

EN LO PRINCIPAL, formula descargos. **PRIMER OTROSÍ**, solicita apertura de término probatorio en los términos que indica. **SEGUNDO OTROSÍ**, acompaña documentos. **TERCER OTROSÍ**, se tenga presente.



SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE

Fiscal Instructor Sr. Benjamín Muhr Altamirano

Jorge Lagos Rodríguez, en representación de la **Corporación Nacional del Cobre de Chile** (en adelante, "Codelco"), División El Teniente, en el procedimiento administrativo sancionatorio Rol de expediente D-33-2016, que se instruye en virtud de los cargos formulados mediante Resolución Exenta N° 1 de fecha 28 de junio de 2016, respetuosamente digo:

Que en este acto, encontrándome dentro de plazo, vengo en formular descargos de conformidad a lo previsto en el párrafo 3° del Título III de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, contenida en el artículo segundo de la ley N° 20.417 (en adelante, "LOSMA"), en los términos que a continuación se exponen, solicitando desde ya la liberación total de responsabilidad para mi representada por los hechos supuestamente infraccionales que le han sido atribuidos; sin perjuicio de las peticiones subsidiarias que se expondrán en lo pertinente de estos descargos.

I

PLAZO DE FORMULACIÓN DE LOS DESCARGOS

Los cargos formulados por la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "SMA") fueron remitidos a esta parte mediante carta certificada, entendiéndose realizada la notificación con fecha 7 de julio de 2016.

Habiéndose requerido ampliación de plazo con fecha 26 de julio de 2016, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 26 de la ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (en

adelante, "LPA"), se accedió a tal solicitud mediante Resolución Exenta N° 2/Rol D-33-2016 de 28 de julio del año en curso, por un término adicional de 7 días hábiles.

En atención a todo lo cual, estos descargos han sido ingresados dentro de plazo.

II

SÍNTESIS DE LA ESTRUCTURA DE LA DEFENSA QUE SE DESARROLLARÁ EN ESTA PRESENTACIÓN

1. Atendida la naturaleza de este procedimiento, nos referiremos primero a los principios y reglas que rigen a su respecto, para reafirmar el marco en que se desenvuelve el derecho administrativo sancionador, y verificar cómo éste ha sido aplicado al caso.
2. En consideración a esa base jurídica, evidenciaremos que en este procedimiento no se cumplen los presupuestos de legalidad que le son exigibles. En ese contexto, nos ocuparemos del contenido y alcance de la formulación de cargos, toda vez que, entre otros vicios esenciales, éstos no cumplen con los requisitos cardinales que demanda el artículo 49 de la LOSMA.
3. Particularmente, señalaremos que dicha formulación no alcanza el estándar de suficiencia, pues no cuenta con la exhaustividad necesaria al describir los hechos que se atribuyen como ilícitos a mi representada, de forma tal que carece de una identificación específica, concreta, precisa, certera y bastante de los mismos.
4. Asimismo, indicaremos que de acuerdo al contenido de las respectivas resoluciones de calificación ambiental (en adelante, "RCA"), al momento de formular los cargos, la autoridad ha efectuado una interpretación extensiva y errada respecto del alcance de las conductas supuestamente exigidas a mi representada.
5. Para todo ello, efectuaremos un análisis de los tres cargos formulados, para desvirtuar cada una de las supuestas infracciones, bien por ausencia de conducta infraccional (al haber operado dentro del marco que establece el sistema jurídico ambiental y, en particular, de lo establecido en las licencias ambientales que rigen al proyecto); bien por ausencia del

elemento subjetivo de la conducta (culpa o dolo) en el actuar de Codelco; bien por deficiencias en la configuración del cargo formulado.

6. En suma, expondremos que el núcleo esencial de las conductas exigidas no coincide con los hechos en que se fundan los cargos y, en consecuencia, la tipificación infraccional de los hechos es errada. Todo ello, según se tratará separadamente para cada cargo formulado.
7. Por otra parte, para todos y cada uno de los cargos, pese a las deficiencias esenciales que posee su formulación e interpretando lo que eventualmente ha querido señalar el órgano instructor, plantearemos que las infracciones de que dan cuenta no se han verificado y, subsidiariamente, que a su respecto concurren elementos eximentes de responsabilidad.
8. Asimismo, para el evento que a pesar de las argumentaciones y probanzas rendidas la autoridad decidiese sancionar en definitiva, fundamentaremos que concurren importantes circunstancias que determinan la necesidad de imponer un reproche de carácter mínimo o atenuado.
9. Finalmente, analizaremos la determinación adoptada, por ahora, respecto a la conducta imputada en el cargo N° 2, ya que en atención a lo dispuesto por la letra e) del numeral 2 del artículo 36 de la LOSMA, no concurre ninguno de los supuestos para que la infracción sea calificada como grave.

III

CONSIDERACIONES GENERALES RESPECTO A LA NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO

SANCIONATORIO. REGLAS Y PRINCIPIOS QUE LO GOBIERNAN

Es doctrina debidamente asentada, aquella según la cual los procedimientos administrativos sancionatorios -como lo es el que ahora la SMA- constituyen una manifestación del *ius puniendi* del Estado. Esta constatación acarrea una serie de relevantes consecuencias, entre las que podemos destacar la necesaria aplicación de ciertos principios del derecho penal en el tipo de procesos que ahora se analiza.

Asimismo, dada su naturaleza de procedimiento administrativo, le atañen las exigencias relativas a un proceso racional y justo, garantizadas en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República; como también le son aplicables los principios que rigen a los actos administrativos y que han sido positivamente consagrados en la LPA; con todo el contenido conceptual que ello trae aparejado.

Tales presupuestos jurídicos han sido latamente reconocidos en nuestra jurisprudencia administrativa y judicial, tal como pasamos a revisar enseguida.

A. LA POTESTAD SANCIONATORIA COMO MANIFESTACIÓN DEL *IUS PUNIENDI* DEL ESTADO, Y LOS PRINCIPIOS QUE EN CONSECUENCIA RESULTAN APLICABLES.

1. La **Contraloría General de la República** reiteradamente ha señalado que *"la potestad sancionatoria del Estado (...), es junto a la potestad punitiva penal, una de las manifestaciones del ius puniendi general del Estado, razón por la cual ha entendido también que los principios del derecho penal son aplicables al derecho sancionador disciplinario..."*¹.
2. El **Tribunal Constitucional** ha resuelto también, de manera temprana, que en nuestro ordenamiento jurídico *"los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado"*².

En esa misma línea, estableció que *"sustantiva y procesalmente, el artículo 19 N° 3 de la Constitución tiene que ser entendido y aplicado con significado amplio y no estricto ni restrictivo, porque sólo así es posible cumplir, cabalmente, cuanto exige la serie de principios fundamentales analizados en los considerandos precedentes. Consecuentemente, cabe concluir que dentro de los parámetros de razonabilidad y legitimidad a que se hizo referencia, lo cierto e indudable es que la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos fundamentales, como asimismo, las concreciones de ese principio que aparecen en*

¹ Dictamen N° 14.571 de 2005. Reiterado en los Dictámenes 31.239 de 2005, 30.070 de 2008, 34.407 de 2008, 62.188 de 2009, 24.094 de 2010, entre varios otros.

² Rol N° 244 de 1996, Considerando 9°. En el mismo sentido, Rol N° 479 de 2006, Rol N° 480 de 2006, Rol N° 1413 de 2010, Rol N° 1518 de 2010, y Rol N° 2381 de 2013.

los incisos siguientes del mismo numeral, deben ser entendidas en su acepción amplia, sin reducirlas por efecto de interpretaciones exegéticas, o sobre la base de distinciones ajenas al espíritu garantista de los derechos esenciales que se halla, nítida y reiteradamente, proclamado en la Carta Fundamental vigente.”³.

En dicha oportunidad agregó que “los principios del artículo 19 N° 3 de la Constitución, en la amplitud y generalidad ya realizada, se aplican, en lo concerniente al fondo o sustancia de toda diligencia, trámite o procedimiento, cualquiera sea el órgano estatal involucrado, trátase de actuaciones judiciales, actos jurisdiccionales o decisiones administrativas en que sea, o pueda ser, afectado el principio de legalidad contemplado en la Constitución, o los derechos asegurados en el artículo 19 N° 3 de ella, comenzando con la igual protección de la ley en el ejercicio de los atributos fundamentales. Además y de los mismos razonamientos se sigue que los principios contenidos en aquella disposición constitucional rigen lo relativo al proceso racional y justo, cualquiera sea la naturaleza, el órgano o el procedimiento de que se trate, incluyendo los de índole administrativa, especialmente cuando se ejerce la potestad sancionadora o infraccional.”⁴

El Tribunal Constitucional ha confirmado dicho criterio, al resolver que: “*Aun cuando las sanciones administrativas y las penas difieren en algunos aspectos, ambas pertenecen a una misma actividad sancionadora del Estado el llamado ius puniendi y están, con matices, sujetas al estatuto constitucional establecido en el numeral 3 del artículo 19.*”⁵

También ha expresado que “*A la imposición de sanciones administrativas, pues, necesariamente debe anteceder una serie concatenada de trámites, tan esenciales como un acta o acusación o formulación de cargos precisa y sostenida en una investigación previa, su comunicación al presunto infractor y la oportunidad para que éste pueda plantear defensas o alegaciones y rendir pruebas.*”⁶

³ Rol N° 437 de 2005, Considerando Décimo Sexto.

⁴ Íd., Considerando Décimo Séptimo.

⁵ Rol N° 480 de 2006, Considerando Quinto.

⁶ Rol N° 2682 de 2014, Considerando Decimosegundo.

3. Por último, la **Excelentísima Corte Suprema** se ha pronunciado en el mismo sentido que lo han hecho la Contraloría General de la República y el Tribunal Constitucional, señalando que *"el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal, tienen un origen común, a saber, el ius puniendi del Estado, lo que tiene como consecuencia la posibilidad de aplicar de manera supletoria en la esfera de las sanciones administrativas, principios propios del Derecho Penal"*.⁷
4. Como consecuencia de lo expuesto, el ejercicio de la potestad punitiva del Estado debe sujetarse a los principios del derecho penal mínimos establecidos en garantía del interés público y de los ciudadanos, entre ellos, los principios de reserva o legalidad, imparcialidad y publicidad, la presunción de inocencia, las reglas de la carga de la prueba, el derecho a la defensa, proporcionalidad, la libertad probatoria, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho de contradicción, la prohibición del non bis in ídem y de la analogía *in malam partem*, entre otros.

B. LOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS EN LA LEY N° 19.880.

Para el legislador es de tal relevancia la materia que venimos analizando, que en la LPA se cristalizaron una serie de principios que deben observar las entidades públicas en el ejercicio de sus funciones.

Entre ellos, podemos dar cuenta de los principios de contradictoriedad y de igualdad (Artículo 10, LPA), de imparcialidad (Artículo 11, LPA), de impugnabilidad (Artículo 15, LPA) y de transparencia y publicidad (Artículo 16, LPA). Además, estableció como causales del recurso extraordinario de revisión respecto de los actos firmes, tanto la falta de un debido emplazamiento, como el manifiesto error de hecho determinante (Artículo 60, letras a) y b), LPA).

En dicho marco, resulta fundamental que en el procedimiento exista una determinación precisa, clara, individualizada y concreta de los hechos que se asocian al comportamiento que se reprocha. Esto significa la necesidad de establecer con exactitud y sin asomo de duda alguna, las circunstancias en que acaecieron los hechos en los que se sostiene la decisión de la autoridad y su relación con los deberes supuestamente incumplidos.

⁷ Excelentísima Corte Suprema, Rol N° 4627-2008, sentencia de 11 de mayo de 2010.

En virtud de estos principios que citamos, pesa sobre la Administración el deber de actuar en concordancia con la probidad e imparcialidad desde el inicio de un procedimiento hasta su conclusión. En virtud del principio de razonabilidad, la autoridad pública se encuentra obligada a fundamentar sus actos administrativos, ya sean normados o discrecionales, señalando con la debida precisión, los antecedentes fácticos y normativos que le sirven de base para su dictación.

En el señalado sentido, en relación al contenido y motivación de los actos que emite la SMA, la jurisprudencia administrativa también es clara y contundente en establecer estrictos parámetros de juridicidad.

Así, el Dictamen N° 6.190 de 2014, resuelve que *"se advierte que la normativa entrega a la anotada Superintendencia cierto margen de apreciación para definir si desarrolla o no determinadas actividades fiscalizadoras, como asimismo para determinar si da o no inicio a un procedimiento sancionatorio"*, agregando que *"cabe prevenir, en concordancia con lo manifestado por la jurisprudencia administrativa contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 44.459, de 2010; 61.517, de 2012 y 33.452, de 2013, de este Ente Fiscalizador, que es indispensable que los actos de los órganos de la Administración del Estado -carácter que, por cierto, reviste la SMA- tengan una motivación y un fundamento racional, ya que, conforme al principio de juridicidad, es importante constatar que éstos no obedecen al mero capricho de la autoridad, sino que a criterios efectivos que le otorgan legitimidad"*, dado lo cual *"la decisión que adopte la referida Superintendencia en relación a desempeñar o no actividades de fiscalización, o bien en orden a instruir o no un procedimiento sancionatorio, requiere tener un sustento racional"*.

Siguiendo el mismo criterio, por Dictamen N° 4.547 de 2015, se estableció que *"la preceptiva entrega a la SMA cierto margen de apreciación para definir si desarrolla o no determinadas actividades fiscalizadoras, como asimismo, para discernir si da o no inicio a un procedimiento sancionatorio, decisión que, en todo caso, es exigible que tenga una motivación y un fundamento racional"*.

C. ANÁLISIS Y CONSIDERACIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO DE LA CONDUCTA. VALORACIÓN DE LA CULPA O DOLO COMO PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD.

En esta clase de procedimientos es de la mayor relevancia tener presente que rige el principio de la responsabilidad subjetiva.

Sobre el particular, podemos dar cuenta de lo señalado por la Excm. Corte Suprema, la cual, en sentencia de 5 de septiembre de 2002, Rol 3082-2002, señaló que en nuestra legislación el sistema de responsabilidad es subjetivo y deriva del dolo o culpa, por lo que la responsabilidad objetiva o por el resultado dañoso, requiere de disposición legal expresa que la contemple, dado que rompe el sistema antes indicado.

Así, el elemento subjetivo de la conducta debe ser aplicado y tenido siempre en consideración. En efecto, en virtud del principio pro reo y de la presunción de inocencia, la eventual infracción debe ir acompañada de un actuar negligente, doloso y/o culposo por parte del potencial responsable, de modo que no basta con la sola constatación de la vulneración de ciertas obligaciones para atribuir responsabilidad al agente.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Segundo Tribunal Ambiental. En sentencia de 7 de mayo de 2015, en causa rol R-38-2014, señaló que: *"Cuadragésimo primero: Que, A juicio de este Tribunal en el ámbito administrativo sancionador se aplica el principio de culpabilidad, lo que se traduce en que sólo podrá sancionarse al infractor cuando se ha actuado en forma dolosa o culposa...Existe consenso en nuestra doctrina y jurisprudencia respecto de la aplicación de este principio en materia de sanciones administrativas, aun cuando no se indica la fuente o fundamento de tal afirmación (Cordero Quinzacara, Eduardo (2014), Derecho Administrativo Sancionador, Ed. Thomson Reuters p. 251).*

Cuadragésimo Segundo: Que, de lo señalado precedentemente y de los antecedentes expuestos por las partes, lo que corresponde determinar en este punto, es si el incumplimiento a lo dispuesto en la RCA es o no imputable al actuar negligente del MOP..."

Por otro lado, ha precisado el mismo tribunal en sentencia recaída en causa Rol-R-33-2014, que *"para que la "debida diligencia" alegada por el reclamante pueda siquiera dar lugar a una discusión sobre una probable eximente de responsabilidad administrativa, se debe considerar la*

actuación del sancionado previo a la comisión de la infracción, y que esta diga relación con la conducta ilícita, por cuanto la diligencia posterior – si es que ocurre – solo puede tener efectos en la determinación de la sanción específica, conforme lo permite el artículo 40 letra i) del estatuto orgánico de la SMA.”.

En dicha perspectiva, el régimen de imputación de responsabilidad en materia infraccional administrativa es plenamente aplicable a este caso, toda vez que no existe norma expresa en contrario. En atención a ello, podemos dar cuenta de las siguientes características:

- Es un régimen subjetivo que requiere culpa o dolo por parte del denunciado. Por tanto, no basta para dar por acreditada la infracción y aplicar la consecuente sanción, la verificación de un hecho infraccional, sino que se requiere un examen de la culpabilidad y reprochabilidad respecto de la conducta del presunto infractor.
- Se admite la exoneración de responsabilidad del imputado si este acredita el cumplimiento de la debida diligencia exigible.

D. CONSECUENCIAS.

En atención a lo expuesto, en síntesis, estimamos que en materia sancionatoria, la consideración de los hechos y la interpretación de las normas son expresión directa de la potestad punitiva del Estado, cuyo correcto ejercicio debe sujetarse a los principios mínimos establecidos en garantía del interés público y de los ciudadanos, entre ellos, los principios de reserva o legalidad, imparcialidad y publicidad, la presunción de inocencia, las reglas de la carga de la prueba, proporcionalidad, interpretación estricta, el derecho a la defensa, la libertad probatoria, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho de contradicción, la prohibición del non bis in ídem y de la analogía *in malam partem*, entre otros.

Así, en concreto y como materialización de lo anterior, si la configuración de los hechos debe ser la base de los cargos que se plantean, y éstos, de los eventuales incumplimientos y posibles responsabilidades, resulta fundamental que en el inicio del procedimiento exista una determinación precisa, clara, individualizada y concreta de los hechos que se asocian al comportamiento que se reprocha al sujeto pasivo de aquél, de suerte tal que los cargos que se formulen sean consecuencia directa de los mismos, todo lo cual permitirá, al mismo tiempo,

configurar los posibles incumplimientos y determinar el marco bajo el cual la defensa del imputado se desarrollará.

Por otro lado, para establecer si efectivamente se configura responsabilidad susceptible de reacción punitiva legítima en virtud de lo dispuesto en la LOSMA, será necesario realizar un análisis del elemento subjetivo de la conducta, por cuanto el régimen de responsabilidad subjetiva posee plena aplicación en este ámbito.

De esta forma, estas obligaciones que recaen sobre el órgano instructor, deben ser comprendidas a la luz de los principios, jurisprudencia y disposiciones legales y constitucionales que hemos revisado en este capítulo.

IV

LAS REGLAS Y PRINCIPIOS ASOCIADOS A LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONATORIOS Y SU RELACIÓN CON LA FORMULACIÓN Y CALIFICACIÓN DE LOS CARGOS

A. LAS EXIGENCIAS ESTABLECIDAS EN LA LOSMA EN MATERIA DE FORMULACIÓN DE CARGOS.

Vale tener presente que, de manera plenamente concordante con el sistema jurídico sancionador, el artículo 49 inciso 2º de la LOSMA dispone que *la formulación de cargos señalará una descripción clara y precisa de los hechos que se estimen constitutivos de infracción y la fecha de su verificación, medidas o condiciones eventualmente infringidas (...).*

Ello se vincula con lo dispuesto por el artículo 51 de la LOSMA, en cuanto establece que los medios probatorios se apreciarán conforme a la sana crítica, sistema de valoración que en su sustento conceptual va indisolublemente unido a la lógica y a la razonabilidad, y por ende, demandan el desarrollo de un proceso racional y justo (debido proceso).

Consideramos relevante manifestar que la formulación de cargos importa una delimitación del espacio en que se desenvolverá el ejercicio de la potestad sancionatoria a lo largo del procedimiento, y por consiguiente y de suyo fija un doble marco, a saber: aquél bajo el cual el órgano fiscalizador podrá actuar en el ámbito del proceso (en su instrucción, determinación de

diligencias, valoración de los antecedentes y decisión final); y aquél conforme con el cual la defensa del supuesto infractor debe ejercer los derechos que le franquea la ley.

De ahí que si la formulación de cargos no logra superar el estándar de suficiencia – como acaece en varios cargos de los señalados en la Resolución Exenta N° 1/Rol D-33-2016 -, por no cumplir con la exhaustividad necesaria a la hora de describir los hechos que se atribuyen como ilícitos a mi representada, y por ende, carece de una identificación específica, concreta, precisa, certera y bastante de los mismos, ello afecta el adecuado ejercicio de los derechos que le asisten a mi representada en el marco de la puesta en práctica del debido proceso. En suma, carece de la tipificación esencial que se le demanda a este tipo de actuación.

A mayor abundamiento, es posible señalar que atendida la propia estructura de la Resolución N° 1/2016 del órgano instructor, resulta evidente la deficiencia en la construcción de los cargos. En efecto, en la parte considerativa del referido acto administrativo se colacionan una serie de antecedentes que no sólo plasman una relación parcial de los hechos, por cuanto se han omitido importantes hitos, sino que además, no son congruentes con la concreta formulación de cargos en lo que concierne a los hechos y a las infracciones que se le atribuyen a Codelco.

En efecto, la conducta reprochada no es precisa, ni clara, ni hace alusión a un espacio temporal, y mucho menos desarrolla suficiente y circunstanciadamente los hechos sobre los que se basa, por cuanto se sostienen en una síntesis criptica y genérica, que carece del contenido mínimo que debe poseer esta clase de imputación.

Desde luego, no resulta posible complementar el reproche que formula el órgano instructor mediante un reenvío a la parte considerativa de la resolución, por cuanto dicha sección es precisamente una exposición –en este caso, parcial- de antecedentes, que no contiene una interpretación explícita de las obligaciones y alcances que la autoridad considera exigibles a Codelco, ni una calificación jurídica de las mismas, como tampoco un desarrollo que permita entender por qué razón determinadas actuaciones de esta parte fueron catalogadas como infracción o en qué grado y bajo qué circunstancias específicas.

Sobre esta materia nos detendremos al analizar separadamente cada cargo.

B. AUSENCIA DE MOTIVACIÓN EN LA CALIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN VINCULADA AL CARGO Nº 2.

Respecto de la calificación de gravedad que se ha hecho respecto del cargo Nº 2 (compensación de suelos), el acto administrativo dictado por el órgano instructor carece totalmente de motivación.

En efecto, aún cuando se trate de una calificación inicial y por ende provisional hasta que no se produzca el término del procedimiento, de todos modos requiere de una debida fundamentación. Puesto en otros términos, aún cuando se trate de una valoración que puede experimentar cambios a lo largo del procedimiento, dado que define la forma en que el imputado debe encarar los cargos (con todo lo que ello significa jurídicamente), debe permitirle tener el conocimiento acabado y completo (en términos de antecedentes y raciocinio) de aquello que condujo al órgano instructor a calificar la infracción de una determinada manera.

Pero la exigencia de motivación al momento de calificar la gravedad de la infracción (aun cuando sea provisional) es exigible además en virtud del efecto jurídico que provoca dicha valoración en el ejercicio legítimo de los derechos de Codelco.

Es así como una cualificación como la anotada configura una situación de amenaza para el ejercicio de los derechos referidos. Y lo hace porque, por sí misma, detona la posibilidad cierta y concreta de que la sanción pueda ser de gran intensidad (traduciéndose, por ejemplo, en una revocación de la resolución de calificación ambiental, o en una multa que puede alcanzar hasta las 5 mil unidades tributarias anuales).

En ese contexto, es de interés señalar que el artículo 11 de la LPA, sin distinguir el tipo de acto administrativo como tampoco el momento del íter procedimental en que se expida, dispone y ordena claramente **que cuando un acto amenace el legítimo ejercicio de los derechos de los particulares, debe expresar siempre los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustenta.**

Por consiguiente, aun cuando se trate del acto inicial del proceso y, a su vez, tenga el carácter de provisional, tratándose de un acto que amenaza el legítimo ejercicio de los derechos de mi representada, la calificación de la infracción, sobre todo si reviste el

carácter de "grave", necesariamente debe encontrarse perfectamente motivada, en todos sus extremos. El tenor literal de la sección de la Resolución que examinamos claramente no respeta el mandato perentorio y claro establecido por la LPA.

En la perspectiva expresada, de interés resulta tener a la vista lo que el Segundo Tribunal Ambiental ha decidido en esta materia (la motivación debida de todo acto administrativo). Así, ha resuelto que *"la obligación de motivar las resoluciones (...) es una exigencia que nace, en principio, como una forma de convencer a las partes sobre la justicia de la decisión, enseñarles el alcance de su contenido, facilitarles los recursos y otorgar un control más cómodo al tribunal que deba conocer de los eventuales recursos que puedan deducirse"*, al punto *"que es imperativo que la motivación deba cumplir con los requisitos de publicidad, inteligibilidad y autosuficiencia, **siendo estos de vital importancia en las decisiones que tanto la autoridad administrativa como la judicial adopten en materia medioambiental, al tratarse de asuntos de interés general, cuyas consecuencias no se agotan en las partes y los jueces que participan del proceso.**"* (El destacado es nuestro).⁸

Ha establecido también que *"la revisión de la legalidad del acto administrativo recurrido implica un juicio sobre la motivación que justificaría el archivo de los antecedentes. Como lo ha dicho en otras oportunidades este Tribunal y la doctrina nacional, el control de motivación debe ser no solo de hechos sino que también de los fundamentos de derecho, **siendo revisable el acto dictado sin motivación o con motivación insuficiente.**"*⁹ (El destacado es propio).

Y ha agregado que *"todo acto administrativo debe ser fundado, debiendo cumplir con las exigencias establecidas en los artículos 11 inciso 2 y 41 inciso 4 de la ley N° 19.880 y desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia, administrativa y judicial, **pues de lo contrario deviene en arbitraria, debiendo en consecuencia ser anulada.**"*¹⁰ (Lo destacado es propio).

⁸ Rol R-06-2013, sentencia de 03 de marzo de 2014, considerando Trigésimo Tercero.

⁹ Rol R-14-2013, sentencia de 23 de abril de 2014, considerando Quinto. En el mismo sentido, Rol R-83-2015, sentencia de 30 de marzo de 2016, considerando Séptimo.

¹⁰ Rol R-32-2014, sentencia de 25 de mayo de 2015, considerando Decimosexto.

C. SÍNTESIS.

Bajo el marco expuesto en las secciones III y IV de esta presentación, a lo largo de las que siguen sostendremos que Codelco no ha incurrido en conductas constitutivas de responsabilidad en el marco de este procedimiento, bien porque ha dado estricto cumplimiento a las medidas que contempla la RCA N° 880/2008, bien porque no se han verificado los presupuestos contemplados por el órgano instructor para imputar infracción, bien porque esta parte ha implementado diligentemente las medidas y ha perseverado en su consecución, o bien porque derechamente no ha realizado las conductas imputadas en los cargos.

Además, dejaremos en evidencia que el órgano instructor no ejerció razonablemente su potestad al momento de formular cargos, pues para hacerlo lo hizo sin la precisión, claridad y motivación que demanda dicho acto.

V

DESCARGOS, ALEGACIONES Y DEFENSAS ASOCIADAS AL CARGO N° 1

A. "NO CUMPLIMIENTO DEL PROGRAMA DE RESCATE Y RELOCALIZACIÓN DE LA TOTALIDAD DE LOS INDIVIDUOS DE *NEOPORTERÍA CURVISPINA* AFECTADAS POR EL PROYECTO".

El órgano instructor ha imputado a Codelco un incumplimiento de la exigencia establecida en el considerando 7.1.1 b) de la RCA N°880/2008, que refiere al "Plan de rescate y relocalización de individuos de cactáceas y bromeliáceas" (en adelante "el Plan"). En específico, el incumplimiento atribuido a mi representada dice relación sólo con la especie cactácea denominada *Neopterigia curvispina*, conocida también como Quisquito.

Según se acreditará, Codelco ha cumplido y continúa cumpliendo íntegramente con la medida de mitigación, y con los múltiples requerimientos fijados por la autoridad sectorial, razón por la cual corresponde liberar de responsabilidad al titular del proyecto y en consecuencia levantar completamente éste cargo. Ello se sostiene a partir del real alcance de la obligación establecida en la RCA, y también, de las acciones y medidas que permanentemente Codelco ha implementado con la finalidad de satisfacer dicha exigencia.

Junto con lo anterior, probaremos que cualquier circunstancia que no haya permitido alcanzar los resultados esperados preliminarmente no ha sido de responsabilidad de Codelco.

También evidenciaremos la deficiente formulación del cargo, que omite señalar en qué modo el titular habría incumplido el referido Plan.

Por último, y en el improbable caso que la SMA decidiera sancionar a Codelco, señalaremos las circunstancias que ameritan aplicar la menor sanción posible.

B. EL ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN ESTABLECIDA EN LA RESOLUCIÓN DE CALIFICACIÓN AMBIENTAL.

1. Lo que en términos generales establece la RCA.

A propósito del Plan de Medidas de Mitigación, el considerando 7.1.1 establece dos tipos de obligaciones, a saber: la realización de un rescate de germoplasma de las especies de flora singulares (considerando 7.1.1., letra a), y la elaboración e implementación de un plan de rescate y relocalización de individuos (considerando 7.1.1., letra b).

2. Los contornos precisos de la exigencia establecida en la RCA en relación al rescate y relocalización de cactáceas.

Sobre la base de lo que dispone la RCA, es posible establecer los siguientes alcances de la RCA en esta materia:

- a) Se exige la elaboración y aprobación de un Plan de Rescate y Relocalización de individuos.

La presentación de este Plan debía hacerse tres meses antes del inicio de la construcción de la 5ª Etapa, requiriéndose la aprobación del Servicio Agrícola y Ganadero.

- b) Aprobado el Plan de Rescate y Relocalización, éste debía ejecutarse.

Una vez aprobado el Plan, debía primero realizarse el rescate de la totalidad de los individuos que se encontrasen en el área del Proyecto, para luego proceder a su relocalización. Los individuos rescatados, para el caso del Quisquito, fueron 59.

- c) Para la implementación de la medida de mitigación, se establecen dos modos de cumplimiento:

(i) **Relocalización** asociada a un criterio de éxito, es decir, que la sobrevivencia de los individuos alcanzaría al menos un 75%.

(ii) Para el caso que dicho porcentaje de sobrevivencia no se alcanzara, el mismo acto administrativo estableció una segunda forma de cumplir con la obligación, cual es la **viverización**, de modo que dicho porcentaje pueda alcanzarse mediante el reemplazo de individuos relocalizados que no sobrevivan, por plantas obtenidas en vivero.

Así, la RCA dispone que *"En la eventualidad que no se alcance la sobrevivencia esperada, el Titular del Proyecto ha planificado reemplazar los individuos que no hayan sobrevivido hasta completar el 75% señalado."*

Esta segunda forma de cumplir con la medida de mitigación, es decir, el reemplazo de los individuos que no hayan sobrevivido hasta alcanzar el 75% anotado, *"se efectuará mediante viverización, utilizando el germoplasma propio del área del Proyecto que se recolectará producto de la medida de mitigación descrita en el literal a) de esta sección."*

d) En consecuencia, y a la luz del claro tenor de la RCA, la medida de mitigación vinculada al Quisquito puede ser cumplida de dos formas, ambientalmente equivalentes, que se complementan para garantizar la consecución de su objetivo, a saber: (i) mediante la relocalización de los individuos, y (ii) si ella no alcanzaba el porcentaje de éxito establecido, a través de la viverización.

Por la misma razón, es evidente también que el hecho de no alcanzarse el porcentaje mínimo de éxito (sobrevivencia de 75%) no importa una infracción a la medida de mitigación, pues la propia RCA contempla expresamente la posibilidad de que dicho porcentaje no sea alcanzado con la sola relocalización y, consecuentemente, la alternativa de satisfacerla mediante viverización. En consecuencia, no puede configurarse un hecho infraccional mientras el proceso de viverización esté en ejecución.

Por lo tanto, tampoco puede considerarse como un hecho susceptible de reproche en esta sede, la circunstancia de no haberse logrado un éxito total a través de la replantación, pues, como ha quedado establecido, para tal supuesto se contempló la viverización.

- e) Por último, es una medida para cuya satisfacción la RCA no establece plazos.

En efecto, el texto de la RCA no establece ningún plazo para el cumplimiento de la medida, en lo que concierne a las dos modalidades de satisfacerla, conforme se explicó.

En efecto, en la Adenda N° 2, respuesta 8.6, en relación con lo que señala el Plan, sólo se estableció que el plazo de obtención de resultados **respecto de la sobrevivencia de los individuos trasplantados o relocalizados** correspondería a la duración del Programa de Monitoreo, esto es, 2 años. En lo que concierne a la **viverización, ni el EIA, ni las Adendas, ni la RCA, ni el Plan, contemplaron plazo alguno para el establecimiento de individuos.**

En atención a ello, mientras esté en marcha la actividad de viverización no es posible imputar una infracción a esta medida de mitigación.

C. ANTECEDENTES SOBRE LA EJECUCIÓN DE LA MEDIDA SUPUESTAMENTE INCUMPLIDA.

1. Para efectos de ejecutar la obligación establecida en la RCA, Codelco debía previamente entregar un Plan de Rescate y Relocalización para su aprobación por parte del Servicio Agrícola y Ganadero, lo cual debía hacer 3 meses antes del inicio de la construcción de la 5ª etapa del Proyecto de peraltamiento del embalse Carén.

Dando cumplimiento a lo anterior, mediante carta de fecha 19 de agosto de 2008, Codelco remitió al SAG el "Plan de Rescate y Relocalización de Cactáceas y Bromeliáceas", el cual fue debidamente aprobado por dicha autoridad, según consta en el Oficio N° 11.176 de 30 de septiembre de 2008, y también por la CONAMA mediante Carta N° 83.255 de 8 de octubre de 2008.

2. El Plan de Rescate y Relocalización de las cactáceas comprometido por Codelco consiste, primero, en el rescate de los 55 ejemplares que se estimaron serían afectados por el Proyecto, para luego ser relocalizados estratégicamente.
3. El porcentaje de sobrevivencia de los individuos relocalizados que se busca alcanzar en el marco del Plan, es de un 75% respecto a las cactáceas, lo cual, conforme ya se explicó, constituye la primera forma de cumplimiento de la medida de mitigación. Asimismo, según lo informado en la respuesta 8.6 de la Adenda N°2 del Proyecto, el plazo de obtención del

resultado esperado se ubica en el horizonte de tiempo de duración del Programa de Monitoreo, **es decir, 2 años.**

4. En el evento que no se alcanzare la sobrevivencia esperada, la RCA señala que Codelco debe reemplazar los individuos que no hayan sobrevivido hasta alcanzar el 75%. Este reemplazo – que es la segunda forma de cumplir con la medida de mitigación- debe llevarse a cabo mediante viverización, utilizando el germoplasma propio del área del Proyecto, recolectado en cumplimiento de la medida de mitigación contemplada en el considerando 7.1.1. a). La recolección del germoplasma fue realizada conforme al plan aprobado al efecto, de acuerdo a las mejores prácticas aplicables, entregándose el germoplasma obtenido en custodia al Instituto Nacional de Investigación Agropecuaria, de acuerdo a lo previsto en la misma RCA.
5. Junto con establecer los principales lineamientos relativos a la forma de ejecución de las acciones de rescate y relocalización de las especies, el Plan contemplaba el **mes de agosto de 2009** para el inicio de la ejecución de las actividades de extracción y replante de los ejemplares de cactáceas.
6. Se estableció también un Programa de Monitoreo e informes de 2 años de duración, con las siguientes frecuencias:
 - (i) a los 30, 60 y 90 días de la relocalización de los ejemplares;
 - (ii) a los 6 meses de la relocalización de los ejemplares;
 - (iii) a los 12 meses de la relocalización de los ejemplares;
 - (iv) a los 18 meses de la relocalización de los ejemplares; y
 - (v) a los 24 meses de la relocalización de los individuos.
7. En concordancia con lo anterior, en el mes de agosto de 2009 se efectuaron las tareas de rescate de un total de 55 ejemplares, los cuales se relocalizaron en los sectores denominados “Embalse” y “Lo Salinas”, ambos ubicados sobre la cota máxima de inundación, todo ello en la forma y tiempo establecido en el Plan de Rescate y Relocalización aprobado al efecto.

Los avances en la ejecución de esta medida fueron puestos en conocimiento de la CONAMA mediante carta de fecha 20 de abril de 2010, ocasión en la cual se acompañó copia de las campañas de monitoreo I, realizada el 28 de septiembre de 2009; II, realizada el 15 de

octubre de 2009; y III, realizada el 11 de noviembre de 2009, todo ello según lo establecido en el Plan de Rescate y Relocalización.

En las tres primeras campañas de monitoreo realizadas durante los primeros 90 días (3 meses) de realizado el rescate, los ejemplares relocalizados estaban vivos en un 100%; es decir, en los primeros tres informes de monitoreo se observaron un total de 55 ejemplares de cactáceas en buenas condiciones, salvo situaciones puntuales de stress leve en algunos ejemplares. Se dio cuenta también del emplazamiento de un cerco perimetral en el sector Embalse para evitar el factor de ataque de ganado.

8. Mediante carta N° 101.802 de 18 de junio de 2010, la CONAMA se refirió a los informes de las primeras tres campañas de monitoreo, solicitando a Codelco acompañar los Protocolos de rescate y relocalización para las cactáceas y la bromeliáceas; incorporar el detalle del Plan de Rescate y Relocalización; e incorporar en los informes una tabla de resultado para analizar el éxito.

Codelco dio oportunamente cumplimiento a estos requerimientos, mediante carta de fecha 2 de julio de 2010, en la cual se incluyeron los Protocolos de rescate y relocalización de cactáceas y bromeliáceas, junto con el "Informe de faena de rescate de cactáceas y bromeliáceas del área de inundación" preparado por CICA Ingenieros. Además, se señaló que los informes serían reforzados con una tabla síntesis en la que se presentaría el estado de los ejemplares y la medida correctiva para cada caso, de ser pertinente.

9. Continuando con el Programa de Monitoreo, el día 8 de septiembre de 2010, Codelco remitió a la CONAMA el informe de la IV campaña de monitoreo, documento denominado **"Cuarto monitoreo de estado de cactáceas y bromeliáceas rescatadas del sector de inundación del Embalse Carén"**, preparado por CICA Ingenieros en marzo de 2010, correspondiente a los 6 meses posteriores a la ejecución de la relocalización.

Dicho informe dio cuenta de la acción de terceros en el sector 1 "Embalse", desapareciendo 11 ejemplares, afectación que se produjo a pesar que el sector contaba con un cerco perimetral que delimitaba el área.

En definitiva, se constató un total de 43 ejemplares vivos con un estado fitosanitario entre bueno y regular.

Como medida correctiva de replantación, y a partir de un nuevo rescate efectuado en la cola de la actual cubeta del embalse, área que quedaría inundada durante el llenado de la 5ª Etapa del Proyecto, se rescataron y repusieron 16 nuevos individuos entre ambos sectores (14 en Embalse y 2 en Lo Salinas).

10. Posteriormente, el Servicio de Evaluación Ambiental se pronunció sobre el informe de la IV campaña de monitoreo, antes aludido, mediante carta N° 100.130 de 10 de noviembre de 2010.

En lo que respecta a las cactáceas, dicha autoridad solicitó aclarar desde dónde provenían los ejemplares rescatados para realizar la reposición de especímenes muertos y desaparecidos. En función de ello, mediante carta de fecha 17 de noviembre de 2010, Codelco dio respuesta a la solicitud señalando que *"la procedencia de los ejemplares adicionales de cactáceas corresponde a un sector ubicado a la cola de la actual cubeta del embalse, sector que quedará inundado durante el llenado de la 5ª Etapa del Proyecto"*.

11. A través de carta enviada el 16 de junio de 2011, Codelco hizo llegar al referido Servicio el informe del V monitoreo, mediante el documento denominado **"Quinto Monitoreo de Cactáceas y Bromeliáceas rescatadas del área de Inundación"** preparado por CICA en diciembre de 2010.

Dicha campaña se desarrolló a los 16 meses de efectuado el rescate (diciembre 2010), y se incorporaron los ejemplares relocalizados en la temporada 2010, que reemplazaron a los desaparecidos y dañados por el paso del ganado.

En esta campaña nuevamente se constata la acción de terceros en el sector "Embalse", registrándose un total de 48 individuos vivos entre ambos sectores, de los cuales 37 provienen del rescate original y 11 del replante informado en la campaña de monitoreo anterior (esto es, la cuarta).

Las medidas propuestas en el informe de la V campaña de monitoreo fueron implementadas en mayo de 2011, y en la oportunidad se desarrollaron las siguientes actividades:

- a) Análisis individual de los ejemplares con el fin de establecer de manera detallada los aspectos sanitarios y estéticos de cada individuo.
- b) Eliminación parcial de los individuos muertos, con el fin de disminuir focos de agentes patógenos que afecten a futuro los ejemplares remanentes.
- c) Mejoramiento de cerco perimetral en el Sector 5 (Embalse), el cual consistió en recambio y aumento de polines impregnados para soporte al paso de ganado, aumento de tensión y número de hebras de alambre y reforzamiento de puerta de acceso al sitio.
- d) Mejora de las condiciones de micrositio en el Sector 5 (Embalse) y Sector 6 (Lo Salinas), mediante desmalezado y limpieza parcial del material vegetal muerto removido de los individuos sobrevivientes.
- e) Re identificación de los individuos en todos los sectores de replante.
 - N° 01- 23: Ejemplares *Neoporteria curvispina* Sector Lo Salinas.
 - N° 24: Ejemplar *Neoporteria curvispina* Sector 5 Embalse.

Para la presente faena no se contempló la utilización de enraizantes ni fertilizante foliar, debido a las condiciones climáticas del sector, de sequía y falta de precipitaciones.

12. Mediante carta N° 111.292 de 18 de julio de 2011, el Servicio de Evaluación Ambiental envió la respuesta sobre el Informe de la V campaña de monitoreo de las cactáceas y bromeliáceas rescatadas del área de inundación, solicitando una descripción detallada y la fecha en la cual se ejecutarían las recomendaciones y acciones descritas en las conclusiones y recomendaciones del informe de la V campaña de monitoreo.

Codelco dio cumplimiento a este requerimiento a través del envío del **"Informe de la faena de remozamiento de cactáceas y bromeliáceas, realizada en mayo de 2011"** (mediante Carta N° GPAR-CAR-T09C411-984-2011, de 28 de julio de 2011), en el cual se describe y detalla el cumplimiento de cada una de las acciones comprometidas en el Informe de la V campaña de monitoreo, los cuales fueron realizados los días 10 y 11 de mayo de 2011.

13. El 19 de agosto de 2011, Codelco envió al Servicio de Evaluación Ambiental el **"Informe de la VI campaña de monitoreo de cactáceas y bromeliáceas rescatadas del área de inundación"**, preparado por CICA en junio de 2011, el cual da cuenta de los 21 meses de

efectuado el rescate (junio 2011). Con este informe se terminó el período de monitoreo establecido en el Plan de Rescate y Relocalización.

En esta campaña se registró sólo un ejemplar en el Sector "Embalse" y 23 en el sector Lo Salinas, sumando 24 ejemplares en total, sin que pudiera identificarse el origen de la nueva afectación y desaparición de 24 ejemplares respecto del total existente en la anterior campaña de monitoreo. Se propuso entonces complementar el rescate efectuado a la fecha, a objeto de reclutar más individuos mediante prospección en el área de inundación o a través de la producción de plantas en vivero.

- 14.** Con motivo del Oficio SAG N° 9985 de agosto de 2012, remitido a Codelco por medio de carta N° 121.685 de 7 de septiembre de 2012, se solicitó al titular del Proyecto, entre otras materias, enviar antecedentes sobre el grado de avance del compromiso de rescate y relocalización de la *Neoporteria curvispina* e indicar la ubicación de los ejemplares que faltaba rescatar.

Codelco dio respuesta al Servicio de Evaluación Ambiental mediante carta de 16 de octubre de 2012, en la cual se señala que el grado de avance del compromiso de relocalización es de un 100%, no existiendo ejemplares faltantes por rescatar.

Sin embargo, se indicó que las cactáceas relocalizadas en el sector Embalse " *fueron severamente afectadas por eventos de vandalismo, consistente a la sustracción de un importante número de individuos. En este sector queda un solo individuo, encontrándose en buenas condiciones; en tanto en el sector 6 quedan 23 individuos en buenas condiciones.*".

- 15.** Mediante Oficio N°13.969 de 10 de mayo de 2013, el SAG dio respuesta a la carta de 16 de octubre antes mencionada, tratando otros temas y sin hacer referencia al estado del Plan de Rescate de las cactáceas.

- 16.** No obstante haber transcurrido el plazo (2 años) para la realización de monitoreos, Codelco llevó adelante tres campañas adicionales (VII, VIII y IX), con los siguientes resultados:

- a) Monitoreo realizado en el mes de febrero de 2014 (5 años y 6 meses de realizado el rescate), donde se registró un total de 20 individuos vivos entre ambos sectores (1 en el sector "Embalse" y 19 en "Lo Salinas"). Se declara que se considera el reemplazo de los 38

ejemplares muertos de cactáceas, mediante viverización, utilizando el germoplasma de área del proyecto como se indica en RCA N°880/2008.

- b) Monitoreo realizado en el mes de agosto de 2014, que dio cuenta del estado del rescate a los 6 años de realizado. En la oportunidad se registró un total de 18 ejemplares vivos entre ambos sectores (1 en el sector "Embalse" y 17 en "Lo Salinas").
- c) La última campaña de monitoreo se desarrolló en el mes de agosto de 2015, y da cuenta del estado del rescate a los 7 años de realizado. En la oportunidad se registró un total de 15 ejemplares vivos entre ambos sectores (1 en el sector "Embalse" y 14 en "Lo Salinas").
17. El resumen de los resultados informados en el contexto del Programa de Monitoreo, se indica en la siguiente Tabla:

Tabla 1: Evolución del prendimiento registrado en las campañas de monitoreo del rescate de *N. curvispina*.

Campaña de Monitoreo	Tiempo desde el rescate (meses)	Prendimiento total registrado	Medidas Correctivas
1	1	55 ejemplares vivos	No requiere
2	2	55 ejemplares vivos	No requiere
3	3	55 ejemplares vivos	No requiere
4	7	43 ejemplares vivos	Medida correctiva: <ul style="list-style-type: none"> Replante de 16 ejemplares. Se informó a la Autoridad en 4to Informe de Monitoreo Cactáceas.
5	16	48 ejemplares vivos	Medidas correctivas: <ul style="list-style-type: none"> Análisis sanitario y estético de cada individuo. Limpieza de individuos muertos, para control de focos patógenos. Mejoramiento de cerco perimetral en el Sector 5 (Embalse). Desmalezado y limpieza de tejidos muertos en Sector 5 (Embalse) y Sector 6 (Lo Salinas). Reidentificación de los individuos en todos los sectores de replante. Informado a la Autoridad (Carta N° GPAR-CAR-T09C411-984-2011 del 28 de julio de 2011).
6	21	24 ejemplares vivos	
7	66	20 ejemplares vivos	Medidas correctivas: <ul style="list-style-type: none"> Se establece el reemplazo de los 38 ejemplares muertos con individuos producidos mediante viverización del germoplasma almacenado como se indica en RCA N°880/2008.

Campaña de Monitoreo	Tiempo desde el rescate (meses)	Prendimiento total registrado	Medidas Correctivas
8	72	18 ejemplares vivos	Medidas correctivas: <ul style="list-style-type: none"> Se reciben las semillas del INIA y se inicia la viverización con bajos porcentajes de germinación
9	84	15 ejemplares vivos	Medidas correctivas: <ul style="list-style-type: none"> Se realizan nuevas pruebas de germinación y se continúa con el desarrollo de las plantas ya producidas

Fuente: elaboración propia.

18. Ante la imposibilidad de realizar una nueva faena de rescate de ejemplares cactáceas en el área de inundación para ser replantadas (pues no había más individuos por rescatar), Codelco comenzó a cumplir sus obligaciones bajo la alternativa establecida en la RCA, esto es, reemplazar los individuos desaparecidos y que no sobrevivieron mediante el proceso de viverización, hasta completar el 75% de sobrevivencia, según lo comprometido para ese evento en el punto 7.1 de la Adenda 1, en el Plan de Rescate y Relocalización aprobado y, por cierto, de acuerdo a lo establecido en el considerando 7.1.1, b), de la RCA.
19. El proceso de viverización de las cactáceas faltantes se llevó a cabo mediante el requerimiento al INIA de las semillas recolectadas en las faenas de rescate de germoplasma realizadas de acuerdo a lo establecido en el punto 7.1.1 a) de la RCA, las cuales se encontraban en custodia del banco de semillas de dicha institución, tal como fue establecido en la misma RCA. Estas semillas fueron enviadas en agosto de 2014 al Vivero Cauquenes de Codelco, para ser sembradas y obtener nuevos ejemplares para reemplazar los desaparecidos en los sectores el Embalse y Lo Salinas.
20. Como puede apreciarse en el **"Informe de Avance Siembra de Semillas *Neoporteria curvispina*"** elaborado por la consultora NT Ambiente en Julio de 2015 (entregado a esa Superintendencia), el 13 de octubre de 2014 se sembraron 240 semillas tratadas previamente en agua fría, obteniendo un resultado de sólo 8 semillas germinadas y establecidas. Posteriormente, el 23 de diciembre del mismo año se sembraron 720 semillas sin ningún tratamiento, las cuales no germinaron.

El informe concluye que la baja tasa de germinación obtenida puede deberse a que las temperaturas no fueron las óptimas para el desarrollo de las semillas, razón por la cual se propone llevar a cabo una nueva siembra dentro de la primera quincena del mes de septiembre de 2015, para lograr las temperaturas sugeridas por el INIA.

21. Continuando con la medida alternativa de viverización, y de acuerdo a lo recomendado, con fecha 7 de septiembre de 2015 se procedió a sembrar 100 semillas, utilizando el tratamiento previo de agua fría. Esta vez se obtuvo un resultado de 30 semillas germinadas y 16 establecidas, lo cual sumado a las 8 semillas establecidas anteriormente, da un resultado parcial de 24 de cactáceas establecidas.

Por consiguiente, de la suma de las cactáceas establecidas en el proceso de viverización – a la fecha, 24 – y de las que se encuentran prendidas en terreno –15–, se llega a un total de 39 individuos del total de 55 que, según la RCA, debían existir a consecuencia de la medida de mitigación analizada.

D. ERRÓNEA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA CONDUCTA REPROCHADA. AUSENCIA DE INFRACCIÓN.

Como puede desprenderse de la relación de acontecimientos y antecedentes expuestos anteriormente, Codelco ha dado completo cumplimiento al Plan de Medidas de Mitigación relativas a la Flora y Vegetación Terrestre comprometidas en el punto 7.1.1 de la RCA N°880/2008, tanto en lo que dice relación con el rescate de germoplasma, como con el Plan de Rescate y Relocalización de individuos de cactáceas y bromeliáceas.

En particular, el Plan de Rescate y Relocalización de las especies cactáceas aprobado por el SAG se cumplió con estricto apego a cada una de las tres etapas contempladas en el Protocolo acompañado en 2010 y cuyos lineamientos fueron también expuestos en el Anexo 7.2 de la Adenda 1. En efecto, las etapas de extracción, replante y monitoreo se realizaron sin alejarse en lo absoluto de ninguno de los parámetros establecidos, lo cual consta en cada uno de los informes que fueron entregados a la CONAMA y al Servicio de Evaluación Ambiental.

A mayor abundamiento, cabe hacer presente que Codelco ha dado respuesta oportunamente y sin excepción, a todos los requerimientos de información efectuados por la autoridad, realizando

incluso actividades y faenas adicionales al Protocolo inicial, con el objetivo de poder asegurar el éxito del Plan.

Tal fue el caso de las nuevas faenas de rescate de ejemplares realizadas en la temporada 2010; las de remozamiento de cactáceas y bromeliáceas efectuadas en la temporada 2011; y la construcción y reforzamiento de cercos perimetrales en diversas oportunidades.

Cabe reiterar que el Plan de Rescate y Relocalización y el punto 8.6 de la Adenda 2 contemplaron un cronograma en el cual se esperaba lograr un porcentaje de éxito del 75% en la supervivencia de los ejemplares de cactáceas **dentro del horizonte de tiempo de duración del programa de monitoreo, es decir 2 años contados desde agosto de 2009**, fecha en la cual se realizó la relocalización de las cactáceas. En el evento que al terminar este plazo no se hubiera logrado este porcentaje de éxito, Codelco debe reemplazar los ejemplares mediante viverización hasta lograr el 75% comprometido, proceso que no contempla plazo alguno y que se encuentra en actual desarrollo.

En otras palabras, el plazo de 2 años establecido para la obtención de resultados dice relación única y exclusivamente con las tareas de rescate y relocalización de especies, actividades que efectivamente se realizaron dentro de dicho término, en la forma y condiciones establecidas en el Plan aprobado por la autoridad, tal como se encuentra plenamente acreditado. Al cumplirse los 2 años después de la relocalización sin que se alcanzaran los resultados esperados, se debía activar el Plan de Viverización para reemplazar los ejemplares que no sobrevivieron (cuestión que se hizo), para lo cual ni la RCA ni el Plan de Rescate y Relocalización contemplan un plazo específico.

Lo cierto es que tampoco hubiera sido posible establecer un plazo específico para las labores de viverización. En efecto, es necesario tener en cuenta que las cactáceas y particularmente la *Neoporteria Curvispina*, son una especie vulnerable cuyo hábitat de desarrollo requiere altos grados de especificidad, y como la mayoría de los cactus, tiene un crecimiento biológico relativamente lento e impredecible en comparación con otras plantas. Por esta razón, el desarrollo de especímenes bajo viverización se reviste de un alto grado de complejidad, como ha quedado demostrado en este caso, circunstancia que hacía imposible fijar, ex ante, un determinado plazo.

Pues bien, como ya se señaló en la relación de los hechos, al cumplirse el programa de monitoreo no había sido posible obtener el porcentaje de éxito de supervivencia del 75% esperado, según quedó plasmado en el Informe de la VI campaña de monitoreo. Ante ello, se realizaron tres campañas adicionales, para finalmente, según lo establecido en la RCA, iniciar las labores de viverización, las que próximamente permitirán reemplazar el número de ejemplares requerido para alcanzar el 75% de éxito de supervivencia.

Las labores de viverización continuarán en ejecución hasta que se permita obtener un adecuado nivel de desarrollo de las especies germinadas y establecidas, que permita su plantación en los sectores de relocalización.

Con lo anterior, queda de manifiesto que al no haber un plazo comprometido en las labores de viverización, el titular no se encuentra incumpliendo ninguna de las obligaciones impuestas en el considerando 7.1.1 de la RCA N° 880/2008. Muy por el contrario, ha ejecutado y continúa ejecutando cabalmente el Plan de Rescate y Relocalización de las cactáceas y las bromeliáceas, incluyendo la viverización, reportando en tiempo y forma sus resultados.

Por esta razón debe eximirse íntegramente a Codelco del cargo formulado y de la infracción atribuida por la Superintendencia del Medio Ambiente, absolviéndolo del mismo, atendida su manifiesta falta de fundamento y sustento en los hechos acreditados que permitan configurar un incumplimiento por parte del titular.

E. VICIOS ESENCIALES EN LA FORMULACIÓN DEL CARGO.

Sin perjuicio de todo lo manifestado precedentemente, y sin renunciar a ello, es pertinente reiterar que la formulación de cargos por parte de la autoridad debe ser efectuada con claridad y precisión en la construcción de los reproches que se imputan en el marco de un procedimiento sancionatorio.

Sin embargo, en este caso la Resolución Exenta N° 1/Rol D 33-2016 incurre en imprecisiones insubsanables en la formulación del cargo, toda vez que en la parte resolutive se omite el elemento más relevante asociado a la naturaleza de la imputación, al no indicarse en qué consistiría la supuesta infracción al Plan de Rescate y Relocalización comprometido.

Dicho ello, como revisamos anteriormente, en esta clase de procedimientos sancionatorios rigen los principios del derecho penal y de razonabilidad propios de los procedimientos administrativos, lo que implica que la autoridad debe ejercer su autoridad con estricto apego a los principios que los gobiernan.

Cabe reiterar que dentro de los supuestos mínimos y elementales para la correcta construcción de un reproche administrativo, que le permita bastarse a sí mismo, se encuentran tres elementos: el tiempo, el modo y el lugar, siendo claro que en este cargo tales aspectos no se cumplen con rigor, particularmente en cuanto al modo, ya que no se señala de qué forma se habría incumplido el Plan de Rescate y Relocalización, atendida la circunstancia de que, como ha sido ya dicho y explicado, la RCA establece claramente dos formas de cumplimiento de la obligación de mitigación.

Pero tampoco se cumple en cuanto el tiempo. En efecto, en la Adenda N° 2, respuesta 8.6, en relación con lo que señala el Plan de Rescate y Relocalización, se estableció que el plazo de obtención de resultados **respecto de la sobrevivencia de los individuos trasplantados o relocados** correspondería a la duración del Programa de Monitoreo, esto es, 2 años. En lo que concierne a la **viverización y el reemplazo de individuos relocados con plantas obtenidas en ella, ni el EIA, ni las Adendas, ni la RCA, ni el Plan, contemplaron plazo alguno para el establecimiento de individuos**. La formulación de cargos, en este sentido, no hizo la distinción y no configuró en consecuencia adecuadamente la infracción que se le atribuye erróneamente a Codelco.

Así, es claro que el cargo es impreciso e inexacto en su formulación, lo que atenta contra el correcto ejercicio del derecho a defensa de esta parte y contra el mandato establecido en el artículo 49 de la LOSMA. A su vez, en virtud del principio de razonabilidad, la agencia pública se encuentra obligada a fundamentar sus actos administrativos, ya sean normados o discrecionales, señalando con la debida precisión los antecedentes fácticos y normativos que le sirven de base para su dictación, razón por la cual el cargo forzosamente debe ser levantado, absolviendo a Codelco del mismo.

F. PLANTEAMIENTOS SUBSIDIARIOS A LAS ALEGACIONES Y DEFENSAS PREVIAS Y PRINCIPALES.

Sin perjuicio de todo lo manifestado precedentemente, y sin renunciar a ello, es necesario efectuar los siguientes dos planteamientos:

1. Errónea imputación de la conducta reprochada. Ausencia de responsabilidad. Naturaleza de la obligación, intervención de terceros, contexto geográfico y diligencia debida.

En el improbable escenario que la SMA considere que se ha configurado un incumplimiento en el Plan de Rescate y Relocalización de las cactáceas, planteamos ahora subsidiariamente que bajo ningún fundamento éste puede ser imputado al actuar de Codelco, atribuyéndole en ello responsabilidad.

Según ya se expuso en esta presentación, en nuestro sistema sancionatorio, y en este procedimiento específico, rige el principio de la responsabilidad subjetiva, el cual exige que el resultado adverso a sancionar se encuentre aparejado a un nexo causal directo con la conducta negligente, culposa o dolosa de parte del potencial responsable.

Hay múltiples elementos combinados que concurren para sostener la liberación de responsabilidad de Codelco, en el sentido recién planteado.

a) Contexto geográfico, intervención de terceros y diligencia debida.

Resulta necesario señalar que el emplazamiento del predio principal en que se desarrollan las diversas actividades y compromisos asociados a la construcción y operación del Proyecto, corresponde a la Hacienda Loncha, con una extensión de 16.618,17 há, parte de las cuales (5.870 há) constituyen la Reserva Nacional La Roblería del Cobre de Loncha, administrada por CONAF.

Dada la gran magnitud del predio y su ubicación geográfica (con límites prediales en altas cumbres del Cordón de Cantillana), resulta evidente que no es posible mantener un cierre total perimetral, como tampoco es posible evitar el acceso y tránsito de diversas personas y animales con diferentes objetivos, tales como ganaderos de las localidades aledañas (Coinco, Doñihue, Alhué, entre otras), uso apícola e incluso recreativo (motoristas enduro, ciclistas).

Sin perjuicio de ello, Codelco ha adoptado en forma permanente diversas medidas de resguardo de sus instalaciones, plantaciones y medidas compensatorias, tales como la construcción y mantenimiento de aproximadamente 43.000 metros lineales de cercos perimetrales para el control de ingreso de ganado, equipo de vigilancia agroforestal, con habilitación de 3 puestos de vigilancia -que ha permitido retirar del interior de las plantaciones compensatorias un total de 11.595 ejemplares de ganado, que incluye vacunos y cabalares-; y un convenio de brigada con CONAF para el combate y prevención de incendios forestales, dado el riesgo potencial de incendios forestales que genera la gran cantidad de personas externas (arrieros principalmente) en diversos puntos del predio.

Es más que evidente en este caso, que Codelco actuó con una diligencia irreprochable al ejecutar las labores asociadas al Plan de Manejo y Rescate de las especies cactáceas y bromeliáceas, realizando incluso acciones que no estaban contempladas en los protocolos iniciales.

Sin embargo, eventos de agentes externos no permitieron obtener los resultados esperados dentro del periodo de monitoreo. Según dan cuenta los informes a partir de la IV campaña de monitoreo, actos perpetrados por desconocidos y la acción del paso del ganado comprometieron gravemente los resultados de la relocalización de las cactáceas, lo que contrasta con los resultados constatados en las tres primeras campañas, que evidencian un 100% de sobrevivencia de los ejemplares relocalizados.

Ante tales circunstancias, Codelco realizó todas las acciones que estaban a su alcance, tales como la construcción y refuerzo de cierres perimetrales, la realización de nuevas faenas de rescate y una mayor frecuencia de vigilancia, lo que sin embargo, no permitió evitar la continua desaparición de ejemplares.

En consecuencia, es evidente que el proceder de Codelco se adecuó a un máximo grado de diligencia, sin haber mediado ningún tipo de culpa o dolo de su parte. Es decir, en su conducta observó permanentemente un estándar de diligencia y cuidado tendiente al cumplimiento fiel, exacto y oportuno de las obligaciones ya examinadas. Por consiguiente, habiendo impreso una debida diligencia de manera permanente, ha de operar aquí, la causal de liberación de responsabilidad.

Por esta razón no resulta procedente imputar al titular un resultado adverso en el cumplimiento del Plan de Rescate y Relocalización, cuando se ha cumplido en un 100% con todas sus etapas, faenas y cuidados que están al alcance de Codelco, más aún cuando las causas del resultado adverso son originadas directamente por terceros, como fue el caso.

Frente a la situación que ha debido enfrentar Codelco, este ha implementado innumerables acciones:

(i) Replante en los dos sectores de relocalización (Embalse y Lo Salinas) con ejemplares remanentes del rescate en el área de afectación del Proyecto.

(ii) Eliminación parcial de los individuos muertos, con el fin de disminuir focos de agentes patógenos que afecten a futuro los ejemplares remanentes.

(iii) Mejoramiento de cerco perimetral en el Sector "Embalse", el cual consistió en el recambio y aumento de polines impregnados para soporte al paso de ganado, el aumento de tensión y número de hebras de alambre y el reforzamiento de puerta de acceso al sitio.

(iv) Mejora de la condiciones de micrositio en los dos sectores de replante (Embalse y Lo Salinas), mediante desmalezado y limpieza parcial del material vegetal muerto removido de los individuos sobrevivientes.

(v) Implementación de producción de plantas a partir de germoplasma (semillas) colectadas en el área de afectación del Proyecto, tal como lo establece el considerando 7.1.1.b) de la RCA.

Si bien es cierto que estas medidas no han impedido la sustracción o afectación de los individuos de *Neoporteria curvispina* por parte de terceros, lo que se ha reflejado en que a la fecha no se haya logrado el 75% de sobrevivencia exigido, sí constituyen las alternativas consideradas en el plan de rescate y relocalización autorizado por la RCA N° 880/2008 para lograr la sobrevivencia exigida. Esto pone al compromiso de rescate y relocalización de *Neoporteria curvispina* en una situación similar a la señalada para Palma chilena y las bromeliáceas, según lo señalado en el considerando 15 de la Res. Ex. N°1/Rol D 33-2016, donde también los índices de sobrevivencia son menores a los comprometidos en la RCA N° 880/2008 y se reconoce que Codelco ha realizado las acciones correctivas autorizadas por la RCA, debiendo continuar con su implementación de modo llegar a los índices de

sobrevivencia comprometidos, aspecto que continuará siendo fiscalizado por la SMA en el futuro.

Finalmente, los mayores plazos que se puedan requerir para la producción de plantas de *Neoporteria curvispina* a partir de la viverización del germoplasma rescatado, de modo de utilizarlas para reponer aquellas afectadas en los sectores de replante, bajo ninguna perspectiva deberían constituir una falta al plan de rescate y relocalización establecido en el considerando 7.1.1.b de la RCA N° 880/2008, dado que es en este mismo punto de la RCA que se define ésta como la principal medida a implementar en el caso que no se logre el nivel de sobrevivencia exigido. Lo anterior, teniendo en consideración las bajas tasas de crecimiento que naturalmente presenta la especie, las que si bien no están formalmente documentadas, se estiman en menores a 1 cm/año en altura y diámetro en condiciones de cultivo, según se ha constatado en registros de ejemplares cultivados en Biota para ejemplares de especies afines como es el caso de *Neoporteria chilensis* y *Neoporteria* (=Pyrrhocactus) *aspillagae*.

A lo anterior se suma la vulnerabilidad ante factores como la circulación y ramoneo por ganado, a los que están sujetos los nuevos ejemplares que eventualmente hayan podido establecerse en terreno entre la fecha del rescate (2009) y la actualidad, lo que reduce la probabilidad de contar con ejemplares rescatables para ser utilizados en la reposición de las áreas de replante.

b) Naturaleza de la obligación.

Además, cabe hacer presente que si bien la RCA contempla un porcentaje de éxito a alcanzar, es imposible comprometer a todo evento la supervivencia de una especie vegetal, menos si se considera la complejidad de las cactáceas, ya que es imposible controlar todas las variables que afectan su supervivencia. Es por esta misma razón que en la RCA establece dos modos de cumplir con la obligación: (i) mediante la relocalización de los individuos, y (ii) si esta no alcanzaba el porcentaje de éxito establecido, a través de la viverización.

Por la misma razón, es evidente también que el hecho de no alcanzar el porcentaje mínimo de éxito (sobrevivencia, 75%) no importa una infracción a la medida de mitigación, ya que la

RCA dispone expresamente de un mecanismo alternativo (pues cabe la posibilidad de satisfacerla mediante viverización). Por lo tanto, no puede considerarse como un hecho susceptible de reproche en esta sede, la circunstancia de no alcanzar un éxito total mediante la replantación.

2. Elementos a considerar para determinar una eventual sanción.

En el improbable evento que la autoridad determine que Codelco incurrió en una infracción asociada al Plan de Rescate y Relocalización, hacemos presente que en este caso concurren una serie de elementos que hacen razonable aplicar la menor sanción posible.

Lo anterior se sustenta normativamente al analizar los antecedentes de la supuesta infracción a la luz del artículo 40 de la LOSMA, el cual señala las circunstancias que deben considerarse al aplicar una sanción específica.

Según ha resuelto la Superintendencia del Medio Ambiente, para los efectos de aplicar el artículo 40 ya citado, se deben considerar dos componentes, a saber¹¹:

- un componente asociado al beneficio económico (letra c) del artículo 40), y
- un componente de afectación (todas las demás circunstancias del artículo 40).

A continuación nos referimos a cada una de ellas de forma desagregada.

a) La importancia del daño causado.

A la luz del cargo formulado, no se advierte en este caso la existencia de un daño con motivo del proceder de Codelco, ni eventualmente con motivo de la infracción. Mi representada aún se encuentra ejecutando la medida (enfocada actualmente en el proceso de viverización), y por lo tanto, no es posible atribuir a ello un supuesto de afectación.

De forma complementaria, es dable manifestar que la clasificación vigente para la especie, según su estado de conservación, es de Preocupación Menor (LC), es decir, la categoría con el menor riesgo para la conservación de una especie clasificada oficialmente. En la época en que se dictó la RCA, correspondía a Vulnerable (VU), pues en dicha oportunidad se consideró la subespecie típica, en sentido estricto.

¹¹ Como lo ha hecho, entre otras, en la Resolución Exenta N° 944, de 2015, Rol F-038-2013.

b) El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción.

Atendido que no hay daño, y tomando en cuenta además la naturaleza de la infracción que se atribuye a mi representada, es evidente que no hay personas cuya salud se afecte con la conducta eventualmente sancionada.

c) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.

Cabe señalar que muy lejos de obtener un beneficio económico, Codelco sólo ha incurrido en costos al intentar recuperar el mayor número de especies cactáceas.

d) La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión.

Como bien se ha acreditado en esta presentación, Codelco ha actuado con la máxima diligencia para lograr los resultados esperados. Por lo demás, y según se ha explicado, las causas del eventual incumplimiento son atribuibles a agentes externos y a la complejidad en el manejo de la especie, pero en ningún caso a un proceder premeditado en orden a no cumplir con las obligaciones examinadas.

Como lo ha señalado la SMA (Resolución Exenta N° 138, de 2015, Rol F-007-2014, entre varias otras), *"se ha entendido que la intencionalidad contiene en sí misma tanto el conocimiento de la obligación, contenida en el instrumento normativo, como también de la conducta que se realiza y sus alcances jurídicos. Es decir, habrá intencionalidad cuando pueda imputarse al sujeto conocimiento preciso de sus obligaciones, de la conducta que realiza en contravención a ellas, así como la antijuridicidad asociada a dicha contravención."*

Así, de acuerdo a lo que se ha expuesto y acreditado, y se reiterará a lo largo del proceso, los actos de Codelco no configuran una conducta en contravención a sus obligaciones, ni reflejan en absoluto la intención de incumplir la RCA, o una intención de omitir acciones tendientes a satisfacerla.

Por el contrario, el proceder de Codelco únicamente ha reflejado la permanente intención de cumplir a carta cabal con la medida examinada, sin perjuicio de reiterar, como se planteó antes, de que a su juicio la obligación ha sido cumplida.

e) La conducta anterior del infractor.

Según consta en la información que posee el órgano fiscalizador, la unidad fiscalizable ha sido objeto de dos sanciones administrativas, ambas verificadas el año 2010, y aplicadas por la entonces Comisión Regional del Medio Ambiente de la Sexta Región Libertador General Bernardo O'Higgins. Todo ello, según consta en las Resoluciones Exentas N° 232 y 249, ambas del día 30 de septiembre del año 2010, y en la Resolución Exenta N° 593 de 2011, que acogió recurso de reconsideración respecto de la primera, rebajando el monto de la multa aplicada.

Sin embargo, en nuestro concepto deben considerarse los siguientes elementos para ponderar debidamente este factor:

(i) El tiempo. Se trata de infracciones que fueron cometidas el año 2007 y 2009, es decir, hace 9 y 7 años atrás, respectivamente.

(ii) La naturaleza de las infracciones. Aquellas por las cuales fue sancionado Codelco, no corresponden a las mismas por las cuales en esta oportunidad se han formulado cargos, y se relacionaban con los proyectos "Planta de Ácido Sulfúrico, Fundición Caletones" y "Centro de Manejo de Residuos Industriales Sólidos".

(iii) No existe reincidencia. Dado lo expuesto anteriormente, Codelco no ha incurrido – si así lo decide la SMA -, en las mismas infracciones que en 2010 le fueron imputadas.

(iv) Monto de las sanciones previas. Sumados ambos procesos sancionatorios, estos totalizan un suma ascendente a 250 Unidades Tributarias Mensuales (200 Unidades Tributarias Mensuales en un caso, y 50 en el otro).

f) La capacidad económica del infractor.

Si bien mi representada tiene cierta capacidad económica –lo que deberá examinarse a la luz de lo que en definitiva determine la autoridad-, creemos importante señalar que el titular del Proyecto ha incurrido en costos considerables en la ejecución del Plan de Rescate y Relocalización.

Sin perjuicio de lo anterior, es dable señalar que este factor sólo puede utilizarse para el caso en que la sanción se encuentre representada por una multa. Y siendo así, sólo puede aplicarse de modo complementario, es decir, únicamente en la medida que a juicio del órgano fiscalizador, concurren efectivamente otras circunstancias que además sean valoradas para el cálculo del reproche pecuniario.

- g) El cumplimiento del programa de cumplimiento. No es aplicable a este caso.
- h) El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado. No es aplicable a este caso.
- i) Todo otro criterio que, a juicio fundado de la SMA, sea relevante para la determinación de la sanción.

Dentro de las bases metodológicas para la determinación de sanciones pecuniarias que fueron aprobadas por la SMA mediante Resolución Exenta N° 1002 de 29 de octubre de 2015, hay aún más elementos que permiten concluir que correspondería aplicar en este caso la menor sanción económica posible, de ser la decisión la reacción punitiva,

Dentro de estos elementos se encuentra el de la cooperación eficaz. En este sentido, Codelco ha colaborado en todo momento con la SMA y el SAG, entregando los informes relativos a la investigación de los hechos, respondiendo oportunamente a todos sus requerimientos y también proporcionando información proactivamente, colaborando con todas las diligencias ordenadas por la SMA. Los antecedentes que se acompañan en este acto, más aquellos que se aparejarán a lo largo del proceso, reflejan también la eficaz cooperación de mi representada en orden a esclarecer los hechos materia de este procedimiento.

La SMA también considera como circunstancia relevante la aplicación de medidas correctivas, particularmente de forma posterior a la supuesta infracción. En este sentido, el titular del Proyecto ha continuado y reforzado su Programa de Viverización con el objeto de poder cumplir efectivamente con los resultados esperados de supervivencia de las cactáceas.

Cabe señalar que en ningún momento Codelco ha obstaculizado el procedimiento de investigación y tampoco ha mediado una vulneración al sistema de control ambiental.

En relación al referido sistema de control ambiental, que también es considerado por la autoridad fiscalizadora para determinar la sanción, no ha sido afectado en este caso, pues es evidente que no ha sido socavado ningún eje, cadena o eslabón relacionado con el sistema de control y seguimiento.

En conclusión, es posible señalar que al aplicar los elementos de determinación de las sanciones que contempla la normativa vigente, corresponde necesariamente aplicar la menor sanción posible, en tanto, obviamente – a diferencia de lo que estima Codeico -, la autoridad dé por establecida la existencia de una infracción.

VI

DESCARGOS, ALEGACIONES Y DEFENSAS ASOCIADAS AL CARGO N° 2

A. “NO REHABILITACIÓN DE 36 HAS. DE SUELO DE CLASIFICACIÓN IV, V, VI, VII U VIII, PARA CUMPLIR CON UNA CLASIFICACIÓN DE SUELO III”.

El órgano instructor ha imputado a Codelco el incumplimiento de la exigencia establecida en el considerando 7.2.2. de la RCA, relacionada con la medida de compensación de suelo.

En lo que sigue, mi representada argumentará que la infracción atribuida no se ha verificado, lo cual girará fundamentalmente sobre cuatro puntos: se trata de una obligación cuyo plazo para ser satisfecha no ha expirado; su cumplimiento depende de terceros (particulares y órganos de la Administración del Estado); no forma parte de ésta la mantención a lo largo del tiempo de las condiciones del predio que se hubiere rehabilitado; y han existido trabas derivadas de la omisión o inactividad de la autoridad competente, que han obstaculizado el desarrollo de las acciones de cumplimiento de la medida.

También evidenciaremos la deficiente formulación del cargo, que omite señalar en qué modo el titular habría incumplido la referida obligación.

Añadiremos que pese a la complejidad que conlleva el cumplimiento de esta obligación, Codelco ha logrado un nivel importante de satisfacción de la misma.

En efecto, se explicará que de las 36 hectáreas que debían rehabilitarse, se logró ello sobre 24,98 hectáreas aproximadamente. Sin embargo, la autoridad sectorial estimó que más bien correspondían a 21,53 hectáreas, por lo que faltaba rehabilitar 14,47 ha. Frente a ello, se propuso a la autoridad un Plan complementario por esa diferencia, de la que en definitiva el Servicio Agrícola y Ganadero se pronunció (sólo relativamente) sobre 7 hectáreas. Finalmente, se solicitó su aprobación respecto de 7,47 hectáreas faltantes, pero dicha autoridad aún no se pronuncia.

Se indicará también que Codelco ha procedido con la máxima diligencia y cuidado en orden a dar cabal satisfacción a la medida de compensación, lo cual opera para todo evento como una eximente de responsabilidad.

Por último, y en el improbable caso que la SMA decidiera sancionar a Codelco, señalaremos las circunstancias que ameritan aplicar la menor sanción posible.

B. EL ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN ESTABLECIDA EN LA RESOLUCIÓN DE CALIFICACIÓN AMBIENTAL.

De acuerdo con el considerando 7.2.2. de la RCA, se impuso a Codelco la obligación de compensar una determinada superficie de suelo. En concreto, esta obligación tiene los siguientes alcances:

1. Se debe presentar un Plan de Compensación Específico por pérdida de suelo, en un plazo no superior a seis meses contados desde la notificación de la RCA.
2. La implementación del Plan de Compensación Específico debe realizarse antes del término de la 5ª Etapa del Proyecto; de manera que en tanto dicha etapa se encuentre en operación, la obligación mantiene el espacio necesario para su cumplimiento.
3. La compensación por pérdida – en este caso de 24 hectáreas– de suelos Clase III, consiste en la rehabilitación de otros suelos de inferior calidad de uso. Es decir, en convertir un predio en un suelo Clase III, pero sin que sea exigible, además, mantenerlo en tales condiciones.

En efecto, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, **Rehabilitar** es *"Habilitar de nuevo o restituir a alguien o algo a su antiguo estado."* Y **Mantener** significa

“Conservar algo en su ser, darle vigor y permanencia”, o también se define como “Proseguir en lo que se está ejecutando.”.

Luego, es evidente que, a la luz del tenor de la RCA, la obligación puesta a cargo de Codelco era la de rehabilitar y en consecuencia, se excluye de la esfera de ese deber la carga de conservar el predio rehabilitado o proseguir en la ejecución de aquello.

Pero además, esta aproximación no viene dada únicamente por el significado literal recién expuesto (y que a consecuencia de esa brecha entre rehabilitar y mantener, la diferencia entre un tipo de obligación y otra es abismante); pues junto con ello ha de considerarse que si se estimara que el deber se extendía más allá de rehabilitar, la RCA así debía haberlo establecido con propiedad, cuyo no fue el caso.

Aun más; si se interpretara la obligación con ese alcance, significaría al menos dos cosas: primero, que la satisfacción del deber impuesto en la RCA es permanente y no acotado, y, segundo, que se trataría de una condición que en definitiva no tendría un plazo preciso para definir si se satisfizo, o no.

Lo predicho tiene su confirmación en el texto del Plan de Compensación Específico – aprobado por la autoridad en su oportunidad–, según se expondrá en la letra C) siguiente.

4. Dicha compensación debe hacerse en una relación equivalente al 150%, esto es y en este caso, de 36 hectáreas.
5. La medida debe implementarse en predios de terceros, previa realización de un concurso.

Esto significa que los terceros, una vez llevados sus suelos a Clase III de capacidad de uso, son quienes asumen la responsabilidad ulterior de mantenerlos en las mismas condiciones, y por cierto, tienen la facultad de hacerlo o no según su propio interés. Nos remitimos sobre este particular a lo señalado en el N° 3 anterior.

Pero ello tiene además otro alcance: que existan predios susceptibles de concursarse y que los terceros (los propietarios de los predios seleccionados), mantengan su disposición no sólo para que los inmuebles sean rehabilitados, sino además a mantener el predio en las condiciones en que les fue entregado.

6. Realizado el concurso, el predio debe ser propuesto, para su previa aprobación, al Servicio Agrícola y Ganadero. Aprobado que fuere, Codelco debía proceder a las acciones necesarias para rehabilitar el inmueble seleccionado y aprobado por la autoridad pública.

Por lo tanto, Codelco no puede implementar la rehabilitación sino en la medida que, realizado el concurso, el Servicio Agrícola y Ganadero emita su pronunciamiento aprobando los predios seleccionados.

C. LO ESTABLECIDO EN EL PLAN DE COMPENSACIÓN ESPECÍFICO.

1. En este Plan, además de lo que indica la RCA, se precisó la etapa de "Ejecución de Obras", estableciéndose que cada propietario debía suscribir un contrato de autorización para ejecutar las obras. De hecho, como documento anexo se incluyó una "carta compromiso" que debían suscribir los participantes del concurso, en la que se da cuenta, entre otros aspectos, que los postulantes:
 - a) Aceptaban *"las bases, pautas de elaboración, criterios de selección, seguimiento y otras condiciones..."*.
 - b) Permitirían el *"libre acceso a la propiedad...para efectos de evaluar la factibilidad técnica..."*.
 - c) Se responsabilizarían *"del manejo sustentable del recurso suelo, de manera que este mantenga en el tiempo la nueva condición de uso"*.
 - d) *"Colaborar con el seguimiento de las obras por parte de la autoridad"*.
2. Completadas las obras, se prepararía un Informe Final, procediéndose a hacer entrega de las obras a los propietarios, para posteriormente efectuar la recepción técnica de las mismas (esto es, de las medidas de rehabilitación) por parte del Servicio Agrícola y Ganadero.
3. Por último, se elaboraría un Informe de Cierre del Plan de Compensación para someterlo a la aprobación de la entonces existente Comisión Nacional del Medio Ambiente (en adelante, "CONAMA").

D. ANTECEDENTES SOBRE LA EJECUCIÓN DE LA MEDIDA SUPUESTAMENTE INCUMPLIDA.

1. Evolución de los hechos relacionados con la medida de compensación de suelos.

Con el objeto de que el órgano instructor pueda apreciar con nitidez la evolución de los hechos asociados al cumplimiento permanente de la obligación cuya infracción erróneamente se le atribuye a Codelco, a continuación exponemos la Tabla N°2 que sintetiza todo aquello:

Tabla 2: Evolución de hechos relacionados con el cumplimiento de la medida de compensación

N°	Individualización actividad	Fecha	Emisor	Receptor	Contenido
1	RCA N° 880/2008	Mayo de 2008	Dirección ejecutiva CONAMA	CODELCO	Licencia ambiental
2	Plan de Compensación por Pérdida del Recurso Suelo	Noviembre de 2008	CODELCO	CONAMA	Da cumplimiento a RCA y presenta el Plan la compensación de suelos
3	Of. Ord. N°97 del 7 de enero de 2009.	Enero de 2009	SAG	CODELCO	Acoge favorablemente Plan de compensación
4	Concurso para la selección de suelos	Enero y febrero de 2009	CODELCO	-	Desarrollo del concurso
5	Informe "Compensación de Suelos por Peraltamiento, Embalse Carén, ATM Ingeniería"	Febrero de 2009	CODELCO	-	Análisis de predios que participaron en el concurso, el que se debió declarar desierto porque los predios no cumplían condiciones técnicas
6	Concurso Mejoramiento de Suelos Fase II	Mayo y junio de 2009	CODELCO	-	Desarrollo del 2° concurso
7	Informe "Gestión Concurso Mejoramiento de Suelos Fase II – Resultados del Llamado a Concurso, ATM Ingeniería"	Junio 2009	CODELCO	-	Se determina que 60 ha de los predios postulantes presentarían potencial de compensación.
8	Informe "Análisis de Existencia de Suelos de Clase de Capacidad de Uso IV y VI en la comuna de Alhué, ATM Ingeniería"	Junio de 2009	CODELCO	-	Análisis de suelos en la Comuna de Alhué
9	Informe del "Concurso Mejoramiento de Suelos Fase II, Reconocimiento y Búsqueda de Suelos para Efectos de Compensación, Informe Final, ATM Ingeniería"	Agosto de 2009	CODELCO	-	Se determina la disponibilidad de 39,53 ha. de suelos compensables técnicamente, correspondiente a 5 propietarios que postularon al concurso
10	Informe "Mejoramiento de la Capacidad de Uso en Predios Priorizados para efectos de Compensación de Suelos Proyecto Peraltamiento Embalse Carén, Informe	Febrero de 2010	CODELCO	-	Ingeniería de detalle para la ejecución de obras para las 36 ha. comprometidas

N°	Individualización actividad	Fecha	Emisor	Receptor	Contenido
	Consolidado"				
11	Carta N° VCP-GPAR-CAR-T09C411-337-2010	Mayo de 2010	CODELCO	CONAMA	Remite Informe del punto anterior.
12	Of. Ord N° 5700	Junio de 2010	SAG	CODELCO	Se pronunció sin observaciones sobre informe
13	Carta N° VP-GPR-CAR-T09C411-895-2011	Agosto de 2011	CODELCO	SEA	Envío informes de avance de ejecución de las obras. Se informó que un propietario comprometió 12.8 ha. a otros fines, por lo que no pudieron ser rehabilitadas
14	Carta N° VP-GPR-CAR-T09C411-1147-2012	Enero de 2012	CODELCO	SEA	Informe final de ejecución de las obras.
15	Oficio N° 120352	Febrero de 2012	SEA	CODELCO	Remite observaciones hechas por SAG mediante Of. Ord. N° 1716 al informe final, requiriendo un plan por 14.47 ha y señalando que se logró mejoramiento de 21.53 ha
16	Carta N° GPAR-CAR-T09C411-1178-2012	Marzo de 2012	CODELCO	SEA	Respuesta a Carta Anterior N° 120352, presentando 4 alternativas para las 14.47 ha.
17	Oficio N° 120909	Junio de 2012	SEA	CODELCO	Envía respuesta del SAG, que indica que el Plan de Medidas de Mejoramiento de Suelo debe indicar específicamente medidas y predios.
18	Carta N° GPR-CAR-T09C411-1217-2012	Junio de 2012	CODELCO	SEA	Presenta nuevo plan cumpliendo los requerimientos del SAG
19	Oficio N° 121685	Septiembre de 2012	SEA	CODELCO	Remite pronunciamiento del SAG N° 9985, en el que requiere trabajos de mantención para los suelos ya mejorados y señala que los predios 1c y 1d del plan complementario son aptos para rehabilitación
20	Carta N° VP-GPR-CAR-T09C411-1222-2012	Octubre de 2012	CODELCO	SEA	Respuesta a Carta N° 121685, señalando que predios 1c y 1d corresponden a 7 ha. y se remiten antecedentes solicitados. También se explica situación de predios ya mejorados y se señala que su mantención es responsabilidad de sus propietarios, solicitando que a su respecto se tenga por cumplido el compromiso de compensación
21	Informe Cierre Cumplimiento Compensación de Suelos, Comuna de Alhué, Región Metropolitana, ATM S.A."	Febrero de 2013	CODELCO	-	Evaluación para identificar superficies aptas para compensar y programa para llevar a cabo esta tarea
22	Oficio N° 130771	Mayo de 2013	SEA	CODELCO	Remite respuesta del SAG a carta N° VP-GPR-CAR-T09C411-1222-2012, la que señala que no se ha dado respuesta a su oficio.

N°	Individualización actividad	Fecha	Emisor	Receptor	Contenido
23	Carta N° VP-GPR-CAR-T09CA11-1221-2013	Mayo de 2013	CODELCO	SEA	Respuesta a lo resuelto por el SAG, aclarando que sí se dio respuesta a su oficio, remitiendo nuevamente los antecedentes y reiterando solicitud de declarar cumplimiento de la medida de compensación respecto de la superficie rehabilitada
24	Oficio Ord. N° 6173/2013 de 30-9-13	Septiembre de 2013	SAG	SMA	Oficio en que se menciona existencia de un potencial incumplimiento de medida de compensación
25	Informe Final - Análisis de Alternativas y Estudios para Plan de Manejo Complementario Compensación de Suelos Peraltamiento Embalse Carén – Suelos ya Validados por el SAG Rev.S, CICA Ingenieros Consultores	Marzo de 2014	CODELCO	-	Estudio técnico detallado de las 7 ha de suelo con potencial para ser compensado.
26	Informe Final - Análisis de Alternativas y Estudios para Plan de Manejo Complementario Compensación de Suelos Peraltamiento Embalse Carén – Suelos no Validados por el SAG (Planes Complementarios) Rev.S, CICA Ingenieros Consultores	Marzo de 2014	CODELCO	-	Estudio técnico detallado para identificar áreas aptas para la compensación de 7,47 ha restantes
27	Carta N° GPR-T14C400-CAR-236-2015	Mayo de 2015	CODELCO	SAG	Remite las versiones finales de los dos informes aludidos anteriormente
28	Of. Ord. N° 2935/2015, del 11-06-2015	Junio de 2015	SAG	SMA	Remite a la SMA la carta individualizada en el punto anterior
29	Of. Ord N° 115	Junio de 2015	SMA	CODELCO	Indica que seguimiento del proceso de hacerse por el Sistema de Seguimiento Ambiental
30	Carta N° GPR-T14C400-CAR-236-2015	Julio de 2015	CODELCO	SMA	Codelco Ingresa informes a través del Sistema mencionado.
31	Of. Ord. N° 1154	Julio de 2015	SMA	SAG	SMA solicita al SAG examinar información ingresada al sistema
32	Of. Ord. N° 2024, de 23-09-2015	Septiembre de 2015	SMA	SAG	Solicitud de remitir antecedentes para verificar estado de cumplimiento medida
33	Actas de visitas de inspección al área de ejecución de obras de mejoramiento de suelo	Diciembre de 2015	SAG/SMA	CODELCO	Predios no presentan uso agropecuario, contienen erosión y dieron cuenta de su estado actual. No se aprecian obras de mejoramiento
34	-	Agosto de 2016	SAG	CODELCO	A la fecha no se cuenta con pronunciamiento del SAG que apruebe efectivamente el Plan complementario para mejorar las 14.47 ha. restantes

2. Síntesis del proceso de cumplimiento de la medida de compensación asociada al mejoramiento de suelos.

Con el objeto de fundamentar con mayor claridad los argumentos que expondremos enseguida, realizaremos una síntesis de los hechos (que al mismo tiempo explican la Tabla N° 2 anterior):

- a) La RCA N° 880/2008 estableció la medida de compensación de mejoramiento de suelo que establece su considerando 7.2.2. Esta medida contempla la rehabilitación de un 150% del área intervenida sobre suelos con capacidad de uso I, II y III. En definitiva, se estableció el compromiso de rehabilitar 36 ha mediando previamente un concurso público, en atención a que el titular no tenía predios propios para satisfacer la medida; para posteriormente recabar la autorización del Servicio Agrícola y Ganadero.
- b) Codelco presentó el Plan de Compensación asociado a la medida en el mes de noviembre de 2008, realizando las gestiones pertinentes y convocó al primer concurso para la definición de los predios donde se realizarían los trabajos de mejoramiento, el cual se declaró desierto por no cumplirse los presupuestos para su adjudicación.
- c) Acto seguido, se realizó el mismo ejercicio, efectuándose el concurso "fase II", el cual fue debidamente adjudicado a propietarios de predios que cumplían con las características para desarrollar las obras.
- d) No obstante lo anterior, en atención a circunstancias exógenas y no atribuibles a Codelco, el propietario del predio ubicado en "Villa Alhué" (adjudicado en el segundo concurso) impidió la realización de los trabajos de mejoramiento respecto a 12,8 ha., por cuanto comprometió parte de su sitio a otros fines. Dado ello, no fue posible ejecutar la totalidad de los trabajos de rehabilitación de suelos proyectados inicialmente.
- e) **De acuerdo a lo resuelto por el SAG mediante su Of. Ord. N° 1716, de 2012, Codelco ejecutó las obras de mejoramiento cumpliendo los fines de la medida por 21,53 ha, restando 14,47 ha. para su total éxito,** y requiriendo dicha autoridad la presentación y ejecución de un Plan Complementario para tal superficie faltante.

Sobre este punto, es preciso aclarar que lo señalado en el considerando 49 de la resolución N° 1/Rol D-33-2016, , que a su vez se basa en lo expuesto en la inspección ambiental de 3 y

4 de diciembre de 2015, **no se ajusta a lo resuelto por el SAG en el precitado oficio N° 1716, de 2012, no se ajusta a lo resuelto por el SAG en el precitado oficio, como tampoco a los antecedentes técnicos de los que dispone Codelco**, toda vez que los trabajos de mejoramiento en el predio Talami, Rol 208-049, se realizaron en una superficie de 1.95 ha, y no sobre 1.5 ha. Asimismo, tampoco es efectivo que no se hayan mejorado los predios El Asiento (Rol 207-038) y Villa Pincha (Rol 211-010) en los términos comprometidos; como tampoco lo es que las labores realizadas en el Predio Villa Alhué hayan comprendido sólo una superficie de 12,61 ha., por cuanto ésta alcanzó las 19,5 ha.

- f) Codelco presentó en el mes de junio de 2012, cuatro propuestas a la autoridad respecto de las aludidas restantes 14,47 ha, frente a lo cual el SAG requirió que se definiera cuál se adoptaría, cuestión que fue informada por Codelco, reingresando ante la autoridad el Plan Complementario.
- g) El SAG, mediante su oficio N° 9985, del mes de septiembre de 2012, realizó una serie de requerimientos documentales, solicitando además la ejecución de actividades tendientes **a la mantención** de los predios donde se efectuaron los trabajos de mejoramiento –exigencia no contemplada en la RCA-, e indicando por último que sólo los predios individualizados como 1c y 1d (que corresponden a 7 ha.) serían aptos técnicamente para su mejoramiento, y descartando por ende, el resto de ellos.
- h) Codelco, en octubre de 2012, remitió los antecedentes solicitados por la autoridad administrativa.
- i) En el mes de mayo de 2013 el SAG no se pronunció sobre el Plan Complementario formulado por Codelco, señalando en cambio que no se había dado respuesta a lo que fuera requerido por su oficio N° 9985 de 2012. Acto seguido (dentro de ese mismo mes de mayo), Codelco dio respuesta al SAG, aclarando que sí se había respondido y remitió nuevamente los antecedentes ante dicha autoridad, los cuales fueron complementados posteriormente a la luz de nuevos análisis técnicos desarrollados el año 2014 por Codelco.
- j) Sin embargo, en vista de los antecedentes disponibles en este procedimiento administrativo, podemos inferir que dicha presentación no fue considerada por la autoridad, ya que en el

mes de septiembre de 2013 el SAG, **aun cuando no había resuelto el asunto sometido a su conocimiento, y en cambio procedió a efectuar una denuncia ante la SMA, haciendo alusión a “potencial incumplimiento” de la medida de compensación asociada a la rehabilitación del suelo.**

- k) **Es importante destacar que, a la fecha, el SAG no se ha pronunciado en el sentido de aprobar o rechazar el Plan Complementario para realizar las obras de mejoramiento respecto de las 14,47 ha. restantes.**

En particular, no emitió resolución respecto de las 7 ha. correspondientes a los predios 1c y 1d, que Codelco entendió como inicialmente validadas y tampoco respecto de los nuevos lugares propuestos para el mejoramiento de suelo por 8,60 ha.

Asimismo, aun cuando Codelco requirió expresamente que el SAG se pronunciara sobre los trabajos de compensación realizados en 2011, por 21,53 ha., la autoridad administrativa no emitió pronunciamiento al respecto.

Teniendo en cuenta los extremos de la obligación fijados en la RCA –según ya se expuso-, la consecuencia jurídica de lo señalado es evidente: mientras la autoridad sectorial no apruebe el Plan Complementario en lo que concierne a las 14,47 hectáreas, Codelco no puede – salvo mediando incumplimiento de la licencia ambiental – llevar adelante las obras correspondientes.

- l) Resumen de la situación vinculada a las superficies objeto de rehabilitación:

Tabla 3: Cuadro de superficies a compensar, propuestas, aprobadas y por aprobar

Descripción	Superficie	
	(ha)	
Superficie a compensar	36 (RCA 880/2008)	
Propuestas a SAG	Terceros	Codelco Carén Bajo
	36	
Informadas como ejecutadas a SAG	24,98	

Descripción	Superficie	
	(ha)	
Superficie reconocidas por SAG como ejecutadas	21,53	-
Nuevas áreas propuestas al SAG		14,47
Superficie validada por SAG pero sin pronunciamiento formal		7,00
Pendientes		7,47

E. PERÍODO EN QUE DEBEN SER IMPLEMENTADAS LAS ACCIONES CONTEMPLADAS EN LA MEDIDA DE COMPENSACIÓN DEL CONSIDERANDO 7.2.2. DE LA RCA N° 880/2008: "ANTES DEL TÉRMINO DE LA QUINTA ETAPA DEL PROYECTO".

Los antecedentes disponibles y acreditados hacen necesario que Codelco sea eximido de toda responsabilidad en lo que concierne al cargo señalado, pues en la especie no hay hechos, actos u omisiones que constituyan infracción de la medida de compensación establecida en la resolución de calificación ambiental.

En efecto y según se demostrará, la medida de compensación debía implementarse hasta antes del término de la 5ª Etapa, condición que no se ha configurado aún, y que en todo caso no lo estaba al momento de formularse el cargo.

Lo anterior se funda en las consideraciones siguientes.

1. Oportunidad en que debe ser implementada la medida de compensación de suelos asociada al proyecto Peraltamiento Embalse Carén.

a) Estudio de Impacto Ambiental.

Los Capítulos 2 (Descripción de Proyecto), 6 (Predicción y Evaluación de Impactos Ambientales) y 7 (Plan de Medidas de Mitigación, Reparación y/o Compensación) del EIA (incluyendo el Anexo 7-3 de este último), no hacen referencia alguna la oportunidad de la implementación de la medida.

Por su parte, el Capítulo 8 (Plan de Seguimiento Ambiental), Sección 8.3, señala:

"El plan de monitoreo propuesto se realizará durante el desarrollo de los proyectos de mejoramiento, hasta la entrega del suelo mejorado a los propietarios correspondientes y con la visación de la autoridad. Esta medida de compensación, y por lo tanto su monitoreo, se propone realizarla durante la 5ª etapa e incluirá la totalidad de las áreas que requieren compensación por el proyecto de peraltamiento del embalse, 5ª a 12ª etapa."

Coherente con ello, la Ficha N° 3 del EIA (Identificación de Impactos Ambientales, Medidas de Manejo y Plan de Seguimiento, p. 40), identifica para la etapa de operación, asociada al llenado de embalse, el componente ambiental Edafología, proponiéndose como medida la *"compensación de suelos Clase III de Capacidad de Uso (62 ha)"*.

Al efecto, señala como verificador de cumplimiento la *"ejecución de plan de compensación e informe de resultados"*, y como oportunidad de implementación, la *"Etapa de operación"*, haciendo referencia al Capítulo 6, p. 49 del EIA.

b) Informes sectoriales sobre el EIA

El Servicio Agrícola y Ganadero exigió, entre otras cosas, que *"La implementación del plan de medidas de compensación de suelos, deberá realizarse antes del término de la 5ª etapa del proyecto."* (Ord. N° 4756, de 16 de mayo de 2007, ordinal 15 del Anexo al mismo).

c) Informe Consolidado de Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones y Ampliaciones N° 1

Coherente con la observación del SAG, en éste se indica, a la letra, lo siguiente:

"La presentación del Plan específico de compensación por pérdida del recurso suelo, deberá realizarse en un plazo máximo de 6 meses contados a partir de la fecha de notificación de la RCA, en caso que se apruebe ambientalmente el proyecto. No obstante, se solicita presentar una propuesta de criterios técnicos a considerar en el plan, cronograma de actividades relativas al diseño e implementación, y plan de seguimiento. Al respecto, se sugiere que la implementación del plan se realice antes del término de la 5ª etapa del Proyecto." (Sección 7.1, Plan de medidas de Mitigación, Reparación y/o Compensación, N° 7.1.16).

d) Resolución de Calificación Ambiental (considerando 7.2.2)

De acuerdo con la sección pertinente de la RCA, "La implementación del plan se realizará antes del término de la 5ª etapa del Proyecto".

e) Antecedentes posteriores a la evaluación ambiental relacionados con el momento en que debe ejecutarse la medida de compensación. El Plan Específico de Compensación.

Este Plan fue presentado y aprobado en la lógica de lo que dispuso la RCA. En efecto, en primer término dicho documento alude expresamente a lo establecido en el considerando 7.2.2 de la RCA (Sección N° 1). Adicionalmente, según la sección N°2 del mismo, "La implementación del Plan se realizará antes del término de la 5ª etapa del proyecto" (p. 4).

De este modo, la oportunidad para implementar la medida de compensación de suelos expira una vez realizada y ejecutada completamente la 5ª etapa del Proyecto, lo cual abarca la fase de su construcción y de su operación.

El EIA fue muy claro desde el inicio en el sentido que la compensación se efectuaría durante la 5ª etapa (Capítulo 8) o durante la operación (Fichas). Por lo tanto, al expresar la RCA que la implementación de la medida debe hacerse antes del término de la 5ª etapa, ello es plenamente coherente con los antecedentes que fundan dicho acto administrativo y en particular con la forma en que se visualizó el proyecto y sus respectivas etapas.

Todo lo anterior se hace plenamente consistente con la forma en que fue redactado y aprobado el Plan Específico de Compensación, sujetándose íntegramente a lo ordenado por la RCA, y señalando en consecuencia que la implementación de la medida se realizaría antes del término de la 5ª etapa del proyecto.

2. Antecedentes que fundan el estatus de operación de la 5ª etapa, o que se trata de una etapa aún no concluida.

A partir de la evaluación de impacto ambiental y de los diversos avisos efectuados a la autoridad, se pueden considerar los siguientes cuatro factores para determinar el estatus operacional de la 5ª Etapa: duración de la etapa, cronograma de construcción y operación de las etapas, superficie de inundación y la construcción de la 6ª etapa.

Es así como, sobre la base de la información citada, es posible inferir lo siguiente:

a) Desde el punto de vista de la duración comprometida de la etapa.

Oficialmente se informó sobre el término de la fase de construcción de la 5ª etapa, indicándose que éste se verificó el día 21 de diciembre de 2011 (Carta GPAR-CAR-T09C411-1145-2012, de 10 de enero de 2012, adjunta en un otrosí).

Dado que en el EIA (sección 2.1.5.2 del Capítulo 2) se manifestó que la fase de operación de la 5ª etapa tendría una duración promedio de entre 6 a 8 años (considerando una tasa de depositación de 131 ktpd), desde esta perspectiva el término de la operación se produciría entre diciembre de 2017 y diciembre de 2019.

b) Desde el punto de vista del cronograma.

Según el cronograma declarado en el EIA (sección 2.1.8 del Capítulo 2), se desprende que el fin de la construcción de la 5ª Etapa había sido programado para el último trimestre de 2009 y el fin de la operación para el último trimestre de 2015.

Sin embargo, dado que se informó al SEA que el término de la construcción de la 5ª Etapa fue el 21 de Diciembre de 2011 (último trimestre 2011), se puede establecer que el término de la operación podría desplazarse al menos hacia el último trimestre de 2017.

Es pertinente señalar, a este respecto, que el cronograma establecido en el EIA no configura necesariamente una obligación que deba cumplir el titular del Proyecto, razón por la cual impera, sobre aquél, lo que en definitiva se haya verificado en la práctica.

Pero a resultas de la combinación de la razón de tiempo fijada en el cronograma (6 años de operación) y de lo que en la realidad sucedió, puede considerarse que en esta perspectiva la 5ª Etapa se encuentra aún en operación.

c) Desde el punto de vista de la superficie de inundación.

De acuerdo con el EIA (sección 2.1.6 del Capítulo 2), la 5ª Etapa debería inundar una superficie máxima de 260 hectáreas, de manera que al finalizar dicha etapa el área total inundada debería ser equivalente a 2.222 hectáreas.

Según información que administra Codelco, al mes de marzo de 2016 el área inundada alcanzaba a las 2.070 hectáreas, razón por la cual a la 5ª etapa le quedaría un saldo de inundación ascendente a 152 hectáreas, lo que se puede verificar en la siguiente imagen de fecha marzo de 2016, obtenida de Google Earth.

Imagen 1. Superficie de inundación embalse Carén. Marzo de 2016



d) Desde el punto de vista de la construcción de la 6ª Etapa.

La 6ª Etapa del Proyecto se encuentra aún en construcción, y en consecuencia eso reafirma el hecho de la etapa anterior aún no concluye.

Los elementos anteriores permiten verificar que a la fecha de esta presentación, la 5ª etapa se encuentra aún en operación.

3. Conclusiones.

Sobre la base de todo lo expuesto, es inconcuso a nuestro juicio que en la especie no se ha configurado infracción.

En efecto, la RCA y los antecedentes que la complementan, es clara al establecer que la medida de compensación debe satisfacerse hasta antes del término de la operación de la 5ª etapa del Proyecto.

Si dicha etapa aún no se encuentra finalizada, quiere decir que todavía el titular del Proyecto tiene oportunidad de satisfacer el cumplimiento cabal de su obligación, y por consiguiente no es posible que, por ahora, se configure una infracción.

Es decir, no hay hecho alguno que, para este caso, pueda constituir una infracción y, por ende, para que la autoridad tenga potestad legal de reacción punitiva en contra de mi representada, pues en definitiva no se verifica aquí el incumplimiento de condiciones, normas o medidas establecidas en la RCA, en los términos prescritos en la letra a) del artículo 35 de la LOSMA, con relación a lo dispuesto en el artículo 3, letra o) del mismo cuerpo legal.

Por lo tanto, en lo que concierne al cargo que se analiza, solicitamos un pronunciamiento liberatorio de responsabilidad respecto de mi representada.

F. CONSIDERACIONES RESPECTO A LA CONDUCTA EXIGIBLE EN EL MARCO DE LA MEDIDA DE COMPENSACIÓN ASOCIADA AL SUELO.

En el literal anterior nos referimos a la imposibilidad de configurar un incumplimiento a la medida contemplada en el numeral 7.2.2. de la RCA N° 880/2008, en atención a que aún no se ha verificado la condición temporal establecida en la misma para estimar que ha sido infringida.

Además de ello, según se desprende del tenor literal de la medida, las obligaciones exigibles a Codelco correspondían a: (i) la implementación del Plan (antes del término de la quinta etapa del Proyecto), y en relación a la ejecución de las obras, a (ii) la realización de trabajos para alcanzar la capacidad de uso clase III.

De acuerdo a lo dicho, es necesario profundizar separadamente sobre tales obligaciones:

1. El Plan de Compensación debía implementarse antes del término de la quinta etapa del Proyecto.

Es importante remarcar el alcance del concepto "implementación", ya que del tenor de la imputación contenida en los cargos, es presumible que la SMA haya estimado que el plan debía encontrarse totalmente finalizado antes del término de la quinta etapa, cuando ello excede de lo previsto en la RCA.

En efecto, la voz "implementar" es definida por la Real Academia Española de la Lengua como "*Poner en funcionamiento o aplicar métodos, medidas, etc., para llevar algo a cabo*".

Dicho ello, cabe recordar que la medida de compensación contemplaba como obligación la presentación del Plan de Compensación dentro de 6 meses desde la notificación de la RCA, cuestión que fue realizada oportunamente; luego, debía ser aprobado por el Servicio Agrícola y Ganadero, cuestión que también sucedió; y posteriormente, debía abrirse un Concurso para Compensación de Suelos, actividad que también fue desarrollada.

De este modo, es efectivo que se implementó el Plan de Compensación, sirviendo de base para sostenerlo todos los antecedentes de hecho que fueron pormenorizados anteriormente en este capítulo.

En otras palabras, antes del término de la 5ª Etapa del Proyecto se han puesto en funcionamiento las medidas necesarias para cumplir los objetivos del Plan de Compensación, cuestión que precisamente significa haber procedido a su implementación, satisfaciendo el requerimiento fijado en la RCA, siendo un hecho distinto que éste aún no haya llegado a término.

Es pertinente recordar que, atendida la naturaleza de este procedimiento sancionatorio, no podría darse una interpretación que sobrepase el alcance real de la obligación exigible a Codelco, pues ello devendría en una vulneración a los principios que gobiernan al *ius puniendi* estatal.

Con todo, de la mera revisión del cargo formulado se desprende que la autoridad no ponderó ni tomó en consideración la época, la oportunidad ni el modo en que la conducta exigible debía ser realizada, por cuanto no se hace alusión alguna a un espacio temporal, como tampoco a qué

actividades debían desarrollarse, limitándose a realizar una imputación genérica, lo que da cuenta de una omisión conceptual insalvable, ya que el elemento que ponemos de relieve en este punto ni siquiera fue considerado por el órgano instructor.

En suma, el cargo formulado no posee asidero jurídico, por cuanto la RCA estableció como obligación, que la *implementación* del Plan de Compensación se realizara antes del término de la 5ª Etapa del Proyecto, deber que ha sido debidamente satisfecho por Codelco, sin perjuicio de continuar con las tareas necesarias para su finalización y cierre.

2. El Plan de Compensación establece que el titular ejecutaría labores de mejoramiento de suelos, pero su posterior administración y gestión recae en los propietarios de los predios adjudicados en el concurso.

Es particularmente importante dejar claramente identificado el alcance y extensión que puede darse a la obligación asociada al mejoramiento de suelos.

Sobre el particular, primero cabe recordar que la medida de compensación, desde un comienzo, fue concebida para desarrollar trabajos de rehabilitación de suelos de propiedad de terceros.

Enseguida, con el objeto de procurar el éxito de los objetivos propuestos en el Plan de Compensación, se establecieron una serie de requisitos y compromisos para los participantes del concurso, los que, entre otros aspectos, debían suscribir una "carta compromiso", de la que dimos cuenta precedentemente en este capítulo.

Dicho ello, es claro que la obligación exigible a Codelco se satisfacía con la ejecución de las obras de mejoramiento, pues quedó establecido en los documentos que conforman el Plan de Compensación (**aprobado por el SAG**), que los propietarios de los predios que se adjudicaran el concurso **se responsabilizarían "del manejo sustentable del recurso suelo, de manera que este mantenga en el tiempo la nueva condición de uso"**, según se contemplaba expresamente en la carta de compromiso que suscribieron los propietarios.

Este punto fue expuesto ante el SAG mediante la carta remitida el 16 de octubre de 2012, en atención a que dicho Servicio realizó requerimientos en orden a que fuera Codelco quien realizara trabajos de mantención de los predios donde se ejecutaron los trabajos, toda vez que advirtió que los suelos estaban perdiendo la capacidad de uso. Así, se hizo presente que tales

predios, en cuanto eran de propiedad de terceros, debían ser administrados por sus propietarios y que no era posible a Codelco forzarlos a realizar actividades agropecuarias.

Según se puede inferir de las actas de fiscalización levantadas en diciembre de 2015, como también de la denuncia remitida por el SAG en septiembre de 2013 a ese órgano fiscalizador, el deterioro de los predios, en cuanto a sus capacidades de uso, se constituyó como un antecedente fundamental para que se resolviera en definitiva formular cargos en relación a esta medida de compensación.

Con todo, reiteramos que lo planteado por el SAG excede no sólo el marco definido en la RCA N° 880/2008, sino que también sobrepasa las posibilidades efectivas con las que cuenta Codelco para poder implementar lo requerido, toda vez que se trata de propiedades de terceros, de las cuales Codelco no puede disponer ni menos forzar el cumplimiento de las cargas puestas sobre los propietarios.

De esta forma, el órgano instructor ha hecho suyo el mismo error, según se desprende de lo expuesto en los considerandos 49 y 50 de la Resolución Exenta N° 1/Rol D 33-2016, suponiendo como obligaciones de Codelco el desarrollo de actividades completamente ajenas al Plan de Compensación.

Lo así sostenido no sólo posee amparo en los instrumentos que contienen las obligaciones asumidas por Codelco en el marco de la licencia ambiental del Proyecto, sino que también en razones de lógica básica. Si asintiéramos en lo pretendido por el SAG, la obligación de realizar trabajos de mantención se extendería perpetuamente, debiendo permanecer en constante vigilancia del uso que los propietarios den a sus predios, pretendiendo la autoridad que Codelco ejecute una injerencia sobre la administración de los bienes de terceros, que evidentemente no tiene potestad de realizar.

En suma, el antecedente de hecho considerado por el órgano instructor para formular cargos parte de un supuesto absolutamente errado, por cuanto no es exigible a Codelco realizar trabajos de mantención sobre los predios que fueron mejorados durante el año 2011.

A mayor abundamiento, tal como se indica en el considerando 42 de la Resolución que contiene la formulación de cargos, el propio SAG, en el mes de febrero de 2012, señaló expresamente que

14,47 ha habían quedado pendientes de mejoramiento, **lo que permite sostener que respecto de las otras 21,53 ha la autoridad sectorial, a dicha época, tuvo por ejecutada la medida (pese a que expresamente aún no las recepciona).**

Por tanto, no siendo exigible a Codelco una conducta en los términos entendidos por el SAG y el órgano instructor, los cargos carecen por completo de sustento fáctico, modal y temporal, debiendo absolverse de los mismos.

G. VICIOS ESENCIALES EN LA FORMULACIÓN DEL CARGO.

Sin perjuicio de todo lo manifestado precedentemente, y sin renunciar a ello, cabe indicar que de la sola lectura del cargo se advierte nítidamente que éste carece de la claridad y precisión con que deben construirse los reproches imputados en el marco de un procedimiento sancionatorio, y a su vez, incurre en vaguedades insubsanables, según pasamos a señalar:

1. No se señala cómo se habría generado la conducta vulneradora, toda vez que se especifican en concreto las obligaciones asociadas a la medida de compensación que se estiman vulneradas.

Así, a lo largo de este capítulo dimos cuenta de una serie de obligaciones relacionadas con la medida, pero en el cargo no se señala respecto de cuál de ellas se habría incurrido en un actuar negligente, o bajo qué parámetro las obras de mejoramiento o el concurso para compensación de suelos fueron deficientes, o de qué manera el plan complementario presentado para lograr las 36 ha se encontraba fuera del marco jurídico, en fin, desde qué momento, o de qué forma se habría vulnerado la RCA, limitándose a realizar una acusación genérica y carente de vinculación circunstanciada a los hechos.

2. Dicho ello, como se expuso, en esta clase de procedimientos sancionatorios rigen los principios del derecho penal y de razonabilidad propios de los procedimientos administrativos, lo que implica que la autoridad debe ejercer su autoridad con estricto apego a los principios que los gobiernan.

Cabe reiterar que dentro de los supuestos mínimos y elementales para la correcta construcción de un reproche administrativo, que le permita bastarse a sí mismo, se

encuentran tres elementos: el tiempo, el modo y el lugar, siendo claro que en este cargo tales aspectos no se cumplen con rigor. Por un lado, en cuanto al tiempo, toda vez que no se invoca espacio temporal alguno, lo que es particularmente importante en relación a las fases del Proyecto a las cuales se encontraba asociada la medida; y por otro, en cuanto al modo, toda vez que no se precisa cómo se habría llegado a configurar la infracción, por qué a esta parte le habría correspondido realizar trabajos de mantención sobre los predios que se efectuaron las obras de mejoramiento, etc.

Así, es claro que el cargo es erróneo, impreciso e inexacto en su formulación, lo que atenta contra el correcto ejercicio del derecho a defensa de esta parte y contra el mandato establecido en el artículo 49 de la LOSMA. A su vez, en virtud del principio de razonabilidad, la autoridad pública se encuentra obligada a fundamentar sus actos administrativos, ya sean normados o discrecionales, señalando con la debida precisión los antecedentes fácticos y normativos que le sirven de base para su dictación, razón por la cual el cargo forzosamente debe ser levantado, absolviendo a Codelco del mismo.

H. SOBRE LA CALIFICACIÓN DE GRAVEDAD EFECTUADA POR EL ÓRGANO INSTRUCTOR RESPECTO DEL CARGO.

1. Calificación de la infracción.

La SMA calificó como infracción grave el cargo N° 2, en conformidad a lo dispuesto por el artículo 36, número 2, letra e) de la LOSMA el cual establece:

"Para los efectos del ejercicio de la potestad sancionadora que corresponde a la Superintendencia, las infracciones de su competencia se clasificarán en gravísimas, graves y leves.

2.- Son infracciones graves, los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente:

e) Incumplan gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva Resolución de Calificación Ambiental".

2. Planteamiento general.

De la simple lectura del cargo se desprende que no existe una relación de cómo la supuesta infracción incumple gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad.

Es necesario señalar que la simple constatación de un hecho no basta para calificar cierta conducta como una infracción, ni mucho menos para determinar su gravedad, debiendo analizarse si existe incumplimiento de una medida y, en dicho caso, el grado de éste.

Así lo ha señalado expresamente el Tribunal Ambiental, el cual conociendo de un recurso de reclamación ha señalado: *"Que –a juicio de este Tribunal- el criterio contenido en el artículo 36 N° 2 letra e) de la Ley Orgánica de la SMA, se relaciona específicamente con el incumplimiento objetivo de la medida, y no con el grado de intencionalidad con que el infractor la incumplió. En efecto, el incumplimiento de una medida es perfectamente graduable, pues se pueden presentar casos en que su entidad varíe, por ejemplo, porque no afectó su finalidad de eliminar, minimizar o compensar los efectos adversos de un proyecto, o porque afectándose su finalidad, esta no fue de relevancia, todo ello con independencia del grado de diligencia con que haya actuado el titular del proyecto".* (Considerando 80 de la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental de fecha 7 de mayo de 2015, rol R-38-2014).

Este mismo criterio lo vemos expresado en otra sentencia en la cual se establece:

"... para verificar si se dan los supuestos del criterio contenido en la letra e) del precepto reproducido en el considerando anterior [artículo 36 N° 2, LOSMA] se debe contrastar en qué situación se encontraban las medidas comprometidas por el titular al momento de su incumplimiento,... comparación que -a entender de este Tribunal- debe ser de carácter objetiva. Lo anterior, permite determinar que, la oportunidad para realizar dicha comparación lo es al momento del incumplimiento de las medidas comprometidas; y por otro lado, que los efectos de la infracción por la que fue sancionada MLP, no serán relevantes para determinar la concurrencia del criterio de calificación aplicado por la SMA... Ello, por cuanto en este caso, dichos efectos deberán ser ponderados al momento de determinar la concurrencia de la circunstancia del artículo 40 letra a) de la Ley Orgánica de la SMA, esto es 'la importancia del

daño causado o del peligro ocasionado'..." (Considerando 46 de la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, de fecha 30 de julio de 2015, rol R-33-2014).

Conforme a lo anterior, no habiéndose acreditado, y en realidad, ni siquiera expuesto bajo qué razonamientos y de qué manera la infracción que se le imputa a Codelco configura un incumplimiento grave de las medidas impuestas por la RCA N° 880/2008, es posible afirmar que no concurre ninguno de los requisitos que determinan la aplicación de esta circunstancia de gravedad.

3. La calificación de gravedad en el caso de los hechos asociados a las RCA.

Sobre la base de lo que se expondrá y de lo que se acreditará a lo largo de este proceso, mi representada solicita que la autoridad fiscalizadora proceda a reconsiderar la calificación de esta infracción desde grave a leve, para el evento que no proceda a eximirnos de responsabilidad. Ello, conforme los elementos que se indican en seguida.

a) Los criterios que ha establecido la Superintendencia del Medio Ambiente.

En una primera etapa, el órgano fiscalizador interpretó la expresión "gravemente" a la luz de su sentido natural y obvio, señalando que "la Real Academia de la lengua Española define la palabra "gravemente» como *"De manera grave"*; y, a su vez, define "grave" como *"Grande, de mucha entidad o importancia"*.¹²

Al alero de los casos que sucedieron a los citados, la Superintendencia ha fijado dos criterios de carácter general, a saber:

(i) Para determinar la gravedad, no se deben tomar en cuenta los efectos del incumplimiento de la medida. Lo que interesa es la "entidad del incumplimiento".¹³

(ii) Para dimensionar la "entidad del incumplimiento", deben tomarse en cuenta la concurrencia, alternativa, de alguno de los siguientes tres criterios¹⁴:

¹² Resolución Exenta N° 1339, de 2013, Rol F-007-2013; Resolución Exenta N° 1444, de 2013, Rol D-012-2013; y Resolución Exenta N° 65, de 2014, Rol D-020-2013.

¹³ Así consta en la Resolución Exenta N° 421, de 2014, Rol D-015-2013; Resolución Exenta N° 489, de 2014, Rol F-019-2013; Resolución Exenta N° 777, de 2014, Rol D-021-2013; Resolución Exenta N° 363, de 2015, Rol F-054-2014; Resolución Exenta N° 364, de 2015, Rol F-059-2014; Resolución Exenta N° 516, de 2015, Rol D-013-2014; Resolución Exenta N° 333, de 2016, Rol D-007-2015; y Resolución Exenta N° 551, de 2016, Rol D-055-2015.

(iii) Relevancia o centralidad de la medida incumplida, en el sentido de si era o no la única llamada a hacerse cargo del efecto correspondiente.

(iv) Permanencia en el tiempo del incumplimiento.

(v) Grado de implementación de la medida.

b) Los elementos que concurren para mudar la calificación de la infracción desde grave a leve.

Siguiendo los recientes criterios asentados por la SMA, en este caso concurren razones fundadas para que en definitiva se considere esta infracción como leve, y no grave, toda vez que el supuesto incumplimiento es de una entidad que no reviste el carácter de grave y en consecuencia es de baja lesividad.

En lo que concierne a la relevancia o centralidad de la medida incumplida (en el sentido de si era o no la única llamada a hacerse cargo del efecto correspondiente), creemos que para su razonable ponderación, debe ser complementado con otros elementos estrechamente vinculados con el mismo.

Si bien podría estimarse que se trata de una medida relevante (pues, en efecto, se trataría de una medida única tendiente a hacerse cargo de un determinado efecto identificado en el proceso de evaluación), hay que atender a cuatro subfactores que son de interés tomar en cuenta y que deben complementar lo referido al carácter de la medida.

En primer lugar, la medida de compensación tiene su origen en la pérdida de suelos con capacidad de uso Clase III. Esto es relevante, por cuanto el crecimiento del embalse no generará la pérdida de suelos de capacidad de uso Clase I ni II, los cuales constituyen un tipo de superficie cualitativamente superior a aquél que el proyecto afectó en definitiva.

En segundo lugar, la medida, como reza la RCA, consiste en compensar en 1,5 veces la pérdida de 24 hectáreas de suelos Clase III. Es decir, frente a la pérdida de 24 hectáreas, el titular del proyecto debe compensar 36 hectáreas, a través de la rehabilitación de otros

¹⁴ Así lo estableció en la Resolución Exenta N° 421, de 2014, Rol D-015-2013; Resolución Exenta N° 489, de 2014, Rol F-019-2013; Resolución Exenta N° 777, de 2014, Rol D-021-2013; Resolución Exenta N° 198, de 2015, Rol F-025-2013; Resolución Exenta N° 363, de 2015, Rol F-054-2014; Resolución Exenta N° 516, de 2015, Rol D-013-2014; Resolución Exenta N° 476, de 2015, Rol F-026-2013; Resolución Exenta N° 944, de 2015, Rol F-038-2013; Resolución Exenta N° 333, de 2016, Rol D-007-2015; y Resolución Exenta N° 551, de 2016, Rol D-055-2015.

suelos de inferior capacidad de uso, llevándolos a una Clase III. De acuerdo con los antecedentes que han sido acompañados, a la fecha mi representada ha rehabilitado efectivamente 21, 53 ha, las que si bien no alcanzan a la cantidad establecida en la RCA, se encuentran muy cercanas a las 24 que dieron lugar a la medida.

En tercer lugar, tal como se señala en el considerando 7.2.2. de la RCA, el área total de suelo a intervenir por el proyecto asciende a 1.475,3 hectáreas. De dicho total, como ha sido indicado, sólo 24 hectáreas son las que corresponden a la superficie que debe ser compensada, de manera que a la luz de un criterio de contexto, se trata de un factor que asiste a evaluar la relevancia de la medida.

En cuarto lugar, en nuestra opinión, para sopesar razonablemente la idea de relevancia de la medida, ha de ponderarse también la complejidad de su cumplimiento, el cual no sólo depende de la voluntad del titular, sino además de la de terceros, incluyendo la de la autoridad, como es el caso del Servicio Agrícola y Ganadero.

En lo que se refiere a la permanencia en el tiempo del incumplimiento (sin abandonar ni renunciar, por cierto, a la idea de que no se satisfacen los supuestos para configurar la infracción, dado que aún se encuentra en operación la Etapa N° 5 y a que no concurren los presupuestos para configurar responsabilidad), es evidente que, de ser considerada como una infracción el no alcanzar el total de la compensación, ello no ha importado un lapso relevante.

Por último, con relación al grado de implementación de la medida, según ya ha sido visto, es un criterio que concurre para suprimir la gravedad del incumplimiento, **pues mi representada ha efectuado la rehabilitación de suelos en 21.53 hectáreas, tal como lo reconoció expresamente el SAG en febrero de 2012.**

4. Particularidades que se presentan en la calificación de gravedad en caso que la conducta infraccional se base en un eventual incumplimiento a una medida contenida en una RCA.

En el cargo formulado por el órgano instructor se invoca al artículo 35 letra a) de la LOSMA, el cual contempla como infracción "*El incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental*".

Luego, el artículo 36 N° 2 letra e) del mismo cuerpo normativo también se construye sobre la base de un incumplimiento a las medidas establecidas para minimizar o eliminar los efectos adversos, pero requiriendo que tal incumplimiento sea grave.

Tal antecedente no es baladí, pues de no ponderarlo adecuadamente, se configuraría un supuesto tautológico, en el cual la misma conducta que sirvió para configurar la infracción, al mismo tiempo y sin otro elemento de juicio, sustentaría su calificación de gravedad.

Lo señalado trae como consecuencia que, en caso que nos encontremos en presencia de una infracción configurada en relación a un eventual incumplimiento de medidas contempladas en la RCA, la calificación de "infracción grave" a la luz del referido literal e) debe ponderarse con particular detención, requiriéndose en la práctica una especial intensidad para su configuración.

No obstante, como hemos destacado, no se advierte línea argumentativa alguna que permita analizar en profundidad las motivaciones que habría tenido el órgano instructor para determinar que este cargo represente una infracción grave.

5. Últimas consideraciones sobre la calificación de gravedad.

En atención a lo expuesto, primero cabe reiterar que no se advierte razonamiento alguno por parte del órgano instructor (toda vez que no se ha desarrollado argumentación al efecto en la resolución que formuló cargos, limitándose a expresar una genérica e insustancial fórmula de hacerlo "*sobre la base de los antecedentes que constan al momento de la emisión del presente acto*") que permita concebir por qué estaríamos en presencia de incumplimiento grave a la medida destinada a minimizar o eliminar alguno de los efectos del proyecto.

En esta materia, lo que rige es el grado de cumplimiento de las obligaciones asociadas a la medida, lo que se pondera, por ejemplo, en atención a su nivel de implementación, nada de lo cual fue considerado por el órgano instructor.

En efecto, incluso si se estimase que la medida de compensación asociada al mejoramiento de suelos fue incumplida, no se configuraría el estándar de gravedad definido por la misma SMA, esto es, no se trataría de infracciones que revistan un carácter de magnitud significativo, más cuando se advierte que la medida fue implementada, y que su ejecución total no ha llegado a verificarse por causas ajenas al quehacer de Codelco.

I. PLANTEAMIENTOS SUBSIDIARIOS A LAS ALEGACIONES Y DEFENSAS PREVIAS Y PRINCIPALES

Sin perjuicio de todo lo manifestado precedentemente, y sin renunciar a ello, solicitamos tener en consideración los siguientes planteamientos subsidiarios:

1. Análisis de la concurrencia de culpa o dolo por parte de Codelco. Ausencia de responsabilidad y debida diligencia.

Es pertinente referirnos al elemento subjetivo de la conducta, por cuanto el actuar de Codelco se ha ceñido estrictamente al marco que le es exigible.

Dicho lo anterior, corresponde analizar la materia en relación a tres aspectos de la ejecución del Plan de compensación: i) Incumplimiento del propietario de uno de los predios adjudicados en el Concurso; ii) Falta de trabajos de mantención, o bien, no haber destinado los predios a fines agropecuarios, por parte de los propietarios de los predios; y iii) Falta de debido pronunciamiento por parte del SAG para resolver el plan complementario propuesto por Codelco.

Luego de revisar los antecedentes de cada uno de estos casos, será posible sostener que las dificultades en la ejecución total del Plan de compensación no son atribuibles a culpa o dolo de Codelco.

a) Incumplimiento del propietario de uno de los predios adjudicados en el Concurso.

Tal como expusimos en la relación de los hechos, con posterioridad a la adjudicación del concurso, y aun existiendo compromisos suscritos para garantizar los objetivos del mismo, el

propietario del predio Rol 210-018, que concentraba la mayor superficie de terreno a mejorar, con 30,70 ha, finalmente decidió que no se realizarían trabajos de mejoramiento respecto de 12,8 ha de su predio, por cuanto las había comprometido para otros fines.

De esta forma, cabe recordar que la medida de compensación siempre fue contemplada para ser desarrollada en predios de terceros, atendida la falta de disponibilidad de terrenos propios de Codelco para satisfacer tales fines, lo cual no puede perderse de vista, toda vez que esta parte no posee elementos o mecanismos que le permitan forzar la ejecución de las obras sin contar con la aquiescencia de los propietarios de los terrenos.

Lo anterior además se sustenta en razones de lógica y eficiencia, pues aun cuando se pudiera llegar a sostener lo contrario (es decir, que Codelco sí puede forzar a esos terceros a permitir la ejecución de las obras de mejoramiento), aquellos propietarios en ningún caso podrían ser privados de sus facultades de disposición, uso y goce respecto de sus bienes raíces.

No obstante, Codelco no claudicó en la consecución del objetivo, lo cual encuentra amplio sustento documental, habiendo planteado nuevas fórmulas y alternativas a la autoridad para lograr el mejoramiento de las 14,47 ha restantes, lo que no ha llegado a materializarse por la falta de pronunciamiento del SAG, según pasaremos a detallar en la letra c) de esta sección.

Por tanto, la imposibilidad de ejecutar el total de las obras de mejoramiento previstas en el Plan de Compensación inicial encuentra su causa basal en un factor exógeno a esta parte, como lo fue que el propietario de uno de los terrenos comprometió 12,8 ha para otros fines, aun cuando se habían tomado los resguardos del caso (por medio de la suscripción de una carta de compromiso, aceptación de las bases, contrato de adjudicación, etc.), al no contar Codelco con mecanismos efectivos para forzarlos.

Esta parte actuó con la diligencia debida elaborando el Plan de Compensación, realizando el concurso contemplado en la RCA (en dos oportunidades, toda vez que la primera vez se declaró desierto), adjudicando el mismo y ejecutando posteriormente las obras de mejoramiento en los predios seleccionados, salvo, claro está, en aquel donde su propietario no lo permitió.

Acto seguido, y en atención a esta última circunstancia, adoptó las acciones oportunas y tendientes a conseguir el cumplimiento total de la rehabilitación de 36 ha, proponiendo a la autoridad un plan complementario, siendo copiosos los antecedentes técnicos que sustentan esta aseveración.

Así, esta parte, aun bajo los más altos estándares de evaluación, no ha incurrido en una conducta dolosa o culpable, razón por la cual no se presenta el supuesto necesario para la configuración de responsabilidad.

Por último, cabe señalar que las actuaciones de esta parte fueron desplegadas oportunamente, por lo que se enmarcan propiamente dentro de la figura de eximente de responsabilidad.

- b) Falta de trabajos de mantención, o bien, no haber destinado los predios a fines agropecuarios, por parte de los propietarios de los predios.

Sobre este punto nos referimos anteriormente en este capítulo, estableciéndose que tales trabajos de mantención no son una obligación exigible en el marco de la RCA N° 880/2008.

En concreto, la mantención de la capacidad de uso de los suelos corresponde a los propietarios de los predios, quienes se responsabilizarían "del manejo sustentable del recurso suelo, de manera que este mantenga en el tiempo la nueva condición de uso".

Por tanto, al no ser una obligación exigible a Codelco, naturalmente no puede configurarse culpa o dolo respecto de esta parte.

De esta forma, la conducta de Codelco no configura culpa o dolo, razón por la cual los cargos no se pueden sustentar sobre este materia, debiendo absolverse a Codelco de los mismos.

- c) Falta de debido pronunciamiento por parte del SAG para resolver el Plan Complementario propuesto por Codelco.

Es importante destacar que la autoridad sectorial llamada a aprobar las actividades propuestas por Codelco para la consecución de la rehabilitación de las 36 ha es el SAG, y en

lugar de servir y ejecutar eficazmente sus atribuciones, representó un impedimento para la oportuna ejecución (total) de la medida.

Lo anterior se sostiene porque pese a los antecedentes y propuestas técnicas presentadas por Codelco, tendientes a contar con la autorización del plan complementario para desarrollar los trabajos de mejoramiento respecto de las 14,47 ha restantes, dicho Servicio nunca emitió pronunciamiento, motivo por el cual Codelco no se encontraba habilitado para iniciar las labores programadas respecto de esos terrenos.

En particular, como expusimos en la relación de hechos, técnicamente se habían validado 7 ha (que se comprenden dentro de las referidas 14,47 ha.), correspondientes a los predios denominados 1c y 1d, pero tampoco se llegó a contar con una resolución autorizatoria respecto a ellos.

Dicho ello, es posible inferir que el SAG "abandonó" la prosecución del procedimiento administrativo destinado a rehabilitar las 36 ha, aparentemente en consideración a los procesos de erosión que comenzaron a experimentarse sobre las áreas que habían sido mejoradas en su capacidad de uso por Codelco.

Tal hipótesis se sustenta en que en septiembre de 2013, en lugar de resolver si el Plan Complementario presentado por esta parte en mayo de ese año era técnicamente viable, optó por denunciar a Codelco ante la SMA, por un potencial incumplimiento de la medida (sin ponderar el ya referido plan complementario, los plazos asociados a la implementación de la medida, etc.).

Dicho supuesto se ve reforzado en lo expuesto en las actas de fiscalización levantadas en diciembre de 2015, que se centran de manera importante en el deterioro de los predios, en cuanto a sus capacidades de uso.

De esta forma, es claro que Codelco realizó las actuaciones que le eran exigibles para implementar el Plan de compensación, como también para alcanzar su total ejecución, pero en lugar de contar con el apoyo y dirección de la autoridad sectorial competente, ésta se erigió como un impedimento para el éxito efectivo de la medida.

Por tanto, no se configura culpa o dolo de Codelco por no haberse logrado a la fecha la rehabilitación total de las 36 ha contempladas en la medida de compensación, ya que ha obrado con la debida diligencia en aras de alcanzar su eficaz ejecución.

En consecuencia, es evidente que el proceder de Codelco se adecuó a un máximo grado de diligencia, sin haber mediado ningún tipo de culpa o dolo de su parte. Es decir, en su conducta observó permanentemente un estándar de diligencia y cuidado tendiente al cumplimiento fiel, exacto y oportuno de las obligaciones ya examinadas. Por consiguiente, habiendo impreso una debida diligencia de manera permanente, ha de operar aquí, la causal de liberación de responsabilidad.

A mayor abundamiento, es inconcuso que obtener un pronunciamiento favorable del SAG, mediante la emisión de un acto administrativo vinculante en el marco de sus facultades sectoriales y regulatorias, se erige como un presupuesto necesario para ejecutar las medidas asociadas a las materias de su competencia, como también, para refrendar su cumplimiento, mediante la recepción de las mismas, según se desprende claramente de la licencia ambiental del Proyecto.

Así, la falta de una resolución por parte del Servicio Agrícola Ganadero es en realidad causa directa de que Codelco no haya podido completar la medida de compensación comprometida.

A pesar de ello, en lugar de ejercer propiamente sus atribuciones, bien sea pronunciándose positivamente o requiriendo nuevos antecedentes, o incluso, rechazando el plan complementario propuesto por Codelco; el SAG dejó de ejercer su potestad, la cual es necesaria para la consecución del éxito total de la medida, limitándose a remitir los antecedentes a la SMA.

En este sentido, es menester recordar que ontológicamente, en el ámbito del derecho público, la potestad que posee el SAG para pronunciarse sobre las cuestiones sometidas a su conocimiento por los administrados, se construye en base a dos elementos: poder y deber. Este segundo componente de la potestad (el deber), en la especie acarrea importantes

consecuencias jurídicas, que impiden que los efectos del actuar del SAG se hagan recaer en Codelco.

Es preciso apuntar que tanto el SAG como la SMA son entidades que forman parte de la administración del Estado, rigiéndose por los principios que les son propios y que revisamos en los capítulos III y IV de esta presentación.

Bajo esa base, estimamos necesario destacar que es jurídicamente inaceptable que el Servicio que debía autorizar las obras y actividades del plan complementario, sin emitir pronunciamiento, haya procedido a denunciar a Codelco ante la SMA, precisamente por potenciales infracciones relacionadas con tales medidas que Codelco está impedida de ejecutar sin su previa autorización.

Luego, es inadmisibles que el propio Estado (materializado en el SAG) que ha sido parte y causa en el retraso del cumplimiento total de la medida de compensación, esta vez en el marco de un procedimiento sancionatorio (mediante la SMA), considere factible configurar responsabilidad y aplicar una sanción por un hecho que tiene su origen en sí mismo.

El escenario descrito, visto de manera completa, es decir, considerando tanto la fase de cumplimiento de la medida, como también su evaluación por parte de la autoridad sectorial, su posterior denuncia e imputación administrativa, violenta notoriamente los principios que infunden y regulan al *ius puniendi* del Estado, toda vez que un proceso racional, justo, imparcial y proporcional, no se circunscribe sólo a cumplir normas procedimentales, sino que, en mayor medida, implica que las decisiones administrativas sustantivas se encuentren dotadas de tales cualidades.

En suma, los efectos de la falta de ejercicio de las potestades del SAG se están trasladando irregularmente a Codelco; situación que debe ser remediada mediante la absolución del cargo.

2. Elementos a considerar para determinar una eventual sanción.

En el improbable evento que la SMA determine que Codelco incurrió en una infracción, y resuelva cursar una sanción por incumplimiento de la medida de compensación de asociada al

suelo, hacemos presente que en este caso concurren una serie de elementos que hacen razonable aplicar la menor sanción posible.

Lo anterior se sustenta normativamente al analizar los antecedentes de la supuesta infracción a la luz del artículo 40 de la LOSMA, el cual señala las circunstancias que deben considerarse al aplicar una sanción específica.

Según ha resuelto la Superintendencia del Medio Ambiente, para los efectos de aplicar el artículo 40 ya citado, se deben considerar dos componentes, a saber¹⁵:

- un componente asociado al beneficio económico (letra c) del artículo 40), y
- un componente de afectación (todas las demás circunstancias del artículo 40).

A continuación nos referimos a cada una de ellas de forma desagregada.

a) La importancia del daño causado.

La conducta sancionada correspondería al incumplimiento de una medida de compensación, es decir, una acción que, de comprobarse su incumplimiento, no genera ello daño de naturaleza alguna.

b) El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción.

El plan de compensación no tenía dentro de su horizonte elementos que hayan sido contemplados para evitar afectación a la salud de las personas, razón por la cual su falta de ejecución total no posee la cualidad ni capacidad de generar tal impacto.

c) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.

Lejos de obtener un beneficio económico, Codelco sólo ha incurrido en altos costos al intentar ejecutar la rehabilitación de las 36 ha, proponiendo medidas que incluso sobrepasan lo requerido por la RCA N° 880/2008.

d) La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión.

¹⁵ Como lo ha hecho, entre otras, en la resolución Exenta N° 944, de 2015, Rol F-038-2013.

Como lo ha señalado la SMA (Resolución Exenta N° 138, de 2015, Rol F-007-2014, entre varias otras), *“se ha entendido que la intencionalidad contiene en sí misma tanto el conocimiento de la obligación, contenida en el instrumento normativo, como también de la conducta que se realiza y sus alcances jurídicos. Es decir, habrá intencionalidad cuando pueda imputarse al sujeto conocimiento preciso de sus obligaciones, de la conducta que realiza en contravención a ellas, así como la antijuridicidad asociada a dicha contravención.”*

Al contrario de lo establecido en este criterio, de acuerdo a lo que se ha expuesto y acreditado, y se reiterará a lo largo del proceso, los actos de Codelco no reflejan en absoluto una conducta de contravención a sus obligaciones, ni la intención de incumplir la RCA, o una intención de omitir acciones tendientes a satisfacerla.

Por el contrario, el proceder de Codelco únicamente ha reflejado la permanente intención de cumplir a carta cabal con la medida examinada, sin perjuicio de reiterar, como se planteó antes, de que a su juicio la obligación ya ha sido cumplida.

e) La conducta anterior del infractor.

Según consta en la información que posee el órgano fiscalizador, la unidad fiscalizable ha sido objeto de dos sanciones administrativas, ambas verificadas el año 2010, y aplicadas por la entonces Comisión Regional del Medio Ambiente de la Sexta Región Libertador General Bernardo O'Higgins. Todo ello, según consta en las Resoluciones Exentas N° 232 y 249, ambas del día 30 de septiembre del año 2010, y en la Resolución Exenta N° 593 de 2011, que acogió reconsideración respecto la primera y rebajó la multa aplicada.

Sin embargo, en nuestro concepto deben considerarse los siguientes elementos para ponderar debidamente este factor:

(i) El tiempo. Se trata de infracciones que fueron cometidas el año 2007 y 2009, es decir, hace 9 y 7 años atrás respectivamente.

(ii) La naturaleza de las infracciones. Aquellas por las cuales fue sancionado Codelco, no corresponden a las mismas por las cuales en esta oportunidad se han formulado cargos, y se relacionaban con los proyectos “Planta de Ácido Sulfúrico, Fundición Caletones” y “Centro de Manejo de Residuos Industriales Sólidos”.

(iii) No existe reincidencia. Dado lo expuesto anteriormente, Codelco no ha incurrido – si así lo decide la SMA –, en las mismas infracciones que en 2010 le fueron imputadas.

(iv) Monto de las sanciones previas. Sumados ambos procesos sancionatorios, estos totalizan una suma ascendente a 250 Unidades Tributarias Mensuales (200 Unidades Tributarias Mensuales en un caso, y 50 en el otro).

f) La capacidad económica del infractor.

Si bien mi representada tiene cierta capacidad económica –lo que deberá examinarse a la luz de lo que en definitiva determine la autoridad–, creemos importante señalar que el titular del Proyecto ha incurrido en costos considerables en la ejecución del Plan de compensación de suelo.

Sin perjuicio de lo anterior, es dable señalar que este factor sólo puede utilizarse para el caso que la sanción se encuentre representada por una multa. Y siendo así, sólo puede aplicarse de modo complementario, es decir, únicamente en la medida que a juicio del órgano fiscalizador, concurren efectivamente otras circunstancias que además sean valoradas para el cálculo del reproche pecuniario.

g) El cumplimiento del programa de cumplimiento. No posee aplicación a este caso.

h) El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado. No procede porque los sectores donde se ejecuta el Plan de compensación no son áreas protegidas.

i) Todo otro criterio que, a juicio fundado de la SMA, sea relevante para la determinación de la sanción.

Dentro de las bases metodológicas para la determinación de sanciones pecuniarias que fueron aprobadas por la SMA mediante Resolución Exenta Nº 1002 de 29 de octubre de 2015, encontramos aún más elementos que permiten concluir que corresponde aplicar en este caso la menor sanción posible.

Dentro de estos elementos se encuentra la Cooperación eficaz. Codelco ha colaborado en todo momento con la SMA y al SAG, entregando informes relativos a la investigación de los hechos, respondiendo oportunamente a todos sus requerimientos y también

proporcionando información proactivamente y colaborando con todas las diligencias ordenadas por la SMA.

La SMA también considera como circunstancia atenuante la aplicación de medidas correctivas. En este sentido el titular ha buscado alternativas y ha propuesto al SAG planes complementarios para alcanzar la totalidad de las 36 ha contempladas en la medida de compensación.

Cabe señalar que en ningún momento Codelco ha obstaculizado el procedimiento de investigación y tampoco ha mediado una vulneración al sistema de control ambiental.

El referido sistema de control ambiental, que también es considerado por la autoridad fiscalizadora para determinar la sanción, no ha sido afectado en este caso, pues es evidente que no ha sido socavado ningún eje, cadena o eslabón relacionado con el sistema de control y seguimiento.

En conclusión, es posible señalar que al aplicar los elementos de determinación de las sanciones que contempla la normativa vigente, corresponde necesariamente aplicar la menor sanción posible, en tanto, obviamente – a diferencia de lo que estima Codelco –, la autoridad dé por establecida la existencia de una infracción.

VII

DESCARGOS, ALEGACIONES Y DEFENSAS ASOCIADAS AL CARGO N° 3

A. “CONSTRUCCIÓN DE CAMINO DE UN ANCHO PROMEDIO DE 4,2 MTS Y UNA LONGITUD DE 1,16 KM., NO AUTORIZADO AMBIENTALMENTE”.

Según puede apreciarse en la Resolución, el órgano instructor estima que se ha infringido lo dispuesto en el artículo 8 de la ley N° 19.300, en relación con lo que dispone la RCA (considerando 4.5) y el Capítulo 2 del EIA, ordinal 2.2.2.3.

El hecho constitutivo de la infracción estaría representado por la construcción de un camino de un ancho promedio de 4,2 metros y una longitud de 1,16 kilómetros “no autorizado ambientalmente”.

En lo que sigue, mi representada argumentará que la infracción no es atribuible a Codelco, por cuanto no ha sido éste quien ha construido la huella o camino en cuestión; planteándose subsidiariamente que en todo caso la superficie del camino aludido sí se encuentra autorizada ambientalmente, de manera tal que no se vulneran las reglas establecidas en la RCA sobre dicho particular y, por ende, tampoco las normas relacionadas con el ingreso al sistema de evaluación de impacto ambiental (en este último caso por cuanto, adicionalmente y a todo evento, no se trata de una modificación de consideración).

También evidenciaremos la deficiente formulación del cargo, que omite señalar de qué modo el titular habría incumplido la referida obligación.

Por último, y en el improbable caso que la SMA decidiera sancionar a Codelco, señalaremos de modo subsidiario las circunstancias que ameritan aplicar la menor sanción posible.

B. EL ALCANCE DE LO QUE ESTABLECE LA RESOLUCIÓN DE CALIFICACIÓN AMBIENTAL Y EL ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL EN MATERIA DE CAMINOS.

1. De acuerdo al considerando 4.5. de la RCA N° 880/2008, la superficie a intervenir por el Proyecto comprende un área aproximada de 1.475 ha, de la cual 1.327 ha corresponden a áreas de inundación, 63 ha al yacimiento de empréstitos, **45 ha a la construcción de caminos**, 35 ha a la base del muro principal a peraltar, y 5 ha al muro auxiliar a construir.
2. Asimismo, la licencia ambiental, en su considerando 4.7.5. contempla la construcción de caminos internos de operación que reemplacen los existentes, que serán inundados a medida que el embalse crezca. **Los nuevos caminos a construir para las 8 etapas del Proyecto (5° a 12°) tendrán una longitud estimada de 52 km.**
3. Por otro lado, el Capítulo 2 del EIA del Proyecto señala en su numeral 2.2.2.3. **que se estimaba** la construcción de nuevos caminos, bajo el siguiente detalle :

Tabla 5: Estimación de superficies y longitudes de caminos

Etapas	Caminos de acceso (mt)	Caminos de operación (mt)	Longitud total
5°	1.266	1.147	2.413
6°	16.567	98	16.665
7°	9.332	355	9.867

Etapa	Caminos de acceso (mt)	Caminos de operación (mt)	Longitud total
8°	-	151	151
9°	21.803	747	22.550
10°	-	133	133
11°	-	309	309
12°	-	197	197
Total	48.968	3.137	52.105

4. De acuerdo a los antecedentes expuestos anteriormente, es posible constatar que la RCA del Proyecto señala expresamente que la superficie a intervenir comprende un área aproximada de 1.475 ha, de la cual **45 ha corresponden a la construcción de caminos.**
5. Enseguida, es posible advertir que en la licencia ambiental no se contempla restricción o limitación alguna en atención a las distintas etapas del proyecto y la construcción de los caminos de acceso y operación.

Sobre el particular, el EIA del Proyecto da **cuenta del detalle estimado** asociado a cada etapa del Proyecto, al cual hemos hecho referencia en la Tabla que precede.

Así, la autorización ambiental otorgada a Codelco considera la intervención de 45 ha para la construcción de caminos del Proyecto, concibiendo a éste como un todo.

Por consiguiente, el detalle estimado de la construcción presentado en el EIA, si bien es relevante como antecedente, es evidentemente una información referencial, que en la ejecución del proyecto es ajustable a la luz de la ingeniería de detalle, antecedentes de campo, necesidades operacionales, etc.

6. Por lo tanto, **para dar estricto cumplimiento a la RCA N° 880/2008, sin vulnerar sus condiciones o sin dar siquiera lugar a una modificación de Proyecto; la obligación ambiental de Codelco consiste en no intervenir más de 45 ha para la construcción de caminos, tal como ha sucedido hasta ahora.**

C. ANTECEDENTES RELACIONADOS CON EL CAMINO DE 1.16 KM. A LOS QUE HACE REFERENCIA EL ÓRGANO INSTRUCTOR EN LA FORMULACIÓN DE CARGO.

1. La Resolución Exenta N° 1/Rol D 33-2016, tanto en su parte resolutive como en sus considerando, carece de una relación precisa que permita identificar a qué camino se refiere la imputación formulada, debiéndonos remitir al Informe de Fiscalización Ambiental de agosto de 2014 (en adelante, "IFA 2014") para lograr una identificación del mismo.
2. Dicho ello, es pertinente destacar algunos aspectos que el propio órgano instructor ha señalado, pero que han pasado inadvertidos.

En particular, en el IFA 2014 se da cuenta de un punto que incluso fue transcrito por la autoridad. A saber: *"...Producto de lo anterior, se transitó por un camino lateral (no considerado en la RCA N° 880/2008)..."*.

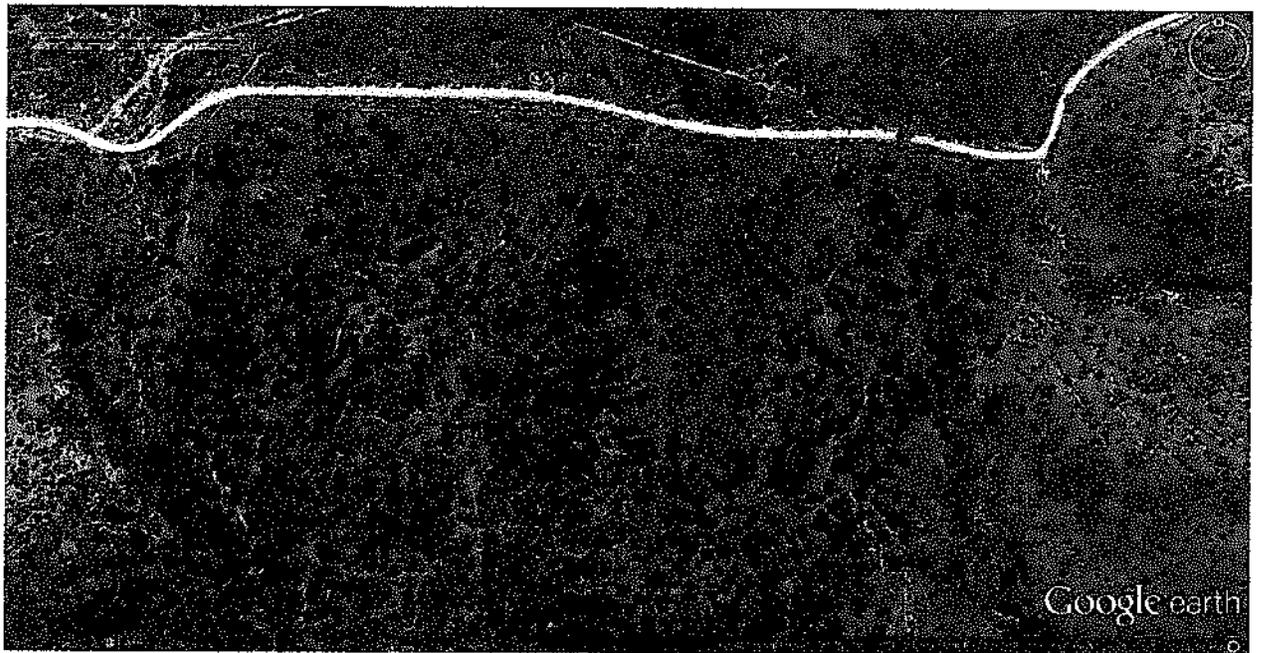
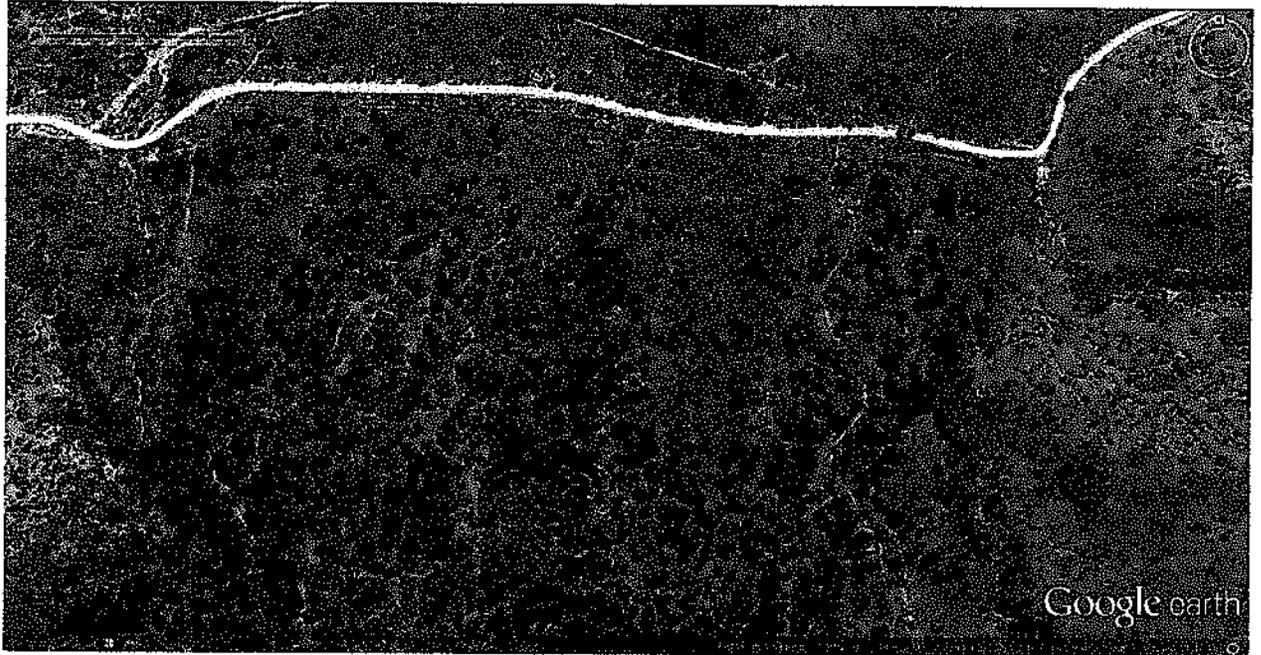
De lo anterior se colige con claridad que el referido camino no fue construido por Codelco, por cuanto en realidad se trata de una huella preexistente en la zona de la 5ª y 6ª etapa.

3. En agosto de 2014 se elaboró un informe técnico a requerimiento de Codelco, realizado por NT Ambiente, denominado "Evaluación de intervención de huella". En éste, se concluyó que efectivamente se advertía la existencia de ejemplares de bosque nativo afectados por intervención humana, como también que se trataba de una huella que era empleada para distintos fines al encontrarse en un área con múltiples accesos, tales como el paso de ganado, motociclistas, excursionistas, como asimismo ruta para quienes recolectaban madera para usarla de combustible, etc.
4. En las imágenes siguientes, obtenidas de Google Earth y que datan de los años 2006, 2008, 2010 y 2013, se puede corroborar la existencia de la huella en cuestión con anterioridad a su utilización por Codelco.

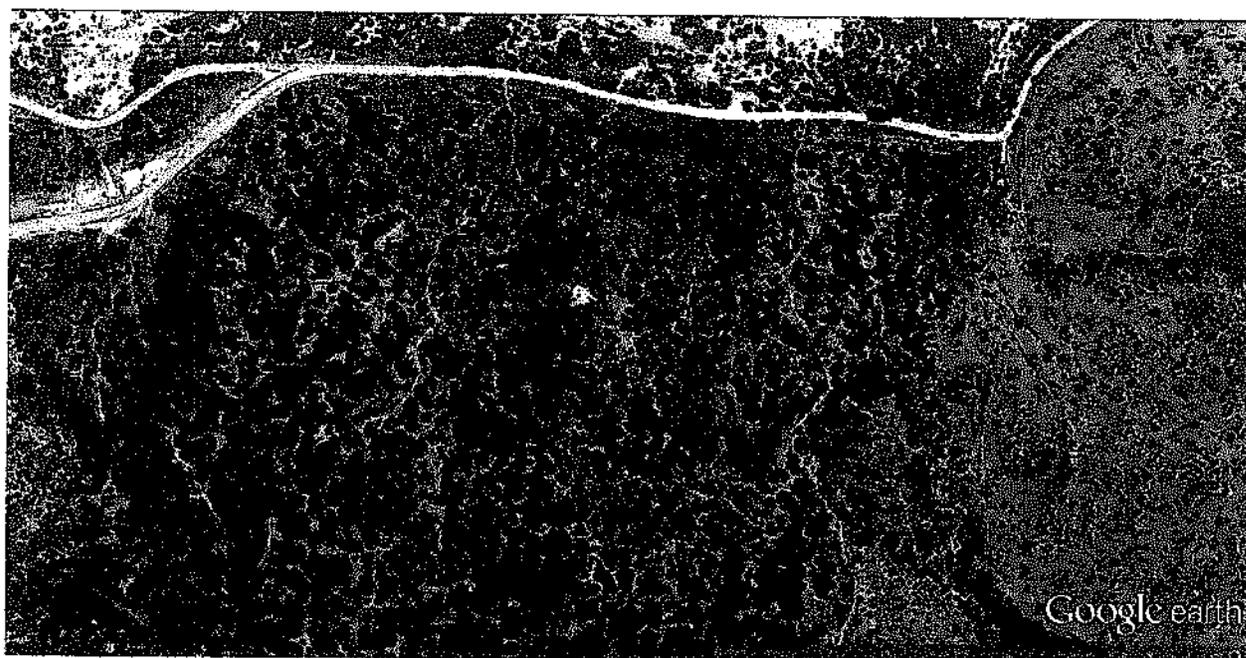
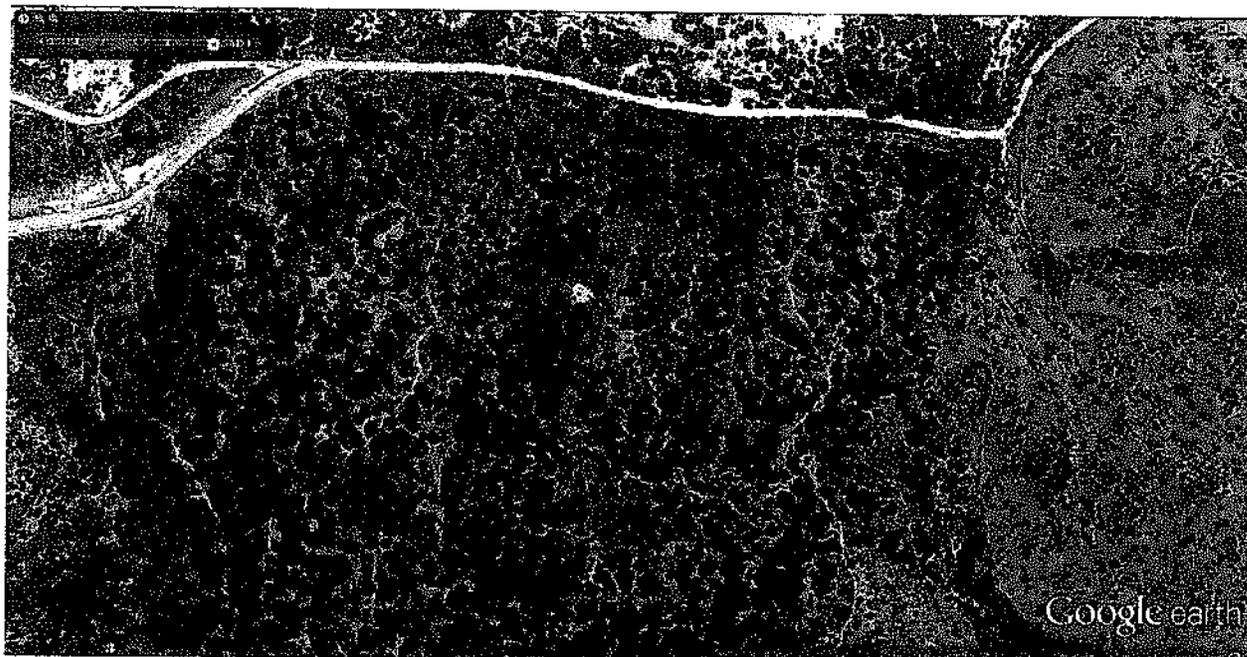
Imágenes 1 y 2. Vista huella a febrero de 2006



Imágenes 5 y 6. Vista huella a septiembre de 2010.



Imágenes 7 y 8. Vista huella a noviembre de 2013.



5. Por tanto, de los antecedentes disponibles se desprende que el camino (o huella) en cuestión no fue construido por Codelco, lo que es perfectamente natural dado el contexto territorial del embalse Carén, inserto en una hacienda de 16.618,17 ha, parte de las cuales (5.870 ha) constituyen la Reserva Nacional La Roblería del Cobre de Loncha, administrada por CONAF, y donde por la gran magnitud del predio y su ubicación geográfica, acceden y transitan

diversas personas y animales con diferentes objetivos, tales como ganaderos de las localidades aledañas (Coinco, Doñihue, Alhué, entre otras); uso apícola e incluso recreativo (motoristas enduro, ciclistas).

6. Del mismo modo, atendida la naturaleza de los hallazgos, es posible sostener que los efectos sobre el bosque del sector poseen múltiples causas, sin que existan antecedentes concretos que permitan al órgano fiscalizador sostener que Codelco fue el causante de todos ellos.
7. Sin perjuicio de lo anterior, y siendo efectivo que Codelco ha hecho uso de esta huella o camino (en atención a que se presentaron necesidades operacionales), el titular del Proyecto adoptó medidas tendientes a asimilar e incorporar los efectos sobre el bosque nativo correspondiente a la superficie de la huella, ya que el uso que pueda darle Codelco, en particular con el paso de maquinaria pesada, implica una intervención al mismo.

En concreto, para compensar el área correspondiente a la huella se plantaron 230 árboles, (6 ejemplares por cada individuo afectado), por una superficie de 1,6 ha de bosque afectado, y con fecha 10 de abril de 2016 (es decir, con anterioridad a la formulación de cargos) se obtuvo la aprobación del correspondiente Plan de Manejo, Corta y Reforestación, que incluye expresamente el área correspondiente a la huella o camino, en toda aquella parte que se sitúa fuera de la superficie de inundación del Proyecto, zona se encuentra comprendida en otros Planes.

8. En relación a lo expuesto, no debe perderse de vista que una sección importante del camino se encuentra dentro del área de inundación del Proyecto, rigiendo plenamente los Planes de Manejo, Corta y Reforestación aprobados por la Corporación Nacional Forestal (en adelante, "CONAF"), para el sector comprendido dentro de dicha área a inundar. Todo ello, en virtud de la licencia ambiental del Proyecto.

Imagen 9. Huella utilizada como camino por razones operacionales



En la figura anterior, la línea roja corresponde a la huella aludida por la SMA. El sector color celeste corresponde a la zona de inundación de bosque nativo por acción de los relaves hasta el final de la 5ª etapa, y la zona color morado lo propio, en relación a la 6ª etapa de Peraltamiento.

9. También corresponde destacar que, tal como señala la RCA N° 880/2008, se aprobó la intervención de 45 ha para la construcción de caminos, superficie que a la fecha no ha sido superada, razón por la cual, aun cuando llegase a estimarse que Codelco construyó dicho camino, éste se encontraría dentro de los límites máximos evaluados y aprobados para construcción de caminos. Lo mismo ocurre en relación a la longitud de los mismos.

D. AUSENCIA DE RELACIÓN CAUSAL ENTRE LA CONSTRUCCIÓN DEL CAMINO Y EL ACTUAR DE CODELCO, COMO PRIMER ELEMENTO DE LIBERACIÓN DE RESPONSABILIDAD.

Tal como señalamos anteriormente y como la propia autoridad fiscalizadora constató en el IFA 2014, **no es efectivo que Codelco haya construido dicho camino**, por cuanto en realidad se trata de una huella o camino preexistente, utilizada incluso por terceros que acceden al sector.

Dicho ello, es imprescindible tener presente que los cargos deben ser precisos, y que una vez imputados, conforman un marco fáctico y normativo que es vinculante para el órgano instructor, no pudiendo extenderse más allá de lo atribuido al supuesto infractor.

Luego, aun cuando sí es efectivo que Codelco ha utilizado dicha huella y que ha contemplado acondicionarla para permitir el paso de maquinaria, a todas luces no es correcto aseverar que el titular del Proyecto haya sido quien lo construyó, ya que, como hemos expuesto reiteradamente, el camino existe con anterioridad a la intervención de Codelco.

Así, cabe tener presente que dicho acondicionamiento considera su ensanche, para lo cual el Plan de Manejo, Corta y Reforestación presentado y autorizado por CONAF, ha incorporado el trazado del camino que se encuentra fuera del área de inundación de la sexta etapa (por cuanto dicha zona ya contaba con su respectivo Plan).

Bajo tal premisa, el cargo formulado inevitablemente carece de fundamento, toda vez que no concurre relación de causalidad entre el actuar de Codelco, a saber, usar y acondicionar un camino preexistente, y el hecho que configura el supuesto fáctico de la infracción, a saber, la construcción de un camino no autorizado ambientalmente.

En atención a ello, es posible concluir que no concurre el elemento mínimo ineludible para configurar responsabilidad, por lo que es forzoso absolver a mi representada del cargo formulado.

E. SUPERFICIE AUTORIZADA Y AUSENCIA DE OBLIGACIÓN DE INGRESO AL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.

Aun cuando la autoridad – erróneamente - estimare que Codelco construyó efectivamente el camino, para el improbable caso que la SMA entendiera que haber hecho uso de una huella preexistente equivale jurídicamente a su construcción, de modo subsidiario presentamos argumentos que igualmente permiten afirmar que no se ha configurado infracción de RCA.

Ello se sostiene en base a dos líneas argumentativas: i) Porque no se excede la superficie autorizada a intervenir por la RCA N° 880/2008 para la construcción de caminos; y ii) Porque el camino en cuestión constituiría una modificación de proyecto que no cabe dentro del concepto de cambio de consideración del artículo 2 letra g) del decreto N° 40, de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, "RSEIA").

1. No se excede la superficie autorizada a intervenir por la RCA N° 880/2008, para la construcción de caminos

De acuerdo a lo señalado anteriormente, la obligación ambiental –en la medida que así se considere- asociada a la construcción de caminos consiste en no intervenir más de 45 ha para tales efectos.

En ese contexto, el órgano instructor no desarrolla análisis alguno que tienda a definir cuál es el estado del Proyecto en esta materia, **limitándose sin más a afirmar que se trata de un camino no autorizado en la RCA.**

Sobre el particular, no es posible aceptar aseverado infundadamente por el referido órgano, ya que en la RCA y en el proceso de evaluación no hay antecedentes que permitan arribar a dicha determinación.

En efecto, aun cuando se haya acompañado en el Capítulo 2 del EIA un plano con el trazado de los caminos contemplados, ello constituye información referencial para la evaluación del Proyecto, tal como lo fueron los antecedentes relativos a las longitudes de los caminos de acceso y operación para cada etapa del Proyecto (señalándose expresamente que se trata de una “estimación” de su longitud).

Como indicamos, la ejecución del Proyecto permite y requiere ajustar tales aspectos a la luz de la ingeniería de detalle, antecedentes de campo, necesidades operacionales, etc. (para profundizar sobre este punto, nos remitimos a lo que señalaremos a continuación en relación a la institución de “modificación de proyecto”).

Por lo demás, como hemos visto, la autorización ambiental se encuentra referida al total de superficie a intervenir por el Proyecto, la cual no ha sido sobrepasada a la fecha, **de modo que no se refiere a la ubicación de los caminos.**

Por otro lado, en los considerandos de la Resolución que formula cargos se hace alusión a la afectación de especies arbóreas, señalando que en el IFA 2014 se contabilizaron tocones y vástagos por especie, encontrando 38 tocones de espino, además de ejemplares intervenidos a los que se les cortaron vástagos, correspondientes a 15 individuos de espinos, 10 litres y 13 boldos, totalizando 76 árboles.

No obstante ello, como hemos expresado, tanto el trazado de la huella o camino que se encuentra dentro del área de inundación del Proyecto, como también aquella sección que no se encuentra comprendida en aquel sector, se encuentran comprendidas dentro de los Planes de Manejo, Corta y Reforestación autorizados por la CONAF (acompañándose a esta presentación, tanto el Plan ingresado por Codelco, como la resolución autorizatoria).

De esta forma, aun cuando el camino en cuestión se entendiera que fue construido por Codelco –cuestión que no es efectiva-, éste aún se encuentra dentro del ámbito autorizado por la RCA, razón por la cual no es posible que se haya cometido una infracción en esta materia, debiendo absolverse del cargo formulado.

2. El camino sería una modificación de proyecto que no cabe dentro del concepto de cambio de consideración del artículo 2 letra g) del RSEIA.

Cabe reiterar que el camino respecto al cual el órgano instructor ha configurado la infracción, no fue construido por mi representada.

No obstante, para el caso eventual – pero errado – que la autoridad estimara que así ha sido, es posible sostener que igualmente no se configuraría responsabilidad.

Ello, porque en caso que la construcción, ejecución, operación y/o cierre de un proyecto no se ajuste completa y literalmente al contenido de una determinada resolución de calificación ambiental, **ello no implica necesariamente la configuración de un incumplimiento de la misma, como tampoco de la normativa ambiental que ordena su sujeción estricta.**

En efecto, la obligación según la cual una actividad debe ajustarse al contenido establecido en la resolución de calificación ambiental (de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 24 de la ley N° 19.300), debe entenderse en relación con el sistema jurídico ambiental en un sentido global, **toda vez que no resulta racional ni ajustado a dicha normativa, sostener que cualquier desviación a lo señalado en su RCA implique una infracción a la misma.**

Lo afirmado no sólo posee sustento lógico, sino que también normativo, en cuanto la legislación contempla y admite la figura de la modificación de proyectos, reconociendo que existe un espacio para que el titular respectivo lo ejecute de acuerdo a los requerimientos técnicos y

comerciales, mientras estos no constituyan "cambios de consideración" a lo aprobado ambientalmente, a la luz de los criterios contemplados en el artículo 2 letra g) del RSEIA.

De esta forma, **aquellas modificaciones que no sean de consideración pueden ejecutarse sin previa evaluación ambiental y sin previa formulación de una consulta de pertinencia**, y por tanto su realización no implica incumplimiento de la normativa ambiental, como tampoco de la licencia ambiental que ampara la operación de un determinado proyecto.

En ese sentido, en caso que un titular desee modificar su proyecto, no existe obligación legal o reglamentaria de realizar una consulta de pertinencia a la autoridad ambiental para que ésta se pronuncie sobre cada cambio que se ejecute, **toda vez que el artículo 26 del RSEIA, en lo que al titular concierne, establece una facultad y no una obligación** a la hora de formular peticiones de pertinencia.

A mayor abundamiento, ante la práctica usual de los órganos sectoriales de requerir permanentemente una resolución de la autoridad administrativa sobre la pertinencia de ingreso de cualquier proyecto o actividad, la Dirección Ejecutiva del SEA emitió un instructivo señalando que *"la solicitud de pronunciamiento o consulta de pertinencia de ingreso al SEIA, no constituye un requisito previo necesario para el otorgamiento de un permiso sectorial, sino que más bien constituye un trámite efectuado por los proponentes, de carácter voluntario y previo al eventual sometimiento de un proyecto o actividad, o de su modificación, al SEIA"*, según consta en oficio Ordinario N° 142.090, de 2014.

Para presentar con mayor claridad este punto, es ilustrativo y pertinente tener a la vista un reciente fallo emanado del Tribunal Constitucional, que viene a confirmar de modo definitivo el criterio antes planteado¹⁶.

Señala el Tribunal Constitucional que la parte considerativa de la resolución de calificación ambiental *"describe el proyecto y ciertos aspectos de su operación como fundamento de la calificación ambiental favorable"*. Agrega que la *"descripción del proyecto, como es pertinente en esta sección del acto resolutivo, se dirige a exponer las condiciones que justifican el otorgamiento de tal calificación"*.

¹⁶ Rol N° 2.666, de 2015, Considerando Trigésimoprimer.

Enseguida indica que la "estructura y contenido de los considerandos es explicativo y su forma no tiene el propósito de constituir o configurar obligaciones impuestas al titular de la RCA." (El subrayado es propio).

Por cierto, previene que "si bien es posible deducir o inferir desde tales considerandos exigencias que debiesen regir la operación del proyecto, es manifiesto que su naturaleza impide convertirlos en obligaciones de las que dependa la vigencia de la RCA favorable. A modo de ejemplo, es posible comprobar que las consideraciones incluyen información sobre: la ubicación exacta del proyecto (...), la superficie a utilizar en sus diferentes unidades (...), las vías de acceso al centro de manejo de residuos orgánicos (...), características de los camiones que utilizará el proyecto para el transporte de materias primas (...), flujo vehicular (...), paso por sectores poblados (considerando 3.4.3), transporte de materias primas (...), etc."

Y concluye: "La detallada y correcta descripción técnica de cada aspecto del proyecto no puede convertirse en vinculante para el titular de la RCA sin la necesaria valoración de la relevancia de cada ítem para el cumplimiento de la legislación y ordenamiento jurídico ambiental y sin establecer su forzosa relación con instrumentos de control y sanción. Sin esta valoración previa y conocida de las obligaciones que recaerán sobre el titular del proyecto o actividad, la discrecionalidad para aplicar las sanciones previstas en el inciso primero del artículo único de la Ley N° 20.473 excede el campo admisible para la Carta Fundamental." (El subrayado es propio).

En suma, la infracción ambiental se configurará si estamos en presencia de una vulneración a una condición, norma o medida asociada a un proyecto, pero no así respecto de alguna asimetría entre la construcción, ejecución y/o cierre del proyecto y la licencia ambiental, cuando dicha asimetría no posea el carácter de un cambio de consideración que haya debido ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Enseguida, es posible advertir que no se dan ninguno de los supuestos consagrados en la letra g) del artículo 3° del RSEIA. A saber:

- a) El camino tenido a la vista por la autoridad no constituye un proyecto listado en el artículo 10 de la ley N° 19.300.

- b) La suma de las partes tendientes a intervenir o complementar el proyecto no constituyen una causal de ingreso del artículo 10 de la ley N° 19.300. Cabe señalar que normativamente (artículo 3, letra g.2) del RSEIA), se distingue entre proyectos que se encontraban en ejecución antes de la entrada en vigencia del SEIA, de aquellos que se iniciaron con posterioridad. No obstante, en atención a que el área donde se emplaza el camino se encuentra regulada por una licencia ambiental, no se advierten partes, obras u acciones que se encuentren "fuera del sistema" a las cuales deba sumarse la supuesta construcción del camino.
- c) Las obras tendientes a intervenir o complementar el proyecto o actividad, en concreto, el camino aludido por la autoridad no modifica sustantivamente la extensión, magnitud y duración de los impactos ambientales.

Sobre el particular, es ilustrativo lo dispuesto por el instructivo del SEA que regula la materia (Ordinario N° 131.456/2013), donde se establece que a efectos de determinar si se ha modificado de manera "sustantiva" los impactos del proyecto o actividad, debe considerarse, entre otros aspectos:

- La ubicación de las obras,
- La liberación al ecosistema de contaminantes generados directa o indirectamente por el proyecto o actividad,
- La extracción y uso de recursos naturales renovables, y
- El manejo de residuos y otras sustancias que puedan afectar el medio ambiente.

Así, ninguna de estas circunstancias concurre en este caso, lo que es más claro aún si tenemos presente que el referido camino corresponde a una huella, y además, que Codelco no ha sobrepasado los umbrales autorizados en su RCA.

F. VICIOS ESENCIALES EN LA FORMULACIÓN DEL CARGO.

Sin perjuicio de todo lo manifestado precedentemente, y sin renunciar a ello, se hace necesario indicar que de la sola lectura del cargo se advierte nítidamente que éste carece de la claridad y

precisión con que deben construirse los reproches realizados en el marco de un procedimiento sancionatorio, y a su vez, incurre en vaguedades insubsanables.

Como se expuso, en esta clase de procedimientos sancionatorios rigen los principios del derecho penal y de razonabilidad propios de los procedimientos administrativos, lo que implica que la autoridad debe ejercer su autoridad con estricto apego a los principios que los gobiernan.

Interesa reiterar que dentro de los supuestos mínimos y elementales para la correcta construcción de un reproche administrativo, que le permitan bastarse a sí mismo, se encuentran tres elementos: el tiempo, el modo y el lugar, siendo claro que en este cargo tales aspectos no se cumplen con rigor. Primero, en cuanto al tiempo, toda vez que no se invoca espacio temporal alguno. Enseguida, en cuanto al modo, por cuanto no se precisa de qué forma se habría llegado a configurar la infracción, o qué actuación de Codelco ha estimado la autoridad que posee la cualidad de ser calificable como "construcción de un camino". Y, por último, también en cuanto al lugar, ya que ni los cargos, ni el desarrollo de los antecedentes contenidos en los considerandos hacen alusión a su ubicación exacta, debiendo acudir al IFA 2014 para arribar a parte de tal información.

Así, es claro que el cargo es erróneo, impreciso e inexacto en su formulación, lo que atenta contra el correcto ejercicio del derecho a defensa de esta parte y contra el mandato establecido en el artículo 49 de la LOSMA.

A su vez, en virtud del principio de razonabilidad, la Autoridad pública se encuentra obligada a fundamentar sus actos administrativos, ya sean normados o discrecionales, señalando con la debida precisión los antecedentes fácticos y normativos que le sirven de base para su dictación, razón por la cual el cargo forzosamente debe ser levantado, absolviendo a Codelco del mismo.

G. PLANTEAMIENTO SUBSIDIARIO A LAS ALEGACIONES Y DEFENSAS PREVIAS Y PRINCIPALES. ELEMENTOS A CONSIDERAR PARA DETERMINAR UNA EVENTUAL SANCIÓN.

En el improbable evento – y errado en tal caso – que la autoridad determine que Codelco incurrió en una infracción asociada a la construcción de un camino, además no autorizado ambientalmente, hacemos presente que en este caso concurren una serie de elementos que hacen razonable aplicar la menor sanción posible.

Lo anterior se sustenta normativamente al analizar los antecedentes de la supuesta infracción a la luz del artículo 40 de la LOSMA, el cual señala las circunstancias que deben considerarse al aplicar una sanción específica.

Según ha resuelto la Superintendencia del Medio Ambiente, para los efectos de aplicar el artículo 40 ya citado, se deben considerar dos componentes, a saber¹⁷:

- un componente asociado al beneficio económico (letra c) del artículo 40), y
- un componente de afectación (todas las demás circunstancias del artículo 40).

A continuación nos referimos a cada una de ellas de forma desagregada.

1. La importancia del daño causado.

El supuesto hecho infraccional no ha generado daño alguno.

Sin perjuicio de ello y en todo caso, atendido que el supuesto camino fue construido por terceros, no puede sostenerse que exista un daño causado imputable a Codelco.

Por último, y como ha sido expuesto en esta presentación, el supuesto camino no supera la superficie aprobada en la RCA para este ítem, por lo que ni siquiera podría aludirse a un daño, sino a un efecto que es parte de la evaluación ambiental del Proyecto.

2. El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción.

Atendido que no hay daño, y a la naturaleza de la infracción imputada, es evidente que no hay personas cuya salud se afecte con la conducta que llegaría – supuesta pero erradamente - a ser sancionada.

3. El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.

Debido a que no fue construido por Codelco, la presencia de este camino no reporta ningún beneficio económico a Codelco. Por el contrario, la empresa ha incurrido en los costos asociados a compensar la flora pre existente a la huella, como se ha acreditado con el respectivo Plan de Manejo.

¹⁷ Como lo ha hecho, entre otras, en la Resolución Exenta N° 944, de 2015, Rol F-038-2013.

4. La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión.

Como bien se ha acreditado en esta presentación, Codelco no ha tenido ningún grado de participación en el hecho sancionado, por lo que menos podrá ponderarse un grado de intencionalidad en el mismo.

5. La conducta anterior del infractor.

Según consta en la información que posee el órgano fiscalizador, la unidad fiscalizable ha sido objeto de dos sanciones administrativas, ambas verificadas el año 2010, y aplicadas por la entonces Comisión Regional del Medio Ambiente de la Sexta Región Libertador General Bernardo O'Higgins. Todo ello, según consta en las Resoluciones Exentas N° 232 y 249, ambas del día 30 de septiembre del año 2010.

Sin embargo, en nuestro concepto deben considerarse los siguientes elementos para ponderar debidamente este factor:

(i) El tiempo. Se trata de infracciones que fueron cometidas el año 2007 y 2009, es decir, hace 9 y 7 años atrás respectivamente.

(ii) La naturaleza de las infracciones. Aquellas por las cuales fue sancionado Codelco, no corresponden a las mismas por las cuales en esta oportunidad se han formulado cargos, y se relacionaban con los proyectos "Planta de Ácido Sulfúrico, Fundición Caletones" y "Centro de Manejo de Residuos Industriales Sólidos".

(iii) No existe reincidencia. Dado lo expuesto anteriormente, Codelco no ha incurrido – si así lo decide la SMA -, en las mismas infracciones que en 2010 le fueron imputadas.

(iv) Monto de las sanciones previas. Sumados ambos procesos sancionatorios, estos totalizan un suma ascendente a 250 Unidades Tributarias Mensuales (200 Unidades Tributarias Mensuales en un caso, y 50 en el otro).

6. La capacidad económica del infractor.

Si bien mi representada tiene cierta capacidad económica – lo que deberá examinarse a la luz de lo que en definitiva determine la autoridad-, creemos importante señalar que el titular del

Proyecto ha incurrido en costos considerables en ejecutar planes de manejo, corta y reforestación, los que también han considerado aquella parte del camino que quedará fuera de la zona de inundación.

Sin perjuicio de lo anterior, es dable señalar que este factor sólo puede utilizarse para el caso en que la sanción se encuentre representada por una multa. Y siendo así, sólo puede aplicarse de modo complementario, es decir, únicamente en la medida que a juicio del órgano fiscalizador, concurren efectivamente otras circunstancias que además sean valoradas para el cálculo del reproche pecuniario.

7. **El cumplimiento del programa de cumplimiento.** No es aplicable a este caso.
8. **El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado.** No es aplicable a este caso.
9. **Todo otro criterio que, a juicio fundado de la SMA, sea relevante para la determinación de la sanción.**

Dentro de las bases metodológicas para la determinación de sanciones pecuniarias que fueron aprobadas por la SMA mediante Resolución Exenta N° 1002 de 29 de octubre de 2015, hay aún más elementos que permiten concluir que correspondería aplicar en este caso la menor sanción económica posible, de ser la decisión la reacción punitiva,

Dentro de estos elementos se encuentra el de la cooperación eficaz. En este sentido, Codelco ha colaborado en todo momento con la SMA, entregando informes relativos a la investigación de los hechos, respondiendo oportunamente a todos sus requerimientos y también proporcionando información proactivamente, y colaborando con todas las diligencias ordenadas por la SMA. Los antecedentes que se acompañan en este acto, más aquellos que se aparejarán a lo largo del proceso, reflejan también la eficaz cooperación de mi representada en orden a esclarecer los hechos materia de este procedimiento.

La SMA también considera como circunstancia relevante la aplicación de medidas correctivas, particularmente de forma posterior a la supuesta infracción. En este sentido, el titular del Proyecto procedió entre octubre y noviembre de 2014 a plantar 230 árboles nativos, correspondientes a 190 espinos y 40 Quillayes, cifra que duplica el número de ejemplares

afectados por la construcción del supuesto camino. Pese a no tener implicancia en los hechos, Codelco logró compensar el bosque nativo al interior del área del Proyecto.

Cabe señalar también que en ningún momento Codelco ha obstaculizado el procedimiento de investigación y tampoco ha mediado una vulneración al sistema de control ambiental.

Finalmente, el sistema de control ambiental, considerado también por la autoridad fiscalizadora para determinar la sanción, no ha sido afectado en este caso, pues es evidente que no ha sido socavado ningún eje, cadena o eslabón relacionado con el sistema de control y seguimiento.

En conclusión, es posible señalar que al aplicar los elementos de determinación de las sanciones que contempla la normativa vigente, corresponde necesariamente aplicar la menor sanción posible, en tanto, obviamente –a diferencia de lo que estima Codelco–, la autoridad dé por establecida la existencia de una infracción.

VIII

CONCLUSIONES

Sobre la base de lo expuesto en esta presentación, es posible plasmar las siguientes conclusiones:

1. Codelco no ha incurrido en ninguna de las infracciones que se le han atribuido al momento de formular los tres cargos por el órgano fiscalizador, pues ha dado satisfacción plena a las obligaciones y condiciones establecidas en la resolución de calificación ambiental, así como también a las reglas de ingreso al sistema de evaluación de impacto ambiental.
2. Adicionalmente, según se ha sostenido, aún en caso de configurarse los hechos infraccionales imputado, no existen antecedentes que permitan imputar responsabilidad a Codelco, al no existir antecedente alguno que evidencie un actuar negligente o culpable que satisfaga el criterio subjetivo que informa nuestro régimen de responsabilidad administrativa.
3. Sin perjuicio de ello, y de modo subsidiario, Codelco estima que en lo que concierne a los cargos N° 1 y N° 2, ha demostrado suficiente diligencia para los efectos de satisfacer los

extremos de las obligaciones correspondientes, de tal manera que a su respecto debe considerarse dicha conducta como una causal suficiente de liberación de responsabilidad.

4. De forma también subsidiaria, Codelco estima que para el evento que la autoridad considerara que las infracciones se han verificado y que le asiste responsabilidad al titular del Proyecto, hay elementos suficientes para que la intensidad de la reacción punitiva sea mínima, todo lo cual en función de los factores establecidos en el artículo 40 de la LOSMA.
5. Tampoco existen antecedentes ni fundamentos suficientes para mantener la calificación de "grave" de la infracción que se señala con relación al Cargo N° 2.
6. Por último, los cargos formulados por la autoridad adolecen de sendos vicios esenciales, lo cual ha provocado ciertas complejidades a la hora de elaborar los descargos que aquí se presentan y, por ende, ha generado perjuicio a mi representada para los efectos de poder ejercer legítima y adecuadamente los derechos que le franquea la ley en el marco de este procedimiento sancionatorio.

POR TANTO,

A UD. PIDO tener por formulados los descargos en tiempo y forma, para que se absuelva a Codelco de toda responsabilidad por la totalidad de las infracciones que le han sido atribuidas; y en subsidio, se solicita, en los términos expuestos en esta presentación, (i) la recalificación de la gravedad de la infracción singularizada bajo el N° 2 en la Resolución Exenta N° 1 de fecha 28 de junio de 2016, de grave a leve; y (ii) respecto de todos aquellos cargos en que se resuelve no liberar de responsabilidad a Codelco, aplicar una amonestación o la mínima sanción que en derecho corresponda.

PRIMER OTROSÍ: Se hace presente que Codelco hará uso de los medios de prueba que franquea la ley durante la instrucción de este procedimiento sancionatorio, de modo de acreditar los hechos en los cuales fundamenta sus descargos.

Estos medios de prueba tendrán por objetivo acreditar las circunstancias objetivas de los supuestos de hecho de este procedimiento y las circunstancias subjetivas que configuran las circunstancias alegadas.

POR TANTO, y en virtud de lo que dispone el inciso 2º del artículo 50 de la LOSMA,

A UD. solicito tenga a bien, en su oportunidad, abrir un término probatorio, a objeto de presentar los antecedentes antes expuestos, lo cual además de ser pertinente por encontrarse directamente relacionados con los hechos que configuran los cargos, son conducentes para esclarecer aspectos relevantes con miras a la correcta resolución de este procedimiento sancionatorio.

SEGUNDO OTROSÍ: Solicito tener por acompañados a este procedimiento sancionatorio los siguientes documentos, los cuales son incorporados junto a esta presentación en formato digital, para los efectos que en cada caso se señala:

A. En relación a los antecedentes expuestos en los descargos, alegaciones y defensas asociadas al cargo N° 1:

A.1. Carta Codelco GPAR-CAR-T09C411-272-2010, recibida por la CONAMA con fecha 20 de abril de 2010, junto a los primeros tres informes de monitoreo del estado de cactáceas y bromeliáceas.

A.2. Carta Codelco VCP-GPAR-CAR-T09C411-411-2010, recibida por la CONAMA con fecha 2 de Julio del 2010, junto a los dos anexos sobre Plan de rescate y relocalización de cactáceas y bromeliáceas.

A.3. Carta Codelco GPAR-CAR-T09C411-451-2010, recibida por la CONAMA con fecha 8 de Septiembre de 2010, junto al informe del cuarto monitoreo de cactáceas y bromeliáceas rescatadas del área de inundación.

A.4. Carta Codelco GPR-CAR-T09C411-911-2011, recibida por el Director Servicio Evaluación Ambiental de fecha 16 de Junio de 2011, junto al informe del quinto monitoreo de cactáceas y bromeliáceas rescatadas del área de inundación.

A.5. Carta Codelco GPR-CAR-T09C411-984-2011, recibida por el Director Servicio de Evaluación Ambiental de fecha 29 de Julio de 2011, junto al informe de faena remozamiento de cactáceas y bromeliáceas rescatadas del área de inundación y sector "El Durazno".

A.6. Carta Codelco GPR-CAR-T09C411-1017-2011, recibida por el Director Servicio Evaluación Ambiental de fecha 19 de Agosto de 2011, junto al sexto monitoreo de cactáceas y bromeliáceas rescatadas del área de inundación.

A.7. Carta Codelco VP-GPR-CAR-T09C411-1222-2012, remitido al Jefe de División de Evaluación Ambiental y Participación Ciudadana, del SEA, de fecha 16 de octubre de 2012.

A.8. Informe seguimiento Monitoreo Bromeliáceas y Cactáceas, Febrero 2014. Informe preparado por Proyecto "Peraltamiento Embalse Carén", División el Teniente, por la solicitud de la SMA en el marco la fiscalización realizada el 20 de febrero del 2014 a los compromisos de la RCA N° 880/2008

A.9. Informe seguimiento Monitoreo Bromeliáceas y Cactáceas, Agosto 2014, que da cuenta de los antecedentes recopilados durante la campaña de monitoreo de los ejemplares de cactáceas y bromeliáceas relocalizados.

A.10. Informe de actividades de rescate y relocalización de bromeliáceas, Agosto 2014. Informe técnico asociado a las medidas de protección de las comunidades de plantas y animales presentes en el área a intervenir.

A.11. Informe Avance de siembra de semillas de *Neoporteria curvispina*, Julio 2015. Avances y resultados que ha tenido las siembras de semillas de la especie *Neoporteria curvispina* entregadas a Vivero Cauquenes.

A.12. Informe seguimiento Monitoreo bromeliáceas y cactáceas, Agosto 2015. El presente informe da cumplimiento a las medidas de protección de las comunidades de plantas y animales presentes en el área a intervenir. Este documento da cuenta de los avances en los compromisos ambientales.

A.13. Informe Avance de siembra de semillas de *Neoporteria curvispina*, Junio 2016. Da a conocer los avances y resultados que han tenido las siembras de las semillas de la especie *Neoporteria curvispina* entregadas a Vivero Cauquenes, en el periodo de Junio 2016.

A.14. Informe Avance de siembra de semillas de *Neoporteria curvispina*, Agosto 2016. En el presente informe se dan a conocer los avances y resultados que han tenido las siembras de las semillas de la especie *Neoporteria curvispina* entregadas a Vivero Cauquenes.

A.15. Informe técnico sobre *Neoporteria Curvispina*. En este informe se entrega detalle de la especie *Neoporteria curvispina*, tales como su descripción, distribución natural y hábitat, conservación, siembra, tratamientos pre-germinativos, germinación, viverización, etc.

B. En relación a los antecedentes expuestos en los descargos, alegaciones y defensas asociadas al cargo N° 2:

B.1. Aviso Codelco de inicio operación 5a etapa Embalse Carén, con fecha 10 de enero 2012.

B.2. Aviso Codelco del inicio de la construcción de la 6° Etapa del Proyecto Peraltamiento, recibido por el SEA con fecha 10 de abril de 2014.

B.3. Plan de compensación por pérdida del recurso suelo, de Noviembre 2008, formulado por Codelco.

B.4. Bases del concurso de compensación de suelos por Peraltamiento embalse Carén, con sus anexos.

B.5. Documentos de difusión del concurso de compensación de suelos por Peraltamiento embalse Carén.

B.6. Carta Codelco VP-GPR-CAR-T09C411-895-2011, recibida por el SEA con fecha 31 de agosto de 2011, junto a Informe que da cuenta de avance de obras del proyecto Mejoramiento de Suelos, y renuncia de un propietario de agosto de 2011.

B.7. Carta Codelco VP-GPR-CAR-T09C411-1147-2012, remitida al SEA con fecha 16 de enero de 2012, junto a Informe Final de ejecución de proyecto Mejoramiento de Suelos de diciembre de 2011 y documentos anexos.

B.8. Carta Codelco GPAR-CAR-T09C411-1178-2012, recibida por el SEA con fecha 19 de marzo de 2012, junto a Informe final corregido, planes complementarios y resumen de obras.

B.9. Carta Codelco GPR-CAR-T09C411-1217-2012, recibida por el SEA con fecha 29 de junio de 2012, junto a nuevo Plan complementario de compensación de suelos.

B.10. Carta Codelco VP-GPR-CAR-T09C411-1222-2012, remitida al SEA con fecha 16 de octubre de 2012, que responde al oficio SAG N° 9985, de 2012, junto a documentos adjuntos.

B.11. Informe "Cierre cumplimiento compensación de suelos Febrero 2013", elaborado por ATM S.A.

B.12. Carta Codelco VP-GPR-CAR-T09CA11-1221-2013, recibida por el SEA con fecha 3 de junio de 2013, que aclara que sí se dio respuesta a oficio SAG y adjunta nuevamente los antecedentes solicitados.

B.13. Carta Codelco GPR-T14C400-CAR-236-2015, remitida al SEA con fecha 28 de mayo de 2015, junto a informes finales de estudios para el Plan de Manejo complementario.

C. En relación a los antecedentes expuestos en los descargos, alegaciones y defensas asociadas al cargo N° 3:

C.1. Informe Técnico "Evaluación de intervención en huella", de agosto de 2014, elaborado por NT Ambiente.

C.2. Plan de Manejo, Corta y Reforestación complementario de Codelco, correspondiente a la 5ta etapa, de diciembre de 2015.

C.3. Plan de Manejo, Corta y Reforestación de Codelco, correspondiente a la 6ta etapa, de diciembre de 2015.

C.4. Plan de Manejo, Corta y Reforestación de Codelco, que incluye trazado de la huella, de marzo de 2016.

C.5. Resolución 10-38-23-15, de abril de 2016, emitida por CONAF, que aprueba el Plan de Manejo, Corta y Reforestación complementario correspondiente a la 5ta etapa, de Codelco.

C.6. Resolución 11-38-23-15, de abril de 2016, emitida por CONAF, que aprueba el Plan de Manejo, Corta y Reforestación correspondiente a la 6ta etapa, de Codelco.

C.7. Resolución 14-38-23-16, de abril de 2016, emitida por CONAF, que aprueba el Plan de Manejo, Corta y Reforestación que incluye trazado de la huella, de Codelco.

TERCER OTROSÍ: Solicito tener presente que mi personería para representar a Codelco División El Teniente en este procedimiento, ha sido acreditada mediante escritura pública en que consta dicha facultad, presentada mediante carta GSRI 055-2016, ingresada a esa SMA con fecha 1 de agosto de 2016, en cumplimiento de lo ordenado en la Resolución Exenta N° 2/Rol D-33-2016 de 28 de julio de 2016.



10.502 232-8