

# RESPONSABILIDAD POR PASIVOS AMBIENTALES MINEROS Y LOS PLANES DE CIERRE DE MINAS

WINSTON ALBURQUENQUE TRONCOSO

*Profesor de Derecho de Minería, P. Universidad Católica de Chile*

## INTRODUCCIÓN

A través de la presente ponencia se tratará de otorgar ciertos criterios generales para tratar de determinar un sistema de responsabilidad ambiental para la actividad minera teniendo presente que existe una legislación sectorial que regula esta actividad, un pasado minero que ha significado un detrimento histórico al medio ambiente en algunos sectores del país, los llamados “pasivos ambientales mineros”, un anteproyecto de ley sobre planes de cierre de faenas mineras, y una legislación ambiental que establece un marco general sobre el tema.

Por lo tanto en la exposición se tratará una primera parte, en la que analizaremos el concepto jurídico del daño ambiental, para seguir en una segunda parte, en que estudiaremos el actual sistema de responsabilidad ambiental, para posteriormente, en una tercera parte, ver instrumentos de prevención del daño ambiental en el futuro, en especial una legislación sobre planes de cierre de faenas mineras.

## I. PRIMERA PARTE: CONCEPTO DE DAÑO AMBIENTAL

El concepto de daño ambiental está definido por el artículo 2º letra e) de la Ley de Bases del Medio Ambiente como: “Toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”

De dicha definición pueden sacarse varias observaciones:

1º No se asocia a personas afectadas por el daño, quienes son, en definitiva, los sujetos titulares de las acciones ambientales;

2º Para que el daño sea reparable este debe ser “significativo”. Este concepto no está definido por el legislador. Dependiendo del grado de perjuicio al medio ambiente podría distinguirse entre “daño ambiental” que sería irre-

versible y catastrófico<sup>1</sup> y las “alteraciones ambientales” que son propias de las actividades productivas como la minería.

3º Puede existir daño ambiental no obstante se hayan cumplido las normas ambientales. La producción de un daño ambiental habiendo incumplido las normas ambientales presume la culpa del agente del daño, pero en ningún caso es un requisito *sine qua non* para que el daño se produzca.

El daño ambiental en minería se ve reflejado principalmente en las siguientes formas: Derrumbes de taludes, licuefacción (transformación de un ácido en líquido), arrastre de desechos o residuos, arrastre de sedimentos, acidificación de aguas, lixiviación de botaderos; generación de polvo, desaprovechamiento de recursos naturales, generación de zonas con alto potencial de erosión, alteración de hábitat natural, accidentes de personas, alteración estética y paisajista.

Estas manifestaciones del daño ambiental pueden provocar los siguientes impactos ambientales: contaminación de suelos por material particulado, metales disueltos y la presencia de sales en efluentes líquidos; contaminación del aire por emisión de gases y partículas respirables imbuidas de metales pesados; contaminación y destrucción de recursos naturales renovables que absorben contaminantes del aire, aguas y suelo; contaminación de aguas superficiales, marinas y subterráneas por emisión de efluentes líquidos que contienen material particulado, metales disueltos, ácidos y sales; destrucción de paisajes, suelo y áreas silvestres por faenas mineras a tajo abierto; fenómenos de subsidencia de suelo debido a faenas mineras subterráneas, y contaminación directa de personas, tanto en el entorno comunitario como en el laboral.

<sup>1</sup> Krom, Beatriz Silvia: “La responsabilidad minero ambiental”, en La Responsabilidad por daño ambiental: responsabilidad civil y ambiental. Centro de Publicaciones Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, 1986.

Un tipo de daño ambiental son los denominados "pasivos ambientales" que son aquellos daños ambientales acumulados por largo tiempo y que afectan la vida de las personas. Son daños ambientales producidos en el pasado, pero que producen efectos negativos en el presente.

El problema jurídico que se presenta con los pasivos ambientales es que no existen responsables definidos por la producción de dichos pasivos o si lo pueden ser identificados, ya no tienen existencia jurídica o son insolventes para remediar este daño ambiental. De esta forma podemos clasificar a los productores del daño ambiental minero de la siguiente manera:

- a) Faenas operativas: Aquellas que actualmente se encuentran en funcionamiento y por lo que existe un responsable claramente definido, supervigilado por el Servicio Nacional de Geología y Minería bajo una legislación ambiental vigente.
- b) Faenas no operativas: Aquellas cuyo funcionamiento se encuentra suspendido ya sea por razones económicas, de mercado de minerales u otras, pero que pueden entrar nuevamente en operación.
- c) Faenas abandonadas: Aquellas que se encuentran definitivamente abandonadas sin posibilidad de operar nuevamente.

Serán productoras de pasivos ambientales las faenas no operativas y las faenas abandonadas toda vez que realizaron un daño ambiental en un momento determinado y que actualmente ese daño existe y no tiene una actual fiscalización de autoridad alguna.

Para buscar directrices para poder perseguir la responsabilidad por daño ambiental en la minería podrá distinguirse si se trata de un daño ambiental realizado en el pasado con consecuencias en el presente producido por faenas no operativas o abandonadas, denominado "pasivo ambiental", o si se trata de un daño ambiental realizado por faenas operativas actualmente supervigiladas por la autoridad, en especial, por el Servicio Nacional de Geología y Minería.

## II. SEGUNDA PARTE: RESPONSABILIDAD AMBIENTAL EN MINERÍA

La responsabilidad ambiental en general tiene dos fases en cuanto a su regulación:

- 1° Antes de la entrada en vigencia de la Ley de Bases del Medio Ambiente (1997) en el que se regula de acuerdo a las normas del Derecho Civil en materia de responsabilidad contractual o extracontractual.

- 2° Después de la entrada en vigencia de la Ley de Bases del Medio Ambiente (1997), en la que esta nueva regulación establece normas especiales sobre la materia.

### A) RESPONSABILIDAD AMBIENTAL ANTES DE LA VIGENCIA DE LA LEY DE BASES DEL MEDIO AMBIENTE

Antes de la dictación de la Ley de Bases del Medio Ambiente, su reparación se sujetaría en todo al régimen común o general de responsabilidad civil contenido en el Código Civil o, en su caso, en las leyes especiales que pudieren existir al efecto.

En atención a ello, la acción indemnizatoria solo podría ser deducida por quien haya experimentado directamente el perjuicio y en contra de quien pueda acreditarse fue su autor. El éxito de la misma estaría sujeto a la acreditación de todos los requisitos generales de la responsabilidad (acción u omisión dolosa o culpable, existencia de daño, relación de causalidad entre la acción y el daño), en especial a la demostración de un determinado comportamiento subjetivo o doloso del eventual responsable.

Su régimen de reparación sería, en general, el contenido en los arts. 2314 y ss. del Código Civil dado que normalmente se estará ante un supuesto de responsabilidad extracontractual. De no ser así y de tratarse de una hipótesis de responsabilidad contractual –de difícil ocurrencia en la materia aunque no imposible– se aplicaría sin modificación alguna lo dispuesto en la convención que ligaba a víctima o responsable o, en su defecto, lo establecido en el régimen común de indemnización de los daños contractuales contenido en los arts. 1556 y ss.

Si, en cambio, de daño ocasionado al medio ambiente se trata, atendido que el régimen común de responsabilidad exige un perjuicio causado a una víctima o acreedor dotado de personalidad natural o jurídica, esto es, que constituya un sujeto de derecho, ninguna acción reparatoria del mismo sería admisible. El medio ambiente no podría ser restaurado por esta vía sino solo resarcidas las secuelas que esa contaminación haya causado a individuos que se desenvolvían en el entorno afectado.

### B) RESPONSABILIDAD CON LA VIGENCIA DE LA LEY DE BASES DEL MEDIO AMBIENTE

Sin perjuicio de lo establecido en la legislación civil en materia de responsabilidad extracontractual, la Ley de Bases del Medio Ambiente regula dos acciones ambientales, las que son compatibles entre sí: la acción ambiental indemnizatoria y la acción ambiental de reparación.

### 1° Acción ambiental indemnizatoria

Esta acción busca la indemnización de los perjuicios causada a una víctima, quien es la titular de la acción, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Acción u omisión ilícita;
- b) Que exista daño ambiental. En los términos de la definición ya comentada;
- c) Que exista culpa o dolo del agente. Corresponderá a la víctima acreditar la culpa. Sin perjuicio de lo anterior, existe la presunción del art. 52 de la Ley de Bases que establece una presunción de la responsabilidad del daño ambiental si hay infracción a:
  - i) Normas de calidad ambiental;
  - ii) Normas de emisiones;
  - iii) Planes de prevención;
  - iv) Planes de descontaminación;
  - v) Regulaciones especiales para casos de emergencia ambiental;
  - vi) Normas sobre protección, preservación o conservación ambientales.
- d) Relación de causalidad entre la conducta del causante y el daño producido.

Esta acción es análoga a la acción civil de responsabilidad extracontractual ya vista.

### 2° Acción ambiental de reparación

Esta acción faculta al afectado a solicitar a los tribunales de justicia una orden que obligue al ofensor a restaurar el medio ambiente deteriorado. Para poder hacer efectiva la responsabilidad que nace a partir de esta acción se deberán acreditar todos los elementos señalados para la acción indemnizatoria.

El fundamento de la acción está en el artículo 3° de la Ley de Bases que señala que: "*Sin perjuicio de las sanciones que señale la ley, todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuere posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley*".

Los efectos de esta acción están más condicionados para su real ejecución que los de la acción indemnizatoria toda vez que deberá cumplirse que es posible la reparación material del daño al medio ambiente y que el demandado tiene la capacidad económica suficiente para realizar dicha reparación.

### 3° Titulares de las acciones ambientales

Los titulares de las acciones ambientales dependerán del tipo de acción. Así, la acción

ambiental indemnizatoria solo la tendrán las personas naturales o jurídicas que hayan sufrido el daño o perjuicio. En cambio, la acción ambiental reparatoria la tendrán no solo quienes hayan sufrido el daño o perjuicio sino que también:

- a) Las municipalidades por lo hechos acaecidos en sus respectivas comunas. Las municipalidades serán receptoras de cualquier denuncia ambiental que se produzca dentro de su comuna sobre la cual harán un examen de admisibilidad según los antecedentes aportados. Si es favorable dicho examen obligará a la municipalidad a entablar la demanda respectiva y, en su defecto, deberá fundar su decisión de no admisibilidad so pena de ser responsable solidariamente de los perjuicios ocasionados al afectado.
- b) El Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado. Para estos efectos se creó la Unidad Ambiental del Consejo.

### 4° Prescripción de la acción ambiental

La acción ambiental y las acciones civiles emanadas del daño ambiental prescribirán en el plazo de cinco años, contados desde la manifestación evidente del daño.

La historia legislativa del artículo 63 de la Ley de Bases muestra un cambio de opinión con respecto de la idea original de que sea una acción imprescriptible.

El momento en que empieza a contar el plazo de prescripción de la acción ambiental difiere de la acción civil toda vez que esta última tiene como momento en que inicia dicho plazo, el de ocurrido el acto dañoso.

Esta diferencia tiene particulares consecuencias con respecto de los pasivos ambientales, toda vez que con el sistema de prescripción de la Ley de Bases se extendería el plazo desde que comienza a contar la prescripción. En efecto, si entendemos que los pasivos ambientales menores son aquellos daños ambientales producidos por la minería en el pasado, con la antigua regulación lo más probable es que el plazo de prescripción se encuentre vencido, pero con el sistema de la Ley de Bases pueden existir ciertos pasivos ambientales que aún no demuestran sus efectos y por lo tanto, las acciones ambientales se encontrarían vigentes.

### 5° Situación del concesionario minero frente a la responsabilidad ambiental

Especial importancia tiene la determinación de la responsabilidad del concesionario minero

en el daño ambiental producido por una faena minera. En efecto, el concesionario minero será quien tendrá el derecho a realizar las faenas de exploración y explotación de minerales que podrán producir el daño ambiental.

Asimismo, el concesionario minero podrá coincidir con el titular del establecimiento de beneficios de minerales (que en algunos casos como en las servidumbres son homologables para los efectos de ser considerados predios dominantes) que son los productores de escorias y relaves, ejemplos clásicos de pasivos ambientales.

De acuerdo a lo ya analizado, el responsable por el daño ambiental es el que realiza el acto dañoso con culpa o dolo quien puede ser distinto al concesionario minero. Bien es sabido que en muchos casos en minería la efectiva exploración y explotación minera no se hace por el concesionario minero sino que por empresas operadoras del proyecto o mina, y que además, el trabajo material está encargado a contratistas.

En el caso que el que produce el daño ambiental coincida con el concesionario minero se le aplicarán todas las normas ya vistas sobre responsabilidad ambiental. En cambio, si el concesionario minero no ha participado en la producción del daño no podrá ser perseguida su responsabilidad bajo ningún punto de vista.

El único caso en que el concesionario puede hacerse responsable de un daño ambiental producido por terceros, es aquel regulado por el artículo 6° del Código de Minería, en el que existen desmontes, escorias y relaves en las siguientes circunstancias:

- a) Se encuentre extinguida la pertenencia o abandonado el establecimiento de beneficios del cual proceden los desmontes, escorias y relaves;
- b) Los desmontes, escorias y relaves se encuentren en terrenos abiertos y francos;
- c) Se constituyan concesiones mineras sobre los desmontes, escorias y relaves.

En este caso, el nuevo concesionario minero tendrá derecho a explotar los desmontes, escorias y relaves que se encuentren dentro del perímetro de su concesión minera. Pero, por otro lado, se hará responsable de los daños ambientales que estos produzcan toda vez que estos elementos por sí constituyen un pasivo ambiental y su nuevo dueño podrá incurrir en una omisión ilícita al no realizar las gestiones necesarias para evitar cualquier daño ambiental.

Lo anterior se funda en que el legislador entiendo que los desmontes, escorias y relaves

abandonados son como un yacimiento a la vista que dejaron de tener un concesionario. Porque se puede entender que quienquiera ejercer un derecho sobre ellos deberá asumir los costos de hacerse dueño de un pasivo ambiental que existía a la vista de cualquier persona.

### III. TERCERA PARTE: INSTRUMENTOS PARA PREVENIR EL DAÑO AMBIENTAL EN MINERÍA

No obstante sistematizar un régimen efectivo de responsabilidad ambiental para la minería es necesario establecer instrumentos que eviten la producción de daños ambientales resultantes de la actividad minera. Dentro de estos instrumentos existen por ejemplo, los acuerdos de producción limpia, una política ambiental gubernamental, el sistema de evaluación de impacto ambiental y en especial, la ejecución de planes de cierre de faenas mineras.

#### 1° PLANES DE CIERRE DE FAENAS MINERAS

Creemos que es exigible a los actores mineros la presentación de planes de cierre de faenas mineras de acuerdo a la actual legislación ambiental, en especial, por lo señalado en el art. 12 letra c.5 del reglamento de la Ley de Bases que señala que el Estudio de Impacto Ambiental deberá contener:

*“La descripción de las acciones, obras y medidas que implementará el titular del proyecto o actividad en la etapa de cierre y/o abandono, si correspondiere”.*

No obstante lo anterior, deberá regularse de un mayor modo esta obligación para lo cual deberá contarse con una ley que debe contener aspectos generales (obligación de establecer garantías y servidumbres, entre otras) y a través de un reglamento, incorporar los aspectos de detalle (que no deban ser materia de ley). Esta regulación debe ser coherente con el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y debe acceder a él, como lo están haciendo muchas compañías mineras en la actualidad.

#### 2° PRINCIPIOS QUE DEBE CONTENER UNA LEGISLACIÓN SOBRE PLANES DE CIERRE DE FAENAS MINERAS

En todo caso, esta nueva legislación debe estar informada por los siguientes principios:

- a) *Prevención*: la regulación de los planes de cierre deben ser claramente preventivos, esto es, destinados a evitar que se produzca daño

ambiental con el abandono del conjunto de instalaciones mineras;

- b) *Gradualidad*: la legislación de planes de cierre debe tener exigencias diferenciadas que sean menores para la pequeña minería y cada vez más rígidos para la gran minería;
- c) *Responsabilidad*: la regulación de los planes de cierre de faenas mineras deben tener normas de responsabilidad en caso de incumplimiento de las obligaciones y garantías que las caucione, y estas no deben eximir a su obligado de la responsabilidad general por daño ambiental;
- d) *Eficiencia*: las medidas que adopte la regulación sobre planes de cierre de faenas mineras deben tener el menor costo social y empresarial y privilegiar la mejor asignación de recursos para la solución del problema
- e) *El que contamina paga*: Esta regulación debe ser coherente con el resto de la legislación ambiental y exigir que el sujeto pasivo de la obligación de cierre deba incorporar a sus costos de producción todas las inversiones necesarias para evitar la contaminación.

### 3° SUJETO OBLIGADO A PRESENTAR PLANES DE CIERRE DE FAENAS MINERAS

El sujeto pasivo de la obligación de realizar planes de cierre de faenas mineras debe ser aquel que efectivamente realice dichas faenas, sin importar si es o no el concesionario minero quien las ejecuta.

Por lo tanto, el sujeto pasivo de la obligación y por consiguiente, el llamado a presentar y cumplir los planes de cierre de faenas mineras podrá ser cualquiera persona natural o jurídica, nacional o extranjera, que realice efectivamente las faenas de *exploración, explotación o beneficio de minerales*, o también denominado operador minero.

### 4° COHERENCIA DE LOS PLANES DE CIERRE CON EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL MINERO

Una regulación sobre planes de cierre de faenas mineras deberá establecer un sistema de responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones ahí referidas, pero que debe ser compatible con el sistema de responsabilidad civil, ambiental y penal por daño ambiental.

La responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de una normativa de planes de cierre de faenas mineras deberá ser garantizada por instrumentos financieros preparados para tal efecto, lo que no obsta a que se pueda hacer

efectiva dicha responsabilidad con el derecho de prenda general sobre otros bienes que pertenezcan al sujeto pasivo de la obligación.

Por otro lado, la responsabilidad civil, penal y ambiental por un daño ambiental diverso al producido por el incumplimiento de los planes de cierre no podrá hacerse efectiva con la garantía presentada para caucionar esta obligación, la que sería inembargable.

Desde otro punto de vista, los plazos para hacer efectiva la responsabilidad ambiental por incumplimiento de los planes de cierre deben ser distintos a los ya vistos para la responsabilidad ambiental, aquellos pueden tener el siguiente régimen:

a) *Momento en que comienza el plazo*: El plazo de prescripción de la acción de responsabilidad en materia de planes de cierre de faenas mineras no puede ser contado desde el momento en que se manifieste el daño ambiental, toda vez que de esta forma se establece un momento indefinido en el tiempo siendo que en esta materia ha participado la autoridad en su aprobación y organismos técnicos en su seguimiento.

En esta materia el momento a partir del cual se debe contar este plazo es aquel en que la autoridad certifica que los planes de cierre se han cumplido.

b) *Plazo de prescripción*: La Ley de Bases del Medio Ambiente establece un plazo de cinco años desde que se manifiesta el daño ambiental. En materia de cierre de faenas mineras se deberá aumentar el plazo, toda vez que existen daños ambientales provocados por el incumplimiento de los planes de cierre que pueden manifestarse después de cinco años.

Se debe tener presente que las acciones civiles, penales, ambientales y las que emanan de los planes de cierre de faenas son compatibles y no excluyentes, por lo que si un daño ambiental no puede ser perseguido por la acción de la regulación especial de planes de cierre que se propone, no debiese obstar para que puedan ejercerse las acciones establecidas en la Ley de Bases del Medio Ambiente.

### 5° ENTRADA EN VIGENCIA DE LA NORMATIVA SOBRE PLANES DE CIERRE DE FAENAS MINERAS

La normativa sobre planes de cierre de faenas mineras debería aplicarse en forma obligatoria a aquellas faenas mineras nuevas que se inician una vez que entre en vigencia esta nueva regulación. El momento de presentación de los

planes de cierre debiera depender de las siguientes circunstancias:

*a) Si son faenas cuya ejecución comenzó en forma previa a la entrada en vigencia de la normativa:*

La presentación de estos planes de cierre debiera ser voluntario y no podrá exigirse garantías ni nada que pueda gravar de mayor forma a aquellos proyectos mineros. No obstante lo anterior, para aquellas faenas mineras que hayan presentado planes de cierre voluntarios deberán sujetarse a ellos en forma obligatoria.

*b) Si son proyectos cuyas faenas no se han iniciado a la entrada en vigencia de la normativa:*

La normativa podría establecer que los obligados a presentar los planes de cierre deberán hacerlo junto con el respectivo Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, ya que debe coordinarse su ejecución.

En todo caso, que la fiscalización, monitoreo y emisión de certificados vinculados a los pla-

nes de cierre debería ser realizado por el Servicio Nacional de Geología y Minería.

#### 6° GARANTÍAS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LOS PLANES DE CIERRE

Las obligaciones que provengan de los planes de cierre deberían ser garantizados para que se hagan efectivas las cauciones en caso de incumplimiento. Estas garantías se deben revestir de las siguientes características:

- a) El valor garantizado deberá ser equivalente al valor económico que significa llevar a cabo los planes de cierre;
- b) Debe incluirse un mayor valor por si es la autoridad la que en definitiva lleva a cabo los planes de cierre;
- c) Deben ser inembargables y libre de gravámenes;
- d) Debe permitir la devolución parcial de la garantía en la medida que se vaya cumpliendo con el plan de cierre;
- e) Deben estar expresadas en un instrumento financiero que dé garantía de su cumplimiento y que no se devalúe por el paso del tiempo.