dorado) se celebró un Convenio interinstitucional entre FONAM, Ministerio de Energía y Minas y Activos Mineros, a efecto de que este último se encargue de la etapa post-cierre (programa de monitoreo ambiental y mantenimiento).

- b) Remediación de pasivos ambientales mineros en los proyectos “64 pasivos ambientales mineros El Dorado” y la “Tahona” en Cajamarca

El año 2006 se celebró un nuevo Convenio entre Ministerio de Energía y Minas y FONAM, autorizado por Resolución Ministerial N° 619 – 2006-MEM/DM para constituir un fideicomiso por S/.10 000 000.00, para la ejecución de las actividades de remediación de los proyectos: “64 Pasivos Ambientales” y “La Tahona”.

Con dichos fondos se han realizado las siguientes acciones de remediación:

- Con relación a los 64 PAM:
 - La Dirección General de Minería presentó el plan de cierre de “64 PAM – El Dorado” para su aprobación por parte de la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos, precisando como objetivo del mismo: “las obras de cierre ambiental de los 64 pasivos mineros El Dorado es garantizar la estabilidad física, hidrológica y química que permita

mantener el equilibrio a largo plazo y minimizar los costos de mantenimiento de dichos pasivos ambientales, luego de efectuar el cierre definitivo protegiendo de esta manera la salud, la seguridad pública y el medio ambiente del área de influencia”.

- En relación a las actividades contenidas en su plan de cierre se consideró las siguientes: i) Desmantelamiento; ii) Demolición, salvamento y disposición; iii) estabilidad física; iv) estabilidad geoquímica; v) estabilidad hidrológica; vi) establecimiento de la forma del terreno y rehabilitación del hábitat; vii) revegetación; viii) rehabilitación de hábitats acuáticos; ix) rehabilitación de caminos; x) programas sociales.
- Las obras de remediación se concluyeron el año 2013, encargando el Ministerio de Energía y Minas a través de Resolución Ministerial N° 291-2014-MEM/DM, que Activos Mineros S.A.C. ejecute la etapa de post cierre.
- Con relación a “La Tahona”, el FONAM ha señalado que las labores de remediación se encuentran paralizadas por incumplimiento del contrato por parte del contratista y la Dirección General de Minería (2015) precisó que “las obras se encuentran paralizadas desde el 18 de septiembre de 2013, y actualmente, se encuentra en un proceso de arbitraje” (p. 6).

1.4.3.3. Sobre la actuación de Activos Mineros S.A.C. en la remediación de pasivos ambientales mineros

El 25 de setiembre de 1991 se promulgó el Decreto Legislativo N° 674, Ley de Promoción de Inversiones Privadas en Empresas del Estado, por el cual se declaró de interés general la promoción de inversiones en las empresas que conforman la actividad empresarial del Estado. Esta ley dio inicio a la privatización de las empresas estatales

impulsada por la Comisión de Promoción de la Inversión Privada (COPRI, ahora PROINVERSION) a través de diversos Comités Especiales de Privatización (CEPRIs).

Ruíz Caro (2002) señala: “El proceso de privatización en el sector minero se produjo en el momento en que la minería se encontraba en la mayor crisis de toda su historia, como resultado de un conjunto de factores externos e internos de larga data” (p.70).

En febrero de 1992, mediante Resolución Suprema N° 102-92-PCM, se incluyó a CENTROMIN en dicho proceso de privatización. Su inclusión fue ratificada luego en Octubre de 1993 por la Resolución Suprema N° 482-93-PCM.

En mayo de 1994, luego de un proceso de redimensionamiento y reestructuración de la empresa CENTROMIN se declaró desierto el concurso internacional convocado para la transferencia de la empresa al sector privado por ausencia de postores, que consistía en la venta del 100% de acciones de manera integral, comprendiendo las concesiones mineras, instalaciones mineras, concentradoras, centrales hidroeléctricas, el Complejo Metalúrgico de La Oroya, las redes ferroviarias, incluyendo las concesiones del Proyecto Antamina que fueron transferidas el año anterior a CENTROMIN.

Este fracaso en la privatización de CENTROMIN, se produjo entre otras causas, como consecuencia de las contingencias derivadas de los daños ambientales generados por CENTROMIN, principalmente en La Oroya y Cerro de Pasco, los que estuvieron asociados con la acumulación de gran cantidad de pasivos ambientales mineros ocasionados en casi un siglo de operaciones minero metalúrgico en la región.

Como parte de las acciones de saneamiento ambiental (estrategia ambiental) que el Estado Peruano llevó a cabo para impulsar el proceso de privatización fraccionada de CENTROMIN, en el año 1997 se efectuó el Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA) de sus diversas unidades operativas, en dicho instrumento se separaba las obligaciones que mantendría la empresa estatal y las que corresponderían a los nuevos propietarios de las unidades transferidas.

En el Libro Blanco General del proceso de privatización llevado a cabo por la COPRI (ahora PROINVERSION), se estableció que “la responsabilidad de CENTROMIN como ente vendedor sería la remediación de los problemas ambientales acumulados en el pasado, así como los reclamos de terceros con relación a dichos

pasivos ambientales. Los nuevos propietarios debían implementar el PAMA respecto a las emisiones que originaran sus actividades, a efectos de cumplir los estándares ambientales aplicables, así como el futuro abandono técnico” (p. 59-62).

Cabe notar que, el 22 marzo de 2004, conforme consta en el Acta N° 073-04-2004, el Consejo Directivo de la Agencia de Promoción de Inversión Privada (PROINVERSIÓN) consideró que resultaba necesario constituir un fideicomiso para la administración de activos en procesos de privatización y liquidación de CENTROMIN, siendo que ello permitiría culminar dicho proceso sin los riesgos que eventualmente pudieran llevar al embargo de las concesiones mineras y los activos que conforman los proyectos mineros.

De esta manera, el Consejo Directivo de PROINVERSIÓN acordó instruir al Fondo Nacional de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE) para que aprobara la constitución de un fideicomiso por parte de CENTROMIN, en cuyo patrimonio fideicometido se incorporaron como aporte inicial: los fondos provisionados directamente para la remediación ambiental; los recursos que por acuerdo expreso de PROINVERSION formaran parte del fondo de saneamiento ambiental de CENTROMIN; los ingresos por la venta de terrenos en el proyecto Alto Chicama; y otros recursos a ser determinados por PROINVERSION.

Cabe destacar la participación de Activos Mineros S.A.C., empresa del Estado, para “contribuir al desarrollo sostenible del país, por medio de la recuperación ambiental de áreas afectadas por la minería y el apoyo a la promoción de la inversión minera responsable en las concesiones del Estado” (Plan Estratégico Institucional 2017-2021, 2017).

a) Encargo a Activos Mineros S.A.C. para la remediación de pasivos ambientales mineros inmersos dentro de la actividad de promoción de la inversión privada del Estado

El 30 de junio de 2005, fue publicado el Decreto Supremo N° 022-2005-EM. Este Decreto establece que, en caso los proyectos derivados de las operaciones de empresas mineras estatales hayan sido comprendidos en el proceso de promoción de inversión privada a que se refiere la *Ley de Promoción de Inversiones Privadas en Empresas del Estado*, como es el caso de los Programas de Manejo de Adecuación Ambiental y el

cierre de pasivos ambientales mineros de CENTROMIN, el Estado adoptaría "todas las acciones que coadyuven a la adecuada ejecución del proceso de promoción y al cumplimiento de sus obligaciones ambientales".

En primera instancia, la culminación de los proyectos ambientales no concluidos antes de la transferencia de los activos del Estado, serían asumidos directamente por el Ministerio de Energía y Minas "cuando se le asignen los recursos que estuvieran reservados para dicha finalidad y no hubieran sido utilizados en dicho proceso" (Decreto Supremo N° 022-2005-EM).

Sin embargo, dada la urgente necesidad de saneamiento ambiental de los proyectos en proceso de promoción de la inversión privada se diseñó una estrategia para ejecutar la remediación de pasivos ambientales a través de la figura de *encargo de gestión* definida en la Ley de Procedimiento Administrativo General como: "la realización de actividades con carácter material, técnico o de servicios de competencia de un órgano puede ser encargada a otros órganos o entidades por razones de eficacia, o cuando la encargada posea los medios idóneos para su desempeño por sí misma" (Ley N° 27444, 2002).

En dicho orden de cosas, PROINVERSIÓN adoptó un acuerdo a fin de: (i) modificar la organización societaria de la empresa estatal Minera Grau Bayovar S.A., y su denominación por la de Activos Mineros S.A.C.; y, (ii) instruir a CENTROMIN ceder su posición contractual a favor de Activos Mineros S.A.C. en todos los contratos vinculados al proceso de promoción de la inversión privada de dicha empresa (Acuerdo de Proinversion N° 130-03-2006, adoptado con fecha 22 de febrero de 2006).

Entre los contratos cedidos a favor de Activos Mineros S.A.C., estuvo naturalmente el Contrato de Fideicomiso (en adelante, FIDEICOMISO AMBIENTAL) celebrado el año 2006, entre CENTROMIN, en calidad de Fideicomitente, el Banco Internacional del Perú S.A.A. en calidad de Fiduciario, y el Estado Peruano, representado por el MINEM, como Fideicomisario.

La finalidad del FIDEICOMISO AMBIENTAL, tal como se describe en la cláusula tercera del contrato es "posibilitar el cumplimiento de los Proyectos de Remediación Ambiental, mediante las instrucciones que para ello imparta el fideicomisario al fiduciario". Debemos indicar que el mismo contrato define

como Proyectos de Remediación Ambiental, “aquéllos incluidos en los PAMAs y Planes de Cierre correspondientes a las ex unidades de producción de Centromin”.

El 4 de octubre de 2006 se encarga a Activos Mineros S.A.C., la conducción de los proyectos relacionados a los PAMA, Planes de Cierre y de remediación ambiental (pasivos ambientales mineros) de las empresas mineras del Estado que hubieran sido comprendidas en el proceso de promoción de la inversión privada, incluyendo los de CENTROMIN (Decreto Supremo N° 058-2006-EM, Art.2°, 2006).

Por lo expuesto, Activos Mineros S.A.C. viene ejecutando por encargo del sector energía y minas, y con los recursos del FIDEICOMISO AMBIENTAL ascendente a S/. 31 000 000.00 a diciembre de 2016, los proyectos no concluidos por CENTROMIN (PAMA y cierre), encontrándose obligada la empresa estatal a reportar periódicamente al sector Energía y Minas, el uso y destino de los fondos aportados al FIDEICOMISO AMBIENTAL. Ello ha posibilitado que en el período 2006 – 2015 se ejecuten los siguientes proyectos:

Tabla 1.5

Ejecución de proyectos con cargo al Fideicomiso Ambiental

Nº	UBICACIÓN	PROYECTO
1	YAURICOCHA	DESMANTELAMIENTO DEL CABLE CARRIL DE YAURICOCHA
2	OROYA	OBRAS DE REMEDIACION DE SUELOS CONTAMINADOS SEGÚN RECOMENDACIONES DEL ESTUDIO ELABORADO POR GWI
3	PASCO	REMEDIACIÓN PASIVOS AMBIENTALES ORIGEN MINERO RIO SAN JUAN Y DELTA DE UPAMAYO - Proyecto Integral de Responsabilidad Compartida
4	PASCO	TRABAJOS COMPLEMENTARIOS CIERRE TÚNELES DE PUCARÁ Y AZALÍA
5	PASCO	PLAN DE CIERRE QUIULACocha EXCELSIOR
6	CAJAMARCA	REMEDIACION DE PASIVOS AMBIENTALES MICHQUILLAY
7	VARIOS	GESTION SOCIAL
8	VARIOS	MANTENIMIENTO, MONITOREO, FISCALIZACIÓN Y OPERACIÓN
9	VARIOS	ADMINISTRACIÓN

Fuente: Activos Mineros S.A.C. 2015, Memoria Anual 2014.

b) Encargo a Activos Mineros S.A.C. para la remediación de pasivos ambientales mineros en función de la debida tutela del interés público

Los años 2012 y 2013, se emitieron las Resoluciones Ministeriales Nos. 482-2012-EM y 094-2013-EM⁸, mediante las cuales se amplió el encargo de gestión a efecto de que Activos Mineros S.A.C. pueda asumir la remediación de pasivos ambientales mineros priorizados como de alto y muy alto riesgo, en las regiones de Cajamarca, Lima, Junín, Pasco, Puno, Huancavelica, Ica y Ancash.

Desde su creación, señala Activos Mineros S.A.C. (2016) AMSAC ha recibido encargos para remediar 1,014 de los 8,854 Pasivos Ambientales Mineros (PAM) inventariados por el Ministerio de Energía y Minas (MINEM) en todo el país; estos 1,014 PAM están agrupados en 87 proyectos de remediación, los que están constituidos principalmente por relaveras, bocaminas, desmonteras y otros (Memoria Anual, p. 16)

Tabla 1.6

Pasivos Ambientales Mineros de muy alto riesgo encargados a Activos Mineros S.A.C.

R.M. N° 094-2013-MEM	192
AZULMINA 1	2
AZULMINA 2	5
C.M. ACOMBAMBA S.A.	17
C.M. GERMANIO	17
C.M. SILVERIA	17
C.M. VENTUROSA S.A.	16
CARIDAD	23
CAUDALOSA 1	5
CHUGUR (LLAUCANO)	15
COLQUI	10
DELTA UPAMAYO	1
HUAMUYO	10
HUANCHURINA (A)	7
LICHICOCHA	8
PLANTA SARAMARCA	5
S.M. PACOCOCHA-CONC. HUAROCHIRI	14
SANTA ROSA 2	19
SEDIMENTOS/RÍO SAN JUAN	1
R.M. N° 252-2016-MEM/DM	14
ALADINO VI	14
R.M. N° 482-2012-MEM	224
BARRAGAN (LLAUCANO)	1
CARHUACAYAN	20
CLEOPATRA	14
EL DORADO (LLAUCANO)	4
LA PASTORA (LLAUCANO)	68
LOS NEGROS (LLAUCANO)	33
PUSHAQUILCA	25
SAN ANTONIO DE ESQUILACHE	59

Fuente: Ministerio de Energía y Minas (2016). Inventario de Pasivos Ambientales Mineros.

En: www.minem.gob.pe

⁸ Es importante precisar que la Resolución Ministerial N° 482-2012-EM/DM y Resolución Ministerial N° 094-2013-MEM/DM, se emitieron sobre lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1100 que autoriza a Activos Mineros S.A.C., su participación en la remediación de pasivos ambientales mineros en función de la debida tutela del interés público.

Es importante mencionar que a partir del año 2010, Activos Mineros S.A.C., ejerce los encargos bajo una figura especial denominada encargo temporal, donde el elemento fundamental es la legalidad para ejercer las funciones que le asigna el Estado peruano, y podrá asumirlo siempre que se garantice la sostenibilidad económica y financiera del encargo (Decreto Legislativo N° 1031, 2010).

Con el objeto de que se proceda a la remediación de los pasivos ambientales mineros encargados a través de las normas enunciadas en el párrafo precedente, el 14 de julio de 2014 se celebró un Contrato de Fideicomiso de Administración (denominado Fideicomiso de Pasivos de Alto Riesgo) entre Activos Mineros S.A.C., en calidad de FIDEICOMITENTE, y el Banco de Crédito del Perú, en calidad de FIDUCIARIO.

El FIDEICOMISO DE PASIVOS DE ALTO RIESGO, tiene como finalidad la administración de flujos dinerarios ascendente a S/. 69 200 000.00 a diciembre de 2016, “destinado a cubrir todos los gastos e inversiones vinculados a realizar estudios de pre-inversión y la ejecución de proyectos relacionados con la remediación de pasivos ambientales mineros de alto riesgo” (Cláusula Cuarta, num. 4.2 del Contrato de Fideicomiso).

Cabe destacar que Activos Mineros S.A.C., se encuentra en la fase de elaboración de los estudios de ingeniería en gran parte de los proyectos encargados, conforme se muestra a continuación:

Tabla 1.7

Proyectos ejecutados con cargo al Fideicomiso de Pasivos Ambientales Mineros de Alto Riesgo a nivel de Estudios

REGIÓN CAJAMARCA
LA PASTORA
CLEOPATRA
LOS NEGROS
CHUGUR
64 PAM EL DORADO
REGIÓN LIMA
ACOBAMBA Y COLQUI
LICHICOCHA
HUANCHURINA
HUAMUYO

CARIDAD
OTRAS REGIONES
CARHUACAYAN
AZULMINA 1 Y 2
CAUDALOSA
ESQUILACHE
ALADINO VI
PUSHAQUILCA
SANTA ROSA 2

Fuente: Elaboración propia sobre la base de Memoria Anual (AMSAC) 2015, 2016.

1.5. Principales riesgos de la aplicación de recursos públicos en el financiamiento de la remediación de pasivos ambientales mineros

En general, los proyectos de remediación de pasivos ambientales mineros que son ejecutados con recursos públicos se encuentran expuestos a una serie de riesgos, que podemos resumir en los siguientes: (i) riesgos técnicos vinculados a defectos en las obras de remediación; (ii) riesgo moral vinculado al desvío de recursos; (iii) riesgo político vinculado al cambio de prioridades en el cumplimiento de los objetivos estratégicos del sector energía y minas; y, (iv) riesgo de embargo.

1.5.1. Riesgos técnicos vinculados a defectos en las obras de remediación

La Contraloría General de la República (2015), en su Informe de Auditoría “Medidas aplicadas por las entidades responsables para la identificación, clasificación y remediación de los pasivos ambientales mineros a fin de lograr la preservación del medio ambiente”, ha señalado que “otra debilidad detectada es la carencia de control en la ejecución de obras de remediación de PAM que garantice que se haya logrado alcanzar los objetivos de estabilidad física, geoquímica e hidrológica” (p. 53).

Así por ejemplo, en su Informe N° 426 -2013 – OEDA/DS-MIN del 27 de diciembre de 2013 y sus complementarios (016-2014 y 726-2014), el OEFA como resultado de las acciones de supervisión en los “64 Pasivos Ambientales Mineros El Dorado”, observó las siguientes deficiencias:

- Existen filtraciones de agua en el talud erosionado que presenta escasa revegetación de la relavera RELAV-LM-LL-2, los cuales salen hacia el exterior por encima y por debajo del muro de gaviones.
- El canal de mampostería del área circundante a la relavera RELAV-LM-LL-2, que sirve para colectar el agua de lluvia de la relavera presenta tramos quebrados o rotos y colmatados.
- No existe la construcción de cunetas colectoras en la superficie exterior del talud del depósito de relaves ni canal de coronación en la parte superior.
- Existen erosiones a lo largo de la base o pie del talud de la desmontera DESM-LM-LL-1.
- Los resultados de laboratorio del muestreo especial obtenidos del agua provenientes de los afloramientos del talud de la relavera cerrada, no cumplen con los valores Límites Máximos Permisibles para la Descarga de Efluentes Líquidos de Actividades Minero Metalúrgicas aprobado por D.S. N° 010-2010-EM.
- Las áreas de la superficie revegetada fueron erosionadas por la escorrentía y se encuentran con escasa o sin vegetación.
- A través de una tubería de HOPE de color negro se deriva agua proveniente de la bocamina AT-LL-1 hacia el exterior de la misma que luego ingresa a la parte superior de la desmontera.
- Se verificó erosiones o cárcavas en el talud de la desmontera DESM-ED-LL-12.

Este problema, se reduce con la figura de un Fideicomiso con presencia de Comité Técnico o Supervisor, con conocimientos y experiencia en la ejecución de proyectos de remediación de pasivos ambientales mineros, contratado por la entidad pública para garantizar la idoneidad de la obra. Esto quiere decir, que valide el expediente técnico antes de la ejecución de la obra; y a partir de su ejecución, verifique su cumplimiento conforme al cronograma del Plan de Cierre aprobado por la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros.

1.5.2. Riesgo moral vinculado al desvío de recursos

El uso de manera directa de los recursos públicos para atender los gastos de remediación de pasivos ambientales mineros (transferencias del tesoro, recursos directamente recaudados, donaciones), incrementan el riesgo de que estos fondos públicos se destinen a un uso inadecuado, como por ejemplo, en los casos donde se presentan actos de corrupción o incremento de gastos administrativos.

En este contexto, la figura del fideicomiso permite que se destinen los recursos para cumplir la finalidad y objeto materia de su estructuración, en el caso particular, atender la remediación de los pasivos ambientales mineros.

1.5.3 Riesgo político vinculado al cambio de prioridades en el cumplimiento de los objetivos estratégicos del sector energía y minas

El cambio de autoridades, que es una constante a nivel del poder ejecutivo, produce nuevos intereses que podrían afectar el destino de los recursos públicos para la remediación de los pasivos ambientales mineros, al priorizarse otros objetivos estratégicos del sector.

El uso del fideicomiso permitirá un manejo y administración de los recursos públicos más confiable para los grupos de interés (contratistas, poblaciones afectadas, empresas), además de mayor transparencia y fiscalización.

1.5.4. Riesgo de embargo

Este riesgo está vinculado con la posibilidad de que los flujos o recursos pertenecientes a las entidades públicas y que debieran estar destinados a la remediación de pasivos ambientales mineros, sean retenidos o embargados por sus acreedores, por ejemplo, la aplicación de multas impuestas por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

En este sentido, la figura del fideicomiso garantiza el destino de los recursos públicos para remediar pasivos ambientales mineros, en tanto que genera un patrimonio autónomo, es decir separado, con la imposibilidad de que los bienes fideicometidos sean agredidos por los acreedores del fiduciante o fiduciario.

CAPÍTULO II: INSTITUCIONES JURIDICAS E INSTRUMENTOS ECONOMICOS PARA LA GESTION AMBIENTAL DE LOS PASIVOS MINEROS EN LA EXPERIENCIA INTERNACIONAL

Desde que la minería hizo su aparición como actividad económica, no ha dejado de tener impacto sobre la calidad del agua, aire y suelo de nuestro planeta, por lo que cada vez más países dedican sus esfuerzos a establecer medidas orientadas a un manejo integral de la gestión ambiental⁹, que permita combinar la difícil tarea de dotar de servicios ambientales¹⁰ a los ciudadanos (Ley General del Ambiente¹¹, 2005) y promover la inversión privada en el sector productivo minero.

Dentro de esta coyuntura se encuentran los países anglosajones, europeos y latinoamericanos. En el caso de Latinoamérica, la actividad minera data desde siglos atrás, lo que ineludiblemente ha generado residuos. En efecto, “las viejas prácticas mineras y el manejo inadecuado de estos recursos como también la inexistencia de normas precisas que regulen el cierre de minas ha devenido en la acumulación de pasivos ambientales mineros a lo largo de extensas áreas y provocado la contaminación de recursos naturales cuyo uso puede poner en riesgo la salud pública” (Yupari, 2003, p.3).

La actividad minera producto del aumento de la demanda y precio de los minerales ha impactado positivamente en los indicadores macroeconómicos de muchos países mineros desarrollados y otros en vías de desarrollo; no obstante ello, no la ha

⁹ La Ley General del Ambiente, en su artículo 13° define como gestión ambiental al proceso permanente y continuo, constituido por el conjunto de principios, normas técnicas, procesos y actividades, orientado a administrar los interés y expectativas y recursos relacionados con los objetivos de la política ambiental y alcanzar así, una mejor calidad de vida y el desarrollo integral de la población, el desarrollo de las actividades económicas y la conservación del patrimonio ambiental y natural del país.

¹⁰ En su artículo 94° la Ley General del Ambiente menciona ejemplos de servicios ambientales en una lista abierta: i) la protección del recurso hídrico; ii) la protección de la biodiversidad; iii) la mitigación de emisiones de gases de efecto invernadero; iv) la belleza escénica; y, v) otros.

¹¹ La minería tiene una importante contribución al Estado, ya que realiza pagos tributarios (Impuesto General a las Ventas, Impuesto a la Renta de tercera categoría, Impuesto Especial a la Minería, Impuesto a los dividendos y utilidades de los trabajadores) y no tributarios (Derechos de vigencia, regalía, gravamen, aportes al Fondoempleo). Estos son recaudados por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat) y el Ministerio de Energía y Minas (MINEM).

eximido de un alto índice de conflictividad social generada por los impactos ambientales generados así como su implicancia concreta para los pobladores de las zonas de influencia minera (Fundar, 2002).

La minería metálica se ha constituido durante las últimas dos décadas como una de las actividades más relevantes para los países de Latinoamérica, representando en Chile el 9% del PBI y en Colombia el 7.32% del PBI (Oblasser, 2016, p.13); y en otras latitudes siendo parte fundamental en el desarrollo de la economía canadiense y australiana por más de cien años (Saade, 2014, p.15).

De esta manera, en este capítulo se revisarán las experiencias internacionales, en torno a las medidas adoptadas para la gestión ambiental de los pasivos ambientales mineros, teniendo en cuenta que “las limitaciones económicas relacionadas con la remediación de pasivos ambientales mineros son bien conocidas. Sin embargo, su priorización frente a los costos económicos que ésta demanda resulta necesaria, debido a que las consecuencias ambientales y económicas de su no implementación pueden ser más significativas en el tiempo” (Potter, 2011).

2.1 Definición de Pasivos Ambientales Mineros en la experiencia internacional

2.1.1 Estados Unidos

El Government Accountability Office (GAO, 2011) publicó el Informe sobre *Minas abandonadas y el costo financiero de su remediación*, donde se estima que son: “más de 160,000 minas abandonadas en los Estados del Oeste y Alaska, encontrándose aproximadamente el 20% de estas áreas (33,000) expuestas, afectando la calidad ambiental del ecosistema” (p.3).

Por su parte, la Environment Protection Agency (EPA, 2004) en su Informe sobre *Limpieza de los residuos sólidos*, señaló que:

El costo de la remediación de residuos alcanza los US\$ 54 billones de dólares, y que los fondos provistos por el Gobierno Federal, Estados y privados alcanzan los US\$ 100 – 150 millones de dólares anuales, por lo que en 30 años apenas se podría ejecutar la remediación del 20% de las áreas degradadas. (p.1).

Teniendo en cuenta lo anterior, la EPA (2002) definió como sitios mineros abandonados¹² (abandoned mine lands) “aquellas tierras, aguas y cuencas contaminadas o dañadas por la extracción beneficio o procesamiento de menas y minerales, incluyendo fósforo pero no carbón. Los sitios mineros abandonados incluyen áreas donde la actividad minera es temporalmente inactiva” (parr.4).

De otro lado, la Surface Mining Law, Section 403 (1977) aplicable a la minería carbonífera, introdujo el programa de remediación de tierras y parajes abandonados. En efecto, señala que la Secretaría de Estado puede activar el programa si encuentra que:

- i) el suelo o los recursos hídricos han sido dañados por pasadas actividades mineras de carbón;
- ii) los efectos adversos presentados, pudieran demandar urgentes medidas de remediación, monitoreo, control, prevención;
- iii) los propietarios del suelo o de los recursos hídricos afectados por la actividad carbonífera no haya sido identificados o no se les encuentre. (párr.1)

2.1.2 Canadá

La Mining Association of Canada (2001) definió como minas huérfanas o abandonadas, aquéllas minas cerradas cuya propiedad ha sido revertida a la Corona, ya sea porque el propietario ha dejado el negocio minero, o como es el caso de algunas propiedades antiguas, porque no ha podido ser encontrado. Igualmente, se tiene por minas abandonadas, aquéllas cuyo propietario ha paralizado o suspendido de manera indefinida la exploración o explotación minera sin haber efectuado el cierre” (p.1).

De otro lado, el Gobierno de Canadá (2002) presentó en la Cumbre Mundial para el Desarrollo Sostenible un Informe sobre *Desarrollo Sostenible desde la perspectiva del Canadá* que “el legado de las minas abandonadas en todo Canadá constituía un grave riesgo al medioambiente, a la salud y seguridad del ser humano... lo que constituye un reto complejo para el gobierno, la industria minera y la comunidad” (p. 72).

¹² Es preciso indicar que si bien la legislación no hace la distinción, la doctrina norteamericana encuentra diferencias entre minas huérfanas, abandonadas e inactivas. Así, Rhett B. Larson en su artículo *Orphaned Pollution* indica que son “inactivas”, las minas que no operan durante un largo tiempo, pese a que se ha identificado al responsable de las áreas degradadas. De otro lado, señala que se consideran huérfanas o abandonadas aquéllas minas respecto de las cuáles no ha sido posible identificar al propietario o generador de los residuos.

Igualmente, cabe tener en cuenta, al referirnos a minas abandonadas y huérfanas la definición del National Orphaned/Abandoned Mines Initiative (como se citó en Saade Hazin, 2014):

Son minas abandonadas aquellas que el propietario no se encuentra o que si es conocido, no tiene la capacidad financiera para llevar a cabo la remediación y que sin embargo tiene impactos ambientales a la salud, a la seguridad y económicos. (p.12)

2.1.3. Australia

El Ministerial Council on Mineral and Petroleum Resources (2011) presentó el “Marco Estratégico para el Manejo de Minas Abandonadas en la Industria Minera, a la que definió como “aquellas minas donde los contratos o títulos mineros no siguen existiendo y la responsabilidad de rehabilitación no puede asignarse a un individuo, compañía u organización responsable por las actividades mineras originales (p.3).

Van Krieken (2011) en su artículo sobre la gestión de las minas abandonadas en Australia enfatiza que la historia ha demostrado que la minería puede dejar un legado negativo, basado en las siguientes razones: “los riesgos a la salud y seguridad humana; riesgos al medioambiente; impactos socioeconómicos; riesgos políticos; y riesgos a la reputación de la actividad” (p.2).

2.1.4. Chile

Oblasser (2016) en su Estudio sobre lineamientos, incentivos y regulación para el manejo de los Pasivos Ambientales Mineros (PAM) indica que en Chile no existe una definición aprobada o validada jurídicamente para los Pasivos Ambientales Mineros; en tal sentido, señala sirve de guía la definición propuesta en el Anteproyecto de Ley sobre Remediación de Pasivos Ambientales Mineros: “faena minera abandonada o paralizada, incluyendo sus residuos, que constituye un riesgo significativo para la vida o salud de las personas o para el medio ambiente” (p.18).

En la actualidad, como consecuencia los acuerdos comerciales suscritos por Chile con Estados Unidos (Tratado de Libre Comercio), se ha regulado los pasivos ambientales y el cierre de faenas con la dación de la Ley 20.551 publicada el año 2012, y donde se establece que el objetivo principal es “regular el cierre de las faenas de la

industria extractiva minera con el objeto de prevenir, minimizar o controlar los riesgos o efectos negativos que se generen sobre la salud y seguridad de las personal o del mediambiente” (Guevara Cortés, 2015, p, 483).

En la misma línea, se considera que “cumplido el plazo original o debidamente prorrogado sin que la empresa minera haya reiniciado las operaciones mineras se entenderá que se ha producido un abandono de la faena o instalación paralizada” (Decreto 41, 2012).

2.2. Gestión de los Pasivos Ambientales Mineros en la experiencia internacional

La gestión ambiental orientada a la remediación de pasivos ambientales mineros o minas abandonadas o huérfanas, se ha venido acentuando a partir de la década del ochenta del siglo pasado en distintos países, aunque con distintos niveles de avance. En ese sentido, resulta pertinente hacer una revisión de su tratamiento, conforme a las diferentes realidades institucionales, normativas, sociales y económicas.

Larsson (2015) en su estudio sobre la remediación de la contaminación huérfana, causada por un responsable que no ha sido identificado o que ya no existe, presenta el siguiente escenario:

En Australia, los Estados sólo recientemente han comenzado a elaborar un inventario de minas abandonadas. Hasta hace pocos años, el Departamento de Recursos Minerales de New South Wales, con mayores avances sobre remediación de minas abandonadas reconoció que su base de datos estaba incompleta, e incluyó 500 nuevas minas abandonadas. En Western Australia, el Departamento de Energía y Minería identificó 23,000 minas abandonadas localizadas en áreas próximas a centros poblados o atracciones turísticas, correspondientes al 40% de áreas verificadas. Canada cuenta con un inventario incompleto de cerca de 10,000 minas abandonadas y donde sólo el 60% han sido estabilizadas físicamente. El Reino Unido ha estimado en 10,000 las minas abandonadas, principalmente de la minería del tin en Cornwall. En los Estados Unidos un estudio estimó en 557,650 la minería metálica abandonada en 32 estados, lo que según algunos estudiosos del tema resulta incompleto; pues solo el estado de Arizona cuenta con un estimado de 27,000 minas abandonadas en su territorio. Japón, Suecia, Sudáfrica y Chile han estimado en cientos y en algunos casos miles de minas abandonadas en sus territorios, las que son potencialmente riesgosas”. (pp. 999)

2.2.1 Estados Unidos

Según Saade (2014), los Estados Unidos fue el primer país en enfrentar con resultados positivos el problema de los pasivos ambientales mineros, siendo cuatro las agencias que llevan a cabo las labores de financiamiento para remediar los sitios de minerales duros contaminados: la Agencia de Protección Ambiental (EPA, Environmental Protection Agency), la Oficina del Manejo de Tierras (BLM, Bureau of Land management); la Oficina de Reclamos de Superficie Minera y Ejecución (OSM, Office of Surface Mining Reclamation and Enforcement) y el Departamento de Servicios Agrícolas y Forestales (DAFS, Department of Agriculture's Forest Service (p.25).

El Programa de Sitios Abandonados (AML, Initial Abandoned Mine Land) completado el año 2011, estimó en 550,000 los sitios identificados como abandonados y los costos asociados entre US\$ 32 Y 54 billones de dólares americanos, lo que constituye un problema muy grande en caso de no tomarse acción (Bureau of Land Management, 2013).

El caso más reciente se ha dado como consecuencia del derrame de tres millones de galones de aguas ácidas en el río Animas (Colorado) proveniente de la mina abandonada Gold King Mine, el que ha servido para renovar el interés del Congreso (114th) en aprobar un proyecto normativo que incentive la participación del sector privado en la remediación voluntaria de minas abandonadas, principalmente referidas a la responsabilidad derivada de dicha remediación y sus costos de financiamiento (Copeland, 2015, p.2).

Ahora bien, el Programa de Sitios Abandonados (AML) para la remediación de minas abandonadas, tiene como marco normativo a la Ley de Responsabilidad, Compensación y Recuperación Ambiental (Comprehensive Environmental Response Compensation Liability Act - CERCLA), que autoriza a la Agencia de Protección Ambiental (EPA) adoptar las medidas adecuadas en caso de una liberación de sustancias contaminadas, sea que tenga generador responsable (potentially responsible party) o no; para dicho efecto, ésta entidad utilizará el dinero del *Superfund* (Kodish, 2001, p.101).

De esta forma el *Superfund*¹³ provee los fondos necesarios para rehabilitar, mitigar, remediar y regenerar los sitios contaminados por la extracción, beneficio o el procesamiento de menas y minerales, incluyendo el fosfato pero no el carbón. La mayoría de los ingresos al fideicomiso provienen de: (i) transacciones entre fondos (interfund transactions), los cuales representan las contribuciones estimadas de los ingresos generales de la tesorería; (ii) recuperación de costos, los cuales representan pagos al fondo provenientes de los responsables identificados para reembolsar al gobierno por los gastos de restauración; (iii) intereses y beneficios de inversiones; y, (iv) multas (Oblasser y Chaparro, 2008).

Como se indicó precedentemente, para la minería del carbón se aplica lo establecido en las secciones 401 y 407 de la Surface Mining Control and Reclamation Act del año 1977, cuyo *Trust Fund*¹⁴ administrado por la Secretaría del correspondiente estado, puede ser utilizado entre otros propósitos para:

La reutilización y restauración de las tierras y recursos hídricos afectados por la pasada actividad minera carbonífera, incluyendo pero sin limitarse a la reutilización y restauración de la minería superficial, en relación al procesamiento y residuos generados por las minas de carbón abandonadas ... (Abandoned Mine Reclamation Fund, Sección 401, c, 1).

La Ley CERCLA, que regula el Programa de Sitios Abandonados (excepto como se dijo arriba, la minería carbonífera), clasifica en cuatro a las personas o grupos potencialmente responsables (Potentially Responsible Party - PRP) a los siguientes: 1) los actuales dueños u operadores de las instalaciones; 2) dueños u operadores de una instalación al momento de la disposición de las sustancias peligrosas; 3) personas que acordaron el tratamiento o la eliminación de las sustancias peligrosas; y, 4) los transportistas de sustancias peligrosas cuando ellos hayan seleccionado el sitio para depositar, tratar o eliminar la sustancia peligrosa (42 U.S. Code 9607 (a) (1)-(4), 1994).

¹³ El Fondo fue dotado con 1,6 (mil millones de dólares) por cinco años por la Ley CERCLA y con la implementación de la Ley SARA se autorizó el Fondo de 8,5 mil millones de dólares por cinco años de funcionamiento. Este último fue expandido en 1994 por 5,1 billones de dólares. Actualmente, la Agencia de Protección Ambiental (EPA) ha estimado que el patrimonio del superfund es provisto en alrededor de US\$ 100 – 150 millones anualmente por el gobierno federal, estatal y recursos privados.

¹⁴ El Trust Fund está provisto por: (i) tasas fijas de 31.5 centavos por tonelada a la minería de carbón superficial y 13.5 centavos la tonelada a la minería subterránea (sección 402, US.C.1231); (ii) otras cargas impositivas sobre la reutilización de las áreas a que se refiere este título; (iii) donaciones de personas, empresas, asociaciones y fundaciones; (iv) los reembolsos de dinero por los responsables de minas de carbón abandonadas; y, (v) los intereses ganados por el fondo.

Bajo CERCLA, los responsables identificados serán responsables de los costos para la remediación de los sitios contaminados, de los daños hechos a los recursos naturales, de los costos de evaluación de riesgos para la salud, el desagravio por mandato judicial donde un sitio presenta un potencial de riesgo inminente y sustancial, entre los más importantes (Oblasser y Chaparro, 2008).

Asimismo, según Yupari (2003), las disposiciones del CERCLA, introdujeron un sistema de responsabilidad ambiental con efectos retroactivos, e inclusive crearon responsabilidades por los residuos vertidos por la vía legal antes de la entrada en vigor de la Ley, facilitándose así el resarcimiento de los costos incurridos en la recuperación de parajes contaminados antes de la entrada en vigencia de esta norma (p.20).

CERCLA también introdujo la responsabilidad objetiva y solidaria, referida la primera a que no resulta necesario demostrar que la persona potencialmente responsable (PRP) actuó con culpa o dolo y la segunda a que cualquiera de los responsables identificados de un solo sitio contaminado puede ser responsable de todo el sitio, en el caso de que el daño no pueda ser divisible (Saade, 2014, p.26).

2.2.2. Canadá

Han pasado casi quince años, desde que se creó el National Orphaned/Abandoned Mines Initiative (NOAMI), cuya actividad a pesar de no estar orientada a resolver directamente los problemas relacionados con las minas huérfanas y abandonadas en Canadá, actúa presentando al Gobierno Federal y estados, programas de remediación y recomendaciones orientadas a eliminar las minas abandonadas dejadas por la minería histórica y las que podrían generarse en el futuro (Gardiner, Cowan, Tremblay, Hogan, 2015, p.2).

Como parte de las tareas ejecutadas por NOAMI se elaboraron varios estudios con el objeto de proveer recomendaciones principalmente asociadas a: (i) Sistema de información de minas abandonadas (Inventario); (ii) Colaboración Institucional; y, (iii) Financiamiento.

Según Saade (2014), en lo referente a la elaboración de un inventario a nivel nacional, el gran obstáculo al que se enfrentó la NOAMI se relacionó con la manera en que cada provincia evaluaba los riesgos y las terminologías aplicadas a los sitios huérfanos/abandonados. Para solucionar lo anterior, se elaboró un reporte (Capacity

Building for a National Inventory of Orphaned/Abandoned Mines in Canada) que permitía compatibilizar los inventarios de cada provincia o territorio y establecer un sistema aceptable de categorización y priorización de riesgos (p.15-16).

En relación al segundo punto, según Castrilli (2007) la colaboración institucional puede clasificarse en los siguientes cuatro niveles: (i) federal – provincial; (ii) federal – territorial; (iii) federal – empresas mineras; y, iv) provincial – empresas mineras (p.210).

- A nivel federal – provincial: se ha celebrado un acuerdo entre Canadá – Ontario para que “cada una de las partes financie el 50% de los costos asociados a la remediación de las minas abandonadas de uranio, siempre y cuando el productor o propietario no tenga la capacidad para asumir la remediación, por haberse declarado insolvente, en bancarrota u otras medidas de emergencia” (Castrilli, 2007, 210).
- A nivel federal – territorial: Entre Canadá y Yukon, el primero efectuará el Plan de Acción para la remediación de los impactos ambientales asociados con actividades ocurridas en minas abandonadas antes de abril de 2003, por su parte Yukon será responsable de la remediación de los impactos asociados con el incumplimiento de instrumentos ambientales, permisos o autorizaciones después del 2003 (Saade, 2014, p.22).
- A nivel federal – empresas mineras: Según Castrilli (2007), un ejemplo es el Acta Minera para Nunavut (Northwest Territories), debido a la bancarrota de una empresa minera y siempre que los riesgos asociados a la contaminación ambiental excedan el valor de la mina, el Gobierno Federal puede negociar con un tercero la reutilización de la mina bajo ciertas condiciones: (i) el adquirente tendrá una responsabilidad limitada respecto de las condiciones ambientales de la mina abandonada; (ii) una porción del valor económico de la producción de la mina se destinará a un fondo constituido para la remediación de los impactos ambientales; (iii) el adquirente será responsable de los costos de remediación, así como de cualquier impacto ambiental resultante de sus operaciones.
- A nivel provincial – empresas mineras: El año 2003 Ontario y Ontario Mining Association (OMA), suscribieron un Acta de Acuerdos que permitía a

la empresa minera hacer aportes voluntarios para rehabilitar minas abandonadas devueltas a la Corona, a cambio de deducciones impositivas e indemnidad ambiental (Gammon, 2006, p. 321).

Respecto al financiamientos de las minas huérfanas o abandonadas, en el reporte *Rehabilitating Abandoned Mines in Canada: A toolkit of funding options* (NOAMI, 2006) identificó cinco principales opciones: (i) transferencias de fondos directamente recaudados por el Gobierno; (ii) tasas tributarias y no tributarias a las utilidades mineras (por ejemplo, impuestos a la minería, regalías); (iii) cargas a las empresas mineras para financiar un fondo permanente para la remediación; (iv) un fondo creado a partir de convenios institucionales entre el gobierno federal y provincial; (v) colaboración entre el gobierno y las empresas mineras (p.31).

Finalmente, con el propósito de enfrentar el problema de las minas abandonadas, se muestra en la Tabla 1, los programas de rehabilitación de minas abandonadas, así como los fondos de financiamiento constituidos para dicho objeto:

Tabla 2.1

Programas y Fuentes de Financiamiento para la remediación de sitios contaminados

Provincias	Aplicación de Programas para la Remediación de Sitios Contaminados.	Costos de remediación
Columbia Británica	En 2003 se estableció el Programa de sitios contaminados de la Corona. Desde 2003 han sido remediados o estaban en vías de hacerlo 83 sitios contaminados.	Compromiso del gobierno en gastos de remediación y manejo de sitios contaminados por CAN\$276 millones. A marzo del 2013 se habían ejercido CAN\$161 millones.
Manitoba	En el 2000 se estableció el Programa de Rehabilitación de Sitios Mineros Huérfanos/Abandonados. Se identificaron 149 sitios contaminados que incluían 5 sitios de alta prioridad (Lynn Lake, Sherridon, Gods Lake, Snow Lake y Baker Patton) y 31 sitios de alto riesgo.	A diciembre del 2012, la provincia había gastado más de CAN\$100 millones en la rehabilitación de minas huérfanas y abandonadas.
Terranova y Labrador	Las minas huérfanas/abandonadas preceden al Mining Act.	Esta provincia ha gastado más de CAN\$30 millones en los últimos años en minas huérfanas/abandonadas.
Ontario	En 1999, Ontario estableció un Fondo de Rehabilitación de Minas Abandonadas.	Entre septiembre de 1999 y marzo del 2013 se han gastado CAN\$116 millones en la rehabilitación de los sitios de mayor prioridad.
Quebec	A marzo de 2011 el gobierno de Quebec identificó 679 sitios mineros contaminados que se estiman rehabilitar en pocos años más.	Los pasivos asociados a la rehabilitación de las minas es del orden de CAN\$1,2 billones. Hasta ahora el gobierno ha asignado CAN\$850 millones para la rehabilitación de sitios abandonados.

Fuente: Saade Hazin (2014). Buenas prácticas que favorezcan una minería sustentable.

2.2.3 Australia

Mediante el Marco Estratégico para Minas Abandonadas publicado el año 2010, se homologaron los criterios para el manejo de las minas abandonadas en Australia. Según Saade (2014) la falta de inventarios actualizados de minas abandonadas que reflejen la magnitud de los impactos ambientales, complica aún más la toma de decisiones de políticas a nivel estratégico sobre los estados o territorios (p.14).

A inicios de los años noventa, los Estados australianos empezaron a exigir a las empresas mineras, las garantías para cubrir los costos de rehabilitación vinculado a la actividad minera (Unger, 2010, p. 12).

El año 1996, se constituyó el “primer tipo de financiamiento para las minas abandonadas en Australia, denominado The Rehabilitation of Mining Lands Trust Fund, el que fue creado dentro del marco de la *Mineral Resources Development Act 1995*, que incrementó las regalías para la industria minera en 1%.

Este *Trust Fund* financia la remediación de las minas abandonadas de acuerdo a los siguientes criterios: “aquéllas ubicados en tierras de la Corona ...que representen peligro para salud y seguridad humana; la contaminación ambiental; la erosión y degradación de la tierra; y otros intereses públicos (Pemberton, 2005, p.2).

Más recientemente se ha creado un Fondo de Rehabilitación Minera (MRF) que “se utilizará en el caso que los operadores mineros no cumplieran con sus obligaciones de remediación. A través de este fondo, el Gobierno tendría recursos disponibles e inmediatos para llevar a cabo la rehabilitación de los sitios contaminados” (Saade, 2013, p.22).

2.2.4 Chile

La gestión de los pasivos mineros en Chile, según el Servicio Nacional de Geología y Minería (Sernageomin, 2008) debe cumplir con las siguientes etapas de evaluación de riesgos y priorización: “a) identificación de escenarios de peligro; b) identificación de receptores; c) evaluación de la probabilidad de ocurrencia; d) evaluación de la severidad de la consecuencia; e) aplicación de la matriz de riesgo f) pertinencia de realizar una evaluación de riesgos detallada; g) evaluación de riesgo debido a la proximidad de otras faenas; y, h) clasificación de las faenas en PAM y no PAM” (p.16).

Es importante tener en cuenta que no todas las faenas mineras abandonadas o paralizadas constituyen por sí mismas un pasivo ambiental minero; para que cumplan con esta calificación, las faenas y sus instalaciones deben ser sometidas a una evaluación previa que determine, el “riesgo significativo para la vida o salud de las personas o para el medio ambiente (Oblasser, 2016, p. 25).

Respecto a las iniciativas en torno a la solución o mitigación de los peligros asociados a los pasivos ambientales mineros, el Servicio Nacional de Geología (Sernageomin) ha trabajado proyectos con la cooperación internacional. Según señala Yupari (2003) el primer proyecto orientado al levantamiento de un catastro de pasivos ambientales se realizó con la cooperación Japonesa (JICA) y el segundo con la cooperación del Gobierno Alemán, a través del Instituto Federal de Geociencias y Recursos Naturales de Alemania (BGR) estuvo dirigido a desarrollar un sistema de gestión para los pasivos ambientales mineros (p.14).

Asimismo, destaca la participación del sector privado, a través de alianzas público-privadas¹⁵ para el financiamiento de los pasivos ambientales mineros.

¹⁵ Durante los años 2011 y 2013 se celebraron Convenios entre la Subsecretaría de Medio Ambiente con la Compañía Minera Dayton y Compañía Minera Teck, respectivamente; con el objeto de retirar el relave de Andacollo, ejecutándose las siguientes actividades: a) cercado con cierre de malla para seguridad y cerco vegetal para control ambiental; b) restitución de cubierta de suelo; c) generación de un diseño paisajístico de vegetación, entre otros.

CAPÍTULO III: EL FIDEICOMISO COMO INSTRUMENTO DE GESTIÓN PÚBLICA PARA LA REMEDIACIÓN DE PASIVOS AMBIENTAL MINEROS

Este capítulo se asienta en la figura del fideicomiso en el ordenamiento peruano, con el objeto de demostrar la utilidad económica que brinda en la gestión de la remediación de pasivos ambientales mineros y nuestra propuesta normativa que permita eliminar los riesgos descritos en el capítulo primero.

Para este fin, describiremos la regulación del fideicomiso en el Perú, haciendo énfasis en la estructura y particularidades propias que presenta la figura. Adicionalmente, señalaremos los beneficios del fideicomiso, para luego tratar sobre el Fideicomiso Ambiental, desde su gestión, finalidad y estructura interna bajo la categoría doctrinal de Fideicomiso Público.

Con la propuesta normativa buscamos, entonces, que se establezcan los controles y cautelas suficientes para que los recursos públicos transferidos a los Fideicomisos creados por el Estado se destinen a la finalidad y objeto de su acto constitutivo, es decir, para llevar adelante un fin lícito de interés público (ACOSTA ROMERO, 1978, p. 340).

3.1 El Fideicomiso como herramienta de gestión

Desde que el año 1931 apareció la figura del fideicomiso al ordenamiento jurídico peruano con la dación del Decreto Ley N° 7159, el uso del contrato de fideicomiso como vehículo de financiamiento para empresas privadas ha venido incrementándose presurosamente, alcanzando a registrar el año 2014 la suma S/. 13 291 000 000 (Superintendencia de Banca y Seguros, 2014).

En 1996, dicha institución jurídica fue transpuesta con algunas precisiones¹⁶ en la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la

¹⁶ Sobre su alcance jurídico, el dominio fiduciario, los elementos y características del fideicomiso, la obligatoriedad de la publicidad, la caducidad de la acción por fraude entre otros.

Superintendencia de Banca y Seguros. Sin perjuicio de ello, no podemos dejar de tener en cuenta los cerca de dos mil años de vida desde su concepción en el derecho romano o los diecinueve siglos de existencia en el derecho anglosajón, o más de ochenta años del “fideicomiso latinoamericano” (Gómez de Lastra, 2014, p. 478).

3.1.1 El Fideicomiso en el derecho romano

Para comenzar una reconstrucción de la historia de la figura materia de esta investigación, resulta importante reconocer la influencia significativa que tuvo el derecho romano. En efecto, según la doctrina, “las primeras manifestaciones de la fiducia surgieron en el período inicial, llamado también arcaico –alrededor del año 450 antes de Cristo, y se continuó empleando durante la República hasta la fundación del Imperio con Augusto en el año 27 antes de Cristo” (Rodríguez Azuero, 2005, p.4).

Resulta oportuno transcribir dos pasajes de las Instituciones de Justiniano: I. 2.23.1 Y 2.25 pr., que junto con proporcionar un panorama histórico sintetiza los elementos esenciales del origen de la fiducia:

“Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus cogebatur praestare id de quo rogatus erat: quibus enim non poterant hereditatem vel legata relinquere, si relinquebant, fidei comittebant eorum, qui capere ex testamento poterant; et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur, continebantur. Postea primus divus Augustus semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam iussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia iustum videbatur et populare erat, paulatim conversum est in adsiduam iurisdictionem: tantusque favor eorum factus est, ut paulatim, etiam praetor proprius crearetur, qui fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium appellabant”¹⁷.

¹⁷ Según Ulpiano: “Ha de saberse que en los primeros tiempos eran nulos todos los fideicomisos, porque nadie estaba obligado contra su voluntad a cumplir aquello que se le había rogado; pues los que dejaban herencia o legados a quienes no podían –legalmente- dejárselos, se los confiaba a la lealtad de los que podían recibir por testamento; y por eso se llamaban fideicomisos, porque no llevaban en sí vínculo alguno de derecho, sino únicamente la honradez de aquellos que eran rogados. Después, el divino Augusto fue el primero que movido alguna que otra vez por consideración a las personas, o porque alguien se dijese rogado por la salud del mismo (Augusto), o movido por la gran perfidia de algunos, mandó a los cónsules que interpusiesen su autoridad”

Del pasaje transcrito, extraemos los elementos del fideicomiso en su origen:

- i) Antes de Augusto los fideicomisos eran *infirmi*, ineficaces, sin ninguna sanción jurídica y sin ningún valor, por lo que no se creaba ningún vínculo jurídico ni gozaban de tutela jurídica. En este momento, “el Derecho aun no incluye como figura jurídica al fideicomiso, por lo que la voluntad del causante-difunto dependerá de la *fides* del gravado con el fideicomiso” (De la Fuente y Hontañón, 2012, p.38).
- ii) Los fideicomisos surgen en un primer momento para favorecer a quienes no podían heredar.
- iii) Se encargaba a los que sí podían heredar por testamento para que hicieran llegar bienes a los declarados incapaces por el *ius civile* o por las *leges* para adquirir herencias o legados y su cumplimiento quedaba amparado por la *fides*¹⁸ del fiduciario, de donde viene el nombre de *fideicomissa*. Basado en la confianza, la persona gravada por el disponente cumplirá o no con el encargo recibido, y al no haber un vínculo jurídico quedará en la esfera de lo que podríamos llamar deber moral, fuera del alcance del Derecho como un fenómeno social (Molina Sandoval, 2013, p.12).
- iv) Augusto fue el primero en ordenar la intervención de los cónsules para que las disposiciones fideicomisarias fueran cumplidas, pudiendo según Ulpiano tratarse de: a) la amistad hacia ciertas personas; b) la circunstancia de haberse pedido a alguno, por la salud del príncipe, que cumpliera el fideicomiso; y, c) la reacción ante la señalada perfidia de ciertos individuos, como el supuesto de la deshonestidad de los herederos fiduciarios.

Puede verse, la evolución del fideicomiso basado en la *fides* hasta convertirse bajo el mandato de Augusto en una disposición jurídica imperativa, y si bien el fideicomisario no dispone de una *actio* en el sentido clásico, puede mediante la *cognitio extra ordinem* conminarse al fiduciario a que cumpla con lo dispuesto por el causante. A partir de su reconocimiento jurídico la materia fideicomisaria se fue convirtiendo paulatinamente en objeto de tutela.

¹⁸ “La *fides* llega donde no alcanza la fuerza vinculante de la forma y es el fundamento de todas las obligaciones no formales”

En síntesis, señala Arespachocha (2000) “*la fiducia*” romana clásica no implicaba una venta o una transmisión de la propiedad en el sentido que hoy le damos, fue un negocio jurídico basado en la “*fides bona*” negocial. El *dominus* confiaba al cesionario un *usus* de la cosa, bien con fines de garantía, bien con el propósito de salvaguardia, pero con intención de obtener su restitución una vez cumplidos estos objetivos (p.17).

A raíz de su reconocimiento jurídico, el fideicomiso alcanzó un gran desarrollo y difusión. En el derecho romano se reconocían dos formas básicas relacionadas con el tema: el *fideicomissum* y la fiducia o *pactum fiducia*. El primero era de fuente testamentaria, se trataba del acto por el cual una persona (disponente) encargaba a otra (fiduciario) la transmisión de toda su herencia, de una cuota o parte de ella o de un bien determinado a un tercera persona (fideicomisario); el encargo se basaba en un principio de buena fe del fiduciario sin que existiera acción que permitiera reclamar su ejecución (Rosenfeld, 1998, p. 1191).

3.1.1.1. La Fiducia o Pactum Fiduciae

La fiducia romana clásica era un negocio jurídico basado en la “*fides bona*” negocial. La etimología de la palabra “fiducia” deriva del vocablo latino *fides* que significa “fe” o “confianza”. Ante el incumplimiento de esta *fides* podía utilizarse la *actio fiduciae*. Para los romanos obligación y acción significaban conceptos y realidades inseparables y esta acción entraba en la clasificación cuatripartita de Gayo como dentro de las acciones personales (*in personam*) de buena fe (*actiones bonae fidei*) que nacen particularmente en el comercio internacional para proteger los contratos del derecho de gentes que son los tutelados por el Pretor peregrino. Se trata de una acción de carácter infamante en cuya fórmula se ordena al juez que compruebe si el demandado ha observado en la conservación y restitución de la cosa, una conducta conforme a lo que “*entre personas honestas conviene justamente observar y sin defraudación*” (García Garrido, 1984, p.360).

Rodríguez Azuero (2005) explica que en la fiducia romana, el “*dominus*” confiaba, es decir, entregaba en confianza, a otro sujeto distinto, un “*usus*” de un bien con un fin de garantía o de protección. Se trataba de un acto entre vivos, por el cual la persona que transmitía a otra, por *mancipatio* o por *in jure cesio*, la propiedad de una

cosa, agregaba al acto un convenio o pacto especial por el cual el *mancipiolaccipiens* se comprometía a volver a transmitir al *mancipio dans* la cosa o a emplearla en cierto destino cuando se produjera determinada circunstancia prevista por las partes (p.7).

Como puede verse, a diferencia del *fideicommissum* que consistía en una transmisión por causa de muerte, la fiducia o *pactum fiduciae* implicó un acuerdo con la obligación para el adquirente de retransmitir los bienes en determinadas circunstancias.

Dos formas principales revistió el *pactum fiduciae*, la llamada *cum creditore* y la denominada *fiduciae cum amico*.

a) Fiducia cum creditore

Esta figura fue un negocio a título o con causa onerosa y representó una forma de garantía en la época clásica antes de la aparición de la prenda y la hipoteca. Se trataba de la constitución de un derecho real de garantía a favor del fiduciario a través del siguiente procedimiento: Se confiaba al acreedor o *creditor*, la *potestas* dominical de un bien hasta que el *debitor* fiduciante pagase la deuda, en cuyo caso se restituía. Si no la pagaba, el *creditor* podía utilizar la facultad que se le otorgaba en el *pactum fiduciae* de resarcirse de la deuda vendiendo el bien entregado en garantía (Arespacochaga, 2000, p.22).

En síntesis, se entregaba en confianza un bien de modo que si el deudor pagaba se le restituía el mismo y, en caso contrario, se producía la venta del bien por el fiduciario para que el acreedor se cobrara con el producido de esa venta. En un primer momento el deudor careció de acción alguna pero con el transcurso del tiempo se tuvo en cuenta la protección del deudor y se le concedió una acción orientada a cobrar la diferencia, si lo obtenido con la venta excedía el valor de lo adeudado; pero nunca se le concedió una acción real, lo que debilitaba su posición ante el fiduciario.

b) *Fiducia cum amico*

Según Virgos Soriano (2006), este tipo de fiducia se refería al manejo de cosa ajena con las características del mandato (p.53).

Rodríguez Azuero (2005) indica que su objeto original estaba orientado a poner en resguardo la propiedad de quien entregaba en confianza una cosa, en interés del

transferente (fiduciante) y se usaba cuando alguien debía ausentarse durante largo tiempo (p.10).

Indica Bello Knoll (2011) que en la fiducia *cum amico* existe en general una finalidad de guarda. El *pater familiae* encomendaba a un amigo, el *emptor familiae*, no sólo su patrimonio sino su familia entera (p. 33).

3.1.2. El *trust* anglosajón

El *trust* es una institución legal secular, de considerable valor en el sistema jurídico anglosajón del “Common Law”. Debe puntualizarse que “el *trust* es primordialmente una figura propia de una nación y sólo puede ser comprendida si se la compara con aquellas similitudes que surgen de cada sistema legal, como es el caso de aquellos que se basa en el desdoblamiento de la propiedad en legal y equitativa” (Lyons, 1999, p.25)

Tiene su origen en las instituciones fiduciarias del Derecho romano que en Inglaterra evolucionaron sobre la base de la *equity* para crear una figura legal que permitiera a un propietario asegurar la transferencia de un bien a una persona con la finalidad de que esta última administrara aquél en beneficio de un tercero.

En sus comienzos como ocurrió en el Derecho romano, se utilizó esta figura para entregar una herencia o un legado a personas que en el momento del fallecimiento del causante carecían de capacidad o aptitud suficiente para ser herederos o legatarias, pero a las que se las pretendía asegurar una transmisión de bienes.

Debe destacarse que Arespacochaga (2000) enfatiza que “la institución del *trust* descansó desde sus orígenes en un desdoblamiento de la titularidad del bien, separando la propiedad legal o formal de la propiedad material o bonitaria”.

A mayor abundamiento, cabe traer a colación que el *trust* anglosajón consolida el reconocimiento de dos categorías de derecho de propiedad: (i) un derecho de propiedad ajustado a la ley formal (common law) y (ii) un derecho de propiedad en equidad (*equity*).

Esta separación se basa en la dualidad del derecho anglosajón que distingue históricamente entre *Common Law* y *Equity*. Por ello, la titularidad del fiduciario se defiende en los Tribunales del Common Law y el derecho de propiedad de los beneficiarios en los Tribunales de Equidad.

En efecto, observa Barreira Delfino (2007): “bajo el derecho estricto, el beneficiario del fideicomiso no contaba con ninguna protección jurídica específica. Pero para el derecho de equidad, el dominio de los bienes fiduciarios afectados se atribuía al beneficiario, quien así podía recurrir a una alternativa de resguardo jurídico” (p. 270).

Para más, debe destacarse lo señalado por Batiza (1995), cuando señala que la “ambivalencia jurisdiccional arranca en el último tercio del siglo XV ante una insuficiencia de la técnica jurídica del *Common Law* que introduce la posibilidad de solicitar la intervención del Rey para juzgar en justicia algunos supuestos en los que la ley deviene insuficiente” (p. 62).

Este doble orden jurídico genera a su vez una doble jurisdicción: las Cortes de la Cancillería y las Cortes del *Common Law*. Esta dualidad perduró hasta 1875 año en que se fusionan ambas en virtud de la *Judicature Acts 1873-1875*, que unificará el sistema judicial. A partir de ese momento, cualquier tribunal inglés será competente para conocer acciones basadas en el *Common Law* o en la *equity*, pudiendo las partes invocar uno u otro derecho en la misma demanda y ante un mismo juzgador.

Esta consolidación conceptual explica Barreiro Delfino (2007), “se traduce en la subordinación de la propiedad legal a la propiedad de equidad, ello como consecuencia de que en el trust el título de propiedad del activo afectado reposa en una cabeza y el provecho económico de ese activo en otra”.

Al respecto, Comitre et al. (2015) señalan que “actualmente el trust es una figura utilizada con múltiples finalidades desde la formalización de ventas y bienes raíces hasta la herencia de bienes, siendo incluso utilizado con fines público, como la constitución de fondos de ayuda (pensionarios, médicos, etc), inversiones con fines de beneficencia, etc) (p.27).

3.1.3. El Fideicomiso Latinoamericano

El proyecto más antiguo que se conoce en en Latinoamérica, con el que se pretendió introducir la figura del fideicomiso es el Proyecto Limantour (1905) de Méjico, no obstante ello, fue Panamá a partir del proyecto del jurista Ricardo Alfaro (1920) quien tomara algunos elementos del trust el primer país latinoamericano que legisló el fideicomiso (Gómez de la Lastra, 2014, p. 478).

Entre las diferencias sustanciales entre la figura del fideicomiso latinoamericano y el *trust* anglosajón Rodríguez Azuero (2005) señala:

en nuestro fideicomiso pueden reconocerse dos relaciones jurídicas, una real y otra personal, en el *trust* anglosajón el esquema es unitario (aunque con un desdoblamiento de la propiedad) oponible a terceros; en nuestro fideicomiso existe una única titularidad propietaria en cabeza del fiduciario, en el *trust* anglosajón existe una doble titularidad propietaria (i.e. la real, en cabeza del beneficiario, y la formal, en cabeza del fiduciario); en nuestro fideicomiso la responsabilidad del fiduciario es personal y por ende resarcitoria, mientras que en el *trust* anglosajón la responsabilidad del fiduciario va más allá de lo meramente resarcitorio (p.101).

3.1.3.1.El Fideicomiso en el Derecho Comparado Latinoamericano

Señala Lisoprawski (2006) que salvo la consideración de patrimonio autónomo como sujeto de derecho que reconoce la legislación ecuatoriana, “los demás países conciben al fiduciario como un sujeto de derecho que es titular del dominio de los bienes en propiedad fiduciaria, con sujeción a un plazo o condición, sin confundir sus bienes propios del patrimonio fideicometido” (p. 32).

Por su parte, Camerini (2007) sostiene que “en el fideicomiso latinoamericano, un elemento esencial es la transmisión de la propiedad del fiduciante al fiduciario...las legislaciones latinoamericanas mayoritariamente distinguen entre fiduciarios profesionales y comunes. A los primeros se les exigen determinados requisitos patrimoniales y administrativos, siendo obligatoria su intervención en fideicomisos bancarios o financieros. Los fiduciarios comunes pueden atender los restantes aspectos de los negocios fiduciarios” (p. 30).

Es más, Mario Chalhub en la conferencia Colafi-Felaban de 2015, puso en evidencia el tratamiento de la figura de fideicomiso en distintos ordenamientos jurídicos de Latinoamérica, a saber:

- (i) Como negocio jurídico (i.e. Honduras; Paraguay, Uruguay), como una relación jurídica (i.e. Perú, Venezuela), como un acto jurídico (i.e. Panamá), como un patrimonio de afectación (i.e. México, Panamá, Guatemala).

- (ii) Denominaciones distintas para los participantes del fideicomiso (Argentina denomina Fiduciante a quien otros denominan Fideicomitente y Fideicomisario a quien otros denominan Fiduciario);
- (iii) En algunos países se contemplan dos figuras, el fideicomiso mercantil o fiducia y el encargo fiduciario (e.g. Colombia, Ecuador, Perú).

3.2. La regulación del fideicomiso en el Perú

El fideicomiso bancario se encuentra regulado a partir del artículo 241° de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema General del Sistema Financiero de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (en adelante, “Ley General del Sistema Financiero”), promulgada el año 1996 y por la Resolución SBS 1010-99, Reglamento de Fideicomisos y de las Empresas de Servicios Fiduciarios. Asimismo, cabe tener en cuenta que el fideicomiso de titulización se encuentra regulado por el Decreto Legislativo N° 861, Ley del Mercado de Valores.

Conforme al artículo 241 de la Ley del Sistema Financiero, el Fideicomiso Bancario es definido como el “la relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o de un tercero denominado fideicomisario”.

De esta definición legal se extrae la estructura de la relación jurídica del fideicomiso, que permite diferenciar los siguientes elementos:

- (i) Los sujetos de la relación, son el fideicomitente y el fiduciario, salvo en el supuesto de que el fideicomisario intervenga en el contrato, en cuyo caso adquiere los derechos a título propio (Comitre et. al, 2015).
- (ii) Existe por una parte “una transmisión real” del fideicomitente al fiduciario y por otra una “obligación personal” del fiduciario para con el fideicomitente. Esta “obligación personal” atribuye al fiduciario una situación de deber que se traduce en la necesidad de adoptar un comportamiento determinado, para el logro de la finalidad del fideicomiso (Villca Pozo, 2010, p. 407).

- (iii) Se realiza la transferencia a un patrimonio autónomo, los bienes fideicometidos salen del patrimonio del fideicomitente y constituyen un patrimonio separado destinado al objetivo previsto sin que entre a formar parte del patrimonio del fiduciario, quien solamente se encarga de administrarlo (Martín Mato, 2009, p. 33).

Se puede decir, en otras palabras que en virtud del contrato de fideicomiso se transfieren uno o más bienes a una persona, para que los administre y dé cumplimiento a la finalidad fijada en el contrato a favor del fideicomisario.

Bajo este instrumento cuyo esquema jurídico permite estructurar negocios con finalidades múltiples, el Estado gestiona entre otros proyectos de infraestructura nacionales y regionales, la canalización de flujos y recursos públicos para la remediación de pasivos ambientales mineros.

3.2.1. Características generales

Independientemente del tipo de fideicomiso que se trate, presenta las siguientes características:

- a) Es un contrato típico o nominado, en virtud a que se halla expresamente regulado por la Ley del Sistema Financiero.
- b) Es consensual, porque el contrato se perfecciona en el momento en que cada una de las partes consienten su celebración.
- c) Es principal, en atención a que se trata de un contrato independiente a cualquier otro.
- d) Es de confianza, debido a que el fiduciario recibe el bien fideicometido a condición que le dé el destino convenido en el acto constitutivo.
- e) Es formal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 246 de la Ley del Sistema Financiero.
- f) Es oneroso, porque está conformado con un régimen de retribuciones por los servicios que presta el fiduciario.

3.3. El Fideicomiso como instrumento para la gestión de pasivos ambientales mineros.

En líneas precedentes revisamos la regulación del fideicomiso bancario en la legislación peruana y su utilidad como instrumento flexible para la gestión patrimonial, empresarial, financiera, de infraestructura y en general de otros derechos; así como lo importante de su aprovechamiento para los ciudadanos, también es importante revisar el marco de la utilización de medios instrumentales privados para canalizar recursos públicos.

Como señala (Comitre et.al, 2015), “el desarrollo del fideicomiso en el Perú ha sido positivo debido a que se trata de un tipo de contrato flexible que se adapta a las diferentes necesidades de capital... la participación de los fideicomisos públicos en el Perú se mantiene en 10%” (p. 82).

A partir de ahora centraremos el análisis en el Fideicomiso Ambiental celebrado entre la Empresa Minera del Centro del Perú S.A. en calidad de FIDEICOMITENTE (cedida a favor de Activos Mineros S.A.C. el 14 de noviembre de 2006), el Banco Internacional del Perú S.A. en calidad de FIDUCIARIO y el Estado representado por el Ministerio de Energía y Minas, en calidad de FIDEICOMISARIO, partiendo de la premisa de que estamos ante una categoría doctrinal denominada fideicomiso público.

3.3.1 El Fideicomiso Ambiental y la categoría doctrinal del Fideicomiso Público

- **Características**

Las características que se enumeran a continuación para el FIDEICOMISO AMBIENTAL, adaptan la clasificación que sobre la categoría de Fideicomiso Público coinciden tratadistas como Acosta Romero (1978), Lisoprawski y Kipper (2003) y Bello Knoll (2012):

- a) El Fideicomiso se origina en el derecho administrativo: El Fideicomiso Ambiental fue constituido el 31 de mayo de 2006, para cumplir los Acuerdos del Consejo Directivo de Proinversión de fechas 22 de marzo de 2004, 11 de agosto de 2005 y 3 de noviembre de 2005 y el Decreto Supremo 022-2005-EM.

- b) La Administración Pública interviene en su constitución: Activos Mineros S.A.C. (empresa estatal Empresa estatal de derecho privado de la Corporación FONAFE, constituida como sociedad anónima cerrada el 22.02.2006, mediante acuerdo del Consejo Directivo de PROINVERSIÓN) y el Ministerio de Energía y Minas.
- c) El patrimonio separado se conforma con bienes o derechos del Estado: mediante Acuerdo de Proinversión N° 119-1-2005, el Consejo Directivo de PROINVERSIÓN aprobó “instruir a FONAFE a fin que adopte los acuerdos y acciones que corresponda para incorporar al Fideicomiso antes indicado, los recursos que sean necesarios para la ejecución de los Proyectos Ambientales de Centromín Perú S.A.”.
- d) La finalidad del fideicomiso que lo genera es de interés público, vinculado a posibilitar el cumplimiento de la remediación de pasivos ambientales mineros.

Como resultado de ello, resulta conveniente analizar los beneficios asociados al uso de una figura del derecho privado para la gestión de fondos transferidos por el sector público.

- **Objetivo y estructura del Fideicomiso Ambiental**

El Decreto Supremo N° 022-2005-EM, complementado con el Decreto Supremo N° 058-2006-EM señala, como adelantamos, que el objeto del Fideicomiso Ambiental es el financiamiento de la ejecución de los PAMA y Planes de Cierre de los pasivos ambientales mineros de CENTROMIN, para cuyo efecto se solicitó al entidad fiduciaria (Interbank) abrir la Cuenta Recaudadora de apertura, con la suma US\$ 16,2 MM. En esta Cuenta Recaudadora se depositan los recursos que conforman el PATRIMONIO FIDEICOMETIDO, los rendimientos que estos generen, otros recursos que sean aportados por el Estado, incluyendo recursos provenientes de Cooperación Nacional e Internacional, destinados a la ejecución de Proyectos de remediación Ambiental.

Los ingresos acumulados al 31 de diciembre de 2016, ascienden a S/. 36,9 MM, siendo los más representativos los provenientes de PROINVERSION (S/.13,4 MM),

FONAFE (S/. 4,5 MM), Cormin (S/.5,6 MM), Licsa (S/. 4,7 MM) e intereses (S/. 4,0 MM).

La estructura del Fideicomiso Ambiental internamente se encuentra dividida en dos tipos de proyectos. El primero vinculado a obras de remediación de suelos de La Oroya, para efecto de disminuir los niveles de contaminación en los suelos, derivados de las emisiones de gases con contenido de metales pesados del Complejo Metalúrgico La Oroya y la remediación de pasivos ambientales emblemáticos derivados del proceso de privatización de los activos de CENTROMIN (depósito de desmontes de Excélsior, relavera de Quiulacocha y la remediación del Delta Upamayo, en las regiones de Pasco y Junín, respectivamente).

La cuenta recaudadora del Fideicomiso Ambiental está conformada por los pagos por concepto de derecho de usufructo que hacen las empresas Lisa y Cormín, y las transferencias recibidas de PROINVERSIÓN, FONAFE y el Ministerio de Energía y Minas.

3.3.2. Beneficios del Fideicomiso Público en Perú

Los beneficios son principalmente:

- (i) La separación de los bienes fideicometidos que forman parte del fideicomiso no son propiedad del fideicomitente, del fiduciario ni del fideicomisario, de tal manera no se encuentra expuesto a la posibilidad de que los flujos o recursos pertenecientes a las entidades públicas y que debieran estar destinados a la remediación de pasivos ambientales mineros, sean retenidos o embargados por sus acreedores, por ejemplo, como consecuencia de la aplicación de multas impuestas por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).
- (ii) La posibilidad de constituirlos de manera privada, ya que los contratos bancarios y comerciales son supuestos excluidos de la normativa de contrataciones del Estado. Además su ejecución es llevada a cabo por el fiduciario de acuerdo a lo establecido por el artículo 252 de la Ley del Sistema Financiero.

- (iii) Es un medio que le sirve al Estado para compactar en un sólo centro de imputación diferentes recursos monetarios provenientes de diversas fuentes para destinarlos a varios y en ocasiones, a miles de beneficiarios.
- (iv) Garantiza el destino de los recursos públicos para remediar pasivos ambientales mineros, en tanto que genera un patrimonio autónomo, es decir separado, con la imposibilidad de que los bienes fideicometidos sean agredidos por los acreedores del fiduciante o fiduciario.

3.3.3. Problemas del Fideicomiso Público en Perú

En materia de fideicomisos, no existe una normativa que la sujete a controles internos por tratarse de una figura de derecho privado. Sin embargo, en función a las normas de control interno del Estado y otras normas de derecho público, se tienen que “cuidar y resguardar los recursos y bienes del Estado contra cualquier forma de pérdida, deterioro, uso indebido y actos ilegales, así como contra todo hecho irregular o situación perjudicial que pueda afectarlo” (Ley N° 28716, art. 4).

De lo expresado se deduce que tanto el Fideicomitente como el Fiduciario están obligados a administrar el patrimonio fideicometido desde la perspectiva de los principios como transparencia, eficacia, eficiencia, entre otros.

En el caso particular, de los Fideicomisos constituidos para administrar los fondos destinados a remediar pasivos ambientales mineros encontramos los siguientes problemas:

- (i) La motivación para utilizar la figura del fideicomiso se basa únicamente en contar con la habilitación normativa para constituir un fideicomiso, es decir, no se efectúa un análisis técnico donde se considere por ejemplo a un Comité Técnico o un Supervisor experto.
- (ii) La transparencia en la selección del fiduciario, ya que al ser un contrato bancario se encuentra exceptuada de la normativa de contrataciones del Estado.
- (iii) Transparencia en la actividad contractual realizada por los fideicomisos.

3.4. Propuesta Normativa para dar solución a los problemas enunciados

Luego de señalar los problemas descritos en el subtítulo precedente, se presenta las siguientes propuestas, basadas en la importancia de cautelar y garantizar los recursos públicos transferidos a los patrimonios de los fideicomisos públicos, que podrían ser incorporadas en las normas autoritativas que dieron origen al Fideicomiso Público:

3.4.1. Análisis de legalidad de la norma de creación

Verificar el cumplimiento de los requisitos que cada uno de los sujetos intervinientes en el Fideicomiso constituido debe cumplir, a efectos de que tanto el Fideicomitente como el Fiduciario internalice la finalidad del contrato, vinculado a servicios públicos ambientales, se propone al respecto el siguiente texto: “El fiduciario debe evitar cualquier conflicto de intereses y obrar en cumplimiento de las disposiciones de orden público”.

3.4.2. Controles Externos:

Los objetivos del control realizado por la Contraloría General de la República debería no sólo limitarse a la verificación de estados contables, sino también al análisis de la gestión de los fondos públicos mediante técnicas de auditoría operativa, procurando mostrar la adecuación de la gestión de los fondos públicos. En cuanto al contenido de la norma que debe establecer respecto a controles, se propone lo siguiente:

La Cuenta Recaudadora del Fideicomiso para la remediación de pasivos ambientales mineros, estará sujeta a procedimientos externos de fiscalización requeridos por los reglamentos, reglas, directrices y procedimientos aplicables por el Ministerio de Energía y Minas o FONAFE o cualquier otra entidad encargante.

3.4.3. La rendición de cuentas

Eréndira Sandoval (2007) enfatiza que: “La ley debería establecer con suma claridad, que la obligación por rendir cuentas, ofrecer información regular, oportuna y veraz, así como transparentar los estados financieros, no debe estar al arbitrio o la buena voluntad

de ningún funcionario público, tal como ocurre en la actualidad, sino claramente regulada en la Ley” (p.87).

Sobre el particular se propone el siguiente texto:

Las autoridades, funcionarios y servidores que figuren como representantes del Fideicomitente, constituidas con recursos públicos del Estado tienen la responsabilidad y obligación de informar sobre el manejo, gestión y decisiones que adopten respecto a los recursos públicos transferidos a un patrimonio fideicometido; así como justificar el modo y forma en que se utilizaron, el cumplimiento de la finalidad de los fideicomisos públicos y los resultados logrados.

3.4.4. Estructura del Fideicomiso

Con el objeto de evitar el riesgo técnico (deficiencias de proyectos ambientales) asociado al desconocimiento del fiduciario respecto a la finalidad del acto constitutivo se propone que:

Los fideicomisos constituidos con recursos públicos, cuenten con Comités Técnicos con experiencia técnica en la administración de los proyectos de remediación ambiental con el propósito de efectuar controles en cuanto al manejo de los fondos fideicometidos.

CONCLUSIONES

De la investigación realizada podemos enumerar las siguientes conclusiones:

- La existencia de cerca al 90% de pasivos ambientales mineros con responsables no identificados, y la mitad de estos priorizados como alto y muy alto riesgo, constituye un gran reto para el Estado. Por tanto, deberá considerar los riesgos asociados a dicha remediación ambiental a efecto de cumplir con las metas comprometidas para el 2021, las mismas que están recogidas en el Plan Nacional Ambiental y el Eje 2 de las Políticas Públicas Nacionales y el Plan Estratégico del Ministerio de Energía y Minas.
- Los institutos jurídicos utilizado como el Programa Presupuestal para la remediación ambiental (MINEM) y los convenios interinstitucionales celebrados entre el MINEM y FONAM, no han mitigado los problemas y riesgos asociados a la ejecución de los proyectos de remediación de pasivos ambientales mineros. Siendo el Fideicomiso Bancario, el instrumento económico utilizado por la Administración Pública que mejor reduce los riesgos asociados a dichos proyectos, sin perjuicio de implementar los controles, para lo cual se ha propuesto la incorporación de éstos en las normas autoritativas o creadoras de los Fideicomisos.
- De los diferentes tipos de fideicomisos bancarios que se practican en Perú, resulta evidente el crecimiento que está teniendo como instrumento de gestión pública la figura del Fideicomiso Bancario. Su crecida aplicación en el ámbito ambiental ha mostrado, entre otras cosas que constituye una alternativa flexible y segura para la remediación de pasivos ambientales mineros.
- Al no existir un marco normativo que regule la figura del Fideicomiso Público, lo que sin embargo no mengua, que la estructura del Fideicomiso Ambiental y el Fideicomiso de Pasivos de Alto Riesgo se inserten dentro de esa categoría doctrinal y del derecho comparado; debería revisarse la formulación de controles de dicha figura que se ha generalización en la gestión de los recursos públicos.
- Respecto a los controles propuestos, se formula procedimientos externos de fiscalización que permitan verificar si se cumple la finalidad del fideicomiso conforme a la Ley autoritativa y al acto constitutivo mismo; la rendición de cuentas

para ofrecer información y transparentar los estados financieros; y otras obligaciones en la estructura del fideicomiso, como son los comités técnicos o de expertos que conozcan las complejidades de los proyectos de remediación de pasivos ambientales mineros.

- Desde un punto de vista global, considerando los beneficios y problemas desarrollados en la presente investigación, se puede afirmar que la utilización del fideicomiso como vehículo para la administración de recursos públicos, constituye un modelo que mitiga los riesgos técnicos, moral, político y de embargos, a los que se ven expuestos otros instrumentos económicos para el financiamiento de la remediación ambiental.



REFERENCIAS

- Acosta Romero, M., *Tratado Teórico del Fideicomiso (2003)*. Mexico D.F: Porrúa.
- Australian and New Zealand Minerals and Energy Council Minerals Council of Australia, (2000), Strategic Framework for Mine Closure.
- Banco Mundial (2005), *Riqueza y Sostenibilidad: Dimensiones Sociales y Ambientales de la Minería en el Perú*. Recuperado de <http://documents.worldbank.org/curated/en/410671468079729976/pdf/335450a1PE0studio0Mineria.pdf>
- Batiza, R, *El Fideicomiso (1976)*, Mexico: Porrúa.
- Bello Knoll, S, El Fideicomiso Público, (tesis doctoral, Universidad de Salamanca).
Recuperada de:
https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110644/1/DDAFP_Bello_Knoll_SI_Fideicomiso.pdf
- Camerini, M, El Fideicomiso civil y el fideicomiso Financiero, Revista Jurídica La Ley (Tomo 2007-A), 998 - 1003.
- Carregal, M, *El Fideicomiso (1995)*, Buenos Aires: Editorial Buenos Aires.
- Casas Sanz, Eduardo (1997), *La Fiducia*, Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis.
- Chalhub, M, *El Negocio Fiduciario (1998)*, Buenos Aires: Renovar.
- Chaparro, Eduardo, Ángela, Oblasser (2008). *Estudio comparativo de la gestión de los pasivos ambientales mineros en Bolivia, Chile, Perú y Estados Unidos. División de Recursos Naturales e Infraestructura de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe*, Santiago de Chile: Cepal.
- De Arespacochaga, J, *El trust, la fiducia y figuras (2000)*, Madrid: Marcial Pons.
- De la Fuente y Hontañón, R. *La herencia fideicomisaria: Desde Roma hasta el Derecho Peruano (2012)*, Lima: Palestra Editores.
- Gammon, John B, *Dealing with the Legacy Issue - Lessons from 12 years' experience in Ontario: Be Creative, Be Flexible and Be Strict*. Recuperado de <http://www.>
- Gómez de la Lastra, M, Confianza y Contraprestación en el Fideicomiso, Revista Jurídica La Ley (Tomo 2014-A), 478-487.
- Kiper, C, y Lisoprawski, S, *Tratado de fideicomiso (2004)*, Buenos Aires: Editorial LexisNexisDepalma.

- Kiper, C., y Lisoprawski, S., *Teoría y Práctica del Fideicomiso* (1999), Buenos Aires, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1999.
- Lozano Cutanda, B., *Derecho Ambiental Administrativo* (2010), Madrid: Editorial La Ley.
- Molina Sandoval, C., *El Fideicomiso en la dinámica mercantil* (2013), Buenos Aires: Editorial Montevideo.
- Rodríguez Azuero, S., *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina* (2005), Bogotá: Legis Editores S.A.
- Saade, M., *Buenas prácticas que favorezcan una minería sustentable. La problemática en torno a los pasivos ambientales mineros en Australia, el Canadá, Chile, Colombia, los Estados Unidos, México y el Perú* (2014). Recuperado de: <http://www.cepal.org/es/publicaciones/37106-buenas-practicas-que-favorezcan-mineria-sustentable-la-problematica-torno>.
- Villca Pozo, M., *El Fideicomiso en Perú*. En Urquiza Cavalle (Coord.), *El Fideicomiso en Latinoamérica* (pp.405-429), Buenos Aires: Marcial Pons.
- Yupari, A., *Informe: Pasivos Ambientales Mineros en Sudamérica* (2003), Santiago de Chile: CEPAL.

