

INGRESADO POR BUZÓN
07 ABR 2015
TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO

TRIBUNAL AMBIENTAL
08 ABR 2015
SANTIAGO

08:12:51.2 2015

En lo principal, interponen reclamación de ilegalidad; en el primer otrosí, solicitan medidas cautelares que se indican, en el segundo otrosí, acompañan documentos; en el tercer otrosí, se traiga a la vista expediente que indica; en el cuarto otrosí, solicitan forma especial de notificación; en el quinto otrosí, acreditan personería; y en el sexto otrosí, patrocinio y poder.

000171
contos
submits
y uno

Ilustre Segundo Tribunal Ambiental de Santiago

Agrícola el Sol de Copiapó Limitada, representada para estos efectos por don Cristian Gandarillas Serani, chileno, abogado, cédula nacional de identidad número 9.908.931-8, ambos domiciliados para estos efectos en Fundo El Sol de Copiapó S/N, comuna de Tierra Amarilla, Tercera Región; don **Manuel José Gandarillas Infante**, chileno, ingeniero agrónomo, cédula nacional de identidad número 4.216.343-0, y doña **María Beatriz Serani Vargas**, chilena, agricultora, cédula nacional de identidad número 4.107.025-0, ambos domiciliados en Fundo Altar de la Virgen S/N, comuna de Tierra Amarilla, Tercera Región, al Ilustre Segundo Tribunal Ambiental respetuosamente decimos:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente ("LOSMA"), en nuestra calidad de partes denunciantes, debidamente acreditados en el proceso sancionatorio seguido ante la Superintendencia del Medio ambiente ("SMA") bajo el Rol F-025-2013 ("el Procedimiento Sancionatorio"), interponemos reclamo de ilegalidad en contra de la Resolución Exenta N° 198, de fecha 18 de marzo de 2015 ("la Resolución Reclamada"), notificada a esta parte con fecha 18 de marzo de 2015, por incurrir en ilegalidades y decisiones contrarias a Derecho, que deberán ser subsanadas por este Ilustre Tribunal y que afectan gravemente a esta parte.

En efecto, la Resolución Reclamada, entre otros aspectos que detallaremos en el cuerpo de este escrito, es ilegal y contraria a Derecho, por cuanto:

- (i) Erró en cuanto a dar por establecido un “concurso de leyes” y la vulneración del principio *non bis in idem* en cuanto a las infracciones A, B, E.2 y la infracción K.1 del Ord. U.I.P.S. N° 870 sobre cargos (“la Resolución de Cargos”), dejando sin configurar la mencionada infracción K.1, en circunstancias que semejantes instituciones jurídicas no concurren y por tanto no corresponde la absolución de esta infracción desde un punto de vista jurídico;
- (ii) Erró en la clasificación de las infracciones que dio por configuradas respecto de SCM Minera Lumina Copper Chile (“Lumina”) en atención a su gravedad, en cuanto calificó de leves las infracciones C.1, C.2 y D.1 de la Resolución de Cargos” por incumplimientos a la RCA N° 13/2010 (“RCA”), a pesar de tratarse de infracciones graves de acuerdo a la ley, en razón de cumplir con las calificantes de las letras b) y e) del número 2.- del artículo 36 de la LOSMA;
- (iii) Erró en la clasificación de las infracciones que dio por configuradas respecto de Lumina en atención a su gravedad, en cuanto calificó de graves las infracciones B.1, B.3, B.4 y B.5 de la Resolución de Cargos, a pesar de tratarse de infracciones gravísimas de acuerdo a la ley, en razón de cumplir con la calificante de la letra e) del número 1.- del artículo 36 de la LOSMA;
- (iv) Hizo una errónea aplicación del artículo 40 de la LOSMA en la determinación de las sanciones específicas impuestas, debido a: i) no considerar los episodios de contaminación del recurso hídrico que se han verificado en la zona de influencia del proyecto, y no solo las hipótesis de peligro de daño, dando aplicación parcial a la letra a) de la disposición referida; ii) no dar aplicación a la letra b) del artículo 40 de la LOSMA en cuanto al número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción; iii) aplicar erróneamente la letra c) del mismo artículo en cuanto al cálculo del beneficio económico obtenido por Lumina con motivo de la infracción; y, iv) aplicar erróneamente la letra i) del artículo 40, en cuanto a reconocer a Lumina una

“cooperación eficaz” que habilitaría morigerar el *quantum* de la sanción, en circunstancias que ello se contradice abiertamente con las características de la conducta de Lumina establecidas en la propia Resolución Reclamada, lo que la torna contradictoria;

- (v) Adolece de una deficiencia o ausencia de motivación en cuanto a la determinación del tipo de sanción a aplicar y, en el caso de las multas, en cuanto al monto fijado, encontrándose ausentes las razones que llevaron al Sr. Superintendente a optar por la sanción de multa y por los montos de cada una, infringiendo los lineamientos dados por este I. Tribunal Ambiental en cuanto al estándar de motivación exigible a la resolución sancionatoria de la SMA;
- (vi) Autoriza expresamente a Lumina a continuar operando el proyecto Caserones en circunstancias que reconoce que dicha empresa, a la fecha de la Resolución Reclamada, no contaba ni cuenta en la actualidad con sistemas validados que garanticen la no contaminación de las aguas de acuerdo a lo establecido en la RCA, ocasionando un “inminente daño al medio ambiente... al no contar con mecanismos de control de contaminación de las aguas”.

En efecto, la Resolución Reclamada impone a Lumina medidas urgentes y transitorias del artículo 3 letra g) de la LOSMA que se limitan a sujetarla a deberes de información y presentación de cronogramas, además de prescribirle, como parte de estas medidas, que “frente a la ocurrencia de eventos de contaminación, deberá tomar medidas necesarias para evitar la contaminación de los cauces naturales, incluyéndose dentro de estas medidas, el tratamiento de las aguas contaminadas en cualquiera de las plantas de tratamiento de aguas ácidas que se hayan dispuesto por Lumina”, no obstante que, como la propia Resolución Reclamada establece en términos graves y categóricos, Lumina no cuenta con sistemas validados para efectuar dicho tratamiento, por lo que mal podría enfrentarlos de acuerdo a los parámetros de la RCA, lo que equivale en los hechos, a permitir que contamine y que ello se resuelva fuera

de la RCA, cuestión que hacía perentorio a todas luces imponer la suspensión de la autorización de funcionamiento en tanto no se dé cumplimiento a las condiciones previas de operación, conforme con el mismo artículo 3 letra g) de la LOSMA, cuestión que la SMA no hizo.

- (vii) Absuelve a Lumina de la infracción del numeral J.1. de la Resolución de Cargos, que determinaba el incumplimiento de la obligación de entrega de agua desalada por un caudal de 100 litros/segundo en el Canal Mal Paso, y de 50 litros/segundo en Caldera, interpretando erróneamente que dicha obligación se hacía exigible con el inicio de las faenas de concentración de materiales, y no con el inicio del proyecto, en circunstancias que la RCA no hacía distinción de ninguna especie.

Todo lo anterior se traduce en que la sanción aplicada a Lumina en la Resolución Reclamada contiene errores que han redundado en una determinación deficiente e incompleta de su responsabilidad y, con ello, en una sanción que resulta menor en comparación a la gravedad de su conducta, alejándose del cumplimiento del fin disuasivo de la normativa ambiental y, lo que es más grave, permitiendo que Lumina siga afectando día a día la calidad de las aguas del valle de Copiapó.

No es posible que la solución frente a un problema de ésta naturaleza sea que la SMA señale que por no contar con información que la propia empresa debió proveer y no lo hizo, haga caso omiso a sus obligaciones ambientales y le permita seguir funcionando reconociendo incluso, que existe un grave riesgo para el medio ambiente.

No debe olvidarse I. Tribunal, como veremos en detalle en lo sucesivo, que en este caso Lumina infringió del modo más abierto y grave la RCA del proyecto Caserones, dando inicio a la operación de dicho proyecto **sin contar con la validación previa exigida por la RCA de parte de la autoridad competente como condición para poder iniciar la operación**, en cuanto a: i) los diseños y sistemas de monitoreo y control de infiltraciones del sistema de lixiviación; ii) el sistema de tratamiento pasivo del depósito de lastre; iii) el plan de acción para

eventos de contaminación, y iv) el sistema o plan de monitoreo robusto, circunstancias que se mantuvieron así en términos absolutos por un año y dos meses, pero, lo que es peor, se mantienen así hasta el día de hoy, toda vez que, tal como establece la propia Resolución Reclamada, hasta la fecha Lumina no ha dado cumplimiento a las condiciones impuestas por la DGA para cada una de estas materias en los Ords. 181, 217 y 239, todo lo cual constituye un requisito previo impuesto por la RCA para poder operar.

A la luz de lo anterior, no se divisa razón alguna para seguir permitiendo la operación del proyecto Caserones, ni menos el por qué la SMA tolera que se sigan incumpliendo las condiciones previas de operación de la RCA que ella misma da por infringidas, imponiendo por el contrario a Lumina una multa que -además de permitirle seguir operando- está lejos de representarle siquiera el beneficio de haber operado por más de dos años sin permiso ambiental, y más aún cuando la propia SMA en la Resolución Reclamada da por establecido además un riesgo inminente de daño ambiental que la lleva a adoptar medidas urgentes y transitorias -aunque de suyo deficientes- y cuando en el procedimiento sancionatorio existen antecedentes ciertos que dan cuenta de la contaminación del recurso hídrico.

Parece suficientemente claro que la conjunción de las dos circunstancias que la propia SMA da por establecidas en la Resolución Reclamada, esto es: i) incumplimiento, hasta la fecha, de condiciones previas de operación del proyecto Caserones; y, ii) la existencia de daño inminente al medio ambiente a raíz de la operación de dicho proyecto, imponían, actuando con una lógica y consistencia mínima, imponer medidas adecuadas para impedir que la actividad que genera el daño inminente al medio ambiente no se siga ejecutando en tanto no se cumpla con las condiciones previas habilitantes impuestas por la RCA, mas en ningún caso mantener al mismo tiempo la situación de incumplimiento y de daño inminente, de manera completamente contradictoria y que lesiona, entre otros, los principios preventivo y precautorio que guían la actuación de la institucionalidad ambiental.

En atención a lo anterior, como demostraremos en esta presentación, la sanción que corresponde aplicar a Lumina es la clausura temporal o definitiva, o bien la revocación de la RCA, conjuntamente con la aplicación del máximo de las multas por cada infracción, conforme a los parámetros establecidos en la jurisprudencia de este I. Tribunal Ambiental, de forma que la autoridad ambiental reaccione a los deliberados, graves y reiterados incumplimientos de Lumina en forma proporcional a la magnitud de los mismos.

I. **Situación de la cuenca del río Copiapó y de los habitantes residentes en la misma.**

El Proyecto Caserones tiene una influencia directa en toda la cuenca del río Copiapó, al encontrarse ubicado aproximadamente a 160 kilómetros al sureste de la Ciudad de Copiapó en la Quebrada Caserones y Quebrada La Brea, que conforman la subcuenca del Río Pulido, el que al juntarse con el Río Jorquera, forman el Río Copiapó, afectando directamente a más de 150.000 habitantes y a todos los agricultores del valle del río Copiapó que utilizan las aguas superficiales y subterráneas para el cultivo de sus productos.

La cuenca del río Copiapó abarca las comunas de Copiapó y Tierra Amarilla, alcanzado un 25% de la superficie total de la III Región de Atacama. En la cuenca existen 20 localidades pobladas, de las cuales 3 son ciudades y el resto corresponden a poblados, asentamientos rurales y caseríos. Las ciudades emplazadas en la cuenca son Copiapó (capital regional) con 129.091 habitantes, Tierra Amarilla con 12.888 habitantes y Los Loros con más de 1.200 habitantes según el censo del año 2002.

Del mismo modo, la cuenca del río Copiapó y sus subcuencas poseen una superficie aproximada de 16.000 hectáreas cultivables, siendo la agricultura la segunda actividad económica de la región, otorgando gran cantidad de empleos en sus faenas.

El valle de Copiapó es conocido por su desarrollo agrícola, y en especial por la calidad de su uva de mesa de exportación, así como -en menor medida- por

sus olivos, hortalizas, uva pisquera y plantaciones de flores, actividades que se ven afectadas por las graves negligencias en que ha incurrido Lumina en su obrar, al desconocer las condiciones medioambientales que le permitían funcionar, y en base a los cuales obtuvo la RCA del proyecto Caserones.

Como se puede apreciar, dadas las particulares características de la zona aledaña al área de ejecución del Proyecto Caserones, no es admisible que no se adopten las medidas pertinentes para impedir que Lumina continúe con su operación mientras no cumplen con todas y cada una de las obligaciones impuestas en la RCA a fin de garantizar en un 100% la indemnidad de la calidad de las aguas, máxime cuando la propia SMA ha dejado establecida la concurrencia un daño ambiental inminente.

II. Los denunciantes.

Los denunciantes somos agricultores del Valle del Río Copiapó, especializándonos en la producción de fruta de exportación, principalmente uva de mesa. Nuestros predios se encuentran aguas abajo del Proyecto Caserones de Lumina, y por tanto, sufren los efectos directos de cualquier clase de contaminación que afecte o pueda afectar a las aguas de las cuencas del río Ramadillas, Quebrada La Brea, Quebrada Caserones, y la cuenca del río Pulido, todas subcuencas del río Copiapó.

El Proyecto Caserones, por su parte, se ubica en la cabecera de la cuenca del río Ramadillas a 8 kilómetros de los ríos Vizcacha de Pulidos y el propio río Ramadillas.

El área de influencia del proyecto comprende directamente las cuencas del río Ramadillas, Quebrada La Brea, Quebrada Caserones y la cuenca del río Pulido. Por tanto, la influencia de las actividades del Proyecto Caserones comprende toda la cuenca del Río Copiapó y el valle del mismo nombre, incluidas las aguas tanto superficiales como subterráneas de dicho río y sus afluentes.

En efecto, todos estos ríos y quebradas son afluentes del Río Copiapó y fluyen hacia el Norponiente hasta el Embalse Lautaro, principal embalse de la zona, para luego seguir por el río Copiapó hasta llegar a la ciudad del mismo nombre y luego desembocar al mar.

De esta forma, la polución de las aguas causada por el Proyecto Caserones tiene un efecto en cadena sobre la actividad humana y agrícola del valle del río Copiapó, por cuanto afecta no sólo a las personas que consumen dichas aguas, sino que también a los agricultores que cultivan las tierras, y que pueden ver seriamente afectadas sus aguas de regadío, así como el curso ordinario de sus actividades.

Es por este motivo que los comparecientes presentamos una denuncia en contra de Lumina en el marco del procedimiento sancionatorio que dio lugar a la Resolución Reclamada, lo que nos habilita y legitima para reclamar de dicha resolución.

Este I. Tribunal ha sentado un precedente al respecto en sentencia de 3 de marzo de 2014, causa R 6-2013, prescribiendo que:

"...De la definición de interesado contenida en el artículo 21 de la Ley N° 19.880, se sigue que el denunciante interesado en un procedimiento administrativo sancionador tiene, a lo menos, un derecho o interés que puede ser afectado por la resolución que se dictará en el respectivo procedimiento. Es decir, respecto del denunciante es la propia ley la que reconoce una eventual relación de afectación entre su derecho o interés y la resolución absolutoria o sancionatoria que ponga término al proceso sancionatorio, siendo en este contexto y en su calidad de interesado que se le permite hacer valer una pretensión frente a la autoridad administrativa. En este caso, el denunciante interesado solicitó que se calificara la gravedad de las infracciones de la Compañía de una determinada manera y que se le aplicaran determinadas sanciones.

Decimotercero: Que es del todo lógico afirmar que quien fue denunciante interesado -y a quien la propia SMA le reconoció su calidad de

tal en el proceso administrativo sancionatorio tenga derecho a reclamar de la resolución que no dio lugar a sus pretensiones. Por lo tanto, en este entendido, se debe concluir que la Resolución Exenta N° 477 afecta a las sociedades denunciantes en forma directa, por cuanto han sido interesados en el procedimiento administrativo y han hecho valer determinadas pretensiones que no fueron acogidas en la resolución de término que adoptó la SMA. Una interpretación contraria nos llevaría a concluir que, en este caso, quien adquiere la calidad de interesado en el procedimiento administrativo sancionatorio y hace valer una pretensión relativa a la sanción que debe aplicar la administración, no podría reclamar ante este Tribunal a menos que probara fehacientemente su calidad de directamente afectado, más allá de la afectación que implica el no haber obtenido la pretensión que hizo valer ante la autoridad administrativa. En opinión de este Tribunal, el solo hecho de no haber obtenido su pretensión es suficiente afectación para los efectos del artículo 56 de la LOSMA y 18 N° 3 de la Ley 20.600. Por otra parte, si no se reconoce a los interesados que hayan hecho valer sus pretensiones en un proceso sancionatorio el derecho a reclamar ante este Tribunal, se estaría vulnerando el principio de acceso a la justicia en materia ambiental, consideración sobre la cual el Tribunal volverá más adelante”.

III. Condiciones de la RCA incumplidas por Lumina que la Resolución reclamada da por configuradas.

La Resolución de Cargos estableció 19 incumplimientos a la RCA¹ por parte de Lumina, de los cuales 14 se tuvieron por configurados en la Resolución Reclamada, correspondiendo en su mayoría a infracciones graves según la propia SMA.

Las infracciones configuradas son las siguientes:

¹ Nos concentraremos en los incumplimientos a la RCA 13/2010 referida al proyecto Caserones, dejando de lado los incumplimientos a las RCA 151/2011, sobre “Línea de Transmisión 2x220KV Maitencillo-Caserones”, y a la RCA 17/2012 sobre “Modificación Línea de Transmisión 2x220KV Maitencillo-Caserones, Variante Maitencillo Norte”, que se incluyen también en la Resolución Reclamada, por decir relación los referidos a la RCA 13/2010 con las materias más sensiblemente afectadas respecto de la actividad de los denunciantes.

- A.1: No haber conectado el sistema de subdrenes, bajo el depósito de lixiviación, al sistema de manejo de aguas lluvias y la piscina de refino

Respecto de esta infracción, la Resolución Reclamada establece que con ella se pusieron en riesgo gravemente las medidas de mitigación diseñadas en la RCA para minimizar o eliminar la ocurrencia de efectos adversos del proyecto, en atención a que en el caso de Caserones se presentan las siguientes condiciones que hacen especialmente sensible el riesgo de afectación del recurso hídrico:

- (i) Las instalaciones más complejas del proyecto Caserones, como el depósito de lixiviación, presentan riesgo de generación de drenaje ácido de roca;
- (ii) El depósito de lixiviación se encuentra ubicado en la zona alta de la cuenca del río Copiapó, que presenta condiciones de suelo en que en algunas partes el nivel de agua subterránea se encuentra cerca de 4 a 5 metros bajo la superficie, lo que permite generar condiciones de riesgo de contaminación con soluciones de lixiviación;
- (iii) Lo anterior llevó a la RCA a calificar de "Zona Sensible" el depósito de lixiviación, susceptible de generar afectación del componente hídrico de la zona.

Este incumplimiento -reconocido por Lumina- a esta obligación de la RCA es calificado por la SMA como "de gran entidad", habiéndose mantenido por a lo menos 13 meses corridos.

- A.2: Implementar un sistema de monitoreo de las aguas provenientes de los subdrenes bajo el depósito de lixiviación, que no permite el manejo diferenciado de éstas.

El sistema de monitoreo que la RCA contemplaba para el manejo de las aguas provenientes de los subdrenes bajo el depósito de lixiviación consistía en uno que

permitiese el manejo diferenciado de las mismas, previa corroboración por medio de un sistema continuo de monitoreo de su calidad.

En el presente caso, Lumina simplemente no implementó dicho sistema de monitoreo continuo, lo que impidió que las aguas naturales subsuperficiales fueran verificadas en su calidad ante el riesgo de infiltraciones provenientes de la pila de lixiviación, entrando en contacto en esta condición con las aguas naturales por un periodo de 11 meses corridos.

- A.3: No contar con la infraestructura requerida para el manejo diferencial de las aguas que resulten afectadas en su calidad, para efectos de su tratamiento o reutilización.

En este caso Lumina no implementó la pileta revestida a que la obligaba la RCA para permitir el almacenamiento de las aguas subterráneas bajo el depósito de lixiviación, con el objeto de ser monitoreadas por un periodo de 24 horas antes de determinar su calidad y, según eso, enviarlas a la piscina de refinado, en caso de encontrarse alteradas, o bien al sistema de aguas lluvias, en caso contrario.

Dicha situación de carencia de la infraestructura necesaria para el monitoreo de las aguas en condición de riesgo, con su consiguiente mezcla con aguas naturales no obstante no encontrarse tratadas, se mantuvo por parte de Lumina por 11 meses corridos.

- B.1, B.3, B.4 y B.5: Operación del proyecto sin contar con la validación por parte de la autoridad competente de los diseños y sistemas de monitoreo y control de infiltraciones del sistema de lixiviación; del sistema de tratamiento pasivo del depósito de lastre; del plan de acción para eventos de contaminación; y de un sistema de monitoreo robusto.

En lo que respecta al incumplimiento de estas condiciones de operación del proyecto Caserones, la Resolución Reclamada hace un extenso análisis que deja categóricamente establecido que Lumina dio inicio a la operación del proyecto sin contar con estas validaciones esenciales de acuerdo a la RCA, situación en que

se mantuvo en términos absolutos por más de un año y en que se mantiene -de acuerdo a la misma Resolución Reclamada- hasta el día de hoy, no obstante lo cual -como veremos más adelante- la SMA rehusó insólitamente calificar de gravísimas estas infracciones y de paralizar en consecuencia, el funcionamiento del proyecto.

Resulta abiertamente incomprensible que la autoridad ambiental permita que una empresa siga operando pese a incumplir deliberadamente con sus obligaciones en un tema tan sensible como la posibilidad de contaminar las aguas. Es paradójico que sea el propio incumplimiento de Caserones de entregar la información a que se obligó en la RCA el fundamento por el que se le permita seguir operando por la SMA. Esto es tan grave como permitir que una persona se aproveche de su propio dolo o negligencia para obtener un beneficio.

- C.1: La construcción del sistema de manejo de aguas lluvias distinto a lo autorizado.

En esa materia Lumina simplemente se apartó, por sí y ante sí, de las exigencias específicas establecidas en la RCA, construyendo canales abiertos hormigonados para el sistema de manejo de aguas lluvias, en lugar de construir tuberías cerradas de 500 y 600 HDPE, como mandaba el considerando 4.2. numeral II.2 literal.e.2) de la RCA, para evitar que las aguas fluyeran por el terreno natural.

- C.2: No haber instalado el dissipador de energía en la desembocadura de la obra de descarga del canal oriente 1

En este punto nuevamente Lumina se apartó, por sí y ante sí y sin consulta alguna, del mandato de la RCA, dejando de implementar esta instalación sin justificación plausible de acuerdo a la Resolución Reclamada.

- D.1: Las aguas servidas presentan una superación de la Norma Chilena NCh 1.333 Of. 1987, en los más de 8 lugares, fechas y parámetros que se indican en la Resolución Reclamada.

En esta materia la Resolución Reclamada constató la superación reiterada de parámetros en el efluente de Plantas de Tratamiento de Aguas Servidas respecto de las normas de referencia NCh 1.333 para el periodo comprendido entre enero de 2013 y el momento de la fiscalización.

- E.3: Se constata el ingreso de residuos peligrosos al relleno controlado

La SMA constato que Lumina almacenaba más de 100 tambores metálicos de 200 litros cada uno con residuos peligrosos, sin etiqueta ni rotulación, en terreno natural.

- F.1: No haber realizado el aspirado de las calles en el tramo de 7 Km. de la Ruta C-5

Infracción reconocida por Lumina en sus descargos, para la que no presento justificación satisfactoria.

- I.1: Realizar el transporte de sustancias peligrosas a través de empresas que no cuentan con Resolución de Calificación Ambiental para llevar a cabo dicha actividad

Esta exigencia de la RCA surgió de una sugerencia formulada por la propia Lumina, no obstante lo cual la incumplió sin justificación satisfactoria.

IV. Errores e infracciones de ley de que adolece la Resolución Reclamada

Visto el contexto de los diversos incumplimientos ambientales de Lumina a la RCA cometidos en la operación del proyecto Caserones establecidos en la Resolución Reclamada, desarrollaremos a continuación las disconformidades específicas con la normativa vigente en que, no obstante, incurre la mencionada resolución, que ameritan su anulación parcial por parte de este I. Tribunal Ambiental en todo aquello que se encuentra influido por las mencionadas ilegalidades.

1) Errónea absolución de Lumina en cuanto a la infracción K.1 de la Resolución de Cargos

La Resolución Reclamada da por establecido un "concurso de leyes" en cuanto a las infracciones A, B, E.2 y la infracción K.1 de la Resolución de Cargos, que posteriormente transforma en una supuesta infracción al principio del *non bis in idem*, para dejar sin configurar la mencionada infracción K.1 en beneficio de Lumina.

Lo anterior se sustenta en que la SMA establece una identidad entre las conductas sancionadas a propósito de las infracciones A, B y E.2, por una parte, y K.1, por la otra, en razón de que esta última se configuraría, de acuerdo a la Resolución de Cargos, cuando "*producto de los hechos constitutivos de infracción señalados en las letras A, B y E.2*, el titular no ha asegurado en un 100% la no ocurrencia de un evento de contaminación durante la operación del proceso de lixiviación del Proyecto".

No obstante, la Resolución Reclamada comete un claro error en cuanto a la apreciación de los hechos que servirían de base a la calificación del *non bis in idem*, en la medida que establece la supuesta identidad de los hechos sancionados en base a la Resolución de Cargos y no a la RCA, que es la que contiene las conductas infringidas.

En efecto, la SMA se cita a sí misma en la Resolución Reclamada, estableciendo como fuente de los incumplimientos a sancionar a la Resolución de Cargos dictada por ella, en circunstancias que en la parte que interesa a la infracción K.1, dicha Resolución de Cargos no es igual a la conducta sancionada por la RCA en esa materia.

Lo anterior se comprueba al comparar ambos textos, puesto que mientras la Resolución de Cargos configura el incumplimiento del considerando 12.7 de la RCA –infracción K.1 de la Resolución de Cargos– como un "*producto de los hechos constitutivos de infracción señalados en las letras A, B y E.2...*", la RCA en el mencionado considerando 12.7 no hace referencia a dichos hechos

infraccionales, sino que establece un estándar de conducta que no se contiene en los hechos relativos a las infracciones A., B y E.2, correspondiente al aseguramiento en un 100% de la no concurrencia de un evento de contaminación.

En efecto, el mencionado considerando de la RCA señala: "En relación a la operación de los depósitos de lamas, arenas, lastre, pila de lixiviación y relleno sanitario, el titular deberá asegurar en un 100% la no ocurrencia de un evento de contaminación, conforme al estándar de los parámetros establecidos en la Norma Oficial NCh 1.333, Requisitos de Calidad del Agua para diferentes usos durante toda la operación del Proyecto".

De esta forma, la identificación exacta de las conductas sancionadas corresponde a la Resolución de Cargos y no a la RCA, que contempla hechos diversos que no se subsumen unos a otros de manera simétrica y que admiten sanciones separadas, por lo que no puede recibir aplicación el principio del *non bis in ídem*, ya que la RCA se refiere a hechos distintos.

De conformidad con el artículo 60 de la LOSMA, para que proceda la prohibición de una doble sanción administrativa, debe tratarse de un "mismo hecho", condición básica de procedencia del *non bis in ídem* que no concurre en la especie si se atiende a la RCA.

2) Errónea clasificación de las infracciones a la RCA en cuanto a su gravedad

La Resolución Reclamada incurre en errores en la aplicación de la ley tanto en la clasificación de infracciones gravísimas considerándolas como graves, como de infracciones graves considerándolas como leves, según se indica a continuación.

A) Errada clasificación como graves de las infracciones gravísimas de las letras B.1, B.3, B.4 y B.5 de la Resolución de Cargos

Las infracciones B.1, B.3, B.4 y B.5 de la Resolución de Cargos, que la Resolución Reclamada clasificó como graves, son a todas luces infracciones gravísimas de acuerdo a la LOSMA, en tanto conllevan el incumplimiento más grave posible de

una RCA, cual es operar un proyecto sin cumplir con las condiciones previas impuestas por dicha RCA expresamente como **prohibiciones para operar en tanto no se cumplieren y que dicen relación con el elemento central del proyecto: la conservación y cuidado del recurso hídrico.**

En efecto, es la propia RCA la que, en su considerando 11 b), referido a las infracciones B.1 y B.3, y considerando 12.7, referido a la infracción B.4, estableció que "**mientras no se emita la respectiva validación favorable el Proyecto no operara**". Así lo consigna la Resolución Recurrída al señalar: "*Es por ello que en la RCA N° 13/2010 se estableció una prohibición expresa de operar el Proyecto sujeto a la condición de contar con las validaciones correspondientes a las infracciones en comento (a excepción de B.5, en que no se mencionó de manera expresa, pero de la evaluación ambiental queda claro que se requería para la fase de operación)*"².

El fundamento de lo anterior se encuentra en los gravísimos riesgos de contaminación del recurso hídrico que presenta el proyecto Caserones, los que fueron tomados especialmente en consideración para prohibir la operación antes de obtener la validación de los elementos más sensibles asociados a la protección del recurso hídrico. Al respecto, la Resolución Reclamada señala: "*En este sentido, **resulta tan relevante el riesgo producido por la operación del Proyecto, que el establecimiento de la medida de no operar resultó esencial en forma previa a la determinación de datos tan importantes como los estudios hidrogeológicos que debieron ser parte de la línea de base y que constituyen el punto de partida para permitir el diseño del sistema de tratamiento pasivo, asociado al Depósito de Lastre, Plan de Acción y el seguimiento ambiental del proyecto en relación al PMR***".

En relación a la duración en el tiempo de esta situación de operación no autorizada, la misma Resolución establece: "*Por otra parte, en relación a la permanencia en el tiempo de las infracciones, este Superintendente considera que los incumplimientos imputados tuvieron una duración de al menos un año corrido. Así, éstos **habrían comenzado con fecha 5 de marzo de 2013, con la***

² Página 67.

operación del Proyecto Caserones, hasta al menos, la fecha de los pronunciamientos formales de la Comisión de Evaluación, de 7 de marzo y 23 de mayo, ambos del 2014, los que como veremos a lo largo de esta Resolución, establecen el cumplimiento de condiciones adicionales en orden a determinar la validación total de los diseños y sistemas sometidos por la empresa a su conocimiento, por lo que dichas validaciones no se encuentran perfectas”³.

Como si lo anterior no fuera suficiente I. Tribunal, la Resolución Reclamada ha dejado establecido también que esta situación de incumplimiento no concluyó en el mes de mayo de 2014 con el pronunciamiento de la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama -aunque equivocadamente no considera correctamente este hecho para la aplicación de la sanción- sino que en dicha oportunidad cesó la situación de completa indeterminación en que se encontraban estas variables de la RCA, no obstante lo cual no se ha dado cumplimiento a las mismas hasta la fecha.

En efecto, la Resolución Reclamada establece al respecto:

“401. Considerando las observaciones de la DGA antes mencionadas, tanto respecto a aquellas vertidas a propósito del Plan de Acción, PMR y el Diseño del Sistema de Tratamiento Pasivo, se puede concluir que a la fecha no existe un adecuado plan de seguimiento de la calidad de las aguas del Proyecto Caserones. Este aspecto, como se expuso en la configuración de las infracciones de las letras B de la formulación de cargos, quedó pendiente para una fase posterior, lo que implicó determinar aspectos propios de la evaluación ambiental que deberían haberse zanjado de manera previa a la calificación favorable del Proyecto Caserones. Se concluye también que aún existen preocupantes carencias en el PMR respecto a la calidad de las aguas, lo que implica que a la fecha no sea posible determinar, en qué medida, las excedencias detectadas a la NCh 1.333 implican o no una real afectación de las aguas, o bien que necesiten de la activación de un plan de remediación, dado que en varios casos no existen UAT ni URM (como por ejemplo ocurre para las aguas subterráneas

³ Página 70.

del Depósito de Lixiviación).

402. A su vez, en el Ord. N° 181 de la DGA, así como también en el Ord. N° 239, este organismo finaliza instando a la Comisión de Evaluación a que **"La ejecución y cumplimiento de las mismas (condiciones) se solicita sean ponderadas por la Autoridad Ambiental, a la luz de las características y particularidades propias de la actividad minera"** (paréntesis agregado). Sin embargo, de los antecedentes revisados, en particular las Res. Ex. N°s 64 y 133, ambas de la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama, éstas se refieren al tema únicamente resolviendo validar el PMR y el Diseño del Sistema de Tratamiento Pasivo, **"previa conformidad con condiciones de la DGA Región Atacama"** (énfasis agregado). Respecto a las condiciones mencionadas, se remite a ordenar el cumplimiento de éstas, sin embargo, no las pondera tal como se lo solicitó la DGA. Por lo tanto, **a la fecha, la empresa ha interpretado que cuenta con las validaciones requeridas en la RCA N° 13/2010, lo que no es efectivo, considerando que dicha validación está sujeta al cumplimiento de las condiciones de la DGA, que a la fecha no se han cumplido, según da cuenta la información contenida en el presente procedimiento sancionatorio.** A su vez, de la manera en que las condiciones han sido expuestas por ambos órganos, su cumplimiento no se asocia a ningún plazo, lo que resulta de la más alta relevancia, considerando que el Proyecto entró en operación con fecha 5 de marzo de 2013. Por ende, resulta fundamental establecer plazos concretos para la concreción de dichas condiciones, de manera de poder contar con un Plan de Monitoreo y un Diseño validado del Sistema de Tratamiento Pasivo, que efectivamente sean los **adecuados y capaces de asegurar que no se vulnerará la calidad de las aguas del área de influencia del Proyecto, en particular considerando que, durante el año 2014, se dio inicio a la concentración de minerales.**

403. Por tanto, en atención a lo anteriormente expuesto, se concluye que la comisión de las infracciones 8.1, B.3, B.4, y B.5 **han generado un peligro de importancia sobre la calidad del recurso hídrico en el área de**

*influencia del Proyecto, por lo que esta circunstancia será considerada para el incremento del componente de afectación de la sanción*⁴.
(Destacado nuestro).

En este contexto I. Tribunal, la negativa de la SMA a clasificar estas infracciones como gravísimas constituye un sinsentido de cara al rol de dicho organismo, en la medida que una contravención frontal del texto prohibitivo expreso de la RCA no representa para la SMA el máximo nivel de incumplimiento ambiental. Con ello, la SMA incumple la ley, en cuanto a la condición calificante de una infracción gravísima de la letra e) del artículo 36 número 1 de la LOSMA

En efecto, esta disposición establece que se comete una infracción gravísima cuando *"hayan impedido deliberadamente la fiscalización, encubierto una infracción o evitando el ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia"*.

A nuestro juicio, en este caso esta calificante legal del carácter gravísimo de la infracción ha sido establecido por la SMA en la propia Resolución Reclamada, toda vez que dicho organismo ha señalado que ha sido el incumplimiento deliberado de Lumina -que la SMA califica como "intencional" a propósito del artículo 40 letra d) de la LOSMA- el que ha privado a la SMA de la posibilidad de establecer los eventos de contaminación del recurso hídrico afectado por el proyecto, lo que constituye una hipótesis clara de impedimento de la fiscalización y ejercicio de las atribuciones de la SMA, que beneficia a Lumina en cuanto le permite seguir operando no obstante las excedencias a la norma sobre calidad de las aguas, y que perjudica en la misma medida a los regantes del valle de Copiapó.

En efecto, en el presente caso es la propia SMA la que ha constatado en forma reiterada excedencias a la NCh 1.333 por parte de Lumina en la operación de Caserones⁵, las que constituyen "contaminación" de las aguas de riego de

⁴ Página 91.

⁵ La RCA de Caserones sujeta a Lumina a la NCh 1333 en materia de calidad de las aguas, como se desprende, entre otros, de su considerando VII.1. a2): *"se controlarán parámetros de la norma de calidad de agua para riego NCh 1333 en los puntos ubicados aguas arriba de las obras que pudieran generar algún tipo de contaminación y en los puntos de monitoreo en línea de parámetros... En los pozos de monitoreo se medirán todos los parámetros establecidos en la NCh*

acuerdo al texto expreso de dicha norma, no obstante lo cual la SMA no las sanciona, puesto que -según señala- el hecho que a la fecha no exista un plan de seguimiento adecuado de la calidad de las aguas del proyecto Caserones "implica que a la fecha no sea posible determinar, en qué medida, las excedencias detectadas a la NCh 1.333 implican o no una real afectación de las aguas, o bien que necesiten de la activación de un plan de remediación, dado que en varios casos no existen UAT ni URM (como por ejemplo ocurre para las aguas subterráneas del Depósito de Lixiviación)"⁶.

Por otra parte, mediante su conducta Lumina ha encubierto la infracción de la RCA en materia de las excedencias a la norma aplicable, manteniéndolas en la indeterminación derivada de su propia falta de cumplimiento del plan de seguimiento de la calidad de las aguas, conducta que la SMA ha validado con su negativa de sancionar dichas excedencias como un incumplimiento a la RCA.

Esta situación es abiertamente ilegal y contraria a derecho por cuanto el razonamiento de la SMA permite que Lumina se beneficie de su propio incumplimiento (de su propio dolo), toda vez que su falta de cumplimiento de las medidas impuestas por la RCA es la que impide -a juicio de la SMA- determinar si está contaminando las aguas.

En este escenario ¿qué incentivo tenía Lumina para cumplir con el plan de seguimiento de la calidad de las aguas impuesto por la RCA? Ninguno, puesto que, en tanto se mantuviera su propia indefinición, sería imposible a la SMA sancionar la contaminación de las aguas.

1.333/87. Además se tomarán mediciones directas en terreno, las cuales consideran pH, temperatura, conductividad y aspecto. La frecuencia de las mediciones será trimestral"; Del considerando 8. Plan de Seguimiento Ambiental Propuesto en el E.I.A. y sus Adendas, a): "Métodos y Normas: Metodología según NCh 1.333"; Del considerando 8. b) Control de Calidad de Agua Superficial: "Parámetros a monitorear: Todos los parámetros establecidos en la NCh 1.333/87. Además se tomarán mediciones directas en terreno, las cuales consideran pH, temperatura, conductividad y aspecto"; Del considerando 8. c), Control de Agua Subterránea: "Estos pozos se monitorearán por niveles y calidad (de acuerdo a N.Ch 1.333 para agua de riego) mensualmente, y sus resultados se entregarán a la autoridad ambiental de manera semestral"; Del considerando 8. d), Monitoreo de Aguas Lluvias: "Se implementará monitoreo de calidad de agua en cada uno de los puntos interceptores de aguas de aguas superficiales en las quebradas La Brea y Caserones. El monitoreo se realizará conforme la norma de riego NCh 1.333, incluyendo metales pesados que ésta considera".

⁶ Considerando 402.

Esta situación infringe lo más elemental de los principios precautorio y preventivo que inspiran la institucionalidad ambiental contenida en la Ley 19.300, puesto que en el presente caso la SMA no ha afirmado que no existe daño ambiental, sino que ha dicho simplemente que no se encuentra en condiciones de acreditarlo en razón de los incumplimientos del fiscalizado en cuanto al monitoreo y tratamiento del recurso hídrico, impidiendo deliberadamente por esta vía la correcta fiscalización del cumplimiento de la RCA por parte de la SMA, encubriendo una infracción a la RCA y sin duda, evitando el ejercicio de las atribuciones propias de la SMA, no solo conferidas por ley sino que por la misma Lumina en la RCA.

Como ha señalado recientemente la Excmo. Corte Suprema⁷:

*“Que en lo concerniente al **principio de cautela**, se debe tener en consideración, que en caso de riesgo de daños graves e irreversibles al medio ambiente o la salud humana, **la falta de certeza científica absoluta no puede servir de excusa para posponer la adopción de medidas efectivas de prevención del deterioro medioambiental.***

De manera tal, que el ejercicio por parte de la autoridad competente de acciones idóneas inspiradas en el principio de precaución, no es más que la puesta en práctica de la prudencia en este ámbito.

Este postulado se encuentra plasmado legalmente en nuestro ordenamiento interno en el artículo 48 de la Ley 20.417 Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, que faculta al instructor del procedimiento para solicitar fundadamente al Superintendente la adopción de medidas provisionales temporales, con el objeto de evitar daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas. Estas medidas pueden adoptarse una vez iniciado un procedimiento sancionatorio, e incluso antes, bajo determinadas condiciones, y con un conjunto de garantías para el regulado, sumadas a la exigencia de la autorización expedita del Tribunal Ambiental en caso de las medidas más gravosas como la clausura, detención del funcionamiento y suspensión temporal de la autorización.

⁷ Sentencia de 21 de octubre de 2014, causa Rol 12.938-2013.

Para la aplicación de este principio es esencial la identificación de efectos potencialmente peligrosos que se deriven de un fenómeno, de un producto o de un proceso y, además, la evaluación científica de los riesgos que, debido a la insuficiencia de los datos, a su carácter no concluyente o a su imprecisión, no permite determinar con certidumbre suficiente el riesgo en cuestión.

Vigésimo tercero: Que desde otra óptica, el principio de prevención es uno de los pilares de la actividad de la administración del Estado, en lo que respecta al control del riesgo, y supone que las medidas preventivas puedan ser adoptadas cuando la información disponible es suficiente para poder establecer los daños. Obliga a tomar las medidas conducentes y oportunas ya que se conoce el daño ambiental que se puede producir.

El objetivo de la Dogmática de haber construido y desarrollado este concepto, es hacer posible la adopción de medidas de anticipación que permitan evitar o aminorar las consecuencias adversas para el medio ambiente que se han producido por la actividad humana.

Este principio obedece a la **máxima ambiental referida a que los daños deben ser evitados a toda costa y bajo cualquier circunstancia, aun cuando se deriven de actos que en su origen se estimaron lícitos**, verbi gratia, convenciones, que luego devienen en infracciones contractuales, situación que ha contribuido al desarrollo de sistemas de prevención de daños y a la anticipación de mecanismos jurisdiccionales denominados de tutela preventiva, acciones que son prevalentes y se prefieren a aquellas que están supeditadas a una solución ex post facto.

Vigésimo cuarto: Que **la diferencia entre ambos principios mencionados, de cautela y de prevención, se configura por el hecho de que en el postulado de prevención se posee la certeza de que verificándose determinado factor el daño ocurrirá, en cambio, en el instituto de la precaución, aunque se produzca la circunstancia o factor concomitante, en realidad no se sabe si el daño efectivamente acaecerá, sin embargo hay razones plausibles para pensar en ese sentido.**

Así, en este **proceso la obligación de impedir cualquier amenaza de daño medioambiental está directamente concatenada con la**

probabilidad de que las faenas cuestionadas originen un riesgo efectivo en el lugar, y de conformidad con el principio de cautela, tal contingencia surge desde el momento en que no cabe excluir, sobre la base de datos objetivos, que dicha actividad afecte de forma apreciable a la comunidad local.

B) Errada clasificación como leves de las infracciones C.1, C.2 y D.1 de la Resolución de Cargos

Contrariamente a lo que establece la Resolución Reclamada estas tres infracciones a la RCA cometidas por Lumina son infracciones graves, y no meras infracciones leves.

a) En cuanto a la infracción C.1 de la Resolución de Cargos

Como señalamos con anterioridad, en este caso la SMA imputó a Lumina la construcción del sistema de manejo de aguas lluvias en forma distinta a la autorizada por la RCA, no obstante lo cual desistió de clasificar esta infracción como grave.

En efecto, en esa materia Lumina simplemente se apartó, por sí y ante sí, de las exigencias específicas establecidas en la RCA, construyendo canales abiertos hormigonados para el sistema de manejo de aguas lluvias, en lugar de construir tuberías cerradas de 500 y 600 HDPE, como mandaba el considerando 4.2. numeral II.2 literal.e.2) de la RCA, para evitar que las aguas fluyeran por el terreno natural.

En este contexto, la propia Resolución Reclamada señaló al respecto, al desechar los descargos de Lumina sobre la materia, que la RCA "no admite otra forma de construcción" por lo que "si la empresa quería efectuar una modificación a su RCA, en aplicación del criterio que ha desarrollado en sus descargos, la vía idónea para realizarlo es aquella que corresponde a la tramitación de una consulta o solicitud ante la autoridad competente para modificar sus disposiciones, y no

*dentro del procedimiento sancionatorio ante otro organismo*⁸, citando al efecto el mecanismo de modificación dispuesto en el considerando 22 de la RCA.

No obstante lo anterior, a continuación la Resolución Reclamada discurre sobre un pronunciamiento de la DGA en la Resolución Exenta 143, de 10 de marzo de 2011, que habría autorizado parcialmente y *a posteriori* las modificaciones introducidas por Lumina al proyecto, indicando que pese a haberse concretado la infracción a la RCA, por el hecho de haber sido conocida esta infracción de una autoridad sectorial de la DGA, ello la volvería una infracción leve.

De esta forma, la Resolución Reclamada incurre en una manifiesta contradicción, puesto que ella misma constata una infracción abierta a la RCA de parte de Lumina en una materia de suyo sensible como la no afectación del recurso hídrico, lo que de acuerdo con la letra e) del número 2 del artículo 36 de la LOSMA constituye una infracción de carácter grave, a pesar de lo cual, en base a una razón que es ajena a la ley y que no se encuentra consagrada como una excepción al artículo 36 de la LOSMA, decide clasificar la infracción como leve.

La mencionada letra e) del número 2 del artículo 36 de la LOSMA señala que una infracción es grave cuando *"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"*, sin contemplar excepciones.

Por su parte, el considerando 22 de la RCA de Caserones, como la propia Resolución Reclamada consigna, entrega a la Comisión Regional del Medio Ambiente de la III Región de Atacama el conocimiento de cualquier modificación al proyecto, y no a la DGA ni a ninguna otra autoridad sectorial.

De esta manera, la contradicción de la SMA es grave, toda vez que da por establecida una modificación de facto a la RCA, lo que estima un incumplimiento de la misma, pero al mismo tiempo la valida sin ajustarse a los mecanismos de modificación de la propia RCA.

⁸ Página 39.

Esta vulneración de las competencias establecidas en la RCA requería de una fundamentación acabada, referida al mérito mismo de la infracción a la RCA y no a la mera intervención de una autoridad sectorial, lo que está enteramente ausente en la Resolución Reclamada.

b) En cuanto a la infracción C.2 de la Resolución de Cargos

En este caso la infracción consiste en no haber instalado un dissipador de energía en la desembocadura de la obra de descarga del canal oriente 1, lo que fue reconocido por Lumina y rechazada su justificación por la Resolución Reclamada, no obstante lo cual ésta no ofrece fundamentación de ninguna especie para considerarla como leve y no como grave.

En efecto, en la página 56, la Resolución Reclamada se limita a señalar al respecto que las alegaciones de los terceros interesados deberán ser rechazadas por referirse a la infracción C.1, sin indicar motivación alguna para estimar la referida infracción como leve en vez de grave, a pesar de que la infracción se refiere a la conservación del recurso hídrico y que, por tal razón, es considerada de suyo sensible por la RCA dadas las especiales condiciones de potencial afectación de las aguas por el proyecto Caserones.

c) En cuanto a la infracción D.1 de la Resolución de Cargos

La Resolución Recurrída constató la infracción de la Norma Chilena NCh 1333 en materia de aguas servidas, norma a cuyo cumplimiento se encuentra sujeta de manera irrestricta Lumina en la RCA de Caserones.

No obstante ello, clasifica esta infracción como leve, atendida su supuesta "baja lesividad", afirmación que sin embargo no fundamenta con la acuciosidad necesaria dada la sensibilidad de los potenciales efectos de estas excedencias en el recurso hídrico.

En efecto, la Resolución Recurrída alude a que las excedencias en materia de sodio porcentual y sulfatos en las aguas servidas no representarían un riesgo de magnitud mayor, toda vez que serían utilizadas por Lumina para la "humectación de caminos de la mina", sin saturación del suelo que implique un riesgo de desborde hacia cursos de agua o infiltración de los acuíferos. No obstante, no existe en la Resolución Reclamada antecedente alguno citado en apoyo a dicha constatación, mas allá de los dichos de Lumina, lo que resulta completamente insuficiente dada la gravedad intrínseca de las referidas excedencias, que constituyen por sí mismas un episodio de contaminación conforme se encuentra definido normativamente en la NCh 1.333.

En este contexto, la situación es aun peor en materia de coliformes fecales, puesto que la Resolución Reclamada señala que el contacto de los operarios encargados de la humectación de caminos representa en sí un nivel de riesgo dadas las excedencias registradas, a pesar de lo cual lo desestima como una infracción grave puesto que dichas excedencias relativas a este índice se habrían presentado "solo cuatro veces", como si ello fuera suficiente para dejar sin aplicación la NCh 1.333, que no establece un número mínimo de episodios de excedencia para configurar un episodio de contaminación.

Por el contrario, concurriendo la contaminación de acuerdo al estándar normativo recién citado a que remite a Lumina la RCA del proyecto, no cabe sino considerar que se ha producido un incumplimiento de las medidas de mitigación impuestas por la RCA, de conformidad con la letra e) del número 2 del artículo 36 de la LOSMA, así como un riesgo significativo para la salud de la población, en los términos de la letra b) del número 2 del mismo artículo, lo cual la vuelve una infracción grave de acuerdo a la ley.

3) Errónea aplicación del artículo 40 de la LOSMA en la determinación de las sanciones específicas aplicadas

La SMA ha hecho una errónea aplicación de las siguientes circunstancias establecidas por la ley en el artículo 40 de la LOSMA para determinar las sanciones específicas que corresponde aplicar en cada caso:

a) Artículo 40 letra a) de la LOSMA

Esta disposición legal se refiere a "la importancia del daño causado o del peligro ocasionado" para determinar la extensión de la sanción, lo que en la interpretación que hace la SMA en la Resolución Reclamada encierra dos elementos de distinta entidad para efectos de la ponderación que establece este artículo. Por un lado están los casos mas graves, constitutivos de daño, y por otro están las hipótesis de mero peligro.

En este contexto, la Resolución Reclamada se preocupa de precisar que el daño para los efectos de esta disposición no equivale al daño ambiental, sino que a *"todos los casos en que se estime exista un daño, sin limitación a los casos en que se realice la calificación jurídica de daño ambiental. De esta manera, la circunstancia aplica en todos los casos en que se constaten elementos o circunstancias de hecho de tipo negativo, tales como, impactos no compensados, perjuicios a terceros, desperfectos en las propias instalaciones del infractor, afectaciones a la salud y menoscabos al medio ambiente ya sean significativos o no, reparables o no reparables"*⁹.

Sin embargo, y pese al concepto amplio de daño de que da cuenta la Resolución Reclamada, a continuación la SMA da por establecida solo una hipótesis de peligro y no de daño en el caso de las infracciones B.1, B.3, B.4 y B.5 de la Resolución de Cargos, con lo cual -erróneamente- no considera el extremo más grave para la imposición de la sanción que contempla la letra a) del artículo 40 de la LOSMA.

Al hacer lo anterior la SMA da una aplicación parcial a la referida disposición legal, en un doble sentido.

Por un lado, se infringe la norma al no hacer una aplicación consecuente del propio concepto de daño que señala emplear para efectos de esta disposición, el que incluye no solo las hipótesis jurídicas de daño ambiental sino que también

⁹ Página 81.

elementos que constituyan impactos negativos efectivamente acaecidos, tales como, en el propio ejemplo que da la SMA, *desperfectos en las propias instalaciones del infractor*, lo que evidentemente concurre en la especie, toda vez que Lumina ha operado el proyecto sin haber validado el sistema de tratamiento pasivo y con serias infracciones a la infraestructura y modelo de tratamiento impuesto por la RCA, tal como se ha visto anteriormente en esta presentación y se recoge abundantemente en la Resolución Reclamada.

En segundo término, infringe la norma al no considerar los episodios de contaminación del recurso hídrico que se han verificado en la zona de influencia del proyecto y que se encuentran establecidos en el marco del procedimiento sancionatorio, constituidos por las excedencias reiteradas a la NCh 1.333, que infringen la RCA en la medida que ésta establece dicha norma como límite máximo en materia de calidad de las aguas.

Como ya se vio, la justificación de la SMA para no considerar estas excedencias como contaminación es inadmisibles, en la medida que se asila en el incumplimiento del propio fiscalizado en cuando al plan de seguimiento de las aguas para sostener la imposibilidad de "determinar" los eventos de contaminación, en circunstancias que la RCA obliga a Lumina a sujetarse a la NCh 1.333 y que es dicha norma la que define las excedencias a los parámetros que contempla como contaminación de las aguas.

Nadie puede aprovecharse de su propia negligencia o dolo para eximirse de una sanción, ni menos en una materia tan sensible como ésta, en que la sola posibilidad de afectación del medio ambiente es razón suficiente para la adopción de medidas destinadas a evitar la ocurrencia de un posible daño, aunque éste no se encuentre demostrado. Esta manifestación del principio preventivo obliga a actuar a pesar de que no exista certeza de daño ambiental, lo que en el presente caso concurre sobradamente por la superación de los parámetros de la NCh 1.333 a cuya sujeción obliga la RCA, no obstante lo cual la SMA la dejó sin aplicación al no imponer a Lumina una sanción congruente y proporcional a su grave conducta omisiva.

b) Artículo 40 letra b) de la LOSMA

Esta hipótesis del artículo 40 de la LOSMA se refiere a "el número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción", la que la SMA estima como no concurrente en la especie, toda vez que "no existen antecedentes que den cuenta de una posible afectación o riesgo para la salud de la población".

El error en la aplicación de esta norma por parte de la SMA consiste en obviar la expresión "pudo" contenida en la misma, que da cuenta de que lo que se exige como condicionante de la gravedad de la sanción a imponer no es una afectación efectiva de la salud de la población, sino que la *posibilidad o eventualidad* de que haya podido producirse.

En este contexto, es claro que el peligro grave de contaminación de las aguas que la propia SMA da por concurrente en este caso, es un hecho objetivo suficiente para determinar la posibilidad o eventualidad de afectación de la salud de la población, en la medida que las aguas contaminadas con desechos químicos escurren hacia zonas de riego de productos agrícolas y hacia asentamientos humanos, con 150.000 habitantes solo en las ciudades del valle de Copiapó (Copiapó con 129.091 habitantes, Tierra Amarilla con 12.888 habitantes y Los Loros con más de 1.200 habitantes, según el censo del año 2002).

El agua para el consumo humano en estas ciudades proviene de pozos que se abastecen de aguas subterráneas que forman parte del área de influencia del proyecto, en la medida que conforman la cuenca del río Copiapó, por lo que la contaminación de las aguas afecta potencialmente –que es precisamente lo que requiere la norma, una afectación potencial- a las 150.000 personas que habitan las ciudades del valle.

La SMA ha confundido la afectación potencial ("pudo") de la salud de la población, con la acreditación de un evento efectivo de afectación de la salud de la población, que no es lo que exige la norma, puesto que la misma contiene un criterio para ponderar el *quantum* de la sanción, que actúa como un indicador de intensidad en base a una situación que puede incluso ser hipotética y para la cual basta con el

peligro grave de contaminación de las aguas que entraña en si mismo un riesgo para la población que se abastece de las mismas.

Resulta inexplicable que la Resolución Reclamada concluya que existe un riesgo inminente de daño al medio ambiente por la operación del proyecto sin contar con los mecanismos adecuados de control de contaminación de aguas, para acto seguido sostener que no existe un riesgo de afectación de la salud de la población.

La Resolución Reclamada se aparta completamente de la lógica, pues si existe un riesgo inminente de daño al medioambiente y a los cursos de agua, es evidente que dicho riesgo se trasmite causalmente a la población que habita el valle de Copiapó que se nutre de dichos cursos de agua para el riego de sus plantaciones y para extraer el agua que beben sus habitantes.

c) Artículo 40 letra c) de la LOSMA

Esta disposición se refiere al beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, el que la SMA calcula erróneamente toda vez que no incluye en su estimación todo el periodo durante el cual Lumina se ha beneficiado ilegítimamente de la infracción, sino solo una parte.

En efecto, en lo referido a las infracciones B.1, B.3 y B.4, que la Resolución Recurrída subclasifica como el beneficio económico derivado de ganancias ilícitas, la SMA estima que corresponde a las ganancias ilícitas de Lumina compuestas por *“todas aquellas ganancias de tipo operacional, obtenidas producto de las ventas realizadas en los periodos de operaciones del Proyecto, durante los cuales no se cuenta con las validaciones correspondientes, en incumplimiento de una prohibición expresa de la RCA, por ende, ilegal”*.

No obstante, al determinar el periodo durante el cual tales ganancias se habrían producido para Lumina, lo fija entre marzo de 2013 y marzo de 2014¹⁰, esto es, en un año, estableciendo como fecha en que se habría puesto termino a la situación

¹⁰ Incluso deja sin estimar los meses de abril y mayo de 2014, pese a entrar dentro del periodo de incumplimiento estimado por la SMA, por falta de información.

de ilicitud la del pronunciamiento de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Atacama respecto de las validaciones pendientes en materia de tratamiento pasivo y plan de seguimiento de las aguas, en circunstancias que, como se ha visto con anterioridad, en dicha oportunidad la Comisión sujetó la validación al cumplimiento de condiciones impuestas por la DGA que hasta el día de hoy, como ha dejado establecido la propia SMA, no se han cumplido.

Es así como la Resolución Reclamada sostiene al efecto que ***"a la fecha, la empresa ha interpretado que cuenta con las validaciones requeridas en la RCA N° 13/2010, lo que no es efectivo, considerando que dicha validación está sujeta al cumplimiento de las condiciones de la DGA, que a la fecha no se han cumplido, según da cuenta la información contenida en el presente procedimiento sancionatorio"***.

De esta forma, la SMA ha sido clara en sostener que, hasta la fecha, Lumina no ha cumplido con la RCA en materia de las validaciones exigidas, por lo que la distinción que hace en materia de la ausencia de las validaciones para efectos del cumplimiento, por una parte, y para determinación del beneficio económico obtenido, por otra, es completamente arbitraria, en la medida que las ganancias seguirán siendo ilícitas en tanto se mantenga el incumplimiento de la prohibición de operar.

No es admisible este doble estándar de la SMA en esta materia, con el solo objeto de rebajar el monto de las utilidades obtenidas y así poder rebajar a su turno las multas cursadas a Lumina, de manera que estas no sean superiores al beneficio económico arbitrariamente determinado por la misma SMA.

Por el contrario, si se considera correctamente la situación de incumplimiento de Lumina, se debe determinar el beneficio económico en un monto equivalente **al doble de lo estimado por la SMA** por concepto de beneficio económico derivado de ganancias ilícitas, al agregarle el año completo que sigue entre marzo de 2014 y marzo de 2015, debiendo seguirse extendiendo hasta la fecha en que Lumina cumpla efectivamente con las validaciones ambientales incumplidas.

De conformidad con la Resolución Recurrída -y si aceptamos para este solo efecto su cálculo de las utilidades- esta ganancia, efectuados todos los descuentos, es de 9.565 UTA para el período marzo 2013 a marzo 2014, el que debe aumentarse al doble hasta el período marzo 2015, esto es, 19.130 UTA, y así sucesivamente mientras se siga burlando la prohibición de operación de la RCA.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario hacer presente que la SMA ha basado el análisis de los beneficios económicos obtenidos por Lumina en información obtenida de la misma empresa, la que además ha sido mantenida en reserva por la SMA, lo que torna insuficiente por si sola dicha información para constituir una base de cálculo imparcial.

Por esta razón es que esta parte considera indispensable que sea una entidad independiente y de carácter especializado la que analice en su globalidad los beneficios que realmente obtuvo Lumina a partir de sus infracciones, de manera de contar con información objetiva.

No obstante, el solo cálculo correcto del beneficio de Lumina de acuerdo a los parámetros de la misma SMA, deberá llevar desde ya a la aplicación de multas que impliquen que el beneficio económico obtenido por Lumina no supere los costos asociados a la infracción, rangos que deberán ampliarse además de conformidad con la recalificación de estas infracciones a gravísimas, pudiendo alcanzar cada una de las multa las 10.000 UTA.

d) Artículo 40 letra i) de la LOSMA

En cuanto a esta disposición, que contempla "todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción", la SMA ha reconocido a Lumina una "cooperación eficaz" que habilitaría morigerar el *quantum* de la sanción, cuestión que se contradice abiertamente con las características de la conducta de Lumina establecidas en la propia Resolución Reclamada, que imposibilitan dicho reconocimiento.

En efecto, es una contradicción el sostener al mismo tiempo que concurre la circunstancia de la letra d) del artículo 40 de la LOSMA, esto es, la intencionalidad en la comisión de la infracción, con reconocer a Lumina una cooperación eficaz al amparo de la letra i) del mismo artículo, toda vez que **en el presente caso se trata de una infracción que se sigue cometiendo hasta la fecha**, por lo que no puede sostenerse que concurren, al mismo tiempo, una conducta intencional con la conducta colaborativa propia de la colaboración eficaz.

Es la propia Resolución Reclamada la que, al analizar la letra d) del artículo 40 de la LOSMA deja establecido categóricamente que el comportamiento de Lumina al haber comenzado la operación del proyecto Caserones sin contar con la autorización ambiental para hacerlo da cuenta de una infracción intencional de la RCA, en términos que *“se ha acreditado en el presente procedimiento sancionatorio que la empresa ha actuado intencionalmente al infringir la prohibición de operar, en tanto no se validaran los diseños, sistemas y estructuras de monitoreo, control de infiltraciones y planes de acción, aplicables a los depósitos operativos (lastre y lixiviación), establecida en la RCA 13/2010”¹¹.*

Incluso más, la SMA acusa a Lumina de una “deliberada indiferencia frente a sus obligaciones ambientales”, cuestión que grafica en la respuesta de su Gerente General en la declaración ante la SMA, donde negó estar en conocimiento de las exigencias de validación previa a la operación impuestas por la RCA.

Esta declaración fue prestada en octubre de 2013 I. Tribunal, y pese a ello Lumina siguió operando el proyecto hasta mayo del 2014, sin contar siquiera con un pronunciamiento de la Comisión de Evaluación, y lo sigue haciendo hasta hoy sin tener todavía la validación, tiempo suficiente en que suponemos que el Gerente General habrá tomado conocimiento de la prohibición de operación que pesa sobre la empresa que administra.

En este contexto I. Tribunal, si bien un infractor intencional y deliberado puede en teoría transformarse con posterioridad a la infracción en un cooperador eficaz, ello no es posible en el caso en que dicho infractor ha seguido cometiendo

¹¹ Página 107.

intencionalmente la infracción, al tratarse de una situación de incumplimiento sostenida en el tiempo, puesto que la intencionalidad en la vulneración de la normativa ambiental no es compatible con la cooperación con el organismo encargado de velar por el cumplimiento de dicha normativa ambiental.

De esta forma, la SMA nuevamente ha errado en la aplicación de la ley, incurriendo en una severa contradicción, en atención a que es la misma SMA la que deja establecido en la Resolución Reclamada que el incumplimiento de Lumina en una materia tan grave como la prohibición de operar se mantiene hasta hoy, a pesar de lo cual estima que ha "cooperado eficazmente" con dicho servicio.

No resulta acorde con la labor propia de la autoridad ambiental, que no sancione drásticamente y en forma ejemplar el abuso de una empresa que por razones meramente económicas decide por sí y ante sí iniciar su operación pese a que sabe que no cuenta con las autorizaciones correspondientes. No se trata en este caso de una conducta culpable o de una infracción sobreviniente, sino que de una actitud deliberada, en la que la empresa frente a la disyuntiva de tener que esperar a cumplir con los requisitos para empezar a operar o comenzar sus operaciones sin dar cumplimiento a la legislación y al permiso ambiental correspondiente, optó conscientemente por comenzar sus operaciones sin miramientos de ningún tipo, prefiriendo arriesgarse a ser objeto de un procedimiento infraccional si fuere sorprendido. Esta verdadera cultura del incumplimiento, de la imposición de las vías de hecho por sobre las vías de derecho, debe ser duramente castigada de modo que los infractores no tengan el incentivo a operar sin estar autorizados para ello.

4) Deficiente fundamentación del tipo de sanción a aplicar y del quantum de las mismas

La Resolución Recurrída presenta un vacío fundamental en materia de fundamentación a la hora de aplicar las sanciones específicas a Lumina, puesto que si bien analiza la concurrencia o no de cada uno de los supuestos del artículo 40 de la LOSMA, no contiene razonamiento alguno que explique de qué manera el juego de los distintos factores del artículo 40 en el caso concreto da lugar al tipo

tanto, desde el punto de vista formal, los antecedentes sí fueron considerados. Sin embargo, el problema es nuevamente la motivación de la decisión y la falta de razonamiento que permita determinar de qué forma esa cantidad de incumplimientos llevaron al Superintendente a decidirse por una sanción –en este caso, multa- y no por otra, como sería, por ejemplo, la revocación. Como se ha señalado en las consideraciones anteriores, **los criterios del artículo 40 están íntimamente vinculados con la motivación y la debida argumentación que debe realizar el Superintendente para escoger una sanción en detrimento de otra. Es decir, lo que se espera de su fundamentación es que de la simple lectura de los argumentos se pueda comprender por qué el Superintendente optó por una sanción, y cómo los criterios del artículo 40 fueron utilizados para arribar a tal decisión, de forma tal que se pueda determinar si hay proporcionalidad en la sanción impuesta y de qué forma la motivación de la decisión la explica.** Así, por ejemplo, si tenemos un infractor con una conducta anterior contumaz, que presenta un alto nivel de incumplimiento que sólo confirma su falta de compromiso con la normativa ambiental y que incurre en reiteradas infracciones graves o gravísimas, sería desproporcionado imponerle como sanción una amonestación. Por su parte, **la fundamentación de una sanción mayor, como sería la multa, debiese explicar no sólo las razones por las cuales la autoridad escogió dicha sanción sino que, además, debería razonar por qué -a la luz de tan gravísimos antecedentes- se descarta la imposición de la revocación.**

(...)

El desarrollo de los criterios contenidos en el artículo 40 de la LOSMA para elegir alguna de las sanciones contenidas en el artículo 39 del citado cuerpo legal, no puede limitarse a señalar -como fue en este caso y respecto de todos los otros criterios del citado artículo 40- que la conducta anterior será considerada una agravante sin más, omitiendo razonar respecto de lo más importante, que es precisar cómo se trasunta ese efecto agravante, o lo que es mejor, cómo la

conducta anterior influye en el Superintendente para imponer una multa de un determinado monto y no la revocación de la RCA.

(Destacado nuestro).

Lo anterior fijó un parámetro o estándar de fundamentación para la SMA que ésta no ha cumplido de manera fiel, puesto que, en este caso, nuevamente ha omitido toda consideración respecto de las razones que la llevaron a imponer una sanción de multa en lugar de otras sanciones, como son la clausura o la revocación de la RCA que habían sido solicitadas, máxime cuando en este caso los antecedentes son a tal punto graves, que entrañan el funcionamiento mismo de la operación del proyecto Caserones sin la autorización ambiental -con una prohibición expresa- para hacerlo.

Del mismo modo, la ponderación de las circunstancias que contribuyen a aumentar o a moderar las sanciones, contenidas en el artículo 40 de la LOSMA, tampoco se contiene en la Resolución Reclamada, toda vez que no existe un razonamiento que haya construido una concatenación lógica entre las circunstancias que se dan o no por configuradas y el monto de las multas aplicadas.

Por ejemplo, en el caso de las infracciones B.1, B.3 y B.4 no se explica por qué, atendido que respecto de dichas infracciones concurren prácticamente todas las circunstancias de mayor afectación del artículo 40 de la LOSMA, y prácticamente ningún elemento de morigeración de la sanción, no se aplicó el máximo del monto contemplado en la LOSMA para cada una de ellas, ascendente a 5.000 UTA, sino que tan solo un 60% de dicho monto.

Del mismo modo, respecto de ninguna de las demás sanciones pecuniarias aplicadas, se pondera la forma en que las distintas circunstancias del artículo 40 de la LOSMA llevaron racionalmente al Sr. Superintendente a optar por un monto determinado, que en algunos casos no alcanza un 20% de la suma máxima permitida, y en otros siquiera un 5 % o un 2%.

5) Imprudencia de la absolución de la infracción J.1 de la Resolución de Cargos

La SMA incurre en otro grave error en la Resolución Reclamada al absolver a Lumina del cargo referente a no haber realizado la entrega de agua desalada en una cantidad de 100 litros/segundo en el Canal Mal Paso, y de 50 litros/segundo en Caldera, por estimar que dicha obligación sólo debiera hacerse exigible una vez que comience la operación de minerales.

La conclusión a la que arriba la SMA es antojadiza y deriva de una interpretación de la RCA basada en que, si bien ésta no contempla una fecha de inicio de esta obligación, se habría llegado a la "convicción" (considerando 200) que ésta sólo estaría relacionada y por tanto se haría exigible con la etapa de concentración de los minerales. Ahora bien, ¿cuál es la razón de dicha convicción? Lo ignoramos por completo, pues la SMA no hace un análisis de la utilización del agua en la etapa de construcción del proyecto y de operación del mismo. Tampoco explica ni menos justifica por qué si la RCA no contempla una fecha de inicio de dicha obligación distinta a la de las otras obligaciones, la SMA difiere la misma a su sólo arbitrio.

Resulta manifiesto que si la intención de Lumina y de la autoridad que evaluó favorablemente el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto hubiera sido la de postergar la entrega del agua a la fecha del inicio de la operación de concentración del mineral, se habría señalado expresamente, cuestión que como hemos visto, no se hizo.

No se encuentra dentro de las atribuciones de la SMA modificar una RCA, por lo que cualquier intento en este sentido es nulo y de ningún valor.

Esta conducta debe ser catalogada como una infracción independiente y separada por la SMA, cuestión que deberá ser ordenada por S.S. Ilustre en la sentencia que se dicte en autos.

6) Manifiesta insuficiencia de las medidas urgentes y transitorias decretadas al tenor del artículo 3 letra g) de la LOSMA

La Resolución Reclamada impuso a Lumina las medidas urgentes y transitorias del artículo 3 letra g) de la LOSMA:

- Monitoreo semanal de las aguas bajo el muro cortafuga de la Quebrada LA Brea y reporte quincenal a la SMA;
- Frente a la ocurrencia de eventos de contaminación, tomar medidas necesarias para evitar la contaminación de los cauces naturales, incluyéndose dentro de estas medidas, el tratamiento de las aguas contaminadas en cualquiera de las plantas de tratamiento de aguas ácidas que se hayan dispuesto por Lumina en el Proyecto Caserones y remitiendo un informe descriptivo a la SMA dentro de los 5 días siguientes;
- Presentar a la SMA dentro de 5 días hábiles un cronograma para el cumplimiento de todas las condiciones exigidas por las autoridades en las Resoluciones Exentas N° 64/2014 y 133/2014, de la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama.

Como se puede apreciar, las medidas urgentes y transitorias impuestas por la SMA en la Resolución Reclamada, lejos de cumplir con el fin para el que han sido dispuestas por la ley, constituyen una verdadera carta blanca para contaminar, toda vez que, si bien exigen monitoreos e informes, mientras el propio fiscalizado no cumpla con las validaciones pendientes de parte de las autoridades sectoriales la SMA se encuentra impedida de tomar medidas referidas a la contaminación de las aguas, ya que no se encuentra en condiciones de determinar si las excedencias constituyen contaminación mientras no esté implementado y validado el plan de seguimiento (considerando 401).

Por el contrario, la única medida adecuada a los fines de la SMA en un caso como este, en que la indeterminación que le impide actuar se debe a la conducta intencional del propio fiscalizado, era adoptar la medida de suspensión de la

autorización de funcionamiento contenida en la RCA, más aún cuando, como se ha dicho reiteradamente en este escrito, esa misma RCA es la que sujeta a Lumina a los parámetros de la NCh 1.333 en materia de contaminación de las aguas, cuestión que debe hacerse respetar mientras no se modifique la RCA.

A mayor abundamiento, las excedencias en los parámetros de la NCh 1333 se encuentran acreditados en el expediente de fiscalización a través de actuaciones de la propia SMA, como es el Memorandum N° 164 MZN/2014 de la Jefa de la Oficina Macrozona Norte de la SMA, de 12 de septiembre de 2014, que establece las siguientes excedencias en el proyecto Caserones:

- a) Informe relativo a la calidad de las aguas superficiales:
- i. Para la Estación LM-05: todos los periodos (a excepción del periodo octubre 2013 – enero 2014) muestran excedencias constantes y perniciosas, tanto en el parámetro “sólidos disueltos totales” como “sulfatos”.
 - ii. Para la Estación LM-06: prácticamente todos los periodos analizados dan cuenta de excedencia en los parámetros “sólidos disueltos totales”, “sulfatos” y “conductividad específica”.
 - iii. Para la Estación LM-07: nuevamente se registran graves excedencias en los tres ítems analizados, resultando más sostenidas en el tiempo aquellas que dicen relación con los “sólidos disueltos totales” y “sulfatos”.
 - iv. Para la Estación LM-10: se evidencia un sostenido incremento en las excedencias denunciadas entre los meses de enero de 2013 y diciembre de igual año.
 - v. Para la Estación LM-17: las excedencias se concentran en no menos de 12 meses, partiendo en enero de 2013 hasta el último trimestre de igual año.
 - vi. Para las Estaciones LM-27 y LM-28: si bien las excedencias registradas se presentan con mayor intermitencia que las anotadas en las estaciones

anteriores, no deja de llamar la atención los superávits que dichas alteraciones pueden alcanzar, observándose incrementos de hasta 114 puntos por sobre el máximo legal admitido.

- vii. Para las Estaciones LM-29, LM-30, LM-31, LM-32, LM-33, LM-34, LM-36, todas relativas a los Interceptores y a la estructura de Descarga Sur del Depósito de Lamas: debemos recalcar que los datos entregados por Lumina muchas veces son escasos, vagos e inconexos, toda vez que para 6 de las estaciones analizadas no se aportó información alguna respecto a las excedencias registradas.

Asimismo, para los puntos LM-31 y LM-36 sólo es posible anotar los periodos comprendidos entre octubre de 2013 y enero de 2014, para el primero, y julio de 2013 a diciembre de 2013, para el segundo. En ambos casos, las excedencias registradas son muy superiores a los límites impuestos por la Nch 1.333, superándolos en la mayoría de los registros por puntuaciones que doblan los parámetros indicados en mencionada norma.

b) Informe relativo a la calidad de las aguas subterráneas:

- i. Para los Pozos Río Escondido o Fundo el Fuerte N° 3, WP-02, WE-01 y LXM-02: para todos estos pozos se han registrado gravísimas alteraciones en la calidad de las aguas subterráneas influidas por el Proyecto Caserones. Al igual que en el caso de las aguas superficiales, estos registros se empinan incluso superando el doble de los límites establecidos por la Nch 1.333, a excepción del Pozo LXM-02, el que si bien da cuenta de graves excedencias, éstas se manifiestan de modo intermitente.
- ii. Para los Pozos LXM-01, PMRS-01, PMRS-02, PMRS-03 y PMRS-04: se ha dado cuenta de que estos se encuentran absolutamente secos.
- iii. Para los Pozos Cch-4 Carrizalillo Chico N° 4, Cch-5 Pozo Carrizalillo Chico N° 5 y PZB-01: Lumina omite entregar la mayoría de los antecedentes solicitados para los periodos objeto de análisis. Sin embargo, de aquellos

que sí fueron informados por la minera, debe concluirse el alto grado de contaminación de las aguas en esos puntos y por tanto, las perniciosas consecuencias que ello supone en la población aledaña.

Peor aún I. Tribunal, la propia Lumina intentó evadir el contenido de este Memorándum sosteniendo que la línea de base del proyecto contemplaba índices que superaban en algunos casos la NCh 1.333 -cuestión que no se encuentra acreditada- para lo cual acompañó un estudio que prueba exactamente lo contrario.

En efecto, en presentación de 29 de septiembre de 2014 ante a SMA, Lumina acompañó un informe denominado "Respuesta Técnica a la Autoridad respecto a RES:EX.DSC/PSA N° 1225, 23 sept. 2014", de SRK Consulting, el que, lejos de dar la razón a la pretensión de apartamiento de la RCA que pretende la minera, confirma que **los niveles de sólidos disueltos totales, sulfatos y conductividad eléctrica anteriores a la entrada en operación del Proyecto Caserones se encontraban bajo los índices de la NCh 1.333, y que con posterioridad a ello -precisamente- se incrementaron por sobre la mencionada norma**, esto es, exactamente lo que ha sostenido esta parte y que ha corroborado la SMA en el Memorándum 164 MZN/2014.

Así es como el propio estudio encargado por Lumina establece que, al comparar los índices de la línea de base del proyecto con aquellos obtenidos con posterioridad a la entrada en operación del mismo (que fija en agosto de 2010), se obtiene que los niveles fueron persistentemente inferiores a los máximos permitidos por la NCh 1333 antes de que Caserones empezará a operar, mientras que luego de ello éstos se empinan persistentemente por sobre dicha norma.

Así lo establece el informe mencionado respecto de las aguas superficiales para las estaciones LM-5 (considerando desde noviembre de 2004), LM-7 (desde noviembre de 2008) y LM-10 (desde noviembre de 2004). Para las estaciones LM-17, LM-25, LM-27, LM-28, LM-31 y LM-36 el consultor no cuenta con datos de la línea de base anterior a la entrada en operación del proyecto.

Respecto de las aguas subterráneas, solo cuenta con información representativa sobre la línea de base anterior al proyecto en 3 pozos, de los cuales uno presenta niveles dentro de la NCh 1.333 (WE-01 Pozo Exploración Ramadillas alto) y dos por sobre la misma (RE-3 pozo Río Escondido o Fundo El Fuerte N° 3 y CCH 5). No obstante, ninguno de estos dos últimos pozos, según el mismo informe, se encuentra dentro del área de influencia del proyecto.

De esta forma, de los antecedentes existentes en el expediente sancionatorio, y en especial del propio informe hidrológico acompañado por Lumina de septiembre de 2014, queda en evidencia que los niveles de sulfatos, sólidos disueltos totales y conductividad eléctrica en el recurso hídrico del área de influencia del proyecto Caserones se encuentran siendo contaminados de conformidad al estándar normativo de la NCh 1333 y a que Lumina se encuentra obligada de acuerdo a la RCA del proyecto, sin que la excedencia de tales niveles encuentre justificación en los índices de la línea de base del proyecto, toda vez que éstos no excedían la NCh 1333 con anterioridad a la entrada en operación del proyecto Caserones sino que dichas excedencias se produjeron, justamente, una vez ocurrido lo anterior.

De esta manera I. Tribunal, frente a la situación de contaminación en que nos encontramos, sumado a todos los demás antecedentes que dan cuenta de la intencionalidad con que actuó Lumina al operar de todas formas el proyecto Caserones infringiendo gravísimamente la prohibición de la RCA, la única medida que cabe adoptar es la clausura de las operaciones o la revocación de la RCA, por haberse dado uno de los supuestos más graves de infracción ambiental, cual es pasar por alto una prohibición expresa de operación contenida en la RCA, lo que debe ir ligado a medidas urgentes y transitorias que se compadezcan con la entidad de la situación.

En efecto, cuando una compañía demuestra una incapacidad sostenida para desarrollar un proyecto minero en forma sustentable y con una violación permanente a la ley, lo que corresponde es poner atajo al peligro inminente para el medio ambiente en uso de las medidas urgentes y transitorias, al mismo tiempo que considerar sanciones distintas a las pecuniarias, toda vez que estas últimas

no impiden la afectación del medio ambiente ni la corrección de los incumplimientos.

Es por ello que en este caso se justifica, como se vio anteriormente, la sanción extrapecuniaria de la clausura o revocación de la RCA respectiva, conforme al artículo 38 de la LOSMA.

POR TANTO,

Al I. Segundo Tribunal Ambiental respetuosamente pedimos, se sirva tener por interpuesto reclamo de ilegalidad en contra de la Resolución Exenta N° 198 de la Superintendencia del Medio Ambiente, de fecha 18 de marzo de 2015, y acogerla en todas sus partes, o en aquellas que este I. Tribunal estime pertinentes, en razón de los fundamentos de hecho y de derecho que se han expuesto, y conforme a ello, declarar que la Resolución Reclamada no se encuentra conforme con la normativa vigente en aquello que ha sido desarrollado en el cuerpo de esta presentación y que, en consecuencia, se dejan sin efecto las sanciones impuestas en ella, disponiendo que la Superintendencia del Medio Ambiente modifique la Resolución Reclamada en cuanto a imponer en reemplazo de las sanciones aplicadas aquellas más gravosas contempladas en el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, consistentes en la sanción prevista en la letra d) de dicha disposición legal, esto es, la revocación de la Resolución de Calificación Ambiental, o en subsidio la sanción prevista en la letra c) de dicha disposición legal, esto es, la clausura temporal o definitiva, en ambos casos conjuntamente con la aplicación de las multas mayores a las impuestas previstas por ley para cada una de las infracciones constatadas; o en subsidio imponga las sanciones más gravosas a las contenidas en la Resolución Reclamada que correspondan de acuerdo a derecho y al mérito del procedimiento sancionatorio conforme a lo expuesto en el cuerpo de esta presentación, con costas.

PRIMER OTROSÍ: Conforme a lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 20.600 venimos en solicitar a este I. Tribunal Ambiental decrete las medidas cautelares necesarias para impedir que la prohibición de operación del proyecto Caserones

siga siendo vulnerada y el daño ambiental inminente así como la contaminación de las aguas de la zona de influencia del proyecto se mantengan, conforme ha sido establecido en la propia Resolución Reclamada en lo principal.

En ese sentido, venimos en solicitar que se decrete, hasta que se dicte sentencia en los presentes autos y en carácter de cautelares, como la única manera de mantener la indemnidad del recurso hídrico afectado por el proyecto, las siguientes medidas:

- i. La suspensión transitoria de la autorización de funcionamiento del proyecto Caserones contenida en la Resolución de Calificación Ambiental N° 13/2010.
- ii. En subsidio de dicha petición y para el improbable caso que no sea acogida la medida cautelar contenida en el numeral anterior, solicitamos a este I. Tribunal Ambiental se sirva ordenar medidas cautelares de clausura temporal, parcial o total, de las instalaciones o la detención del funcionamiento de las instalaciones del proyecto Caserones a fin de resguardar el medio ambiente y evitar un daño ambiental inminente, y/o las demás medidas que a su juicio y conforme a derecho resultan procedentes a fin de resguardar el componente hídrico de los afluentes que escurren desde el proyecto Caserones hasta el río Copiapó.

Fundamos la solicitud que se formula en este otrosí en los hechos latamente descritos en lo principal de esta presentación, los que damos por íntegramente reproducidos.

Sin perjuicio de lo anterior, reiteramos a SS.I. que actualmente el proyecto Caserones se encuentra operando pese a una prohibición expresa de su RCA, atendido que no cuenta con un plan de seguimiento de las aguas validado por la autoridad competente, lo que se traduce en la imposibilidad de la SMA -según expresa en la Resolución que se reclama por lo principal- de adoptar las medidas necesarias frente a las continuas excedencias a la NCh 1.333 detectadas en los

puntos de monitoreo del proyecto Caserones, lo que deja actualmente al recurso hídrico afectado por dicho proyecto en una situación de desprotección manifiesta.

A lo anterior debe sumarse que la propia SMA es la que ha detectado las continuas excedencias a la NCh 1.333 mediante, entre otros, el Memorandum N° 164 MZN/2014 de la Jefa de la Oficina Macrozona Norte de la SMA, de 12 de septiembre de 2014, que establece excedencias en el proyecto Caserones en las estaciones de aguas superficiales LM-05, LM-06, LM-07, LM-10, LM-17, LM-27, LM-28, LM-31 y LM-36 y en las de aguas subterráneas correspondientes a los Pozos Río Escondido o Fundo el Fuerte N° 3, WP-02, WE-01 y LXM-02 y Pozos Cch-4 Carrizalillo Chico N° 4, Cch-5 Pozo Carrizalillo Chico N° 5 y PZB-01.

De esta forma, la única medida adecuada a los fines de la institucionalidad ambiental en un caso como este, es adoptar aquellas que conlleven la paralización de la operación de este proyecto que funciona sin la autorización ambiental necesaria y que genera el peligro inminente derivado de las excedencias anotadas y que ha sido calificado así por la propia SMA.

Al efecto, conviene tener presente los pronunciamientos de este mismo I. Tribunal, que en sentencia de 31 de julio de 2014 resolvió, accediendo a las medidas provisionales solicitadas, que:

“5. Que el informe de fiscalización ambiental efectuado por la SMA, acompañado en autos -fojas 45 y siguientes- da cuenta de una serie de no conformidades con las exigencias asociadas a la RCA del proyecto (N° 1003/2008) -relativas al control de derrames por operaciones de trasvasije; manejo de residuos líquidos, de emisiones atmosféricas y de residuos peligrosos- en particular, “la presencia de plomo (Pb) en los cinco puntos de medición, en concentraciones que varían entre las 22 ppm y 563 ppm”.

6. Que, a consecuencia de lo anterior, la SMA instruyó un procedimiento administrativo sancionador (Rol D-14-2013) en contra de Tecnorec S.A., en el cual se le formularon cargos (Ord. U.I.P.S. N° 602,

de 29 de agosto de 2013) por diversos incumplimientos de la respectiva RCA, por la ejecución de una modificación de proyecto y por el desarrollo de actividades para los que la ley exige RCA, sin contar con ella. Todo lo anterior, sin perjuicio de "señalar que estas inobservancias no se relacionan con los hechos que motivan la presente solicitud".

7. Que, la medida provisional solicitada, de **detención de funcionamiento de las instalaciones del proyecto**, es proporcional al tipo de infracción imputada y a las circunstancias señaladas en el artículo 40 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente.

8. Que en relación a la duración máxima de la medida provisional solicitada, deberá estarse a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 48 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente que establece: "las medidas señaladas en el inciso anterior podrán ser ordenadas, con fines exclusivamente cautelares, antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, de conformidad a lo señalado en el artículo 32 de la Ley N° 19.880 [...]". A su vez, el citado artículo 32, en su inciso segundo señala: "Estas medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en la iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción[...]". En consecuencia, la duración máxima de la medida solicitada no podrá superar el plazo indicado para iniciar el procedimiento administrativo sancionador correspondiente."¹²

En cuanto a los fundamentos que constituyen presunción grave del derecho que se reclama, estos están íntegramente contenidos en el expediente del proceso sancionatorio Rol F-025-2013 seguido ante la Superintendencia del Medio Ambiente, que se solicita traer a la vista por el tercer otrosí, sin perjuicio de lo cual acompañamos en el siguiente otrosí algunos de los antecedentes más relevantes que constituyen sobradamente un fundamento plausible para la medida cautelar solicitada.

¹² I. Segundo Tribunal Ambiental de Santiago; Rol S7-2014; 31 de julio de 2014. En el mismo sentido causas Rol S3-2013 y S5-2013.

Al I. Segundo Tribunal Ambiental pedimos, acceder a las medidas cautelares solicitadas, previa o posterior notificación a la Superintendencia del Medio Ambiente y/o a la compañía SCM Minera Lumina Copper de la resolución que eventualmente las conceda.

SEGUNDO OTROSÍ: Venimos en acompañar, con citación, los siguientes documentos:

1. Copia de la Resolución Exenta N°¹⁹⁸~~477~~ de la Superintendencia del Medio Ambiente, de fecha 18 de marzo de 2015, con constancia de su notificación a esta parte;
2. Copia del Memorandum N° 164 MZN/2014 de la Jefa de la Oficina Macrozona Norte de la SMA, de 12 de septiembre de 2014, que constata reiteradas excedencias a la NCh 1.333 en los puntos de monitoreo del proyecto Caserones;

Sírvase el I. Segundo Tribunal Ambiental, tenerlos por acompañados en la forma indicada.

TERCER OTROSÍ: Solicitamos se traiga a la vista el expediente administrativo sancionatorio Rol F-025-2013 seguido ante la Superintendencia del Medio Ambiente, en el que se dictó la Resolución Exenta N° 198, de fecha 18 de marzo de 2015.

Sírvase el I. Segundo Tribunal Ambiental, acceder a lo solicitado.

CUARTO OTROSÍ: De conformidad a lo dispuesto por el artículo 22 de la Ley N° 20.600 que crea los Tribunales Ambientales, venimos en señalar como forma de notificación especial los correos electrónicos de los abogados:

1. Cristián Gandarillas Serani: cgandarillas@gmdk.cl
2. Gabriel del Río Toro: gdelrio@gmdk.cl
3. Javier Jorquera Coros: jjorquera@gmdk.cl
4. Angelo Farrán Martínez: afarran@gmdk.cl

Sírvase el I. Segundo Tribunal Ambiental, tenerlo presente.

QUINTO OTROSÍ: La personería de don Cristian Gandarillas Serani para representar a Agrícola El Sol de Copiapó Limitada, consta de la inscripción de constitución de la sociedad de fojas 18.647, número 10.308 del Registro de Comercio de 2983 del Conservador de Bienes Raíces de Santiago, así como en la copia de la escritura pública de modificación de la sociedad de fecha 24 de noviembre de 2003 de la Notaría de René Benavente Cash, que se encuentran adjuntas en el expediente administrativo, y cuyas copias simples acompañamos a estos autos, con citación.

Sírvase el I. Segundo Tribunal Ambiental, tener por acreditada la personería, y por acompañadas las copias simples en las que ella consta, con citación.

SEXTO OTROSÍ: El compareciente Cristian Gandarillas Serani, en su calidad de abogado habilitado, asumirá personalmente el patrocinio y la representación de Agrícola El Sol de Copiapó en estos autos, designando además abogado patrocinante a don Gabriel del Río Toro, a quien confiere poder junto con el abogado Javier Jorquera Coros y el habilitado de Derecho Angelo Farrán Martínez, todos quienes podrán actuar en forma conjunta o separada, indistintamente, al mismo tiempo que los comparecientes don Manuel José Gandarillas Infante y doña María Beatriz Serani Vargas, designan abogados patrocinantes y apoderados a don Cristian Gandarillas Serani y don Gabriel del Río Toro y confieren poder a los señores Javier Jorquera Coros y Angelo Farrán Martínez, con la misma calidad y facultades anteriormente expresadas, encontrándose todos los patrocinantes y apoderados domiciliados en Avenida

220
asunto
Ruta

Isidora Goyenechea N° 3365, oficina 1201, Las Condes, Santiago, quienes firman el presente escrito en señal de aceptación.

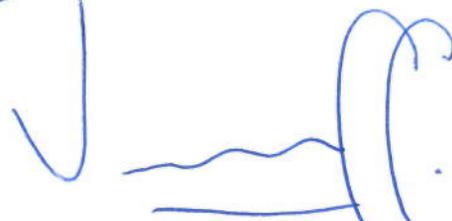
Sírvase el I. Segundo Tribunal Ambiental, tenerlo presente.

(LO ENUMERADO VALE)


4.216.343-0


4.107.025-0


9.908.931-8


13.897.017-4


C.I. 17.037.098-8


17.959741-1