

**SE PRONUNCIA SOBRE PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO
PRESENTADO POR GEOTÉRMICA DEL NORTE S.A. Y
LEVANTA SUSPENSIÓN DE PLAZOS**

RES. EX. N° 4 / ROL A-002-2018

Santiago, 11 DIC 2018

VISTOS:

Conforme a lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley N° 20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, LO-SMA); en la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (en adelante, LBPA); la Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo; en la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en el Decreto Supremo N° 13, de 18 de enero de 2011, del Ministerio del Medio Ambiente, que establece Norma de Emisión para Centrales Termoeléctricas; en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 424, de 12 de mayo de 2017, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Fija la Organización Interna de la Superintendencia del Medio Ambiente, modificada por la Resolución Exenta N° 559, de 14 de mayo de 2018; en la Res. Ex. RA 119123/58/2017, de 27 de diciembre de 2017, que renueva nombramiento en el cargo de Alta Dirección Pública, 2° nivel que indica, al Jefe de la División de Fiscalización de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución N° 559, de 9 de junio de 2017, que Establece Orden de Subrogación para el cargo de Jefe de Sanción y Cumplimiento SMA; en el Decreto Supremo N° 30, de 11 de febrero de 2013, del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación (en adelante, D.S. N° 30/2012); y en la Resolución N° 1.600, de 30 de octubre 2008, de la Contraloría General de la República, que Fija Normas sobre Exención del Trámite de Toma de Razón.

CONSIDERANDO:

a. Antecedentes

1. Geotérmica del Norte S.A. (en adelante GDN o la Empresa, indistintamente), es titular del proyecto "Central Geotérmica Cerro Pabellón", aprobado mediante la Res. Ex. N° 086/2012, de 12 de abril de 2012, de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Antofagasta (en adelante, RCA N° 86/2012), y del proyecto "Línea de Transmisión Eléctrica Cerro Pabellón", calificado favorablemente mediante la Res. Ex. N° 168/2013, de 11 de julio de 2013, de la misma Comisión (en adelante, RCA N° 168/2013).

2. Con fecha 9 de agosto de 2018, esta Superintendencia formuló cargos a GDN mediante Res. Ex. N° 1 / Rol A-002-2018, otorgando un plazo de diez días para presentar un Programa de Cumplimiento y un plazo de quince días para formular descargos.



3. Mediante carta de 20 de agosto de 2018, GDN presentó una solicitud de ampliación de los plazos para presentar Programa de Cumplimiento y para formular descargos, la que fue acogida mediante Res. Ex. N° 2 / Rol A-002-2018.

4. Con fecha 29 de agosto de 2018, se realizó una reunión de asistencia al cumplimiento con representantes de GDN y ENEL S.A., en la Oficina Central de la SMA, en la cual se otorgó asistencia para la presentación de un Programa de Cumplimiento.

5. Con fecha 10 de septiembre de 2018, dentro del plazo legal para tales efectos, GDN presentó un Programa de Cumplimiento, solicitando en lo principal que se tenga por presentado el Programa y que éste se apruebe, decretando por tanto la suspensión de procedimiento y, en caso de su ejecución satisfactoria, se ponga término al procedimiento de sanción. En el Primer Otrosí de la presentación, se solicita tener por acompañada la información técnica y económica que acredita el cumplimiento de las acciones incorporadas en el Programa de Cumplimiento y sus costos, la que se encuentra esquematizada en un Anexo A, compuesto de 11 informes, así como de otros 17 anexos.

6. En el Anexo 17 del Programa de Cumplimiento, se acompaña copia de la escritura pública del acta de la octogésima sesión de directorio de Geotérmica del Norte S.A., celebrada con fecha 7 de septiembre de 2018, en que la Empresa otorga poder a los señores Guido Cappetti, Ali Shakhur y Valter Moro para que cualquiera de ellos, actuando individual e indistintamente, presenten el programa de cumplimiento ante la SMA y celebren todos los contratos que sean necesarios para tales efectos.

7. En el Segundo Otrosí de la presentación, se solicita la reserva de información en relación a los documentos adjuntos al Programa de Cumplimiento, específicamente de los anexos N° 1.02; 1.03; 2.01; 4.02; 6.04; 6.07; 9.03; 13.04 y 13.05, o en su defecto, se solicita guardar reserva de los valores asociados a las acciones del Programa de Cumplimiento.

8. Mediante el Memorándum N° 430/2018, de 17 de octubre de 2018, el Fiscal Instructor titular del procedimiento sancionatorio derivó a esta Jefatura el Programa de Cumplimiento presentado por GDN, a objeto de que se evalúe y resuelva su eventual aprobación o rechazo.

9. Con fecha 7 de noviembre de 2018, mediante Res. Ex. N° 3 / Rol A-002-2018, se tuvo por presentado el Programa de Cumplimiento de GDN y fue acogida parcialmente la solicitud de reserva del Segundo Otrosí, procediendo a tachar los valores señalados en los anexos enumerados en la solicitud, relacionados a bienes y servicios ofertados por terceros.

b. Requisitos y criterios de aprobación de los programas de cumplimiento

10. Previo a analizar la propuesta de Programa de Cumplimiento presentada por GDN, cabe revisar los requisitos y criterios que rigen el procedimiento de aprobación o rechazo de este instrumento. Al respecto, el artículo 42 de la LO-SMA y el artículo 2°, letra g) del D.S. N° 30/2012, definen Programa de Cumplimiento como un plan de acciones y metas presentado por el infractor, para que dentro de un plazo fijado por la Superintendencia, los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique. Conforme al inciso 6° del artículo 42 de la LO-SMA, el Reglamento establecerá los criterios a los cuales deberá atenderse la Superintendencia para aprobar un Programa de Cumplimiento.

11. En efecto, el artículo 6° del D.S. N° 30/2012 establece los requisitos de procedencia para el Programa de Cumplimiento, consistentes en que éste sea presentado dentro de plazo y sin que concurra alguno de los impedimentos señalados en la misma disposición.



12. En relación al contenido de un Programa de Cumplimiento, el artículo 7° del D.S. N° 30/2012 establece sus contenidos mínimos: (i) descripción de los hechos, actos y omisiones que constituyen la infracción en que se ha incurrido, así como de sus efectos; (ii) plan de acciones y metas que se implementarán para cumplir satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique, incluyendo las medidas adoptadas para reducir o eliminar los efectos negativos generados por el incumplimiento; (iii) plan de seguimiento, que incluirá un cronograma de las acciones y metas, indicadores de cumplimiento, y la remisión de reportes periódicos sobre su grado de implementación; (iv) información técnica y de costos estimados relativa al programa de cumplimiento que permita acreditar su eficacia y seriedad.

13. En lo que respecta a la inclusión de medidas adoptadas para reducir o eliminar los efectos negativos generados por el incumplimiento, se debe considerar que la obligación reglamentaria en cuestión considera, como primer requisito, que se identifiquen los efectos negativos que pudieron o podrían ocurrir a propósito de la infracción, es decir, los riesgos asociados a la misma. Conforme a la jurisprudencia existente sobre la materia, este análisis debe basarse en los antecedentes técnicos que el presunto infractor estime pertinentes, debiendo descartarse los efectos negativos o describirse, en caso que se concluya que existieron tales efectos, detalladamente sus características, tanto respecto al medio ambiente como a la salud de las personas. La identificación de efectos negativos en la misma formulación de cargos deberá ser considerada al momento de cumplir esta obligación. Si se reconoce la existencia de efectos negativos, deberá describirse la forma como éstos serán eliminados o –únicamente en caso que se justifique técnicamente la imposibilidad de eliminarlos– contenidos y reducidos.

14. Según ha dispuesto el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, “[s]olo si se cuenta con una correcta descripción de los efectos, se podrá precisar si las acciones y metas propuestas en el programa de cumplimiento cumplen con la obligación de ‘reducir o eliminar’ dichos efectos, satisfaciendo, de esta manera, los criterios de integridad y eficacia. En consecuencia, solo una explicación fundada acerca de la no concurrencia de efectos negativos, permitirá aprobar programas pese a que sus acciones y metas no contemplen medidas destinadas a reducirlos o eliminarlos”¹. Concordante con este criterio, el mismo Ilustre Tribunal ha validado el rechazo de un programa de cumplimiento en atención, entre otros aspectos, a “la insuficiente descripción que el titular hace [...] de los efectos negativos respecto de un cargo y la nula mención a efectos en los doce restantes”, así como a “la insuficiente fundamentación por parte del titular de su afirmación en relación a que ‘no se constataron efectos negativos que remediar’ ”².

15. Asimismo, el artículo 9° del D.S. N° 30/2012 establece que para aprobar un Programa de Cumplimiento, esta Superintendencia deberá atender a los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad. Conforme al criterio de la integridad, las acciones y metas del programa deben hacerse cargo de todas y cada una de las infracciones en que se ha incurrido y sus efectos. El criterio de la eficacia requiere que las acciones y metas aseguren el cumplimiento de la normativa infringida, logrando además contener y reducir o eliminar los efectos de los hechos que constituyen la infracción. Por último, la verificabilidad dispone que las acciones y metas del programa deben contemplar mecanismos que permitan acreditar su cumplimiento.

16. Por otra parte, además del cumplimiento de los criterios establecidos en el artículo 9° del D.S. N° 30/2012, se deberán considerar los impedimentos establecidos en el inciso segundo de la misma disposición. Conforme a estos impedimentos, en ningún caso se aprobarán programas de cumplimiento por medio de los cuales el infractor intente eludir responsabilidad, aprovecharse de su infracción, o bien, que sean manifiestamente dilatorios.

¹ Considerando 27°, Sentencia de fecha 24 de febrero de 2017, causa rol N° 104-2016, del Ilustre Segundo Tribunal Ambiental.

² Considerando 55°, Sentencia de fecha 20 de octubre de 2017, causa rol N° 132-2016, del Ilustre Segundo Tribunal Ambiental.



c. **Análisis del Programa de Cumplimiento
presentado por Geotérmica del Norte S.A.**

i. Sobre el criterio de integridad

17. Pasando al análisis del Programa de Cumplimiento presentado por GDN y considerando, en primer término, el criterio de integridad, el artículo 9° letra a) del D.S. N° 30/2013 dispone que *“las acciones y metas deben hacerse cargo de todas y cada una de las infracciones en que se ha incurrido, y sus efectos”*. Como se verá en lo sucesivo, en relación a ciertos cargos, el Programa de Cumplimiento de GDN carece de acciones que cumplan con el objetivo de asegurar el cumplimiento de la normativa indicada.

18. En el caso de la Acción N° 18, propuesta en relación al Cargo N° 10, ésta se encamina a la obtención del PAS 132 para *“una medida compensatoria para el rasgo lineal TCPA-10, consistente en el registro arqueológico de la huella a través de ficha ad hoc, por parte de especialistas en arqueología y, el levantamiento topográfico de detalle con parámetros de registro arqueológico, en un tramo adicional de 2 km a cada lado del sector intervenido. Asimismo, y en cuanto a los materiales asociados, la solicitud considerará el registro, recolección y análisis sistemático en el segmento de estudio, conjuntamente con la elaboración del respectivo informe”*.

19. La acción busca, en este sentido, obtener la autorización necesaria para materializar la medida que se haría cargo de los efectos negativos de la infracción; según se indica en el mismo Programa de Cumplimiento, *“para aborar [SIC] el efecto se ejecutará una medida compensatoria para el sitio TCPA-10... Ambas acciones serán incluidas en la solicitud que se presentará ante el CMN para la obtención del permiso para hacer excavaciones de tipo arqueológico, antropológico y paleontológico, regulado en los artículos 22 y 23 de la Ley N° 17.288 (PAS 132)”*. Sin embargo, no se proponen acciones para asegurar el cumplimiento de la normativa que se estima infringida al haberse ejecutado la intervención del rasgo TCPA-10 sin haber obtenido el PAS 76, por lo que el Programa de Cumplimiento no satisface el criterio de integridad en este respecto.

20. Por otra parte, analizando las acciones N° 21 y N° 22 en relación al Cargo N° 12, se observa que las dos acciones comprometidas se vinculan a los efectos negativos asociados al Cargo N° 15, que se refiere a la alteración no autorizada de los sitios EP-08 y EP-21. En concordancia con lo señalado, estas acciones se reiteran respecto a este cargo y al Cargo N° 15.

21. En este orden de ideas, para la infracción específica asociada al Cargo N° 12, se aprecia que el efecto negativo que debe ser abordado por la Empresa, es aquel vinculado con la realización de intervenciones con fines de restauración en los sitios EP-08 y EP-21. Ahora bien, estos efectos son referidos brevemente en las conclusiones del “Informe de análisis de efectos de los cargos N°12 y 15 del Resuelvo I.1 de la Res. Ex. N° 1/Rol A-002-2018 de la SMA”, donde se señala que *“las medidas implementadas por el titular en relación a los daños, aunque inadecuadas dado que estuvieron orientadas a la restauración vegetacional y de suelo, no afectaron nuevas áreas de los sitios pues se orientaron a las mismas porciones acotadas afectadas de los sitios los cuales presentan, como ya fue referido, extensiones espaciales mayores, por lo que los efectos pueden ser calificados como bajos”*.

22. En consecuencia, conforme al “Informe de análisis de efectos de los cargos N°12 y 15 del Resuelvo I.1 de la Res. Ex. N° 1/Rol A-002-2018 de la SMA”, GDN declara que no hay efectos negativos asociados al Cargo N° 12. Por tanto, no corresponde que las acciones N° 21 y N° 22, que cumplen con el objetivo de eliminar o reducir los efectos negativos asociados al Cargo N° 15, sean presentadas en relación al Cargo N° 12, siendo que se negó explícitamente que existieran efectos negativos asociados a este cargo en el informe. Del mismo modo respecto al Cargo N° 12, se informan los efectos negativos asociados al Cargo N° 15 –es decir, la alteración inicial de los sitios EP-08 y EP-21, no las intervenciones con fines de restauración–, situación que resulta igualmente improcedente.



23. Así, en circunstancias que las dos únicas acciones ofrecidas en relación al Cargo N° 12 son las acciones N° 21 y N° 22, se llega a la conclusión que no se estarían presentando acciones específicas encaminadas a cumplir la normativa indicada o a eliminar o reducir los efectos negativos de la infracción en análisis, por lo que en este respecto, el Programa de Cumplimiento no se ajusta al criterio de integridad.

24. Algo similar ocurre tratándose de las acciones N° 26 y N° 27 en relación al Cargo N° 13, pues las acciones concretas de conservación, restauración y registro de los sitios se refieren a la afectación de los sitios identificados en el Cargo N° 16, por lo que se asocian solo indirectamente al ámbito de la infracción de las medidas preventivas que se estiman infringidos en el Cargo N° 13. Sin perjuicio de la existencia de otras acciones relacionadas al Cargo N° 13 –las que serán analizadas en las secciones siguientes–, debe establecerse en este punto que las acciones indicadas no cumplen objetivo alguno al ser reiteradas respecto a este cargo, en circunstancias que se hacen cargo del efecto negativo asociado a otro cargo.

25. Como último aspecto relacionado al criterio de integridad, las acciones N° 34 y N° 35 se refieren al cumplimiento general de la normativa que rige los programas de cumplimiento, a pesar de encontrarse vinculadas al Cargo N° 16 en el Programa de Cumplimiento, debiendo informarse los medios de verificación a través de las plataformas electrónicas dispuestas al efecto por esta Superintendencia y pudiendo siempre presentarse los antecedentes, en caso de falla de estas plataformas, a través de la oficina de partes correspondiente. Las acciones, en tal sentido, no se orientan ni al cumplimiento de la normativa que se estima infringida ni a eliminar o reducir los efectos negativos de la infracción. Considerando el carácter de acción ejecutada –y ya informada junto a la autodenuncia de GDN– de la Acción N° 31 y lo que se señalará en relación al criterio de verificabilidad respecto a las acciones N° 32 y N° 33, lo señalado repercute en la inexistencia de acciones para hacerse cargo de la infracción asociada al Cargo N° 16, lo que da cuenta de una nueva contradicción con el criterio de integridad.

ii. Sobre el criterio de eficacia

26. A continuación, tratándose del criterio de la eficacia, cabe indicar que el artículo 9° letra b) del D.S. N° 30/2013 dispone que *“las acciones y metas del programa deben asegurar el cumplimiento de la normativa infringida, así como contener y reducir los efectos de los hechos que constituyen la infracción”*. Como se explicará a continuación, numerosas acciones propuestas por la Empresa no permiten asegurar el cumplimiento de la normativa infringida o la eliminación (o contención y reducción) de efectos negativos, ya sea porque se aplican en lapsos temporales que poco o nada contribuyen a asegurar el cumplimiento de la normativa infringida, o porque limitan su aplicabilidad a elementos accesorios de los proyectos ejecutados.

27. En tal sentido, cabe resaltar la propuesta recurrente referida a implementar medidas durante el período restante de la etapa de construcción, tanto respecto del proyecto Central Geotérmica Cerro Pabellón como del proyecto Línea de Transmisión Eléctrica Cerro Pabellón. Conforme a los antecedentes que han sido presentados a esta Superintendencia por la propia Empresa, la etapa de construcción ya se encuentra prácticamente concluida tratándose del primer proyecto, solo restando actividades menores para dar término a la etapa de construcción del proyecto y descartándose la ejecución de nuevos movimientos de tierra en el lapso restante. En lo que respecta a la Línea de Transmisión Eléctrica Cerro Pabellón, la etapa de construcción ya se encuentra terminada, pues el proyecto lleva meses en operación.

28. Tratándose del proyecto Central Geotérmica Cerro Pabellón, en el informe de Monitoreo Arqueológico Permanente del mes de julio de 2018 (#72743 en el Sistema de Seguimiento Ambiental), que fue acompañado en el Anexo N° 7 del Programa de Cumplimiento, se indica que “[d]urante el mes de julio 2018 **no se llevó a cabo monitoreo de obras en el sector planta ya que el proyecto Cerro Pabellón se encuentra en su fase final de construcción**” [lo destacado es nuestro] (p. 4). En relación al contenido del informe en tal contexto, se señala que “[n]inguna de las actividades desarrolladas implicó movimientos de tierra por lo tanto no fue necesario



un trabajo permanente de monitoreo en las actividades en terreno” y que “no se han realizado nuevos hallazgos patrimoniales ni se han debido cercar sitios nuevos y/o reparar cercados realizados anteriormente”. Se concluye que “[d]urante el mes de julio no se realizaron trabajos que conllevaran movimientos de tierra, no siendo necesario realizar actividades de monitoreo arqueológico en el sector Planta del Proyecto Cerro Pabellón” [lo destacado es nuestro].

29. Asimismo, en la página 4 del informe de Monitoreo Arqueológico Permanente correspondiente al mes de agosto del año 2018, cargado por GDN con fecha 14 de septiembre de 2018 (#73801 en el Sistema de Seguimiento Ambiental), se señala lo siguiente: “Cabe señalar que el proyecto Cerro Pabellón se encuentra finalizando su fase de construcción, razón por la cual no existen obras en la zona de planta. No obstante lo anterior el monitoreo se ha mantenido conforme lo establece la RCA, para vigilancia patrimonial, realización de charlas patrimoniales y ante la eventualidad de excavaciones u otro tipo de contingencias. Actualmente en la planta continúa el trabajo de aislamiento térmico en el área de reinyección CP1, CP5 y CP6; instalación del trazado de calor en el área de reinyección y al mismo tiempo el proceso de desmovilización de equipos de perforación (Weekly Construction Report, week 35). Ninguna de las actividades desarrolladas implicó movimientos de tierra por lo tanto no fue necesario un trabajo permanente de monitoreo en dichas actividades. Por otro lado, no se han realizado nuevos hallazgos patrimoniales por lo que no ha sido necesario el cercado de sitios nuevos” [lo destacado es nuestro].

30. La situación señalada impide –en relación a cada una de las infracciones en que se busca cumplir la normativa que se indica en la formulación de cargos, ofreciendo acciones que durarán en el lapso restante de la etapa de construcción–, que las acciones satisfagan el criterio de eficacia, pues las medidas comprometidas para el resto de la fase de construcción tendrían escasa incidencia en las obras del proyecto, las que ya fueron ejecutadas en su mayoría.

31. Así, por ejemplo, respecto a la Acción N° 3, relacionada al Cargo N° 2, la medida propuesta consiste en establecer un mecanismo de control de los consumos de agua industrial destinada a humectación de caminos, durante la fase de construcción del proyecto Central Geotérmica Cerro Pabellón, a objeto de asegurar el cumplimiento de lo señalado en la RCA N° 86/2012. En vista que la etapa de construcción del proyecto se encuentra cercana a su término y ya no se prevén movimientos de tierra, la acción propuesta no resulta eficaz para asegurar el cumplimiento de la normativa infringida.

32. La situación se reitera respecto al Cargo N° 6, donde se ofrece una medida de reforzamiento y actualización del procedimiento de hallazgos arqueológicos (Acción N° 8), en circunstancias que el proyecto Central Geotérmica Cerro Pabellón se encuentra casi plenamente construido. El nexo entre la acción y el proyecto señalado se confirma en la “Forma de Implementación” de la acción, donde se hace referencia al “punto III. 3.1.5 del Informe Consolidado de Evaluación del procedimiento de evaluación ambiental del EIA Central Geotérmica Cerro Pabellón” (p. 57). Sin perjuicio que se compromete un “Plazo de Ejecución” para toda la ejecución del Programa de Cumplimiento, se aprecia que la acción resulta ineficaz para asegurar el cumplimiento de la normativa infringida, en el contexto de las fases finales de la construcción del proyecto. Lo anterior, considerando en particular que el plazo estimado de aprobación para este protocolo reforzado y actualizado se estima en 3 meses, lo que podría tornar la acción en completamente ineficaz.

33. Similarmente, respecto a la entrega de informes de Monitoreo Arqueológico Permanente, comprometidos en la Acción N° 9 en relación al Cargo N° 7, la acción se concretará mientras dure la fase de construcción del proyecto Central Geotérmica Cerro Pabellón, en circunstancias que esta etapa se encuentra cercana a su finalización y que ésta no contemplaría nuevos movimientos de tierras. Nuevamente se aprecia una acción inidónea para asegurar eficazmente el cumplimiento de la normativa que se estima infringida.



34. Del mismo modo, la Acción N° 11, relacionada al Cargo N° 8, presenta el mismo problema, en vista del escaso tiempo restante para la conclusión de las actividades de construcción en el proyecto Central Geotérmica Cerro Pabellón y la virtual ausencia de movimientos de tierra entre las faenas pendientes.

35. Tratándose en particular de la actualización del procedimiento de hallazgos arqueológicos, la situación se agudiza, al considerar que la acción comprende la visación del protocolo por parte del Consejo de Monumentos Nacionales (en adelante, CMN). En el Programa de Cumplimiento, el plazo de aprobación del protocolo reforzado y actualizado por parte del CMN se estima en 3 meses, lo que daría como resultado su aprobación para fines de enero de 2019, lo que ya supondría con alta probabilidad que el procedimiento sería aprobado al momento de concluir las obras de construcción.

36. A mayor abundamiento, la estimación del Programa de Cumplimiento parece optimista, si se considera que el protocolo original, presentado al CMN el 28 de julio de 2015 mediante Carta EGP-CLY5-Y-501037-16, aún no ha sido objeto de una visación por parte de dicho organismo. La exigencia de presentar el protocolo de capacitación, establecida en el Numeral 3.1.5 del Informe Consolidado de Evaluación del proyecto Central Geotérmica Cerro Pabellón, como parte del cumplimiento de la Ley N° 17.288, se entiende cumplida al momento de presentarse el protocolo a aprobación. No obstante, según evidencian los informes de Monitoreo Arqueológico Permanente, esta presentación nunca fue respondida por el CMN, ni existen indicios de que se haya insistido mayormente para tales efectos, con excepción del informe de diciembre de 2016, donde se hace referencia a un correo electrónico enviado en septiembre de 2015, que nunca tuvo respuesta. En tales circunstancias, la inclusión de un pronunciamiento respecto al protocolo de capacitación por parte del CMN, en el contexto del Programa de Cumplimiento, ratifica la ineficacia de la acción propuesta para asegurar el cumplimiento de la normativa infringida.

37. Por otra parte, en relación al proyecto Línea de Transmisión Eléctrica Cerro Pabellón, GDN plantea similarmente, en las acciones N° 14 y N° 25, el reforzamiento e implementación de un protocolo actualizado ante hallazgos arqueológicos. Según informó la Empresa mediante Carta EGP-CLY5-Y501 232-17, ingresada con fecha 17 de agosto de 2017 (#60713 y #60714 en el Sistema de Seguimiento Ambiental), tanto los proyectos Línea de Transmisión Eléctrica Cerro Pabellón, como el proyecto Modificación Línea de Transmisión Eléctrica Cerro Pabellón, iniciaron su etapa de operación con fecha 11 de agosto del año 2018. En consecuencia, la propuesta de GDN consiste en el reforzamiento e implementación de un protocolo actualizado ante hallazgos arqueológicos para las actividades de mantención, durante la operación del proyecto Línea de Transmisión Eléctrica Cerro Pabellón.

38. Al respecto, cabe señalar que el Considerando 9.1.1, letra a) de la RCA N° 168/2013, identifica la intervención de elementos o sitios de patrimonio cultural como uno de los riesgos de la etapa de construcción del proyecto Línea de Transmisión Eléctrica Cerro Pabellón. Las medidas que se estiman infringidas en el cargo dicen relación específicamente con la protección de elementos arqueológicos durante la etapa de construcción. En tal sentido, la RCA no considera que esta intervención sea un riesgo propio de la etapa de operación.

39. Además, el Capítulo 4 del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto Línea de Transmisión Eléctrica Cerro Pabellón (p. 44), determina que *“no hay impactos asociados a la componente arqueológica. Existe el riesgo correspondiente a la posibilidad de realizar hallazgos de restos de valor arqueológico o intervenir accidentalmente sitios identificados, durante las actividades de excavación consideradas en la fase de construcción del Proyecto, lo que se aborda con medidas apropiadas en el Capítulo 11 del presente Estudio correspondiente a la Prevención de riesgos, y se dará cumplimiento a las gestiones establecidas en la ley pertinente”* [lo destacado es nuestro]. Por su parte, el Capítulo 11 del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto Línea de Transmisión Eléctrica Cerro Pabellón (p. 13), identifica el *“riesgo de intervención en elementos o sitios de Patrimonio cultural”*, únicamente en relación a la construcción del proyecto, no así durante su operación.



40. Ahora bien, el Capítulo 4 del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto Línea de Transmisión Eléctrica Cerro Pabellón (p. 9), identifica las siguientes actividades generadoras de impactos a propósito de las actividades de mantenimiento preventivo y correctivo: *“Considera limpieza, inspección visual, mediciones y reparaciones a las torres y líneas eléctricas. Para ello se accederá por la franja de servidumbre hecha en la fase de construcción lo que evitará cualquier nueva intervención en el área”* [lo destacado es nuestro].

41. De acuerdo a lo anterior, la implementación del protocolo reforzado y actualizado durante las actividades de mantención del proyecto, resultaría ineficaz para asegurar el cumplimiento de la normativa que se estima infringida, pues no se aprecia la idoneidad de la aplicación del protocolo en actividades que, de acuerdo a lo evaluado ambientalmente, no presentan riesgos para el patrimonio cultural.

42. Como se ha indicado, esta situación se verifica tanto respecto de la Acción N° 14, relacionada al Cargo N° 9, como de la Acción N° 25, relacionada al Cargo N° 13. En definitiva, la extensión del protocolo reforzado y actualizado a las actividades de mantención del proyecto Línea de Transmisión Eléctrica Cerro Pabellón resulta ineficaz, pues se comprueba que estas actividades se mantendrán dentro de la franja de servidumbre.

43. Sin perjuicio de lo señalado hasta este punto, existe un aspecto adicional que repercute en la evaluación del criterio de eficacia, en relación al reforzamiento y actualización del protocolo ante hallazgos arqueológicos, pues ninguna característica de la acción representa un compromiso que asegure el cumplimiento de la normativa que se estima infringida, independiente de su temporalidad. Considerando que la infracción en estos casos dice relación con la omisión de medidas inmediatas ante hallazgos arqueológicos nuevos, consistentes en la paralización de las obras y el informe inmediato al CMN, no hay especificación alguna sobre cómo el reforzamiento y la actualización del protocolo permite asegurar el cumplimiento de la normativa indicada, en particular en lo referido a la exigencia de inmediatez establecida en la Ley N° 17.288.

44. Pasando a otros aspectos del Programa de Cumplimiento que demuestran una contradicción con el criterio de la eficacia, tratándose del Cargo N° 2, que corresponde a una desviación respecto a los consumos de agua industrial autorizados por la RCA N° 168/2013, durante la construcción del proyecto Línea de Transmisión Eléctrica Cerro Pabellón, cabe reparar en que la Acción N° 3 propone asegurar el cumplimiento de los límites de consumo de agua industrial para un proyecto distinto, implementando un instructivo para asegurar los consumos de agua en la construcción del proyecto Central Geotérmica Cerro Pabellón, cumpliendo lo exigido en la RCA N° 86/2012. Ello no resultaría idóneo para asegurar el cumplimiento de la normativa indicada en la formulación de cargos, pues se asegura el cumplimiento de normativa distinta a la infringida y, tal como se ha señalado, por un periodo acotado de tiempo, consistente en el breve lapso restante de la etapa de construcción.

45. Asimismo, cabe señalar que tanto la meta como la Acción N° 10, relacionadas al Cargo N° 7, resultan ineficaces para asegurar el cumplimiento de la normativa infringida o para reducir los efectos negativos asociados a la infracción. La meta declarada de “[c]onsolidar la información de seguimiento arqueológico del proyecto” no se justifica en su idoneidad para concretar los objetivos del Programa de Cumplimiento, en relación a la infracción imputada, que consiste en el retraso en la entrega de informes de Monitoreo Arqueológico Permanente del proyecto Central Geotérmica Cerro Pabellón, ni se aprecia su aptitud para reducir o eliminar el efecto negativo reconocido en relación a la infracción.

46. Coincidentemente, la Acción N° 10 del Programa de Cumplimiento propone la entrega de un “Informe Consolidado de Monitoreo Arqueológico”, que consistirá en una recopilación de los informes de Monitoreo Arqueológico Permanente entregados a lo largo de la construcción del proyecto Central Geotérmica Cerro Pabellón. En otras palabras, la acción



busca entregar, en un solo documento, la información de seguimiento generada durante el tiempo restante de la etapa de construcción.

47. En definitiva, la misma información recopilada de acuerdo a esta Acción, se encontraría en poder de esta Superintendencia al cumplirse el plazo de ejecución de la misma (31 de marzo de 2019), con la única diferencia de encontrarse algo más dispersa o menos esquematizada, en los informes de monitoreo mensuales cargados al Sistema de Seguimiento Ambiental. La Empresa no justifica el ejercicio de consolidar y sistematizar la información como acción eficaz para cumplir los objetivos del Programa de Cumplimiento, ya sea para asegurar el cumplimiento de la normativa ambiental indicada en la formulación de cargos o como medio para hacerse cargo del efecto de detrimento de las facultades de fiscalización de esta Superintendencia.

48. La situación se reitera tratándose de la infracción N° 14 y la Acción N° 28 asociada, pues tal como con la Acción N° 10, GDN no especifica de qué modo la entrega de un Informe Consolidado de Monitoreo Arqueológico para la ejecución del proyecto Línea de Transmisión Eléctrica Cerro Pabellón, sería distinto o innovaría respecto a la información que se encontrará igualmente disponible en el Sistema de Seguimiento Ambiental, en los informes mensuales de Monitoreo Arqueológico Permanente.

49. En lo relacionado a la consolidación de los informes, debe tenerse en cuenta, además, lo establecido en la Res. Ex. N° 223/2015, de 26 de marzo de 2015, de esta Superintendencia, que dicta Instrucciones Generales sobre la Elaboración del Plan de Seguimiento de Variables Ambientales, los Informes de Seguimiento Ambiental y la Remisión de Información al Sistema Electrónico de Seguimiento Ambiental. Si bien esta resolución es mencionada en relación a la Acción N° 9 del Programa de Cumplimiento de GDN, no se incluye una referencia a ella en las acciones N° 10 y N° 28, a pesar que existe una obligación general relacionada a los informes de seguimiento que se relaciona con las acciones propuestas.

50. En tal sentido, el artículo 15 de la Resolución N° 223/2015 incluye, entre los contenidos que deberán incorporar los informes de seguimiento ambiental, una sección de discusiones. El artículo 21 de la misma resolución determina, que la sección de discusiones deberá presentar un análisis del período de observación que considere: *"a) **El análisis cualitativo, cuantitativo y la evolución de los parámetros en el tiempo**, en relación a los límites considerados en la evaluación ambiental, los valores de la línea base, y **los resultados de informes anteriores**, según corresponda; b) Si corresponde, presentar las incertidumbres asociadas a los métodos utilizados; c) Si corresponde, presentar los modelos o herramientas informáticas utilizadas para el análisis de la información; d) En su caso, **las medidas o acciones adoptadas ante resultados que presenten desviaciones al comportamiento esperado de la variable ambiental en el tiempo**".* De esta manera, se llega a determinar que lo ofrecido, en relación a presentar compilados de reportes de seguimiento, se prevé como una acción que no trasciende esta exigencia general de la Res. Ex. N° 223/2015, por lo que no aporta elementos para asegurar el cumplimiento de la normativa que se estima infringida, ni permite obtener alguna información o algún análisis adicional a los que ya deben venir incluidos en los informes de Monitoreo Arqueológico Permanente que deben ser presentados.

51. Finalmente, cabe reparar en la Acción N° 15, ofrecida en relación al Cargo N° 9 –infracción calificada como grave en la formulación de cargos–, que consiste en el retiro de los cercos perimetrales de protección de los sitios arqueológicos. Esta acción no se encuentra justificada, por lo que no se aprecia cómo podría asegurar el cumplimiento de la normativa que se estima infringida o eliminar o reducir los efectos negativos asociados a la infracción. Lo anterior, especialmente considerando que el retiro de los cercos es una exigencia del proyecto una vez concluida la etapa de construcción, conforme al Numeral 7.4 de la Adenda N° 1 del proyecto Línea de Transmisión Eléctrica Cerro Pabellón. Como tal, al consistir en el cumplimiento de un compromiso de la evaluación ambiental –distinto, por lo demás, a las medidas de la RCA que se estiman infringidas en la formulación de cargos–, esta acción resulta ineficaz en el contexto del Programa de Cumplimiento de GDN.



iii. Sobre el criterio de verificabilidad

52. En relación al criterio de verificabilidad, cabe recordar que el artículo 9° letra c) del D.S. N° 30/2013 establece que “[l]as acciones y metas del programa de cumplimiento deben contemplar mecanismos que permitan acreditar su cumplimiento”. Ciertas acciones del Programa de Cumplimiento de GDN demuestran una disconformidad con este criterio, al ofrecer medidas que impiden a esta Superintendencia tomar conocimiento de los hechos a objeto de acreditar el cumplimiento, o de una vaguedad tal que imposibilitan configurar mecanismos verificables durante la ejecución del Programa.

53. En relación al Cargo N° 6, tal como determinó el CMN en su Oficio Ord. N° 3366, de 24 de julio de 2017, la remoción de las piezas de cerámica no correspondió a una actividad de salvataje, al no encontrarse el sitio CP-2 en estado de “pérdida inminente”, encontrándose el sitio ubicado en el lugar de emplazamiento de la planta binaria, según se aprecia en el plano adjunto en el Anexo 2 de los antecedentes remitidos por GDN al CMN. Conforme a lo anterior, la construcción de la planta binaria impide la verificabilidad de los elementos basales de la acción propuesta, al imposibilitar el acceso al lugar físico donde se encontraba el sitio CP-2. Sin perjuicio que, según argumenta GDN, existirían suficientes datos de contexto producto del levantamiento, resulta hoy en día imposible verificar la efectividad de lo afirmado por la Empresa, pues de acuerdo a los antecedentes que se tienen a la vista, el área se encuentra cubierta por una instalación de la planta geotérmica.

54. En tal sentido, existen aspectos del levantamiento del sitio CP-2 que no resultan verificables, relacionados a la recopilación de antecedentes *in situ*. Por una parte, el CMN señala en su Oficio que no se realizó el levantamiento topográfico de los materiales previo a su recolección. Asimismo, el Informe de Análisis Cerámico preparado por Gloria Cabello, acompañado en el Anexo N° 6 del Programa de Cumplimiento, señala lo siguiente (p. 9): “Más detalles en las inferencias resultan imposibles dada la carencia de estudios de esta tradición alfarera, así como por la ausencia de otros elementos arqueológicos que nos permitan hacer mayores interpretaciones cronológicas y/o conductuales del hallazgo arqueológico” [lo destacado es nuestro].

55. Por otra parte, un aspecto del Programa de Cumplimiento que supone una falta de observancia al criterio de verificabilidad se aprecia en las medidas relacionadas a las infracciones que suponen algún grado de afectación del patrimonio arqueológico. Según se detallará a continuación, se observa que las acciones propuestas por GDN presentan un bajo nivel de desarrollo, lo que conlleva una ausencia de mecanismos que permitan acreditar el cumplimiento del Programa de Cumplimiento, en relación a un componente relevante – como es el patrimonio cultural– en el contexto del presente procedimiento.

56. Así, respecto al Cargo N° 9, clasificado como grave en la formulación de cargos, se contempla la Acción N° 13, que consiste en las medidas de conservación ya ejecutadas con anterioridad a la autodenuncia de GDN, efectuadas de mayo a diciembre de 2016. Luego, la Acción N° 14 consiste en el reforzamiento del procedimiento ante hallazgos arqueológicos en las actividades de mantención, respecto a la cual ya se realizó un análisis relacionado al criterio de la eficacia, al igual que respecto a la Acción N° 15, consistente en el retiro de cercos perimetrales.

57. Conforme a lo anterior, restan en relación al Cargo N° 9 las acciones N° 16 y N° 17, consistentes en la elaboración de una propuesta de medidas de conservación, restauración y registro adicionales de los sitios arqueológicos afectados, para su aprobación por parte del CMN, así como la implementación de medidas adicionales en los sitios EP-59, EP-68, EP-72, EP-170, EP-191, EP-98 y EP-149, una vez aprobadas por el CMN. En cuanto a los sitios EP-59 y EP-170, se propone la medida de “[i]mplementación de medidas de conservación y restauración patrimonial en el área afectada, a definir por un especialista en conservación y restauración” [lo destacado es nuestro].



58. En el caso de los hallazgos EP-98, EP-68, EP-72, EP-149 y EP-191, el “Informe de análisis de efectos de los cargos N° 9, 13 y 16”, acompañado en el Anexo A del Programa de Cumplimiento, diagnostica un efecto clasificado como “alto”, al verificarse, ya sea una pérdida total del hallazgo, o una extensión total de la afectación debido al paso de maquinaria o al ensanche de un camino. En relación a estos sitios, exceptuando el sitio EP-191, se establece que habrá una **“medida de compensación general”** [lo destacado es nuestro]; según indica el informe, la medida se reserva “[p]ara sitios con expresión puntual con una calificación de efectos alta, donde gran parte del área del sitio fue intervenida o donde el impacto fue total, así como para la suma de impactos puntuales en sitios con expresión lineal”. En el Anexo A del “Informe de análisis de efectos de los cargos N° 9, 13 y 16” se dan mayores antecedentes sobre esta medida, consistente en un estudio del tránsito prehispanico e histórico en las áreas donde se insertan los sitios arqueológicos afectados.

59. Al respecto, se observa que las medidas en cuestión presentan escasos elementos verificables, que otorguen certezas respecto a la obtención de resultados que permitan asegurar el cumplimiento de la normativa que se estima infringida o eliminar –o contener y reducir– los efectos negativos reconocidos por GDN. Revisando antecedentes complementarios, como el documento “Presupuesto Arqueológico”, acompañado en el Anexo N° 6 del Programa de Cumplimiento, se confirma que las medidas en cuestión presentan un bajo nivel de desarrollo, planteándose únicamente en términos generales y sin otorgar una descripción concreta y verificable de las acciones a implementar. Las acciones propuestas no se estructuran en torno a resultados esperables del estudio y la propuesta de medidas asociadas, que permitan dar cumplimiento a los fines del Programa de Cumplimiento, pues se limitan a comprometer la definición ulterior de las medidas por parte de un especialista, así como su presentación al CMN y posterior adecuación a los criterios que establezca ese organismo sectorial. La Acción N° 17 es reflejo de esta situación, al señalar en su “Forma de Implementación” que “[s]e implementarán las medidas aprobadas por el CMN en virtud de lo dispuesto en la Acción N° 16, es decir, de acuerdo a los términos aprobados por el referido consejo”.

60. Similar es la situación del Cargo N° 11, donde en relación a la afectación del sitio PA-3, GDN propone las acciones N° 19 y N° 20, consistentes en el “diseño” de un “Plan de Manejo de Patrimonio Cultural” centrado en el sitio Chac Inga, para su presentación al CMN y la implementación de las medidas de conservación y protección que apruebe dicho organismo. Este Plan de Manejo no explica, siquiera en términos generales, sus objetivos ni sus principales medidas, ni existe una vinculación entre definiciones previas del Plan de Manejo con elementos verificables por parte de esta Superintendencia.

61. También se verifica lo anterior en relación al Cargo N° 12, en que las acciones N° 21 y N° 22, consistentes en presentar al CMN medidas de conservación y restauración de los sitios EP-08 y EP-21, no presentan suficiente grado de definición como para permitir la verificación del cumplimiento de la normativa que se estima infringida o de la eliminación o reducción de los efectos negativos de la infracción. Referido a este cargo, el “Informe de Análisis y Estimación de Efectos de los Cargos 9, 13 y 16” señala como “Propuesta de Medidas” lo siguiente: **“Implementación de medidas de conservación y restauración patrimonial en el área afectada, a definir por un especialista en conservación y restauración”** [lo destacado es nuestro]. Asimismo, debe señalarse que las acciones N° 29 y N° 30, relacionadas al Cargo N° 15, son idénticas a las acciones N° 21 y N° 22, según se ha detallado en el análisis del criterio de integridad realizado en el presente acto, por lo que presentan similares limitaciones en cuanto a su verificabilidad.

62. Se constatan acciones similares –la implementación de medidas de conservación y restauración, a definir por un especialista, y una medida de compensación general – en relación a los cargos N° 13 y N° 16. En relación a los sitios específicamente asociados al Cargo N° 13, que son evaluados en el “Informe de Análisis y Estimación de Efectos de los Cargos 9, 13 y 16”, excluyendo los señalados en relación al Cargo N° 9, se identifica que los sitios EP-171, EP-151, EP-129, EP-138 y EP-189 sufrieron efectos clasificados como “altos”. Las acciones N° 26 y N° 27 proponen, respecto a estos y otros sitios, un plan de medidas de conservación, restauración y registro, que deberá ser aprobado por el CMN. Por su parte, el Informe de efectos



propone, en relación a los sitios EP-129, EP-138 y EP-189, una “*medida de compensación general*”, consistente en un estudio del tránsito prehispánico e histórico en las áreas donde se insertan los sitios arqueológicos afectados. La misma situación se aprecia en relación al Cargo N° 16, en que las acciones N° 32 y N° 33 proponen igualmente un plan de medidas de conservación, restauración y registro a definir, así como una medida de compensación general tratándose de ciertos sitios.

63. En suma, ni el “*plan de medidas de conservación, restauración y registro*”, ni la “*medida de compensación general*”, que se ofrecen reiteradamente y en forma general, en relación a numerosos hallazgos arqueológicos que habrían resultado afectados en menor o mayor medida, cumplen con el criterio de verificabilidad, pues no se indican medios de prueba idóneos que permitan a esta Superintendencia verificar el cumplimiento de la normativa que se estima infringida ni la eliminación, o contención y reducción, de los efectos negativos. La definición postergada de elementos centrales de las acciones que buscarían asegurar el cumplimiento de la normativa que se estima infringida o hacerse cargo de los efectos negativos, implicarían que esta Superintendencia, de aprobar el Programa de Cumplimiento de GDN, solo supervisaría el cumplimiento de hitos generales dentro de la gestión de las medidas, lo que no se condice con la necesidad de contar con mecanismos que permitan acreditar el cumplimiento del Programa.

iv. *Sobre impedimentos adicionales para la aprobación del Programa de Cumplimiento*

64. En adición a las deficiencias observadas que no permiten dar por cumplidos los criterios para la aprobación del Programa de Cumplimiento de GDN, se advierte que, para el caso de dos infracciones específicas, se configuran impedimentos adicionales. Al respecto, el artículo 9° inciso 2° del D.S. N° 30/2013 establece que “[e]n ningún caso se aprobarán programas de cumplimiento por medio de los cuales el infractor intente eludir su responsabilidad, aprovecharse de su infracción, o bien, que sean manifiestamente dilatorios”.

65. Como primer aspecto a considerar, existe un intento de eludir la responsabilidad de GDN respecto a uno de los cargos, en que se busca desvirtuar la descripción de los hechos que configuran la infracción contenida en la formulación de cargos. Es lo que ocurre en relación al Cargo N° 11 –consistente en la afectación del sitio PA-3– y a “*ciertas precisiones*” efectuadas en el “Informe de Análisis de Efectos del cargo N° 11”, en que se determina que no se han registrado alteraciones del sitio PA-3 con posterioridad al inicio de ejecución del proyecto. Como expresión de lo concluido en dicho informe, la Descripción de los Efectos Negativos del Programa de Cumplimiento señala que “en el sitio Pampa Apacheta 3 (Tambo Chac-Inga, Tambo Apacheta 3) **no se han registrado alteraciones desde el inicio del Proyecto Central Geotérmica Cerro Pabellón, y que su estado es el mismo al existente al momento de realizar la línea de base del proyecto**” [lo destacado es nuestro].

66. Lo anterior se contradice con el hecho que constituye la infracción en el caso del Cargo N° 11, consistente en la “[a]fectación del sitio PA-3 producida por movimientos de tierra durante la ejecución del proyecto Central Geotérmica Cerro Pabellón”. Esta contradicción, constituye un impedimento para la aprobación del Programa de Cumplimiento, pues en caso que éste se aprobara, sin que GDN aceptara la descripción de los hechos, la Empresa estaría efectivamente eludiendo la responsabilidad relativa a la afectación del sitio PA-3, en circunstancias que la oportunidad para hacer valer sus defensas al respecto está reservada exclusivamente a la formulación de descargos.

67. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 9° del D.S. N° 30/2012 dispone que en ningún caso se aprobará el Programa de Cumplimiento si por medio del mismo el infractor intenta eludir su responsabilidad. Cabe señalar que, de acuerdo a la jurisprudencia, el Programa de Cumplimiento “*se estructura en función de la protección del medio*



ambiente”³. En tal sentido, la finalidad del Programa es incentivar que los regulados satisfagan sus obligaciones ambientales, pero no a cualquier costo, sino que cumpliendo una serie de requisitos, cuya observancia no puede depender del uso acomodaticio que quiera hacerse de este programa por parte de los infractores.

68. Por lo mismo, no corresponde la formulación de defensas en el contexto del Programa de Cumplimiento, al ser requisito para la aprobación del instrumento que se acepten los hechos constitutivos de infracción y que se consideren todas y cada una de las infracciones imputadas en la formulación de cargos, en los términos en que fueron planteadas, no siendo esta la instancia para desvirtuar lo establecido, pues el legislador previó una etapa procesal específica para tales efectos, cual es, la presentación de descargos, conforme al artículo 49 de la LO-SMA. En relación a este punto, el Considerando cuadragésimo tercero de la sentencia recién citada señala: *“Que, adicionalmente, la reclamante sostiene que es ella quien determina qué infracciones forman parte del programa de cumplimiento, y que para tomar dicha decisión se debe considerar la posibilidad de defenderse de aquellas infracciones que no considera como tales y la factibilidad de diseñar un programa que permita volver en un tiempo acotado a un estado de cumplimiento. A este respecto, y como ya se ha señalado en esta sentencia, si bien el administrado es quien opta por presentar un programa de cumplimiento, **éste debe necesariamente cumplir con el criterio de integridad, que exige incorporar al programa todos los hechos infraccionales que forman parte de la formulación de cargos y no sólo algunos de ellos. El alcance de dicho criterio excluye toda posibilidad de elección por parte del regulado a qué infracciones formarán parte del programa**”* [el destacado es nuestro].

69. Por otra parte, existiría además una situación de aprovechamiento de la infracción por parte de GDN, en relación al Cargo N° 13 –infracción que fue clasificada como grave por esta Superintendencia–, en caso que se aprobara el Programa de Cumplimiento propuesto. Como se ilustra claramente en la Tabla N° 7 de la formulación de cargos, existió un plazo considerable, que supera incluso los 300 días para ciertos casos, en que GDN, enfrentado a la identificación de hallazgos arqueológicos, omitió tomar las medidas que disponen la ley y la RCA al respecto, consistentes en detener las obras en el frente correspondiente, contar con la presencia inmediata de un arqueólogo y dar aviso a las autoridades. La infracción habría permitido, en este sentido, que GDN continuara la marcha de la construcción de su proyecto, postergando por un lapso de tiempo considerable el cumplimiento de las medidas de protección que, potencialmente, habrían podido limitar el progreso de las obras de construcción.

70. Lo anterior, es un aspecto que no fue considerado ni abordado de forma alguna en el Programa de Cumplimiento, que no reconoce efectos negativos asociados a la demora en la implementación de estas medidas. Ello implica que, de aprobarse el Programa en los términos planteados, se estaría validando un aprovechamiento de la infracción por parte de GDN.

71. En tal sentido, la infracción consistente en postergar la implementación de medidas –siendo que, en proyectos como este, la oportunidad de la adopción de las medidas preventivas es crucial para el cumplimiento de su objetivo ambiental– pasaría a ser obviada y regularizada, mediante la aprobación de un Programa de Cumplimiento que omite cualquier análisis o medida en este respecto. En definitiva, ello no es procedente tratándose del Programa de Cumplimiento de GDN, por cuanto la postergación en el cumplimiento de las obligaciones es un elemento central de la infracción imputada, lo que no podría ser legitimado mediante una aprobación del Programa de Cumplimiento sin que GDN se aproveche de su propia infracción.

³ Considerando Vigésimo séptimo y siguientes, Sentencia de 30 de diciembre de 2016, causa Rol R-75-2015, del Ilustre Segundo Tribunal Ambiental.



d. **Sobre las competencias de la Superintendencia en relación a la aprobación o rechazo de los programas de cumplimiento**

72. De acuerdo a lo expuesto en la sección anterior, esta Superintendencia ha realizado un análisis del Programa de Cumplimiento a objeto de determinar el cumplimiento de los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad, la propuesta de acciones y metas asociadas a cada una de las infracciones imputadas y a sus efectos negativos reconocidos, y la ausencia de impedimentos para la aprobación del Programa.

73. En el cumplimiento de esta función, esta Superintendencia debe atenerse al principio de economía procedimental, que según establece el artículo 9° de la LBPA, determina que *“la administración debe responder a la máxima economía de medios con eficacia, evitando trámites dilatorios”*. Este principio cobra especial relevancia en el contexto de análisis del Programa de Cumplimiento de GDN, pues en virtud de las consideraciones que han sido abordadas en este acto, esta Superintendencia ha llegado a la determinación de pronunciarse derechamente sobre el cumplimiento de los requisitos necesarios para la aprobación del Programa de Cumplimiento.

74. Al respecto, la Excelentísima Corte Suprema ha señalado lo siguiente: *“Si, concluido el estudio, [la Superintendencia] estima que hay aspectos que deben ser complementados, sea porque el instrumento no aborda todos los hechos infraccionales o no propone planes para hacerse cargo de los efectos del incumplimiento o no señala con claridad el cronograma de cumplimiento u objetivos a ejecutar, puede solicitar al infractor, que lo perfeccione el referido instrumento, todo esto sin perjuicio de su facultad de la Superintendencia de rechazar programas presentados por infractores excluidos del beneficio o por carecer el instrumento de la seriedad mínima o presentar deficiencias que son insubsanables, caso en el cual, atendido el rechazo, se proseguirá con el procedimiento sancionatorio”* [lo destacado es nuestro]⁴.

75. Del mismo modo, el Ilustre Primer Tribunal Ambiental ha sostenido que *“el hecho de que la Superintendencia incentive el uso de herramientas como el Plan de Cumplimiento y asista a los regulados en la comprensión de sus requisitos, finalidad y forma de presentación, no significa que esté obligada a realizar múltiples rondas de observaciones”*⁵ [lo destacado es nuestro]. También el I. Segundo Tribunal Ambiental ha señalado que *“la entidad fiscalizadora no tiene una obligación legal de realizar dichas observaciones o correcciones, encontrándose plenamente facultada para rechazar de plano un programa de cumplimiento, en caso de estimar que éste no cumple con los criterios de aprobación”* [lo destacado es nuestro]⁶. Como puede apreciarse, la posibilidad de emitir observaciones respecto a la primera presentación de un Programa de Cumplimiento es enteramente facultativa para esta Superintendencia.

76. En tal sentido, el análisis realizado, en el marco de las competencias de esta Superintendencia, ha llevado a determinar que el Programa de Cumplimiento presentado por GDN incumple un estándar de seriedad, considerando el carácter de sujeto calificado que asiste a la Empresa⁷ –como subsidiaria de empresas con amplia experiencia en el rubro energético–, añadido al tiempo considerable que ha transcurrido desde la presentación de la autodenuncia de 26 de enero de 2017 y al carácter especialmente complejo de las infracciones

⁴ Considerando 7°, Sentencia de fecha 3 de julio de 2017, causa rol N° 67.418-2016, de la Excelentísima Corte Suprema.

⁵ Considerando 54°, Sentencia de fecha 6 de junio de 2018, causa rol N° R-4-2018, del Ilustre Primer Tribunal Ambiental (confirmada por sentencia de fecha 30 de octubre de 2018, causa rol N° 16.328-2018, de la Excelentísima Corte Suprema).

⁶ Considerando 44°, Sentencia de 29 de septiembre de 2017, causa rol R N° 82-2015, del Ilustre Segundo Tribunal Ambiental.

⁷ Respecto a lo que implica el carácter de “sujeto calificado”, ver Considerando 154°, Sentencia de fecha 8 de junio de 2016, causa rol N° 51-2014, y Considerando 104°, Sentencia de fecha 5 de octubre de 2016, causa rol N° 76-2015, ambas del Ilustre Segundo Tribunal Ambiental.



vinculadas al componente arqueológico. Conforme a lo anterior, GDN maneja los recursos y la experiencia necesarios, a objeto de formular propuestas concretas que cumplan con los requisitos de aprobación de un Programa de Cumplimiento, habiendo además transcurrido un tiempo significativo para poder presentar, en esta etapa, acciones que satisfagan los criterios de integridad, de eficacia y de verificabilidad.

77. A objeto de obtener una resolución favorable por parte de esta Superintendencia –o, en su defecto, una resolución que ordenara incorporar observaciones a la Empresa–, la situación ameritaba presentar un Programa de Cumplimiento con un alto grado de desarrollo y especificidad para abordar las infracciones imputadas, que otorgara acciones eficaces para asegurar el cumplimiento de la normativa que se estima infringida para cada una de las infracciones, provistas con elementos verificables específicos; ello sin perjuicio, por cierto, de poder mejorar las acciones tras una o más rondas de observaciones, pero dirigidas a elementos accesorios del instrumento.

78. Sin embargo, ello no ha ocurrido en la especie, pues se han ofrecido acciones que presentar bajo nivel de desarrollo y que, en muchos casos, no logran satisfacer los criterios requeridos para la aprobación del Programa de Cumplimiento. En la práctica, la emisión de observaciones respecto a casi todas las acciones del Programa, debiendo reformularse o plantearse acciones nuevas en la mayoría de los casos, lleva a esta Superintendencia a la conclusión que el mismo debe ser rechazado en una primera instancia. No puede entenderse que el ejercicio de la facultad de realizar observaciones a un Programa de Cumplimiento, implique la posibilidad de requerir al presunto infractor que ingrese un Programa sustancialmente distinto y virtualmente nuevo; ello implicaría, por lo demás, la posibilidad de burlar el plazo legal de presentación del instrumento que establece la LO-SMA.

79. A lo anterior, corresponde agregar además que, de acuerdo a lo analizado, la situación de aprovechamiento de la infracción relacionada al Cargo N° 13 deviene en una deficiencia que resultaría insubsanable, en particular si esta situación no es abordada de forma alguna mediante la presentación inicial del Programa de Cumplimiento. En vista de la postergación en la adopción de medidas que debían ser inmediatas y las acciones comprometidas respecto a esta infracción, el resultado inevitable de aprobar el Programa de Cumplimiento de GDN, es avalar el aprovechamiento de la infracción por parte de la Empresa.

RESUELVO:

I. RECHAZAR EL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO, presentado por Geotérmica del Norte S.A., por las razones indicadas en los considerandos 17° al 79° del presente acto.

II. TENER PRESENTE LO DISPUESTO EN EL RESUELVO V DE LA RESOLUCIÓN EXENTA N° 1 / ROL A-002-2018, en lo referente a la suspensión del plazo para presentar descargos desde la presentación del programa de cumplimiento. En vista de ello, desde la notificación de la presente resolución, se reanuda el plazo para presentar descargos en el presente procedimiento sancionatorio.

III. TENER PRESENTE la escritura pública de 7 de septiembre de 2018 individualizada en el Considerando 6° del presente acto y el poder otorgado a Valter Moro para presentar el Programa de Cumplimiento en representación de Geotérmica del Norte S.A.

IV. NOTIFICAR POR CARTA CERTIFICADA, o por otro de los medios que establece el artículo 46 de la Ley N° 19.880, a Guido Cappetti, en representación de



Geotérmica del Norte S.A., domiciliado en Av. Presidente Riesco N° 5335, Piso 15, Las Condes, Santiago; a Ulises Cárdenas Hidalgo, domiciliado en calle Lascas N° 368, ciudad y comuna de San Pedro de Atacama, Región de Antofagasta; a Santos Urrelo Bello, domiciliado en calle Manuel Rodríguez s/n, ciudad y comuna de Calama, Región de Antofagasta; y a Héctor Meruvia Quispe, domiciliado en calle Hurtado de Mendoza N° 3125, ciudad y comuna de Calama, Región de Antofagasta.



JEFA DIVISIÓN
DE SANCIÓN
Y CUMPLIMIENTO

Ariel Espinoza Galdames
Jefe (S) de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente



GPH / MGA

Distribución:

- Guido Cappetti, en representación de Geotérmica del Norte S.A., domiciliado en Av. Presidente Riesco N° 5335, Piso 15, Las Condes, Santiago.
- Ulises Cárdenas Hidalgo, domiciliado en calle Lascas N° 368, ciudad y comuna de San Pedro de Atacama, Región de Antofagasta.
- Santos Urrelo Bello, domiciliado en calle Manuel Rodríguez s/n, ciudad y comuna de Calama, Región de Antofagasta.
- Héctor Meruvia Quispe, domiciliado en calle Hurtado de Mendoza N° 3125, ciudad y comuna de Calama, Región de Antofagasta.

C.C.:

- Sandra Cortéz, Jefa de la Oficina Regional de Antofagasta de la Superintendencia del Medio Ambiente.