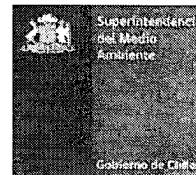




Superintendencia
del Medio Ambiente
Gobierno de Chile



MCPB

DICTAMEN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONATORIO ROL F-059-2014

I. MARCO NORMATIVO APLICABLE

1. Este Fiscal Instructor ha tenido como marco normativo aplicable la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, LO-SMA); la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente; el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, Decreto Supremo N° 40, de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente (en adelante NRSEIA); La ley N° 19.880, Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los órganos de la Administración del Estado (en adelante, Ley N° 19.880); y la Ley N° 20.283, Sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal (en adelante, Ley N° 20.283).

II. IDENTIFICACIÓN DEL SUJETO INFRACTOR Y DEL PROYECTO

2. El presente procedimiento administrativo sancionatorio se inició en contra de Anglo American Sur S.A. (en adelante, Anglo American Sur o la empresa), Rol Único Tributario N° 77.762.940-9, cuyo representante legal es don Claudio Nilo Orellana, y se encuentra domiciliada en Av. Pedro de Valdivia 291, comuna de Providencia, Región Metropolitana, en su calidad de titular de los siguientes proyectos: “Depósito de Estériles Donoso”, cuya Declaración de Impacto Ambiental (en adelante, DIA), fue calificada ambientalmente favorable mediante la Resolución N° 29, de 10 de Febrero de 2004 (en adelante, RCA N° 29/2004); y “Optimización y Mejoramiento al sistema de transporte de pulpa del proyecto Desarrollo Los Bronces”, cuya DIA fue calificada ambientalmente favorable mediante la Resolución N° 8095, de 23 de diciembre de 2009 (en adelante, RCA N° 8095/2009), ambas de la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (en adelante, CONAMA).

3. El proyecto “Depósito de Estériles Donoso”, consiste en un depósito de materiales estériles provenientes de las actividades de extracción de mineral de cobre de Mina Los Bronces. El depósito tiene presupuestada una capacidad para disponer aproximadamente 150 millones de toneladas de roca estéril y se ubica inmediatamente al norte de la mina Los Bronces, en una explanada de alta montaña, correspondiente a una micro cuenca de la cabecera del río Blanco, V Región, a una altura aproximada de 3.900 m.s.n.m.

4. Por otro lado, el proyecto “Optimización y Mejoramiento al sistema de transporte de pulpa del proyecto Desarrollo Los Bronces”, corresponde a modificaciones a las obras y actividades asociadas al Sistema de Transporte de Pulpas del “Proyecto Desarrollo Los Bronces”. Este proyecto tiene asociado el Plan de Manejo, Corta y Reforestación de Bosque para Ejecutar Obras Civiles aprobado por Resolución N° 13/2710/09.

III. ANTECEDENTES

5. Los días 26, 27 y 28 de noviembre de 2013, funcionarios de la División de Fiscalización de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, SMA), en conjunto con funcionarios del Servicio Agrícola Ganadero (en adelante, SAG), Secretaría Ministerial de Salud de Valparaíso (en adelante, Seremi de Salud), Servicio Nacional de Geología y Minería (en adelante, SERNAGEOMIN) y la Corporación Nacional Forestal (en adelante, CONAF), llevaron a cabo actividades de inspección ambiental en las instalaciones del Depósito de Estériles Donoso y en


predios objeto de Planes de Manejo Forestal. Esta fiscalización tuvo como objetivo la verificación del cumplimiento de las exigencias relativas al manejo de canales de contorno, control de aguas ácidas, ejecución de planes de manejo forestal y afectación de flora y vegetación, todas contenidas en las RCA N° 29/2004, RCA N° 3159/2007 y RCA N° 8095/2009. Estas actividades de fiscalización concluyeron con la emisión del Informe de Fiscalización Ambiental titulado Inspección Ambiental Mina Los Bronces – Angloamerican, disponible en el expediente de fiscalización DFZ-2013-1468-INTER-RCA-IA, en adelante, “Informe de Fiscalización”.

6. Por su parte, con fecha 18 de febrero de 2014, la empresa presenta ante esta Superintendencia, sin un requerimiento previo de ésta, un escrito en el cual se señala mediante una tabla comparativa los hechos constatados en el acta de fiscalización y los confronta con una “actualización de información al 14 de febrero de 2014” y “tareas pendientes y fecha estimada de cumplimiento”.

7. Por otro lado, mediante Memorandum N° 165, de 12 de junio de 2014, de la División de Sanción y Cumplimiento, se procedió a designar a Federico Guarachi Zuvic como Fiscal Instructor Titular del presente procedimiento administrativo sancionatorio, y a Pamela Torres Bustamante como Fiscal Instructora Suplente.

8. Así las cosas, sobre la base del Informe de Fiscalización, con fecha 14 de agosto de 2014, mediante Res. Ex. N° 1/ Rol F-059-2014, se formulan los siguientes cargos en contra de Anglo American Sur:

Hechos que se estiman constitutivos de infracción	Condiciones, normas y medidas eventualmente infringidas
<p>1. Contar con sector de desnivel de alrededor 10 metros de largo contrario a pendiente diseñada, en canales de contorno.</p>	<p>DIA, Capítulo 2.4.1, expediente de evaluación ambiental RCA N° 29/2004: <i>“Construcción de Canales de Contorno [...]El canal de contorno C1 bordeará al depósito en su sección sur y permitirá colectar las aguas de fusión de la nieve que se depositen directamente sobre la plataforma (impermeabilizada), para conducir las hasta un dren natural o quebrada que finalmente drena al Río Blanco (Figura 3 y 5). Este canal será impermeabilizado con geomembrana para evitar infiltraciones de agua a la base del depósito. Es importante señalar que la plataforma del depósito se construirá con una pendiente de 1,5% en sentido norte-sur, por lo que el escurrimiento será en el mismo sentido hasta ser captado por el canal de contorno C1. El canal de desvío C2 corresponde a un dren a construir en la salida de una pequeña laguna (denominada L2) para desviar su desagüe natural y evitar que escurran hacia el depósito. El canal C2 desviará el curso de este escurrimiento hacia la microcuenca del sistema de lagunas Los Milos, la que finalmente entregará sus aguas al Río Blanco a través del Estero Castro (Figuras 3 y 5)”.</i></p> <p>RCA N° 29/2004 considerando 3.1.1.1: <i>El proyecto considera la construcción de tres canales de contorno, uno de ellos correspondiente a una obra de recolección de aguas de escorrentía (canal C2) y dos canales de contorno (C1 y C3) que recogerán principalmente las aguas de la plataforma impermeabilizada del depósito. Todas estas obras se ejecutarán en la V Región.</i></p> <p>RCA N° 29/2004 considerando 3.1.1.2: <i>“La limpieza de los canales de contorno del depósito Donoso se definirá de acuerdo a los resultados de las inspecciones visuales que se contempla realizar bajo el siguiente esquema:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> o <i>Inspección de canales al inicio de cada período invernal, para verificar que éstos estén en buenas condiciones antes de las</i>

Hechos que se estiman constitutivos de infracción	Condiciones, normas y medidas eventualmente infringidas
	<p>precipitaciones nivales (ausencia de obstrucciones, derrumbes, etc.).</p> <ul style="list-style-type: none"> o Inspección de canales durante el período de deshielo para verificar que los canales están interceptando y desviando adecuadamente las escorrentías. <p>En caso necesario, se realizarán trabajos de retiro de materiales eventualmente presentes en los canales, y en general trabajos de mantención de los mismos, los recursos y métodos empleados en este punto se encuentran adescritos en el Informe consolidado de Evaluación”.</p>
<p>2. No se ha ejecutado en su totalidad el Plan de Manejo de Preservación aprobado por Resolución N° 13/2710/01.</p>	<p>Adenda N° 1, Respuesta 2.6. expediente de evaluación ambiental RCA N° 8095/2009: “[...] Con estos cambios, se reduce la intervención de guayacanes de 8 ejemplares a solamente 2. En el Anexo N° 4 se presenta el Informe de “Intervenciones o Alteraciones de Carácter Imprescindible del Proyecto”, en el Anexo N° 5 se presenta el “Informe de Expertos” sobre amenaza a la continuidad de especies con problemas de conservación y en el Anexo N° 6 se presenta el “Informe sobre cumplimiento del requisito de “ser de interés nacional” del Proyecto”.</p> <p>Cabe destacar que estos documentos fueron presentados a la Corporación Nacional Forestal (CONAF) con el fin de obtener la resolución fundada por la cual se autorice la intervención de individuos de especies vegetales nativas clasificadas (2 Guayacanes), de conformidad con el artículo 37 de la ley N°19.300 (se adjunta copia carta conductora timbrada en Anexo N° 4)”. Adenda N°1, Capítulo 2.5.3., Anexo N° 4, expediente de evaluación ambiental RCA N° 8095/2009: “2.5.3 Dimensión de las medidas 1) La plantación de individuos debiera incluir un número significativamente mayor al número de ejemplares que se eliminarían. Dado que se afectarían dos individuos, la plantación debiera contemplar al menos 20 ejemplares. Los individuos de esta especie presentan una distribución marcadamente agrupada y en sustratos rocosos o pedregosos. Por lo tanto la plantación debiera realizarse en este tipo de sitios y con individuos no separados más de 2 m. Cada plántula debe ser protegida en contra de herbívoros mayores y menores. La plantación debe ser monitoreada por al menos 5 años. Las plantas debieran regarse durante los dos veranos siguientes a la plantación”.</p> <p>Capítulo 3.1.15, Informe Consolidado de Evaluación, expediente de evaluación ambiental RCA N° 8095/2009. “Ley N° 20.283/2008, de la Corporación Nacional Forestal (CONAF). Ley Sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal. Cumplimiento: Dado que para la construcción de la piscina de emergencia ED2-A, sería necesaria la corta de bosque nativo, afectando 2 ejemplares de Guayacán (<i>Porlieria chilensis</i>), especie en categoría de conservación, el Titular presenta en el Adenda N°1 el informe “Intervenciones o Alteraciones de Carácter Imprescindible del Proyecto, el informe de “Expertos sobre Amenaza a la Continuidad de la Especie con Problemas de Conservación” y el informe sobre “Cumplimiento del requisito de ser de interés nacional”. A su vez, en el Adenda N°3, el Titular presenta la Resolución Fundada N° 595 del 3 de Diciembre de 2009 de la Dirección</p> 

Hechos que se estiman constitutivos de infracción	Condiciones, normas y medidas eventualmente infringidas
	<i>Ejecutiva de CONAF, que autoriza la intervención o alteración del hábitat de especies en categoría de conservación.</i>
<p>3. No se ha ejecutado en su totalidad el programa de reforestación contemplado en el Plan de Trabajo para la Intervención de Formaciones Xerofíticas aprobado por Resolución N° 13/2710/01, específicamente:</p> <p>3.1. No se ha ejecutado el programa de reforestación en los predios "Parcela B, Fundo Los Nogales", y "Predio Santa Filomena campamento Estación Disipadora N°1".</p> <p>3.2. No se cuenta con la totalidad de los ejemplares señalados en el Plan de Trabajo para la Intervención de Formaciones Xerofíticas aprobado por Resolución N° 13/2710/01, en los predios "Santa Filomena Estación Disipadora N° 1,5 A" y "Santa Filomena Planta Elevadora Las Tórtolas N° 4-A".</p>	<p>Adenda N° 2, Título II, respuesta 1.3., expediente de evaluación ambiental RCA N° 8095/2009: <i>"En el Plan de Trabajo que se presenta en el Anexo 2 se detalla la revegetación a realizar. Esta revegetación contempla la recuperación de una superficie igual a la intervenida con las mismas especies y en sectores con suelos de similares características".</i></p> <p>Capítulo 3.2.2., Anexo N° 2 "Plan de Trabajo para la Intervención de Formaciones Xerofíticas", Adenda N° 2, expediente de evaluación ambiental RCA N° 8095/2009: <i>"La forestación se ejecutará en Parcela B, Fundo Los Nogales y en las servidumbres mineras de Anglo American en el fundo Santa Filomena, durante el año 2011 y considerará las especies presentes del sector afectado, tratando de recrear la formación vegetal existente del lugar afectado. Esta forestación comprende 7,29 ha, realizándose en suelos de similares características a los intervenidos. El detalle de localización y especies, se presenta en la Tabla 10 y en el Lámina 2 del Anexo. Para asegurar la supervivencia de las especies se incrementó en un 25% el número de individuos para la revegetación".</i></p> <p>Tabla 10, Capítulo 3.2.2., Anexo N° 2 "Plan de Trabajo para la Intervención de Formaciones Xerofíticas", Adenda N° 2, expediente de evaluación ambiental RCA N° 8095/2009.</p> <p>Capítulo 3.1.15, Informe Consolidado de Evaluación, expediente de evaluación ambiental RCA N° 8095/2009. <i>"Ley N° 20.283/2008, de la Corporación Nacional Forestal (CONAF). Ley Sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal. Cumplimiento: [...] En relación al artículo N° 60 de la Ley, el Titular presenta un Plan de Trabajo para la Intervención de Formaciones Xerofíticas que afectará el Proyecto, en el Adenda N°1 y complementado en el Adenda N°2".</i></p>

9. En la misma resolución de la formulación de cargos, se requirió información a la empresa, la cual fue entregada a esta Superintendencia el 5 de septiembre de 2014.

10. Con fecha 22 de agosto de 2014, Anglo American Sur interpone un recurso de reposición en contra de la Res. Ex. N° 1/ Rol F-059-2014, que formula cargos en contra de la empresa, el cual fue rechazado el 29 de agosto de 2014, por no cumplir con los requisitos de procedencia establecidos en el artículo 15 de la Ley N° 19.880, a través de la Res. Ex. N° 2/ Rol F-059-2014.

11. En este escenario, con fecha 16 de septiembre de 2014, la empresa interpone un recurso de reclamación en contra de la resolución que rechaza la reposición antes mencionada ante el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental. Esta reclamación fue admitida a trámite con fecha 25 de septiembre de 2014.

12. A su vez, en la misma fecha, Anglo American Sur, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 49 de la LO-SMA, presenta sus descargos.

13. Por su parte, con fecha 7 de octubre de 2014, mediante Ord. D.S.C. N° 1296, se oficia a la Dirección Ejecutiva del SEA con el objeto de determinar la

conducta anterior de la empresa. Con posterioridad, el 30 de octubre del mismo año, a través del Ord. D.S.C. N° 1446, se oficia a la Dirección Ejecutiva de la CONAF, para que informe respecto a la disponibilidad de ciertas especies en viveros del país, y la conducta que debe seguir una empresa en caso de que no existan especies disponibles. El oficio dirigido a CONAF fue respondido mediante Ord N° 77/2015 de 3 de febrero de 2015, mientras que el oficio enviado a la Dirección Ejecutiva del SEA no ha sido contestado al momento de elaboración de este dictamen, por lo que no se tendrá en consideración en virtud del artículo 38 inciso segundo de la Ley 19.880¹.

14. Con fecha 8 de enero de 2015, mediante Res. Ex. N° 3/ Rol F-059-2014, se suspende el procedimiento administrativo sancionatorio, por existir una reclamación ante el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, en curso.

15. Este procedimiento fue reiniciado con fecha 13 de abril de 2015, a través de la Res. Ex. N° 4/ Rol F-059-2014, que a su vez, incorpora al expediente del procedimiento administrativo sancionatorio el Oficio de CONAF precitado.

16. Finalmente, con fecha 17 de abril de 2015, mediante Res. Ex. N° 5/Rol F-059-2014, se cierra la investigación.

IV. DESCARGOS DE ANGLO AMERICAN SUR

17. De conformidad a lo dispuesto en el artículo 49 de la LO-SMA, con fecha 16 de septiembre de 2014, Anglo American Sur presentó sus descargos dentro del presente procedimiento sancionatorio. El resumen de éstos se encuentra incorporado en la siguiente Tabla:

N° Cargo	Norma, medida o condición Infringida	Cargo Formulado	Descargo presentado
1	RCA N° 29/2004 considerando 3.1.1.1. y considerando 3.1.1.2. DIA capítulo 2.4.1. expediente evaluación ambiental RCA N° 29/2004.	Contar con sector de desnivel de alrededor 10 metros de largo contrario a pendiente diseñada, en canales de contorno.	La empresa expresa que es improcedente formular cargos por este hecho, debido a la indeterminación del cargo, la imposibilidad física de constatar lo imputado, los canales de contorno cumplen con el objetivo para el cual fueron proyectados y además funcionan de acuerdo a lo señalado en la RCA N° 29/2004. Por otra parte, solicita que se recalifiquen los hechos debido a que no se constata la gravedad prescrita en la letra e) del número 2, del artículo 36 de la LO-SMA. Por último, en subsidio solicita la aplicación de las circunstancias atenuantes del artículo 40 de la LO-SMA para rebajar el monto de la sanción.
2	Respuesta 2.6. y capítulo 2.5.3 Anexo N°4, de Adenda N° 1, expediente de evaluación Ambiental RCA N° 8095/2009. Capítulo 3.1.15 Informe	No se ha ejecutado en su totalidad el Plan de Manejo de Preservación aprobado por Resolución N° 13/2710/01.	Anglo American Sur afirma que implementó el Plan de Manejo en cuestión. Luego agrega, que es normal y esperable que una parte de las plantas no sobreviva y debe ser repuesta durante las sucesivas mantenciones, por lo que no debe considerarse un fracaso de la plantación. Por otra parte, solicita que se recalifiquen los hechos debido a que no se constata la gravedad prescrita en la letra e) del número 2, del artículo 36 de la LO-SMA.

¹ El inciso segundo del artículo 38 de la Ley 19.880 establece: "Si el informe debiera ser emitido por un órgano de la Administración distinto del que tramita el procedimiento en orden a expresar el punto de vista correspondiente a sus competencias respectivas, y transcurriera el plazo sin que aquél se hubiera evacuado, se podrán proseguir las actuaciones".

N° Cargo	Norma, medida o condición Infringida	Cargo Formulado	Descargo presentado
	Consolidado de Evaluación Ambiental RCA N° 8095/2009.		Por último, en subsidio solicita la aplicación de las circunstancias atenuantes del artículo 40 de la LO-SMA para rebajar el monto de la sanción.
3	Título II, respuesta 1.3. del Adenda N° 2 del expediente de evaluación ambiental RCA N° 8095/2009: Capítulo 3.2.2. Anexo N° 2 "Plan de Trabajo para la Intervención de Formaciones Xerofíticas", Adenda N° 2, expediente de evaluación ambiental RCA N° 8095/2009. Capítulo 3.1.15, Informe Consolidado de Evaluación, expediente de evaluación ambiental RCA N° 8095/2009.	<p>No se ha ejecutado en su totalidad el programa de reforestación contemplado en el Plan de Trabajo para la Intervención de Formaciones Xerofíticas aprobado por Resolución N° 13/2710/01, específicamente:</p> <p>3.1. No se ha ejecutado el programa de reforestación en los predios "Parcela B, Fundo Los Nogales", y "Predio Santa Filomena campamento Estación Disipadora N°1".</p> <p>3.2. No se cuenta con la totalidad de los ejemplares señalados en el Plan de Trabajo para la Intervención de Formaciones Xerofíticas aprobado por Resolución N° 13/2710/01, en los predios "Santa Filomena Estación Disipadora N° 1,5 A" y "Santa Filomena Planta Elevadora Las Tórtolas N° 4-A".</p>	<p>Anglo American Sur expresa que ha implementado casi la totalidad del Plan de Trabajo para la Intervención de Formaciones Xerofíticas en cuestión, señalando que se debe tener en cuenta que aquellas obras pendientes se deben a la inexistencia en el mercado de ejemplares para completar la reforestación, lo cual es ajeno a su voluntad. Agrega que para estos efectos, celebró un contrato con la Universidad de Chile y su Centro Productor de Semillas y Árboles Forestales (CESAFL de la Facultad de Ciencias Forestales y Conservación de la Naturaleza, a fin de permitir en el mediano plazo la obtención y provisión de los ejemplares necesarios para concluir con los planes de reforestación. Adicionalmente, expresa que la empresa está trabajando en un convenio con la Universidad de Chile, con el objetivo de proponer, desarrollar e implementar un programa de gestión de recursos fitogenéticos para las especies de interés de AAS. Finalmente afirma que durante los primeros cinco años de ejecución e implementación de los planes de reforestación, éstos contemplan complejidades propias en cuanto a los porcentajes de sobrevivencia y que en este sentido, es normal y esperable que una parte de las especies reforestadas no sobreviva y deba ser repuesta durante las sucesivas mantenciones, circunstancia por la cual no debe entenderse que el plan de reforestación ha fracasado.</p> <p>Por otra parte, solicita que se recalifiquen los hechos debido a que no se derivan directamente de éstos efectos de magnitud irreversibles.</p> <p>Por último, en subsidio solicita la aplicación de las circunstancias atenuantes del artículo 40 de la LO-SMA para rebajar el monto de la sanción.</p>

V. ANTECEDENTES APORTADOS DURANTE EL PRESENTE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO.

18. Dentro del presente procedimiento sancionatorio, se cuenta con el informe de fiscalización y las actas de inspección ambiental de fechas 26, 27 y 28 de noviembre de 2013, antecedentes que se tuvieron en cuenta para dar inicio al presente procedimiento sancionatorio.

19. A su vez, en cumplimiento al requerimiento de información, Anglo American Sur, con fecha 5 de septiembre de 2014, además de presentar presupuestos y respuestas a la información requerida, acompaña los siguientes documentos:

- i. Imágenes satelitales de los sectores reforestados.

- ii. Contratos de las empresas involucradas en los Planes de Manejo.
- iii. Fotos georreferenciadas de las plantaciones realizadas.
- iv. Resolución aprobatoria del Plan del PMP13/2710/01.

20. Con posterioridad, junto con sus descargos, con fecha 16 de septiembre de 2014, la empresa acompaña la siguiente información:

- i. Documento denominado "Obras de Desvío de Aguas Depósito Botadero Donoso".
- ii. Documento denominado "Fotos Construcción Plataforma y Canales de Contorno".
- iii. Acta Notarial del Notario Max Ordóñez Urbina, de fecha 24 de Abril de 2014.
- iv. Documento denominado "Informe de Actividades Plan de Manejo de Preservación - Sector de Reforestación de Guayacanes" elaborado por SKM.
- v. Informe "Registro de Actividades Plan de Manejo de Preservación", preparado por Jaime Illanes y Asociados Consultores S.A.
- vi. Informe "Programa de Reforestación Informe Final Temporada Estival 2013-2014", preparado por Jaime Illanes Consultores S.A.
- vii. Copia del contrato celebrado con fecha 8 de Mayo de 2014 entre AAS y Universidad de Chile y su Centro Productor de Semillas y Árboles Forestales (CESAF).

21. Por último, se cuenta con el Oficio enviado a la Dirección Ejecutiva de CONAF, el cual fue contestado mediante el Of. Ord N° 77/2015 de 3 de febrero de 2015 e incorporado al expediente del presente procedimiento administrativo sancionatorio con fecha 13 de abril de 2015.

22. En este contexto, cabe señalar de manera general en relación a la prueba rendida en el presente procedimiento sancionatorio, que el inciso primero del artículo 51 de la LO-SMA dispone que los hechos investigados y las responsabilidades de los infractores deberán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica. Por su parte, el artículo 53 de la LO-SMA dispone como requisito mínimo del dictamen, señalar la forma cómo se han llegado a comprobar los hechos que fundan la formulación de cargos. En razón de lo anterior, la apreciación de la prueba en los procedimientos administrativos sancionadores que instruye la Superintendencia, con el objeto de comprobar los hechos que fundan la formulación de cargos, se realiza conforme a las reglas de la sana crítica.

23. La sana crítica es un régimen intermedio de valoración de la prueba, estando en un extremo la prueba legal o tasada y, en el otro, la libre o íntima convicción. Asimismo, es preciso expresar que la apreciación o valoración de la prueba es el proceso intelectual por el que el juez o funcionario público da valor, asigna mérito, a la fuerza persuasiva que se desprende del trabajo de acreditación y verificación acaecido por y ante él.²

24. En este sentido, Couture ha señalado que las "[...] reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez [...]"³, la sana crítica es la "[...] unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual [...]"⁴.

² Al respecto véase Tavolari Raúl, El Proceso en Acción, Editorial Libromar Ltda., Santiago, 2000 pág., 282.

³ Couture, Eduardo. J., "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Editorial Depalma, Tercera edición, Buenos Aires, 1958, p. 270.

⁴ Couture, Eduardo. J., ob. cit. n°1, p. 271.

25. La jurisprudencia, por su parte, ha afirmado en relación a la sana crítica que ésta “[...] está referida a la valoración y ponderación de la prueba, esto es, la actividad encaminada a determinar primero los aspectos que inciden en la decisión de considerar aisladamente los medios probatorios, para precisar su eficacia, pertinencia, fuerza, vinculación con el juicio y cuanto pueda producir fe en el juzgador respecto de su validez y su contribución al establecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, esto es, el mérito que puede incidir en la convicción del sentenciador. Luego, en una valoración conjunta de los medios probatorios así determinados, extraer las conclusiones pertinentes en cuanto a los hechos y fijar la forma en que éstos sucedieron”⁵.

26. Además, la jurisprudencia ha añadido que la sana crítica implica un “Análisis que importa tener en consideración las razones jurídicas, asociadas a las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en cuya virtud se le asigne o reste valor, tomando en cuenta, especialmente, la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador. En definitiva, se trata de un sistema de ponderación de la prueba articulado por medio de la persuasión racional del juez, quien calibra los elementos de juicio, sobre la base de parámetros jurídicos, lógicos y de manera fundada, apoyado en los principios que le produzcan convicción de acuerdo a su experiencia”⁶.

27. Cabe tener presente, que el último elemento de la sana crítica, referido a la obligación de fundamentar la sentencia, ha cobrado especial importancia. De esta manera, nuestros Tribunales Superiores de Justicia han manifestado que “En este ámbito destaca la “garantía de la motivación”, en cuya virtud se da al juez libertad de apreciación pero, al mismo tiempo, se le obliga a correlacionar lógicamente los argumentos, demostrando su conclusión, para prevenir la arbitrariedad. La motivación lógica debe ser coherente, es decir, debe basarse en razonamientos armónicos entre sí, que no contradigan los principios de identidad, de contradicción y tercero excluido. Además, la motivación debe respetar el principio de razón suficiente, para lo cual el razonamiento debe constituirse, mediante inferencias razonables deducidas de las pruebas y de la sucesión de conclusiones que en su virtud se vayan determinando, satisfaciendo así las exigencias de ser concordante, verdadera y suficiente”⁷.

28. Así las cosas, en este dictamen, y cumpliendo con el mandato legal, se utilizarán las reglas de la sana crítica para valorar la prueba rendida, valoración que se llevará a cabo en los capítulos siguientes, referidos a la configuración de las infracciones, calificación de las infracciones y ponderación de las sanciones.

29. Ahora bien, respecto al valor probatorio de los hechos constatados en la fiscalización de un proyecto, el inciso segundo del artículo 51 de la LO-SMA dispone que “los hechos constatados por los funcionarios a los que se reconocen la calidad de ministro de fe, y que se formalicen en el expediente respectivo, tendrán el valor probatorio señalado en el artículo 8°, sin perjuicio de los demás medios de prueba que se aporten o generen en el procedimiento”.

30. Por su parte, el inciso segundo del artículo 8° de la LO-SMA, prescribe: “Los hechos establecidos por dicho ministro de fe constituirán **presunción legal**” (Lo destacado es nuestro). Además, el artículo 47 de la Ley 20.283 sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, el artículo 7 letra k) de la Ley 18.755 que Establece Normas sobre el SAG y el artículo 157 del Código Sanitario, establecen la misma calidad de ministros de fe, respecto de los funcionarios de CONAF, SAG y Seremi de Salud. Así, la presunción de veracidad de los hechos constatados en el acta de inspección ambiental por estos funcionarios constituye una presunción legal.

31. En este orden de ideas, el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental ha reconocido el valor probatorio a las actas de inspección, al expresar: “Que al tenor de los preceptos anteriormente citados, para que proceda en el caso de autos la presunción legal se requiere

⁵ Corte Suprema, Rol 9145-2009, sentencia de 15 de mayo de 2012, considerando décimo tercero.

⁶ Corte Suprema, Rol 8654-2012, 24 de diciembre de 2012, considerando vigésimo segundo.

⁷ Corte Suprema, Rol 3897-2012, sentencia de 13 de noviembre de 2012, considerando quinto.

que los hechos hayan sido constatados por un ministro de fe y formalizados en el expediente respectivo. Ahora bien, un fiscalizador de la SMA será ministro de fe sólo respecto de hechos constitutivos de infracción y siempre que estos consten en el acta respectiva. De lo anterior se colige que la aplicación del artículo 51 se produce -en el caso de los fiscalizadores de la SMA- cuando estos formalizan en el expediente administrativo los hechos constatados en su acta de fiscalización”⁸.

32. En el mismo sentido, este reconocimiento se ha dado en el ámbito de la doctrina nacional, que ha sostenido que *“La característica relevante, pero problemática, que concierne a las actas de inspección radica en la presunción de certeza o veracidad que el Derecho les reconocería. En virtud de esta presunción se ha estimado tradicionalmente que los hechos reflejados en el acta son ciertos, salvo prueba en contrario. Es decir deben tenerse por verdaderos, a menos que quedare debidamente constatada su falta de sinceridad”*.⁹

33. La jurisprudencia administrativa ha confirmado este criterio al precisar que *“(…) siendo dicha certificación suficiente para dar por acreditada legalmente la respectiva notificación, en consideración a que tal testimonio, por emanar de un ministro de fe, está dotado de una presunción de veracidad”*¹⁰.

34. La doctrina española ha adoptado la misma posición respecto al valor probatorio de las actas de inspección, entendiendo este medio de prueba como una presunción de veracidad que puede ser destruida a través del aporte de prueba en contrario por parte de la empresa, considerándose suficiente garantía del respeto a la presunción de inocencia la posibilidad concedida al administrado de poder presentar prueba.¹¹ Así, ha señalado que *“(…) en todo caso, y como se desprende de esta última sentencia, la principal consecuencia del reconocimiento de la presunción de certeza de las denuncias y actas de inspección es la inversión de la carga de la prueba. Es decir, es al acusado a quien corresponde aportar las pruebas necesarias, en el seno del procedimiento sancionador, para negar unos hechos que el órgano sancionador debe dar por ciertos. De no hacerlo así, y al existir ya una prueba de cargo suficiente, el administrado será necesariamente sancionado.”*¹²

35. Por tanto, la presunción legal de lo constatado por el ministro de fe constituye, prueba suficiente cuando no ha sido desvirtuada por el presunto infractor o los terceros interesados, lo cual será considerado al momento de valorar la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica, en los apartados siguientes.

VI. SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LAS INFRACCIONES

36. En este capítulo se analizará la configuración de cada una de las infracciones que se han imputado a Anglo American Sur en el presente procedimiento sancionatorio.

a) Cargo 1: Contar con sector de desnivel de alrededor 10 metros de largo contrario a pendiente diseñada, en canales de contorno.

37. En el informe de fiscalización se establece *“En terreno se pudo constatar que los canales de contorno de depósito de estériles se encuentran completamente cubiertos con nieve. Además se aprecia un sector con desnivel (alrededor de 10 metros de largo) contrario a pendiente diseñada (pequeña loma). En la fecha que se realizó (noviembre 2013) la*

⁸ Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-23-2014, sentencia de 12 de septiembre de 2014, considerando décimo tercero.

⁹ JARA Schnettler, Jaime y MATURANA Miquel, Cristián. “Actas de fiscalización y debido procedimiento administrativo”, Revista de Derecho Administrativo N° 3. 2009, 1pp a 28 pp.

¹⁰ Dictamen N° 37.549, Contraloría General de la República, 25 de junio de 2012.

¹¹ Al respecto, ver REBOLLO Puig, Manuel; IZQUIERDO Carrasco, Manuel; ALARCÓN Sotomayor, Lucía; y BUENO Armijo, Antonio María; en Derecho Administrativo Sancionador; Editorial Lex Nova; 2010; página 745.

¹² Ibid, 746 p.

fiscalización corresponde a época de deshielo para el sector donde se encuentra emplazado el proyecto”¹³.

38. Al respecto, la RCA N° 29/2004 considerando 3.1.1.2. prescribe que *“La limpieza de los canales de contorno del depósito Donoso se definirá de acuerdo a los resultados de las inspecciones visuales que se contempla realizar bajo el siguiente esquema: [...] Inspección de canales durante el período de deshielo para verificar que los canales están interceptando y desviando adecuadamente las escorrentías. [...] En caso necesario, se realizarán trabajos de retiro de materiales eventualmente presentes en los canales, y en general trabajos de mantención de los mismos, los recursos y métodos empleados en este punto se encuentran descritos en el Informe consolidado de Evaluación”*.

39. Por su parte, el capítulo 2.4.1. de la DIA correspondiente al expediente de evaluación ambiental de la RCA N° 29/2004 dispone en relación a la construcción de los canales de contorno que *“El canal de contorno C1 bordeará al depósito en su sección sur y permitirá colectar las aguas de fusión de la nieve que se depositen directamente sobre la plataforma (impermeabilizada), para conducir las hasta un dren natural o quebrada que finalmente drena al Río Blanco (Figura 3 y 5). Este canal será impermeabilizado con geomembrana para evitar infiltraciones de agua a la base del depósito. Es importante señalar que la plataforma del depósito se construirá con una pendiente de 1,5% en sentido norte-sur, por lo que el escurrimiento será en el mismo sentido hasta ser captado por el canal de contorno C1. El canal de desvío C2 corresponde a un dren a construir en la salida de una pequeña laguna (denominada L2) para desviar su desagüe natural y evitar que escurran hacia el depósito. El canal C2 desviará el curso de este escurrimiento hacia la microcuenca del sistema de lagunas Los Milos, la que finalmente entregará sus aguas al Río Blanco a través del Estero Castro (Figuras 3 y 5)”*.

40. En este escenario, la empresa en sus descargos afirma que *“Como puede apreciarse de la lectura del acta inspectiva, no existe claridad acerca de la infracción que esta Superintendencia imputa a AAS. A similar conclusión se llega si se observa una de las fotografías tomada por los fiscalizadores durante su visita inspectiva, conforme a la cual tanto la plataforma de los canales de contorno como éstos últimos estaban cubiertos por nieve, siendo imposible determinar a partir de esta foto cuál es el hecho que esta Superintendencia estima como constitutivo de infracción”*.

41. Con posterioridad, Anglo American Sur sostiene *“De la misma forma, la infracción contenida en la Formulación de Cargos está formulada en términos amplios de forma tal que impide a AAS saber cuál es el hecho que esta Superintendencia considera contrario a las disposiciones que forman parte del proyecto “Depósito de Estériles Donoso”. Así las cosas, la letra del cargo contenido en el punto 1. del resolvo 1 de la Formulación de Cargos supone una amplitud que no permite determinar objetiva y concretamente: [...]cuál es el sector o ubicación específica a que se refiere la supuesta infracción, considerando que los canales de contorno en cuestión se ubican en el depósito de estériles Donoso, cuya superficie es de aproximadamente 43 hectáreas; [...] cuál es la magnitud o grado de desnivel que supuestamente existe, considerando que la sola verificación de un “desnivel” no es concluyente para determinar la existencia de hechos que puedan constituir una infracción a las obras de diseño de los canales de contorno; [...] cuál es la extensión exacta del sector de desnivel supuestamente observado, considerando que 10 metros es una distancia despreciable si se está en presencia de canales de contorno cuya extensión en conjunto es de aproximadamente 1.720 metros; y [...] en qué superficie u obra específica se verifica el supuesto desnivel, considerando que tanto el depósito de estériles Donoso como los canales de contorno están diseñados con pendientes definidas para permitir la evacuación de los escurrimientos que puedan producirse”*.

42. Finalmente, en relación a este punto, la empresa sostiene que esta falta de precisión en el cargo atenta contra el artículo 49 de la LO-SMA, lo cual en consecuencia transgrede el derecho a defensa de Anglo American Sur, el principio de tipicidad que debe regir en el procedimiento y el fin de la pena.

¹³ Informe de Fiscalización Ambiental “Inspección Ambiental Mina Los Bronces – Anglo American”, DFZ-2013-1468-INTER-RCA-IA, Superintendencia del Medio Ambiente. 20 p.

43. En cuanto a estas aseveraciones, cabe señalar que el cargo, es suficientemente preciso como para cumplir con el artículo 49 de la LO-SMA, debido a que en éste se establece la longitud de la pendiente contraria a la diseñada y a su vez se dispone que ésta se encuentra ubicada en los canales de contorno. Por otro lado, para obtener información respecto de la ubicación del lugar donde se constató esta pendiente, basta con recurrir al informe de fiscalización, en el cual se especifican las coordenadas del lugar de captura de la fotografía que se utiliza como medio de prueba.

44. A mayor abundamiento, cabe señalar, que durante la inspección ambiental, los fiscalizadores que efectuaron la inspección fueron acompañados por un representante de Anglo American S.A., por lo que difícilmente es procedente la alegación relativa al desconocimiento de la no conformidad imputada.

45. De esta manera, el cargo en análisis, sí cumple con la precisión dispuesta en el artículo 49 de la LO-SMA, lo cual implica que no se están transgrediendo los principios esgrimidos por la empresa, toda vez que a ésta se le ha otorgado la información suficiente para tener conocimiento de infracción imputada.

46. Por otro lado, Anglo American Sur expresa *"...al momento de la visita inspectiva de fecha 26 de Noviembre de 2013, los canales de contorno se encontraban cubiertos con nieve congelada, según esta misma Superintendencia pudo constatar, hecho que se observa en la fotografía tomada por esta Superintendencia y acompañada en la letra (a) anterior. En consecuencia, era físicamente imposible verificar, mediante simple apreciaciones visuales, la existencia de sectores de desnivel en los canales de contorno. [...] es deber de esta Superintendencia determinar mediante medios certeros y cuantificables las circunstancias que observe durante una visita inspectiva, no siendo suficiente meras apreciaciones visuales especialmente si, como ocurre en la especie, lo que pretende apreciar se encuentra oculto bajo la nieve y el hielo. Como quedó demostrado en el caso de autos, el supuesto sector de desnivel sólo fue constatado mediante una simple apreciación visual, sin utilizar ningún instrumento de medición que concluyera con exactitud su existencia, circunstancia que le resta toda validez al supuesto hecho imputado a AAS. De la misma forma, la falta de instrumentos de medición y de datos objetivos resultantes de la utilización de los mismos impiden determinar (i) el significado o alcance del término desnivel; (ii) el grado o pendiente del mismo; (iii) su ubicación exacta dentro de la zona ocupada por el depósito y la plataforma; (iv) su locación específica, ya sea dentro de los canales de contorno, en la plataforma de los mismos o en el depósito de estériles; y (v) el efecto ocasionado sobre la operación de los canales de contorno". Finalmente la empresa concluye "Las circunstancias anteriormente descritas determinan que el cargo formulado a AAS no tenga validez, correspondiendo sólo a opiniones formuladas en base a apreciaciones visuales por las cuales mi representada no puede ser sancionada".*

47. En relación a esta argumentación se debe precisar que existe una diferencia entre la validez del cargo que se imputa, y la prueba en la cual se basa, tanto la formulación de cargos, como el dictamen que propone la sanción o absolución del presunto infractor. En el primer caso, la formulación de cargos debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 49 de la LO-SMA, lo cual como ya ha sido abordado en este apartado, se ha cumplido por parte de esta Superintendencia, en atención a que el cargo imputado fue formulado con la debida precisión. En el segundo caso, el mérito de la prueba es analizada, con posterioridad a la formulación de cargos, en virtud de la sana crítica, considerando, tanto el acta de fiscalización, como el informe de inspección, siendo la primera la que goza de presunción, junto con los diversos medios de prueba que se hayan aportado al procedimiento. Así, una percepción visual respecto de una pendiente, en circunstancias que existe nieve congelada, claramente tiene menos valor probatorio que una medición realizada a través de un instrumento técnico; y si fuera el caso en que se aporte prueba contundente para desacreditar este hecho, siempre existirá la posibilidad de ponderar la absolución de la empresa respecto del cargo imputado, ya sea por inexistencia de prueba o prueba insuficiente, que a juicio del Fiscal Instructor no resulte adecuada para acreditar lo contrario.

48. De este modo, la presunta debilidad de la prueba, no es capaz de quitar validez al cargo formulado, por lo que se desechará la argumentación de la empresa,

sin perjuicio de que estas circunstancias sean analizadas al momento de ponderar la prueba para configurar la infracción en cuestión, que es el momento en el cual se deben examinar estos aspectos.

49. En otro orden de ideas, Anglo American Sur controvirtiendo el hecho imputado, plantea que los canales de contorno cumplen con el objeto para el cual fueron proyectados, y que a mayor abundamiento éstos funcionan de acuerdo a lo señalado en la RCA N° 29/2004. Así, la empresa expresa *"En conformidad con lo señalado anteriormente, es posible indicar que los canales de contorno cumplen con el objetivo para el cual fueron creados y el cargo formulado en nada altera o afecta su debido y correcto funcionamiento. En este sentido, AAS implementó todas aquellas características constructivas indicadas anteriormente, las cuales han permitido que los deshielos generados en el depósito de estériles Donoso y en la plataforma de los canales de contorno escurran hacia los mismos, atendida la existencia de una pendiente de diseño que facilita este escurrimiento. Asimismo, la existencia de geomembrana en la base del depósito, en la plataforma de los canales de contorno y en estos últimos ha evitado la generación de infiltraciones generadas por deshielos. Por consiguiente, los canales de contorno cumplen con el fin dispuesto para los mismos, no existiendo fallas en su funcionamiento. Prueba de ello es que la misma acta inspectiva de fecha 26 de Noviembre de 2013 no indica que los canales de contorno no funcionen, limitándose a señalar la existencia de un supuesto sector de desnivel que en nada afecta el cumplimiento del fin para el cual los mismos fueron creados".* Con posterioridad Anglo American Sur sostiene *"Las obras anteriormente descritas impiden que se produzcan infiltraciones y a su vez permiten el escurrimiento de los deshielos hacia los canales de contorno. En este sentido, la eventual existencia de un sector de desnivel no afecta la correcta operación de los canales de contorno. En consecuencia, el elemento técnico que asegura la no infiltración y correcto escurrimiento de los deshielos hacia los canales de contorno es la existencia de una geomembrana tanto en la base de los canales de contorno como en toda la plataforma circundante, además de la existencia de una pendiente de diseño".*

50. Para acreditar sus alegaciones, la empresa presenta en conjunto con sus descargos un documento denominado "Obras de Desvío de Aguas Depósito Botadero Donoso"; un documento denominado "Fotos Construcción Plataforma y Canales de Contorno"; y un acta Notarial del Notario Max Ordóñez Urbina, de fecha 24 de Abril de 2014, donde se establece la cota y coordenadas del recorrido de uno de los canales de contorno.

51. Del análisis de la prueba, se puede determinar que actualmente Anglo American Sur, ha realizado obras en los canales de contorno del depósito de estériles Donoso con el objeto de cumplir con las obligaciones prescritas respecto de este aspecto en la RCA N° 29/2004.

52. De esta forma, Anglo American Sur en el presente procedimiento administrativo aporta prueba que sin desacreditar el hecho imputado por no demostrar la ausencia de pendiente contraria en el mismo tramo imputado, logra poner en duda mediante fotografías y certificación ante notario de que la pendiente de los canales de contorno es constante, debido a que el ministro de fe deja constancia del vértice, las coordenadas y la cota del tramo recorrido por éste.

53. La duda en cuestión se produce, debido a que la fotografía que se presenta en el informe de fiscalización no logra generar un convencimiento respecto de la percepción visual del fiscalizador, no generándose plena prueba sobre la situación fáctica que existía en los canales de contorno al momento de la inspección ambiental.

54. Así las cosas, teniendo en consideración que no se ha logrado llegar a una convicción respecto de la comisión del hecho imputado a Anglo American Sur, y a lo expuesto en el presente apartado, no se puede tener por configurado el hecho infraccional en análisis, debido a que no existe prueba suficiente que compruebe el hecho que fue imputado a la empresa en la formulación de cargos.

55. Por lo tanto, considerando los antecedentes que obran en el presente procedimiento sancionatorio, tales como las actas de inspección ambiental; el informe de fiscalización; y el análisis de la prueba aportada por Anglo American Sur, no se tiene por

configurado el hecho imputado, debido a que el acta de inspección ambiental no logra hacer plena prueba que acredite la infracción, por lo que se propondrá la absolucióndel presente cargo en el apartado correspondiente.

b) Cargo 2: No se ha ejecutado en su totalidad el Plan de Manejo de Preservación aprobado por Resolución N° 13/2710/01.

56. En cuanto a este punto, en el Acta de Inspección Ambiental de 27 de noviembre se deja constancia en relación a este Plan de Manejo de Preservación *"Cerca perimetral está compuesto de malla Ursus, con dos hebras de alambre de púas, postes de pino impregnado, a una distancia de dos metros cada poste; [...]No se aprecia vestigio de la plantación de guayacanes, encontrándose en el lugar un ejemplar de Guayacán ubicado en la Coordenada 354.032 E; 6.325.905 N, (Datum WGS 84 Huso 19), cuya altura 3 cm.; [...]Se pudo observar sistema de riego tecnificado conformado por hileras de "riego por goteo" sobre las casillas construidas; [...] Las casillas estaban a una distancia irregular una de otra; 9.40 mts; 8 mts; 10,8 mts y 9.2 mts.; [...] En el lugar no se pudo observar algún medio de protección individual de las plantas; Presencia de lagomorfos (conejos), fecas y madrigueras en el lugar de la plantación"*.

57. En este sentido, el Plan de Manejo Forestal aprobado por Resolución N° 13/2720/08, que se encuentra asociado a la RCA N° 8095/2009, establece una superficie de reforestación para el año 2012, de 0,3 hectáreas, a una densidad de 83 plantas por hectárea, de la especie *porliera chilensis*, equivalente a 25 individuos. Además, se dispone *"Los Guayacanes se deben plantar en 5 grupos con 5 ejemplares cada uno. Dentro de cada grupo, los árboles no debieran estar separados mas (sic) de 2 metros. Las plantas se protegerán de conejos con malla hexagonal de 1 metro de alto y 3 tutores. La plantación debe protegerse con un cerco de malla Ursus de un metro de alto y polines impregnados"*.

58. Al respecto, la empresa señala que comenzó la ejecución del Plan de Manejo en cuestión en el año 2011, asegurando que *"...durante el mes de Diciembre de 2011 se desarrollaron las actividades de instalación del sistema de riego, plantación de las especies, instalación de protección con maya raschel y se concluyó la instalación de los rollizos para la confección del cerco. Las actividades anteriormente señaladas constan en el "Informe de Actividades Plan de Manejo de Preservación - Sector de Reforestación de Guayacanes", elaborado por SKM, el cual se acompaña en el otrosí de este escrito"*.

59. Con posterioridad, la empresa afirma *"Luego, en Enero de 2014, se procedió a realizar un replante para un total de 25 ejemplares de la especie Porlieria chilensis (Guayacán). Cabe hacer presente que fue necesario realizar el replante de la totalidad de las especies comprometidas en el Plan de Manejo de Preservación. En este sentido, con motivo de las labores de mantención fue posible concluir que la tasa de mortalidad que afectó a la faena de plantación realizada el año 2011 tuvo como principal causa el ataque de lagomorfos. Por esta razón, durante la etapa de replante se incorporaron una serie de medidas adicionales para prevenir la acción de lagomorfos y asegurar el éxito del Plan de Manejo de Preservación"*.

60. Para comprobar sus alegaciones, Anglo American Sur acompaña un documento denominado "Informe de Actividades Plan de Manejo de Preservación - Sector de Reforestación de Guayacanes" elaborado por la consultora SKM, un informe "Registro de Actividades Plan de Manejo de Preservación" y un informe "Programa de Reforestación Informe Final Temporada Estival 2013-2014", ambos preparados por Jaime Illanes Consultores S.A.

61. A su vez, en virtud del requerimiento de información efectuado, la empresa aporta imágenes satelitales de los sectores reforestados, contratos de las empresas involucradas en los Planes de Manejo, fotos georreferenciadas de las plantaciones realizadas y la Resolución aprobatoria del Plan del PMP13/2710/01.

62. Del análisis de la información entregada y las afirmaciones efectuadas por la empresa, se puede sostener que ésta efectivamente inició el programa

de reforestación a finales del año 2011, pero que sin embargo, la mantención al plan no fue efectiva, debido a que como consta en el acta de inspección ambiental, sólo un individuo sobrevivió.

63. Además, se puede observar que Anglo American Sur, con posterioridad a la inspección ambiental, realizó acciones de mantenimiento replantando en el predio en cuestión durante el mes de enero del año 2014.

64. En este contexto, cabe señalar que el artículo 14 de la Ley N° 20.283 establece *“Los compromisos de regeneración o reforestación establecidos en los planes de manejo aprobados por la Corporación, o en las medidas de compensación o reparación establecidas por orden judicial, se entenderán cumplidos cuando se verifique en terreno una sobrevivencia igual o superior al 75% del número de individuos comprometidos en los respectivos planes de manejo. Esta sobrevivencia deberá determinarse, no antes que dichos individuos cumplan dos años de vida, desde su plantación o regeneración natural”*.

65. De esta forma, se puede concluir que a pesar de que se haya realizado la reforestación de acuerdo al programa prescrito en la Resolución N° 13/2710/01 de la CONAF, el hecho de que haya sobrevivido sólo un individuo, implica que no se cumplió con el Plan de Manejo de Preservación y que su ejecución no se finalizó, ya que ésta implicaba, tanto la plantación como la debida mantención que asegurara un 75% de sobrevivencia de los individuos reforestados.

66. En este sentido, el argumento de la empresa relativo a que la presencia de herbívoros, tales como lagomorfos o conejos, produjo que las especies no sobrevivieran, será desechado, toda vez, que es obligación de la empresa el asegurar la supervivencia de los individuos y a su vez, a que la presencia de herbívoros fue considerada en el informe técnico y en la misma resolución que aprueba el Plan de Manejo de Preservación, al establecerse medidas de protección específicas en contra de éstos, tal como fue citado con anterioridad.

67. Por tanto, sin perjuicio de las acciones que se tomaron con el objeto de dar cumplimiento al plan examinado con posterioridad a la fecha en que éste comenzó a ser exigible, se encuentra constituida la infracción en análisis al no haberse ejecutado la debida mantención de los ejemplares plantados y por consiguiente no haber logrado el 75% de sobrevivencia que permite dar por cumplido un plan de manejo.

68. No obstante lo anterior, la reforestación efectuada en el año 2014, será considerada en el apartado relativo a la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA, en cuanto a la conducta posterior del infractor.

69. Así las cosas, considerando los antecedentes que obran en el presente procedimiento sancionatorio, tales como las actas de inspección ambiental; el informe de fiscalización; y el análisis de la prueba aportada por Anglo American Sur, se tiene por configurado el hecho imputado.

c) Cargo 3: No se ha ejecutado en su totalidad el programa de reforestación contemplado en el Plan de Trabajo para la Intervención de Formaciones Xerofíticas aprobado por Resolución N° 13/2710/01, específicamente: 3.1. No se ha ejecutado el programa de reforestación en los predios “Parcela B, Fundo Los Nogales”, y “Predio Santa Filomena campamento Estación Disipadora N°1”; 3.2. No se cuenta con la totalidad de los ejemplares señalados en el Plan de Trabajo para la Intervención de Formaciones Xerofíticas aprobado por Resolución N° 13/2710/01, en los predios “Santa Filomena Estación Disipadora N° 1,5 A” y “Santa Filomena Planta Elevadora Las Tórtolas N° 4-A”.

70. En cuanto a este punto, en el Acta de Inspección Ambiental de 28 de noviembre de 2013, se deja constancia en relación al predio Reserva Los Nogales que *“No ha sido ejecutado el programa de reforestación contemplado para el año 2011. [...] No hay cerco construido. [...] No hay señales de actividades de preparación de sitio para la reforestación. [...] El área despejada corresponde a 22.728 m2 aproximadamente, registrado con GPS NOMAD TRIMBLE”*.

71. Cabe señalar, que el plan de trabajo en análisis, estableció respecto de la parcela B, del Fundo Los Nogales reforestación en una superficie de 5,71 ha, a una densidad de 625 plantas por hectárea, con las especies *Fabiana imbricata*; *Ephedra chilensis*; *Chuquiraga oppositifolia*.

72. Por su parte, en el Acta de inspección de la misma fecha, se consigna respecto al Predio Santa Filomena campamento Estación Disipadora N° 1, que *"No ha sido ejecutado el programa de reforestación contemplado para el año 2011. [...] En el lugar de reforestación se pudo constatar la instalación parcial de postes para la construcción de cerco perimetral. [...] No hay señales de actividades de preparación de sitio para la reforestación"*.

73. En cuanto a este predio, el plan de trabajo en cuestión, prescribe reforestación en una superficie de 0,73 hectáreas, a una densidad de 435 plantas por hectárea, con las especies *Tetraglochin alatum* y *Guindilla trinervis*.

74. Por su parte, en cuanto al predio Santa Filomena Estación Disipadora N° 1,5 A, en el acta de inspección ambiental del 28 de noviembre de 2013 se constata *"Cerco perimetral está compuesto de malla Ursus, con dos hebras de alambre de púas, postes de pino impregnado, a una distancia de 2,6 a 2,8 mts cada poste. [...] Se efectuó un censo (conteo total por hilera de plantación), para determinar la cantidad de ejemplares de cada una de las especies vivas en el lugar de la reforestación, constatando la existencia de 25 ejemplares de Quillay vivos, 7 ejemplares de Bollen vivos y 9 ejemplares de Huingán vivos, resultando un total de 41 ejemplares vivos. [...] Se pudo observar sistema de riego tecnificado conformado por hileras de "riego por goteo" sobre las casillas construidas. [...] Según lo informado por Karin Espindola (Jefa de permisos, Angloamerican), el riego fue suspendido hace aproximadamente un mes por mantención del sistema. [...] En el lugar se pudo observar la protección individual de las plantas vivas mediante malla rachel con tutores de coligue. [...] El área reforestada corresponde a 7.260 m² aproximadamente, registrado con GPS NOMAD TRIMBLE"*.

75. En relación a este predio el plan de trabajo para la intervención de formación xerofíticas analizado establece la reforestación de una superficie de 0,59 hectáreas, a una densidad de 130 plantas por hectárea, con las especies *Quillaja saponaria* y *Trevoa quiuinervis*.

76. Finalmente, en la misma acta de inspección ambiental se verifica respecto del predio Santa Filomena Planta Elevadora Las Tórtolas N° 4-A lo siguiente: *"Cerco perimetral está compuesto de malla Ursus, con dos hebras de alambre de púas, postes de pino impregnado, a una distancia de 2,3 mts cada poste. [...] Se efectuó un censo (conteo total por hilera de plantación), para determinar la cantidad de ejemplares de cada una de las especies vivas en el lugar de la reforestación, constatando la existencia de 53 ejemplares de Quillay vivos, 10 ejemplares de Bacaris vivos, 8 ejemplares de Colliguay vivos 3 ejemplares vivos de Trevoa quiuinervis y 14 ejemplares de Huingán vivos, resultando un total de 88 ejemplares vivos. [...] Se pudo observar sistema de riego tecnificado conformado por hileras de "riego por goteo" sobre las casillas construidas. [...] Según lo informado por Karin Espindola (Jefa de permisos, Angloamerican), el riego fue suspendido hace aproximadamente un mes por mantención del sistema. [...] En el lugar se pudo observar la protección individual de las plantas vivas mediante malla rachel con tutores de coligue. [...] El área reforestada corresponde a 1.423 m² aproximadamente, registrado con GPS NOMAD TRIMBLE"*.

77. Al respecto, el plan de trabajo en examen dispone la reforestación de una superficie de 0,26 hectáreas, a una densidad de 565 plantas por hectárea, con las especies *Quillaja saponaria*, *Tetraglochin alatum* y *Baccharis neaei*.

78. En lo referente a todos predios individualizados con anterioridad, Anglo American Sur esgrime argumentos similares en sus descargos al señalar respecto de los dos primeros, los siguientes argumentos que son reproducidos para los demás: *"En relación con este cargo, es posible señalar que AAS ha implementado casi en su totalidad el Plan de Trabajo para la Intervención de Formaciones Xerofíticas al que alude la Resolución N°13/2710/01 de la Conaf. La implementación del programa de reforestación en cuestión requirió la ejecución de una serie de etapas y procesos. En este sentido, en el período comprendido entre el 1 de Agosto de 2011 y el 31 de Diciembre*


de 2011, AAS contrató a SKM para el manejo de los programas de reforestación en cuestión, lo que resultó en la preparación de áreas en Santa Filomena, en la Estación Disipadora 1 y en la Estación Disipadora 1.5, dándose posteriormente inicio a un contrato de mantención con la misma empresa. [...] Producto de las labores realizadas con motivo de la ejecución de los programas de mantenimiento antes indicados, AAS ha logrado implementar todas aquellas medidas que eran necesarias para llevar a cabo los referidos programas de reforestación, todas las cuales constan en el informe "Programa de Reforestación Informe Final Temporada Estival 2013-2014" preparado por Jaime Illanes y Asociados Consultores S.A., acompañado en el otrosí de este escrito".

79. Con posterioridad la empresa expresa "Finalmente, se debe tener en cuenta que aquellas obras pendientes se deben a la inexistencia en el mercado de ejemplares para completar la reforestación, circunstancia ajena a la voluntad de mi representada. Para estos efectos, con fecha 8 de Mayo de 2014 AAS celebró un contrato con la Universidad de Chile y su Centro Productor de Semillas y Árboles Forestales (CESAFL de la Facultad de Ciencias Forestales y Conservación de la Naturaleza, a fin de permitir en el mediano plazo la obtención y provisión de los ejemplares necesarios para concluir con los planes de reforestación".

80. Para probar sus alegaciones, Anglo American Sur acompaña un Informe "Programa de Reforestación Informe Final Temporada Estival 2013-2014", preparado por Jaime Illanes Consultores S.A. y una copia del contrato celebrado con fecha 8 de Mayo de 2014 entre AAS y Universidad de Chile y su Centro Productor de Semillas y Árboles Forestales (CESAF). A su vez, en virtud del requerimiento de información efectuado a la empresa, ésta entrega imágenes satelitales de los sectores reforestados, contratos de las empresas involucradas en los Planes de Manejo, y fotos georreferenciadas de las plantaciones realizadas.

81. Del análisis de la información entregada y las afirmaciones efectuadas por la empresa, no se presenta ninguna prueba que desvirtúe lo prescrito en el acta de inspección ambiental, ya que en los contratos no se pueden establecer funciones específicas para este plan, en el sentido de al menos señalar los predios específicos en los cuales se realizarían las labores y las obligaciones precisas relativas a éste. A su vez, las imágenes satelitales son poco claras, toda vez que impiden a través de la simple observación determinar el cumplimiento de los planes y además no acreditan las exigencias relacionadas con el mantenimiento de los programas de reforestación, al reportar solo una pequeña fracción de los individuos plantados. Por último, el Informe "Programa de Reforestación Informe Final Temporada Estival 2013-2014", preparado por Jaime Illanes Consultores S.A., establece expresamente que "*La ejecución del proyecto tuvo una duración total de cuatro meses entre Enero y abril de 2014. [...] Durante esta primera etapa de obras, se construyeron los cercos de los sectores 1 y 4. Adicionalmente, el cerco del sector 3 estaba construido y solo se realizó la reparación por la empresa Altomin. [...] Es importante mencionar que **la reforestación no se llevará a cabo durante esta temporada**. Las especies comprometidas en el plan no se encuentran disponibles para su plantación, por lo tanto, se ha acordado un convenio con el Centro de Semillas (CESAF) de la Facultad de Ciencias Forestales y Conservación de la Naturaleza, Universidad de Chile. El convenio considera las labores de recolección de semillas, viverización e investigación. Durante la temporada primavera-verano 2014-2015 se realizará la colecta de semillas y se espera contar con un stock de producción de plantas durante el 2016 (lo destacado es nuestro)*"¹⁴.

82. A mayor abundamiento, en el referido informe "Programa de Reforestación Informe Final Temporada Estival 2013-2014", se establece en la Tabla N° 4 relativa a las "Especies y número de ejemplares existentes en dos sectores del PTX", lo siguiente:


¹⁴ Jaime Illanes y Asociados Consultores S.A. Extracto Informe "Programa de Reforestación, Informe Final Temporada Estival 2013-2014". Junio 2014. Página IV-3.

ID	Nombre	Especies							Total
		<i>Baccharis neaei</i>	<i>Colliguaya odorifera</i>	<i>Kageneckia oblonga</i>	<i>Quillaja saponaria</i>	<i>Tetraglochin alatum</i>	<i>Trevoa quinquenervia</i>	<i>Schinus polygamus</i>	
2	Estación Disipadora 1.5	0	-	7	38	-	0	9	54
3	Planta Elevadora Las Tórtolas 4-A	10	8	-	53	-	3	14	88
Total		10	8	7	91	0	3	23	142¹⁵

83. Por lo tanto, el informe que se acompaña como prueba, no desacredita las infracciones imputadas, y de hecho las comprueba. Así, en este informe se constata la misma cantidad de especies que en el acta de inspección ambiental respecto del predio Planta Elevadora Las Tortolas 4-A y, además afirma que la empresa no ha realizado acciones para reforestar las especies restantes debido a la falta de disponibilidad de semillas. En el caso del predio Santa Filomena Estación Disipadora 1,5, se verifica la presencia de 7 bollen, y de 9 ejemplares de huingán, mientras que se constata un aumento desde 25 individuos de quillay a 38. Por otro lado, se comprueba que el inicio de las actividades de construcción de cercos y reparación de aquellos que requerían mantención se realizó entre enero y abril del 2014, fecha posterior a la inspección ambiental.

84. En cuanto a la falta de disponibilidad de semillas, cabe señalar que la Dirección Ejecutiva de la CONAF a través de Ord. N° 77/2015, remitido a esta Superintendencia con fecha 3 de febrero de 2015, establece lo siguiente *"Al respecto, se puede indicar que efectivamente son especies que no se producen en forma habitual por los viveros comerciales y que sólo dos o tres de ellas pueden encontrarse eventualmente y en baja cantidad"*. Con posterioridad agrega *"Ejecutada la corta, o la corta, destrucción o descegado, la obligación de cumplir el calendario de ejecución de las actividades de regeneración o reforestación no podrá ser modificada. [...] En consecuencia, el titular debió prever la no existencia en el mercado antes de proponer dichas especies o solicitar un plazo mayor para reforestar con el fin de reproducirlas. Si el titular tuvo la intención de modificar el plan de trabajo debió hacerlo durante la vigencia de éste, es decir, antes de la corta"*.

85. En este sentido, en opinión de CONAF, la empresa debió haber previsto la situación de baja disponibilidad de especies de forma previa al momento en que efectuó la corta de las especies, para modificar el plan de trabajo en análisis y así poder cumplir con éste.

86. Por su parte, si consideramos que ciertas de las especies que se constataron en el acta de inspección y que fueron corroboradas por el informe de Jaime Illanes Consultores S.A., son aquellas respecto de las cuales no se tiene disponibilidad actual, tales como *Baccharis neaei* y *Trevoa quinquenervis*, se puede concluir que el incumplimiento en cuestión no tiene relación con la falta de disponibilidad actual de estas especies, sino que con la falta de mantención de los programas de reforestación en los predios "Santa Filomena Estación Disipadora N° 1,5 A" y "Santa Filomena Planta Elevadora Las Tórtolas N° 4-A" y la no ejecución de estos programas en los predios "Parcela B, Fundo Los Nogales" y "Predio Santa Filomena campamento Estación Disipadora N°1" en las fechas presupuestadas.

87. De esta manera, debido a que la reforestación se debía ejecutar durante el año 2011 respecto de todos los predios analizados y luego se debían realizar las debidas mantenciones para asegurar la sobrevivencia de los individuos plantados, es que se tendrá por configurado el incumplimiento imputado.

¹⁵ Jaime Illanes y Asociados Consultores S.A. Op. Cit. página IV-3.

88. No obstante lo anterior, el mérito de la prueba presentada para acreditar las acciones que se tomaron con posterioridad a la inspección serán analizadas en el capítulo relativo a la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA, en cuanto a la conducta posterior del infractor.

89. Así las cosas, considerando los antecedentes que obran en el presente procedimiento sancionatorio, tales como las actas de inspección ambiental; el informe de fiscalización; y el análisis de la prueba aportada por Anglo American Sur se tiene por configurado el hecho imputado, al no haberse ejecutado el programa de reforestación en el año 2011 en los predios Parcela B, Fundo Los Nogales”, y “Predio Santa Filomena campamento Estación Disipadora N°1” y no ejecutar en su totalidad el programa de reforestación en los predios “Santa Filomena Estación Disipadora N° 1,5 A” y “Santa Filomena Planta Elevadora Las Tórtolas N° 4-A”.

VII. SOBRE LA CLASIFICACIÓN DE LAS INFRACCIONES

90. En la formulación de cargos fueron clasificadas como graves todas las infracciones en virtud del artículo 36 numeral 2 letra e) de la LO-SMA que dispone “2.- Son infracciones graves los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente: [...] e) Incumplan gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva Resolución de Calificación Ambiental”.

91. Respecto de esta clasificación la empresa en sus descargos señala “De esta manera, lo que califica de grave la conducta es que las medidas en cuestión hayan sido infringidas no de cualquier forma o de la forma habitual sino que gravemente. Sobre este particular, esta Superintendencia ha sido clara en señalar que “sobre el requisito de gravedad, es indispensable aclarar el sentido y alcance que se le da a la palabra 'gravemente'. La LOSMA, no define expresamente la palabra 'gravemente', por lo que, respetando las reglas de interpretación, dispuestas en los artículos 19 y siguientes del Código Civil, se debe recurrir a su significado natural y obvio. En este sentido, la Real Academia de la lengua Española define la palabra 'gravemente' como: 'De manera grave'; y, a su vez, define 'grave' como: 'Grande, de mucha entidad a importancia". En razón de lo anterior, debe precisarse que las incumplimientos no han tenido una entidad tal que signifique la aplicación de la letra e) del numeral 2 del artículo 36 de la LOSMA”.

92. Con posterioridad Anglo American Sur sostiene “Siguiendo el criterio de esta Superintendencia, es de suma importancia analizar la entidad de los incumplimientos a fin de determinar si los mismos revisten el carácter de gravedad exigido por la norma en cuestión. Siguiendo el criterio aplicado por el legislador en otros ámbitos o materias, la gravedad está determinada por (i) los efectos de la infracción, ya sea en cuanto a su entidad, magnitud, extensión o irreversibilidad del daño provocado; (ii) la conducta del imputado, en cuanto denota o hace presumir una intencionalidad de causar el daño o resistir el cumplimiento de un deber de actuar, o un desprecio grosero por el bien protegido por la norma; y/o (iii) la ausencia de explicación alguna que justifique el actuar del infractor”.

93. En cuanto a estas aseveraciones, se debe mencionar que en el párrafo en que Anglo American Sur cita a esta Superintendencia sólo se hace referencia a la magnitud, entidad o importancia de la medida, no haciéndose ninguna referencia a los criterios que de acuerdo a la empresa han sido esgrimidos por esta Superintendencia, por lo que se desecha la argumentación desplegada. Por su parte, cabe señalar que esta Superintendencia en la jurisprudencia administrativa reciente ha ido determinando de una forma más concreta, cuál es la forma en que se configura esta gravedad.

94. En este sentido, el criterio que se ha ido asentando por esta Superintendencia en los últimos casos, consiste en que para poder aplicar la calificación de gravedad establecida en el artículo 36 numeral 2 letra e) de la LO-SMA, no es necesaria la concurrencia de efectos¹⁶. Lo anterior, se debe a que no corresponde a esta Superintendencia evaluar el impacto

¹⁶ Dicho criterio ha sido recogido por la Superintendencia del Medio Ambiente, en la Resolución Exenta N° 421, de 11 de agosto de 2014, que resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio, Rol D-015-2013, seguido en

causado por la omisión o la ejecución parcial de una medida, toda vez que eso sería replicar la evaluación ambiental que se realizó en el Sistema de Evaluación Ambiental (en adelante, SEIA) y que motivó la exigencia de este tipo de obligaciones. De este modo, esta Superintendencia ha entendido el vocablo “gravemente”, del mencionado literal e) del numeral 2 del artículo 36 de la LO-SMA, como la entidad del incumplimiento de las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad.

95. Por su parte, para determinar la entidad de este incumplimiento esta Superintendencia ha sostenido en reiteradas ocasiones que se debe atender a distintos criterios, que alternativamente, pueden o no concurrir según las particularidades de cada infracción que se haya configurado. Estos criterios son: (i) La relevancia o centralidad de la medida incumplida, en relación con el resto de las medidas que se hayan dispuesto en la RCA para hacerse cargo del correspondiente efecto identificado en la evaluación, (ii) La permanencia en el tiempo del incumplimiento; y, (iii) El grado de implementación de la medida, es decir, el porcentaje de avance en su implementación, en el sentido de que no se considerará de la misma forma a una medida que se encuentra implementada en un 90% que una cuya implementación aún no haya siquiera comenzado.

96. Habiéndose precisado lo anteriormente expuesto, a continuación se procederá a analizar la gravedad de cada una de las infracciones configuradas previamente.

a) Cargo 2: No se ha ejecutado en su totalidad el Plan de Manejo de Preservación aprobado por Resolución N° 13/2710/01.

97. Respecto de este cargo la empresa declara en sus descargos *“En cuanto al cargo N°2, es posible señalar que AAS ha ejecutado completamente el Plan de Manejo de Preservación aprobado por Resolución Conaf N° 13/2710/01. [...] De esta forma, no existen en la especie incumplimientos que revistan el carácter de gravedad exigido por la LOSMA ni que cumplan con los criterios expresados por esta Superintendencia para configurar tal entidad, siendo el grado de implementación de la medida total. Tal como se indicó anteriormente, la ejecución del Plan de Manejo de Preservación comenzó en el año 2011. Aquellas labores de replante realizadas en el período 2013-2014 correspondieron a actividades de mantención propias de un plan de manejo forestal de estas características. Así, las deficiencias detectadas por esta Superintendencia corresponden a ocurrencias comunes durante la ejecución de un Plan de Manejo de Preservación, tal como se explicó largamente en el capítulo anterior. No existen efectos de significancia o magnitud y ha existido por parte de AAS un ánimo de cumplir con las normas que regulan su actividad. A mayor abundamiento, el Plan de Manejo de Preservación está implementado y se encuentra sujeto a un plan de mantenimiento de largo plazo que asegurará su éxito”*.

98. Ahora bien, en cuanto a la naturaleza de la obligación, cabe expresar que de acuerdo a lo indicado en el artículo 60 del Decreto Supremo N° 95, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que establece el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, antiguo RSEIA), las medidas de compensación tienen por finalidad producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado. En este sentido se estipula *“Las medidas de compensación tienen por finalidad producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado. [...] Dichas medidas se expresarán en un Plan de Medidas de Compensación, el que incluirá el reemplazo o sustitución de los recursos naturales o elementos del medio ambiente afectados, por otros de similares características, clase, naturaleza y calidad”*.

99. En este sentido, en la evaluación ambiental de la RCA N° 8095/2009, en el capítulo 2.5.3 del Anexo N° 4 del Adenda N° 1 se dispone *“1) La plantación de individuos debiera incluir un número significativamente mayor al número de ejemplares que se eliminarían. Dado que se afectarían dos individuos, la plantación debiera contemplar al menos 20*

contra de Empresa Nacional de Electricidad S.A., como también en la Resolución Exenta N° 489, de 29 de agosto de 2014, que resuelve procedimiento administrativo sancionatorio, Rol F-019-2013, seguido en contra de Anglo American Sur S.A.

ejemplares. Los individuos de esta especie presentan una distribución marcadamente agrupada y en sustratos rocosos o pedregosos. Por lo tanto la plantación debiera realizarse en este tipo de sitios y con individuos no separados más de 2 m. Cada plántula debe ser protegida en contra de herbívoros mayores y menores. La plantación debe ser monitoreada por al menos 5 años. Las plantas debieran regarse durante los dos veranos siguientes a la plantación”.

100. A su vez, en el capítulo 3.1.15 del Informe Consolidado de Evaluación (en adelante, ICE) del expediente de evaluación ambiental RCA N° 8095/2009, se dispone el cumplimiento de la Ley N° 20.283 de la siguiente manera *“Dado que para la construcción de la piscina de emergencia ED2-A, sería necesaria la corta de bosque nativo, afectando 2 ejemplares de Guayacán (Porlieria chilensis), especie en categoría de conservación, el Titular presenta en el Adenda N°1 el informe “Intervenciones o Alteraciones de Carácter Imprescindible del Proyecto, el informe de “Expertos sobre Amenaza a la Continuidad de la Especie con Problemas de Conservación” y el informe sobre “Cumplimiento del requisito de ser de interés nacional”. A su vez, en el Adenda N°3, el Titular presenta la Resolución Fundada N° 595 del 3 de Diciembre de 2009 de la Dirección Ejecutiva de CONAF, que autoriza la intervención o alteración del hábitat de especies en categoría de conservación”.*

101. Por lo tanto, teniendo presente lo discutido en la evaluación ambiental del proyecto y la definición de medida de compensación establecida en el antiguo RSEIA, se puede observar que en el presente caso se estableció una medida de reforestación con la finalidad de producir un efecto positivo alternativo equivalente al efecto adverso de despejar y habilitar un terreno con bosque nativo para la realización de ciertas obras. De esta manera, claramente estamos ante una medida que tiene una naturaleza compensatoria y que por lo tanto califica dentro de las medidas que se encuentran contempladas en el artículo 36 numeral 2 letra e).

102. Habiéndose precisado lo anteriormente expuesto, en relación la gravedad del incumplimiento a esta medida se debe analizar si existe algún criterio de gravedad que se aplique a la infracción examinada.

103. En este orden de ideas, en cuanto a la centralidad o relevancia de la medida, la forma en que se prescribe la compensación de la pérdida de dos ejemplares de guayacán es a través de la reforestación de 25 individuos divididos en grupos de 5 guayacanes. Por lo tanto, a pesar de que la reforestación en cuestión correspondía solamente a 0,3 ha, la obligación analizada es una medida central o relevante en el sentido de que constituye parte de la única medida prescrita para minimizar ese efecto en específico.

104. Por su parte, respecto a la permanencia en el tiempo del incumplimiento, la obligación de reforestar se debía ejecutar en el año 2012, acreditándose en el presente procedimiento que fue ejecutado durante el año 2011, sin embargo debido a la falta de mantención con posterioridad a la plantación, en noviembre del año 2013 se constató la presencia de sólo un guayacán de 3 centímetros, lo cual implica que a pesar de que se comenzó a realizar la acción, ésta no se ejecutó completamente, registrándose un incumplimiento que duró el tiempo necesario para que los guayacanes no sobrevivieran. A su vez, de acuerdo a los descargos de la empresa, en el año 2014 se realizaron las labores de mantención y por consiguiente de plantación asociadas al Plan de Manejo.

105. Finalmente, en cuanto al grado de implementación de la medida, de acuerdo a lo señalado en el acta de fiscalización y a lo acreditado en el presente procedimiento administrativo sancionatorio, el plan no se encontraba implementado en su totalidad al momento de la inspección ambiental, debido a que se constató la presencia de sólo un guayacán de los 25 exigidos por la resolución, lo cual equivale a un 4% de implementación de la medida.

106. De esta manera, en el caso examinado concurren los tres criterios que determinan la gravedad del incumplimiento de la medida en cuestión, siendo necesaria la concurrencia de sólo uno de estos para que se configure esta gravedad, por lo que se tendrá calificado como grave el hecho infraccional N° 2, en virtud del artículo 36 numeral 2, letra e) de la LO-SMA al constituir un incumplimiento grave a una medida que tiene por objeto eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto.

107. Por otro lado, en relación al daño producido a través de esta infracción, se debe tener en consideración que la Ley N° 19.300, define el daño ambiental en su artículo 2° letra e) como *“toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”*.

108. Al respecto, es dable mencionar que en el presente procedimiento administrativo sancionatorio no se dispone de antecedentes que determinen la existencia de daño ambiental, especialmente si se considera que existe una autorización por parte del órgano evaluador para realizar la corta de dos guayacanes, la cual considera un período de tiempo para que el efecto equivalente de la medida de naturaleza compensatoria se materialice, el cual en este caso no ha sido modificado de forma sustancial.

109. Sin perjuicio de lo anterior, a pesar de no poseer la calidad de daño ambiental, este hecho genera un daño de importancia, el cual será considerado en la determinación de la sanción específica que corresponde a la infracción, en la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA.

b) Cargo 3: No se ha ejecutado en su totalidad el programa de reforestación contemplado en el Plan de Trabajo para la Intervención de Formaciones Xerofíticas aprobado por Resolución N° 13/2710/01, específicamente: 3.1. No se ha ejecutado el programa de reforestación en los predios “Parcela B, Fundo Los Nogales”, y “Predio Santa Filomena campamento Estación Disipadora N°1”; 3.2. No se cuenta con la totalidad de los ejemplares señalados en el Plan de Trabajo para la Intervención de Formaciones Xerofíticas aprobado por Resolución N° 13/2710/01, en los predios “Santa Filomena Estación Disipadora N° 1,5 A” y “Santa Filomena Planta Elevadora Las Tórtolas N° 4-A”.

110. Respecto de este cargo, la empresa señala *“Nuevamente, no se verifica en la especie ningún incumplimiento que revista los caracteres de gravedad exigidos por la LOSMA ni que cumpla con los criterios expresados por esta Superintendencia, siendo el grado de implementación de la medida es casi total. El porcentaje aún pendiente se debe a la inexistencia de especies para terminar la plantación, asunto que ya ha sido debidamente solucionado por AAS mediante la celebración de un contrato y un convenio con la Universidad de Chile, ambos descritos en el capítulo anterior de este escrito. No existen efectos de significancia o magnitud y ha existido por parte de AAS un ánimo de cumplir con las normas que regulan su actividad. El Plan de Trabajo para la Intervención de Formaciones Xerofíticas está implementado casi en su totalidad y el mismo se encuentra sujeto a un plan de mantenimiento de largo plazo que asegurará su éxito. Así, todas aquellas observaciones hechas por esta Superintendencia en sus visitas inspectivas de Noviembre de 2013 corresponden a aspectos cuyo desarrollo se encontraba en proceso de ser ejecutado por el Plan de Trabajo para la Intervención de Formaciones Xerofíticas. En este sentido, no existieron grandes incumplimientos, de mucha entidad o importancia -tal cual como esta Superintendencia ha definido para efectos de considerarlos graves-, sino tan sólo que la ejecución de los planes de reforestación ha tomado un tiempo más prolongado, circunstancia que en ningún caso puede importar la comisión de una infracción grave de acuerdo a la letra e) del artículo 36 N° 2 de la LOSMA”*.

111. Ahora bien, en cuanto a la naturaleza de la obligación, se puede apreciar que en la evaluación ambiental de la RCA N° 8095/2009, en el segundo Informe Consolidado de Aclaraciones, Rectificaciones o Ampliaciones (en adelante, ICSARA) se sostiene en la observación 1.3. que la empresa *“No cumple con los artículos 3° y 19° del Reglamento General de la Ley N° 20.283, ya que debe presentar un programa de revegetación con las mismas especies intervenidas. Es decir, en lo principal, no contempla, la recuperación de las especies cortadas y/o descepadas”*. Esta observación fue contestada en la respuesta 1.3. del Adenda N° 2, señalándose *“En el Plan de Trabajo que se presenta en el Anexo 2 se detalla la revegetación a realizar. Esta revegetación contempla la recuperación de una superficie igual a la intervenida con las mismas especies y en sectores con suelos de similares características”*. Así, en el Anexo señalado se individualizan las especies a reforestar.

112. Por lo tanto, teniendo presente el análisis efectuado respecto a las medidas compensatorias efectuado en la clasificación de la infracción N° 2, en el presente

caso, se estableció una medida de reforestación con la finalidad de producir un efecto positivo alternativo equivalente al efecto adverso de despejar y habilitar un terreno con formaciones xerofíticas para la realización de ciertas obras. De este modo, en este caso nos encontramos ante una medida que tiene una naturaleza compensatoria y que por lo tanto califica dentro de las medidas que el artículo 36 numeral 2 letra e) ha contemplado.

113. En relación a la gravedad del incumplimiento de esta medida, se debe realizar un examen de los criterios de gravedad asentados por esta Superintendencia. En este orden de ideas, la medida es central o relevante en el sentido de que no existe otra medida prescrita para minimizar o compensar el efecto adverso producido por la corta de las formaciones xerofíticas. Por su parte, la obligación de reforestar se debía ejecutar en el año 2011, por lo que el incumplimiento de Anglo American Sur permaneció por un lapso de alrededor dos años, lo cual claramente le da un carácter de gravedad al incumplimiento de la medida. Finalmente, en cuanto al grado de implementación, de acuerdo a lo acreditado en el presente procedimiento administrativo sancionatorio, al momento de la inspección ambiental, el grado de implementación del programa de reforestación contenido en el plan de trabajo, era mínimo, no existiendo ninguna obra realizada en los predios Parcela B, Fundo Los Nogales”, y “Predio Santa Filomena campamento Estación Disipadora N°1”, cuya superficie equivale a 6,44 hectáreas de las 7,29 hectáreas totales del plan de trabajo.

114. De esta manera, en el caso examinado concurren tres de los criterios que determinan la gravedad del incumplimiento de la medida en cuestión, siendo necesaria la concurrencia de sólo uno para la configuración de su procedencia, por lo que se tendrá calificado como grave el hecho infraccional N° 3, en virtud del artículo 36 numeral 2, letra e) de la LO-SMA al constituir un incumplimiento grave a una medida que tiene por objeto eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto.

115. Por otro lado, en relación al daño producido a través de esta infracción, teniendo en consideración la definición expuesta en la clasificación de la infracción N° 2, se puede señalar que en el presente procedimiento administrativo sancionatorio no se dispone de antecedentes que permitan determinar la existencia de daño ambiental, especialmente, si se considera que existe una autorización por parte del órgano evaluador para realizar la corta de estas formaciones xerofíticas, la cual considera un período de tiempo para que el efecto equivalente de la medida de naturaleza compensatoria se materialice, el cual en este caso no ha sido modificado de una forma tal que pueda aumentar la importancia de este daño a una categoría de significativo.

116. No obstante lo anterior, a pesar de constituir daño ambiental, este daño es de importancia, por lo que será considerado en la determinación de la sanción específica que corresponde a la infracción, en la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA.

VIII. PONDERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LO-SMA QUE CONCURREN A LAS INFRACCIONES.

a) **Rango de sanciones aplicables según gravedad asignada a cada infracción.**

117. El artículo 39 de la LO-SMA establece que la sanción que corresponda aplicar a cada infracción se determinará, según su gravedad, en rangos que incluyen amonestaciones por escrito, multas de una a diez mil unidades tributarias anuales (en adelante, UTA), clausura temporal o definitiva y revocación de las RCA. En este sentido, el literal b) de la citada disposición, establece que la sanción aplicable respecto de las infracciones graves, como es el caso en cuestión, puede ser revocación de la RCA, clausura o multa de hasta cinco mil UTA.

118. La forma de determinar la sanción que se encuentre dentro del rango del artículo 39 letra b), es a través de la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA. De esta manera, en este capítulo, se abordará la aplicación de este artículo, presentando en primer lugar consideraciones generales respecto de la forma en que se determinan las sanciones, así como del contenido de cada una de las circunstancias que en virtud del mencionado

artículo, corresponde considerar en el presente procedimiento. Luego, se presenta la forma en que cada circunstancia o criterio se ha aplicado al presente caso específico.

b) Consideraciones generales respecto de la determinación de las sanciones.

119. Como se ha mencionado con anterioridad, de acuerdo al artículo 39 de la LO-SMA, la gravedad de una infracción determina el rango de la sanción que debe ser aplicada, mientras que la determinación de la sanción específica que en cada caso corresponde aplicar se efectúa considerando las circunstancias o criterios señalados en el artículo 40 de la LO-SMA¹⁷.

120. En este sentido, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)¹⁸ recomienda que la política sancionatoria de los Estados, en temas ambientales, debe respetar los siguientes principios básicos, con el objeto de constituirse como un instrumento efectivo: (i) que permita evitar futuros incumplimientos; (ii) que elimine cualquier beneficio económico asociado al incumplimiento; (iii) que las sanciones sean proporcionales a la naturaleza de la infracción y al daño causado; y (iv) que sea flexible y que considere distintas opciones para propender al cumplimiento. A pesar de las diferencias legales propias de cada país, estos principios básicos se han aplicado en políticas sancionatorias de Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Escocia, Colombia y Perú¹⁹.

121. Por su parte, la SMA tiene, entre otros objetivos, orientar la conducta de los sujetos regulados, promoviendo el cumplimiento y ejerciendo una función disuasiva respecto de la comisión de infracciones, de acuerdo a lo establecido en su propia ley orgánica. Bajo el marco normativo aplicable y, en relación a los modelos comparados, la aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA se realiza a través de dos componentes que determinan la sanción específica que en cada caso corresponda aplicar:

(i) Un componente asociado al **beneficio económico obtenido con motivo de la infracción**, según lo indicado en la letra c) del citado artículo 40 de la LO-SMA, que incluye los costos evitados (gastos operacionales y de mantención no realizados), las ganancias asociadas a costos retrasados (beneficio derivado del uso alternativo del dinero no desembolsado, durante el período de retraso en cumplir con la normativa), y las ganancias ilícitas asociadas con el incumplimiento de la normativa, según corresponda. Este componente tiene por objeto colocar al infractor en la misma condición, en términos económicos, que aquellos sujetos regulados que cumplen con la normativa a cabalidad.

(ii) Un **componente de afectación**, cuyo objetivo es colocar al infractor en un escenario menos ventajoso, en términos económicos, que aquéllos que cumplen con la normativa. Este componente recoge el resto de las circunstancias indicadas en el artículo 40, tomando como base aquellas indicadas en las letras a), b), y h), las que están directamente

¹⁷ El artículo 40 de la LO-SMA dispone que para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerarán las siguientes circunstancias: *“a) La importancia del daño causado o del peligro ocasionado; b) El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción; c) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción; d) La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma; e) La conducta anterior del infractor; f) La capacidad económica del infractor; g) El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3°; h) El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado; i) Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción”*.

¹⁸ “Determination and application of administrative fines for environmental offences”, Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD), 2009.

¹⁹ “Penalty on civil policies”, Environmental Protection Agency (EPA), Estados Unidos, 1984; “Guidelines for implementing environmental penalties”, Ministry of the Environment and Climate Change, Ontario, Canadá, 2012; “Enforcement and sanctions – Guidance”, Environment Agency, Inglaterra y Gales, 2011; “Regulatory Reform (Scotland) Act 2014”, Scottish Environment Protection Agency (SEPA), Escocia, 2014; “Metodología para el cálculo de multas por infracción a la normativa ambiental”, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Colombia, 2010; “Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones”, Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), Perú, 2013; “Principles of Environmental Compliance and Enforcement Handbook”, International Network for Environmental Compliance and Enforcement (INECE), 2009.

vinculadas con la infracción y sus efectos sobre la salud y el medio ambiente, además de un criterio de importancia de la vulneración al sistema de control causado por la infracción en el marco de la letra i) del referido artículo 40. De esta forma, para un mismo nivel de afectación, se propone un mismo nivel de sanción. Por su parte, las circunstancias expresadas en las letras d), e), f) y g), que están relacionadas con el comportamiento y la condición del infractor, actúan como factores de ajuste que pueden aumentar o disminuir la base de este componente, para lo cual también se utilizan criterios adicionales, amparados en la letra i) del citado artículo, tales como, el nivel de cooperación durante el procedimiento, la adopción de medidas correctivas.

c) Selección entre los diversos tipos de sanciones establecidos en el artículo 38 de la LO-SMA

122. Para cumplir de mejor manera los objetivos institucionales de protección del medio ambiente y la salud de las personas asegurando el cumplimiento de la normativa ambiental, esta Superintendencia cuenta con un catálogo de tipos de sanciones que le provee su ley orgánica, debiendo en cada caso elegir la que cumple de mejor forma los fines señalados.

123. En este sentido, la sanción pecuniaria resulta, en la generalidad de los casos, necesaria y suficiente para dejar al infractor en peor situación que si hubiese cumplido, y por otra parte, genera la corrección de la conducta hacia el futuro, tanto del mismo infractor como otros posibles infractores que se encuentren en una situación similar. Asimismo, dado su carácter disuasivo, con ella se logra el objetivo ambiental de promoción del cumplimiento.

124. En lo que respecta a las sanciones no pecuniarias aplicables a infracciones de carácter grave o gravísimo, a saber, la clausura ya sea temporal o definitiva, o bien, la revocación de la resolución de calificación ambiental, su imposición se recomienda en el caso en que las sanciones pecuniarias no son suficientes para cumplir el objetivo de disuasión²⁰ o no son capaces de corregir los efectos de la infracción en el bien jurídico protegido²¹, siendo éstos de una magnitud tal que se hace necesario tomar acciones para el resguardo del medio ambiente y/o la salud de las personas.

125. Bajo esta perspectiva, en atención con las circunstancias establecidas en el artículo 40 de la LO-SMA y tomando en consideración la teoría de la aplicación óptima de las sanciones no monetarias²², se reconocen determinados criterios que fundamentan la aplicación de estas sanciones.

126. En particular, los criterios principales para la aplicación de una clausura o la revocación de una resolución de calificación ambiental, son la disuasión que puede producir en el infractor, el hecho de si la conducta de éste requiere de medidas más intrusivas, y el daño o el peligro de daño importante infringido al bien jurídico protegido, especialmente cuando la magnitud de ellos hace necesario el cese temporal o definitivo de la operación o actividad involucrada en la infracción, con el objetivo de detener, mitigar o reducir los efectos sobre el medio ambiente y/o la salud de las personas. Lo anterior, es sin perjuicio de otros criterios que, de forma supletoria, fundamentan la aplicación de estas sanciones.

127. Con todo, existen una serie de casos, en que se presentan condiciones, de tipo particular y específico, que hacen recomendable, no aplicar una sanción económica. En un grupo de casos, las infracciones son de mínima lesividad, y la disuasión moral resulta suficiente para compeler al infractor a corregir su conducta, y por lo tanto resulta incluso más efectiva una amonestación por escrito que una multa.

128. Pevio a la selección del tipo de sanción y de la determinación específica que corresponde a cada infracción que se ha tenido por configurada, se

²⁰ Gary S. Becker. "Crime and Punishment: An Economic Approach", 76 J. POL. ECON. 169 (1968).; Macrory, R. "Regulatory Justice: Making Sanctions Effective". Final Report (2006).

²¹ Desde un punto de vista social, las sanciones monetarias corresponden exclusivamente a una transferencia de recursos monetarios desde el regulado al Estado (Becker, 1968).

²² Mark A. Cohen. "Environmental Crime and Punishment: Legal/ Economic Theory and Empirical Evidence on Enforcement of Federal Environmental Statutes". Journal of Criminal Law and Criminology, Volumen 82 (1992).

realizará una revisión del alcance que se le dará para el presente caso, a cada circunstancia señalada en el artículo 40.

129. Así las cosas, teniendo en consideración lo anteriormente establecido, a continuación se pasará a analizar cada una de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA y su aplicación en el caso específico. Dentro de este análisis, se exceptuarán las letra g) y h) del artículo precitado, relativas al cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3° y al detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado, debido a que en el presente caso no se ha presentado un programa de cumplimiento, ni se ha ejecutado el proyecto en un área silvestre protegida.

d) Importancia del daño causado o del peligro ocasionado (artículo 40 letra a) de la LO-SMA).

i. Consideraciones generales.

130. La expresión “importancia” alude a un rango de magnitud, entidad o extensión del supuesto de hecho que se verifica en la respectiva infracción, que determinará la aplicación de sanciones más o menos intensas²³. En una primera revisión, la objetivación de esta cláusula parece un aspecto clave en orden a limitar la discrecionalidad en este punto.

131. Por otra parte, en relación al concepto de daño, es necesario precisar que el artículo 40 antes citado, alude únicamente a “daño causado”, a diferencia de otras disposiciones que se refieren expresamente a “daño ambiental”, como son los N° 1 letra a) y N° 2 letra a), ambas del artículo 36 de la LO-SMA . Por lo tanto, la remisión a este tipo de daño, de manera general, lleva a concluir que la circunstancia procede en 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. Esto implica que la ley mandata a la SMA para que al momento de determinar el componente disuasivo de la sanción aplicable, ésta considere todo el espectro de consecuencias negativas que ha acarreado la infracción, y no solamente las que reciben la calificación jurídica de daño ambiental.

132. Ahora bien, en relación al concepto de “peligro”, corresponde decir que la Real Academia Española ha entendido por peligro el “riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal”, o bien, “lugar, paso, obstáculo o situación en que aumenta la inminencia del daño”. El riesgo, a su turno, lo define como “contingencia o proximidad de un daño”. Cuando se habla de peligro, por tanto, se está hablando de un riesgo objetivamente creado por un hecho, acto u omisión imputable al infractor, susceptible de convertirse en el resultado dañoso.

133. Cabe manifestar, finalmente, que dado que en el caso del riesgo el resultado dañoso no ha llegado a concretarse, existe una evidente diferencia entre el “daño causado” y el “peligro ocasionado”, que se refleja primariamente en la propia calificación, contemplada en la letra b) del artículo 36 N° 2 sobre infracciones graves, esto es, riesgo significativo para la salud de la población. Podrá, asimismo, manifestarse a otros tipos de riesgos como por ejemplo, cuando se trate de uno de carácter no significativo, o a peligros materiales o ambientales. Luego, para la determinación del componente de afectación de la sanción, la consideración del peligro ocasionado deberá guardar coherencia con la consideración del daño causado, en cuanto circunstancia que incrementa la sanción, siendo improcedente que la generación de peligro determine respuestas sancionatorias iguales o más intensas que la concreción del daño.

²³ La referencia a la importancia del daño causado o del peligro ocasionado parece vincularse con otro criterio frecuentemente utilizado en las normativas sancionatorias: la gravedad de la infracción. Indica Bermúdez que la mayor o menor gravedad de las infracciones no puede ser indiferente a la hora de imponer una sanción en concreto. BERMÚDEZ, Jorge. *Derecho Administrativo General*. Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 191.

ii. Aplicación al caso específico

134. En cuanto a las infracciones N° 2 y 3, la empresa afirma *“En relación con los cargos N° 2 y N° 3, cabe señalar que la implementación de los planes de reforestación conlleva la ejecución de una serie de actividades que AAS comenzó a ejecutar mucho antes de la visita inspectiva que dio lugar a la Formulación de Cargos. Adicionalmente, es importante tener presente que dichos planes de reforestación ya se encuentran prácticamente implementados en su totalidad, por lo que, en el peor escenario, la infracción habría consistido en la ejecución de dichos planes en un plazo más prolongado. Por estas consideraciones es inevitable concluir que el mero retraso en la implementación del plan de reforestación malamente podría ser considerado como un hecho que causa un daño o peligro significativo sobre el medio ambiente o la salud de las personas. Por lo mismo, la ausencia de este daño o peligro debiera ser considerado como una circunstancia atenuante al momento de determinar el monto de una eventual multa”*.

135. Como fue establecido respecto a la clasificación de estas infracciones, las medidas de compensación, de acuerdo a lo indicado en el artículo 60 del antiguo RSEIA, tienen por finalidad producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado, criterio que ha sido mantenido por el nuevo Reglamento del SEIA. Por tanto, al no ejecutar, o ejecutar de manera incompleta, la medida de compensación o de naturaleza compensatoria comprometida en la respectiva RCA genera un daño que se requería compensar, pues no se logra el efecto positivo alternativo perseguido por la reforestación a la que la empresa se obligó en su oportunidad para contrarrestar el impacto provocado por la corta de cierta cantidad de ejemplares de flora y vegetación. Lo anterior, cobra especial relevancia si el efecto adverso a evitar es el impacto ambiental en la diversidad biológica, tanto en su existencia como en su densidad.

136. Así, en el caso de la **infracción N° 2**, como fue constatado en noviembre del año 2013 en el momento en que se dejaron de realizar las mantenciones, y no lograron sobrevivir las especies plantadas, se generó un daño de importancia, debido a que no se provocó el efecto positivo que contrarrestaría la corta de los guayacanes ya ejecutada para la construcción del proyecto.

137. En este sentido, el daño provocado tiene una gran importancia, que sin embargo no tiene las características de significancia que lo constituyen un daño ambiental, por los argumentos esgrimidos en la clasificación de esta infracción. La importancia de este daño radica en que a pesar de la baja cantidad de ejemplares de guayacán cortados, sin su debida compensación, ésta es una especie que se encuentra en categoría de vulnerable y que por lo tanto es intensamente protegida por nuestra legislación. De esta manera, respecto de esta infracción la circunstancia en análisis es considerada para determinar el componente de afectación de la sanción específica que corresponde aplicar.

138. Por su parte, en la **infracción N° 3**, también se generó un daño de importancia, debido a que a pesar de que estas especies no tengan la misma protección normativa que la especie correspondiente a la infracción N° 2, en razón a su estado de conservación, es importante la superficie que se debía reforestar, con el fin de generar un efecto positivo que contrarrestara el daño efectuado a través de la corta y decepado de formaciones xerofíticas. En este orden de ideas, la superficie total a reforestar correspondía a 7,29 hectáreas, y los predios “Parcela B, Fundo Los Nogales” y “Predio Santa Filomena campamento Estación Disipadora N°1” en los cuales no se ejecutó ninguna acción de reforestación eran aquellos en los cuales la superficie era mayor (un total de 6,44 hectáreas). Por su parte, también ha implicado un daño que en los predios “Santa Filomena Estación Disipadora N° 1,5 A” y “Santa Filomena Planta Elevadora Las Tórtolas N° 4-A”, la reforestación se haya realizado de manera incompleta y sin ejecución de la debida mantención que asegurara la sobrevivencia de las especies.

139. Así las cosas, respecto de la **infracción N° 3** esta circunstancia se considerará para determinar el componente de afectación de la sanción específica que corresponde aplicar a la infracción, de la misma manera que en la infracción N° 2.

e) **Número de personas cuya salud pudo afectarse**
(artículo 40 letra b) de la LO-SMA).

i. Consideraciones generales.

140. Esta circunstancia se vincula a la tipificación de las infracciones gravísimas y graves. En cuanto a las infracciones gravísimas, el artículo 36 N° 1, letra b), se refiere a los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y “hayan afectado gravemente la salud de la población”, mientras que la letra b) del N° 2 del mismo artículo, sobre infracciones graves, dice relación con los hechos, actos u omisiones infraccionales que “hayan generado un riesgo significativo para la salud de la población”.

141. Sin perjuicio de lo anterior, la afectación a la salud establecida en el artículo 40 letra b) de la LO-SMA, debe entenderse en un sentido más amplio que el prescrito en el artículo 36 de la misma, debido a que no se señala si esta afectación tiene el carácter de significativa.

142. En este orden de ideas, la afectación concreta o inminente de la salud atribuida al comportamiento de un infractor determina la gravedad de la infracción, mientras que la entidad y cuantía de la sanción a aplicar será definida por el número de personas que pudieron verse afectadas, sin perjuicio de la clasificación que se asignó con anterioridad.

143. Por otra parte, esta circunstancia, al utilizar la fórmula verbal “pudo afectarse”, incluye a la afectación grave, al riesgo significativo y finalmente el riesgo que no es significativo para la salud de la población. De esta manera, se aplica tanto para afectaciones inminentes, afectaciones actuales a la salud, enfermedades crónicas y también la generación de condiciones de riesgo potencial.

ii. Aplicación al caso específico.

144. La empresa en sus descargos abordó las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA a) y b), en conjunto, por lo tanto los mismos argumentos se esgrimen respecto del número de personas cuya salud pudo afectarse en cuanto a cada hecho infraccional.

145. En relación a esta circunstancia, cabe manifestar que no existen antecedentes en la investigación que den cuenta de una posible afectación o riesgo en la salud de la población, dada la ubicación geográfica del proyecto y de los predios objeto de los planes analizados. Por estas razones, la falta de potencial afectación de la salud de las personas será considerada para la determinación de las sanciones que corresponde aplicar sin influir en el valor de seriedad asignado a la infracción.

f) **El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción** (artículo 40 letra c) de la LO-SMA).

i. Consideraciones generales

146. Esta circunstancia se construye a partir de la consideración en la sanción de todas aquellas ganancias o beneficios económicos que el infractor ha podido obtener por motivo de su incumplimiento. Las ganancias obtenidas como producto del incumplimiento pueden provenir, ya sea de un aumento en los ingresos, o de una disminución en los costos, o una combinación de ambos. En este sentido, el beneficio económico obtenido por el infractor puede definirse como la combinación de tres componentes: el beneficio asociado al retraso en incurrir en los costos de cumplimiento; el beneficio asociado a los costos evitados por motivo del incumplimiento, y por último; el beneficio asociado a los ingresos derivados de una actividad ilegal.

147. El componente relativo al beneficio asociado al retraso en incurrir en los costos de cumplimiento considera la estimación del beneficio derivado del uso

alternativo del dinero no desembolsado, durante el período de retraso en cumplir con la normativa. Se determina sobre la base del retraso en la realización de inversiones en capital y el incurrir en costos no recurrentes y no depreciables, necesarios para el cumplimiento de las exigencias. Su cálculo se basa en las estimaciones de la variación en el flujo de caja financiero que significa para el infractor el incurrir en los costos no recurrentes y no depreciables, y en las inversiones necesarias para cumplir con las exigencias, tanto en el escenario de cumplimiento a la fecha debida (escenario de no cumplimiento²⁴), como en el de cumplimiento en una fecha posterior (escenario de cumplimiento²⁵). El beneficio económico del infractor estará dado por la diferencia entre los valores presente asociados a cada uno de estos dos escenarios. Cabe señalar, que en el caso en que al momento de la estimación del beneficio económico, el infractor aún no haya dado cumplimiento a la normativa, para efectos del cálculo se asume que el infractor incurrirá en los costos o inversiones pertinentes en una fecha determinada, la cual corresponde aproximadamente al quinto día a partir de la fecha de notificación de término del procedimiento sancionatorio.

148. En el caso del beneficio asociado a los costos evitados por motivo del incumplimiento se considera el ahorro económico que el infractor obtiene gracias al incumplimiento y el beneficio asociado al uso alternativo de este dinero. Se define en relación con aquellos costos que el infractor evitó completamente durante el período de incumplimiento, como son los costos de operación y mantenimiento de las inversiones necesarias para el cumplimiento con la normativa. Asimismo, las inversiones en capital y costos no recurrentes y no depreciables en los casos en que estos no fueron simplemente retrasados, sino que no se ha dado, ni se podrá darse cumplimiento a la normativa, deben ser considerados como costos evitados. Su cálculo se basa en la estimación del valor presente asociado a la variación en el flujo de caja financiero que significa para el infractor el no incurrir en los costos señalados, durante el período de incumplimiento.

149. Para estimar el beneficio asociado a los costos indicados en los numerales anteriores, la SMA contempla los ajustes correspondientes por inflación y tipo de cambio según corresponda, así como los efectos asociados al pago de impuestos²⁶. Asimismo, para efectos de cálculo se aplica una tasa de descuento o capitalización que refleja *el valor del dinero en el tiempo* para el infractor. Para ello se utiliza, por regla general en el caso de las empresas privadas, una tasa promedio por sector de actividad económica, sobre la base del supuesto de asimilar dicha tasa de descuento al "promedio ponderado de costo de capital"²⁷, estimado para diversas empresas con cotización bursátil del mismo rubro, en base a la información publicada por estas empresas, disponible en sus sitios web, y entregada a la Superintendencia de Valores y Seguros, así como valores de referencia del riesgo asociado a este rubro. En el caso de las demás entidades fiscales²⁸ y otras organizaciones sin fines de lucro, la tasa de descuento se considera nula²⁹.

150. Finalmente, el beneficio asociado a los ingresos derivados de una actividad ilegal considera el beneficio asociado al incremento de las ganancias que el infractor obtiene a partir de un aumento en los ingresos, el cual ha sido derivado de una infracción a la normativa. La determinación del beneficio económico asociado a este tipo de ganancias, se realiza en base a estimaciones que consideran los elementos del caso específico, no respondiendo a un único

²⁴ Se denomina escenario de no cumplimiento debido a que el infractor no cumplió con la normativa en esta fecha, debiendo hacerlo en conformidad a ella.

²⁵ Escenario en el cual efectivamente se da cumplimiento a la exigencia asociada a la normativa en una fecha determinada.

²⁶ En términos de flujos financieros, al no incurrir en un determinado costo en una fecha determinada, el infractor obtiene un beneficio a nivel de resultado operacional, pero a su vez, deja de obtener el beneficio asociado a la reducción de la base imponible que hubiese existido en el caso de incurrir en el costo, ya sea por el monto del mismo, o por la depreciación de los activos en el caso de inversiones en capital.

²⁷ Conocido también como WACC, por su sigla en inglés para *Weighted Average Cost of Capital*.

²⁸ Entidades fiscales exceptuando a las empresas del Estado. Comprende a Ministerios y Servicios de gobierno (Poder ejecutivo), Poder Judicial, Poder Legislativo, Municipalidades, Hospitales Públicos, Instituciones de Educación Superior del Estado, Liceos y Colegios Fiscales.

²⁹ El fundamento de considerar una tasa de descuento nula en el caso de este tipo de organizaciones, corresponde a que éstas no tienen por objeto el obtener una rentabilidad económica, sino la obtención de una rentabilidad social, por lo que se asume que los recursos no invertidos en cumplir normativa se destinan a otros proyectos que aportan al beneficio colectivo y no a una actividad de tipo comercial.

modelo, en consideración a que el aumento en los ingresos a partir de una actividad ilegal puede producirse a partir de variados escenarios o circunstancias.

ii. Aplicación al caso específico

151. Para el caso concreto de infracciones que se han imputado a Anglo American Sur, este Fiscal Instructor estima que se han generado beneficios de índole económica, tanto por costos retrasados como evitados.

152. Así, se ha concluido que Anglo American Sur ha incurrido en costos retrasados en la infracción N° 3, correspondiente a no haber incurrido en los costos de implementación de los planes de manejo forestal respectivos en el momento en que comenzó a ser exigible la obligación.

153. Por otro lado, también la empresa ha obtenido un beneficio económico asociado a costos evitados en las infracciones N° 2 y N° 3, en ambos casos estos costos corresponden a aquellos de mantenimiento propios de la etapa posterior a la implementación de un plan de manejo forestal.

154. Así las cosas, la empresa, con motivo de las infracciones de las normas, condiciones y medidas establecidas en la RCA N° 29/2004, y RCA N° 8095/2009 ha obtenido un beneficio económico, que se mostrará en forma sistematizada en la tabla N° 1, en la cual frente a cada infracción, se indican los gastos que se estimaron necesarios para el cumplimiento, expresando las obras o acciones que se han considerado como costos atrasados o evitados, y los plazos de cumplimiento si se hubiera realizado a tiempo y de cumplimiento con el retraso del caso.

155. Cabe tener presente que la tasa de descuento aplicada al cálculo para el caso fue de 18,2%, correspondiente al rubro minero y que se ha propuesto como fecha de pago estimada de multa el 30 de abril de 2015.

Tabla N°1: beneficio económico relativo a infracciones que contemplan costos retrasados y/o evitados

Materia constitutiva de infracción	Gastos	Costo retrasado [UTA]	Costo evitado [UTA]	Fecha de cumplimiento a tiempo	Fecha de cumplimiento con retraso	Beneficio económico [UTA]	Beneficio económico Total [UTA]
2. No se ha ejecutado en su totalidad el Plan de Manejo de Preservación aprobado por Resolución N° 13/2710/01.	Costo anual de mantención del PMF: costo evitado.	0	0,65	28-12-2012	05-09-2014	0,78	0,78
3. No se ha ejecutado en su totalidad el programa de reforestación contemplado en el Plan de Trabajo para la Intervención de Formaciones	88% del costo de implementación de PMF: costo retrasado.	95	0	28-12-2012	05-09-2014	26,28	197,72
	12% del costo anual de mantención del PMF ³⁰ : costo retrasado.	39	0	28-12-2012	30-04-2015	16,5	

³⁰ Este porcentaje se calculó en base a las especies que no se han podido plantar debido a la falta de disponibilidad de semillas.

Xerofíticas aprobado por Resolución Nº 13/2710/01 ...	88% del costo de implementación de PMF (costo retrasado)	0	67	28-12-2012	05-09-2014	154,94	
---	--	---	----	------------	------------	--------	--

g) **La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma (artículo 40 letra d) de la LO-SMA).**

i. Consideraciones generales

156. La intencionalidad al no ser un elemento necesario para la configuración de la infracción actúa en virtud de lo dispuesto en el artículo 40 de la LO-SMA, como un criterio a considerar para determinar la sanción específica que corresponda aplicar en cada caso.

157. En efecto, a diferencia de como se ha entendido en Derecho Penal, donde la regla general es que se exija el dolo para la configuración del tipo, la LO-SMA, aplicando los criterios asentados en el Derecho Administrativo Sancionador³¹, no exige como requisito o elemento de la infracción administrativa, la concurrencia de intencionalidad o de un elemento subjetivo más allá de la mera negligencia. Lo anterior, se debe, a que la extrapolación de los principios del Derecho Penal al ámbito administrativo sancionador en materia de intencionalidad –identificada en el principio de culpabilidad- permite relacionarla con un deber de diligencia.

158. En este sentido, se ha entendido que la intencionalidad contiene en sí misma, tanto el conocimiento de la obligación, contenida en el instrumento normativo, como también, de la conducta que se realiza y sus alcances jurídicos. Es decir, habrá intencionalidad cuando pueda imputarse al sujeto conocimiento preciso de sus obligaciones, de la conducta que realiza en contravención a ellas, así como la antijuricidad asociada a dicha contravención.

159. Así las cosas, en el caso de la legislación ambiental, existen instrumentos de gestión ambiental, cuyos regulados se ven obligados a cumplir diversas condiciones, límites, requisitos, exigencias, prohibiciones, dependiendo del instrumento de que se trate.

160. Dentro de estos regulados, se encuentran los sujetos calificados, que desarrollan su actividad a partir de una amplia experiencia en su giro específico, con conocimiento de las exigencias inherentes que en materia de cumplimiento de estándares medioambientales exige nuestra legislación. Asimismo, disponen de una organización sofisticada que les permita afrontar de manera especializada, idónea y oportuna su correcta operación y eventuales contingencias. Respecto de estos regulados, es posible atribuir un pleno conocimiento de las obligaciones a las que están sujetos, en un grado mayor en relación a aquéllos que no cuentan con estas características, pues se encontraban en mejor posición para evitar las infracciones que hubieran cometido.

161. En relación al sujeto calificado en el marco del SEIA, cabe indicar, que éste activa el procedimiento, propone su proyecto, participa en la tramitación como actor principal, tiene diversas oportunidades para requerir aclaración o rectificación, y por tanto, tiene

³¹ Al respecto, la doctrina española se ha pronunciado, señalando que *“En el Código Penal la regla es la exigencia de dolo de tal manera que sólo en supuestos excepcionales y además tasados, pueden cometerse delitos por mera imprudencia (art. 12). En el Derecho Administrativo Sancionador la situación es completamente distinta puesto que por regla basta la imprudencia para que se entienda cometida la infracción y, salvo advertencia legal expresa en contrario, no es exigible el dolo que de otra suerte, caso de haberse dado, únicamente opera como elemento de graduación (agravante) de la sanción”*. En NIETO, Alejandro, *“Derecho Administrativo Sancionador”*. 4ª Edición. Ed. Tecnos, 2008. 391 p.

completa certeza de cuáles son las normas, condiciones y medidas de su RCA³². El regulado, obtiene una autorización que fija los términos de su ejercicio, que son considerados fundamentales para la protección del bien jurídico medio ambiente. De esta forma, dichos sujetos son colocados en una especial posición de obediencia, respecto a determinados estándares estrictos de diligencia, en razón de los bienes jurídicos que protege la legislación administrativa ambiental.

162. En consecuencia, en un primer nivel, la intencionalidad en la atribución de la comisión de la infracción, implica determinar el sujeto responsable del cumplimiento del instrumento de gestión ambiental, así como el tipo de sujeto de que se trate, de acuerdo a sus características.

163. Asimismo, sobre el grado de participación en el hecho, acción u omisión, se refiere a verificar si el sujeto infractor en el procedimiento sancionatorio, corresponde a la empresa y responsable del proyecto, o es un coautor de las infracciones imputadas. Sobre este último punto, no corresponde extenderse en el presente dictamen, dado que el sujeto infractor del presente procedimiento sancionatorio, corresponde a la empresa y responsable del proyecto.

ii. Aplicación al caso específico

164. En cuanto a esta circunstancia la empresa afirma *"En este sentido, si se analiza el concepto de "intencionalidad", entendida como el dolo o voluntad deliberada que va más allá de la simple inobservancia de las exigencias que se estiman infringidas, debe concluirse que dicho elemento está lejos de concurrir en las supuestas infracciones que se imputan a AAS. En efecto, no existe antecedente alguno que permita a la Superintendencia presumir una voluntad deliberada de AAS de infringir las exigencias de la RCA N° 29/2004 y de la RCA N° 8095/2009"*.

165. Al respecto, como ya se ha mencionado con anterioridad, el dolo o voluntad deliberada, como lo plantea Anglo American Sur, no es un requisito para que concurra la intencionalidad, debiéndose analizar para su procedencia, por una parte, el conocimiento que tenía la empresa de la obligación, y por otra, el conocimiento de la conducta realizada y sus consecuencias jurídicas.

166. En este caso específico, Anglo American Sur, es un sujeto calificado, debido a que cuenta con alrededor de 24 RCA favorables, dentro de las cuales al menos 5 corresponden a EIA, además de los proyectos que actualmente se encuentran en calificación. Por otra parte, la empresa ha sido asesorada en estos proyectos por profesionales especializados, consultoras, personal del más alto nivel y conocimiento del sistema. A su vez, Anglo American Sur es una experta en el negocio de la minería, contando con la experiencia, recursos, proveedores, conocimiento técnico, acceso a mercado de consultores especializados, entre otros, que la dejan en una posición incomparable para el cumplimiento de la normativa, así como el conocimiento y control de todos los efectos e impactos que ocurren con ocasión del proyecto. Por último, cabe tener en consideración que Anglo American Sur es filial de Anglo American plc, quien tiene operaciones en África, Europa, América del Norte, Sudamérica, Australia y Asia, lo cual aumenta aún más sus conocimientos respecto de la minería.

167. En este sentido, Anglo American Sur tenía pleno conocimiento respecto de las obligaciones contenidas en la RCA N° 29/2004 y RCA N° 8095/2009, sin embargo no existen antecedentes que permitan concluir que la empresa actuó representándose tanto su conducta y como la antijuricidad de ésta.

168. A mayor abundamiento, la empresa ha acompañado en el presente procedimiento administrativo sancionatorio los contratos de prestación de servicios de las empresas involucradas en la ejecución del Plan de Manejo de Preservación y el Plan de Trabajo de Intervención de Formaciones Xerofíticas, existiendo dentro de estos actos, algunos que datan del año 2009 y 2011. Esta situación, comprueba que la empresa realizó gestiones con el objeto de ejecutar los

³² En el mismo sentido se ha pronunciado el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, en su sentencia de 3 de marzo de 2014, dictada en causa Rol R-6-2013.

programas de reforestación contenidos los planes analizados, existiendo la posibilidad que ésta sólo actuó negligentemente en la supervisión del desarrollo y operación de los servicios contratados, sin mediar intencionalidad.

169. Así las cosas, respecto de ambas infracciones, se estima que pese a ser Anglo American Sur un sujeto calificado y estar en conocimiento del catálogo de obligaciones de su RCA, actuó con negligencia en la comisión de las infracciones, no concurriendo en la especie, los demás requisitos, que permitan atribuir a la empresa, la intencionalidad, como se ha entendido por este Fiscal Instructor a lo largo de este dictamen. Por lo tanto, esta circunstancia no será analizada a la hora de determinar la sanción específica que corresponde aplicar a cada infracción.

h) Conducta anterior del infractor (artículo 40 letra e) de la LO-SMA).

i. Consideraciones generales

170. La conducta anterior del infractor puede ser definida como el comportamiento, desempeño o disposición al cumplimiento que el infractor ha observado a lo largo de la historia, específicamente, de la unidad de proyecto, actividad, establecimiento, instalación o faena que ha sido objeto del procedimiento administrativo sancionatorio, en este caso, Los Bronces. Para ello se hace necesario hacer una revisión de los procedimientos sancionatorios incoados en periodos recientes, en el marco del seguimiento de las RCAs de la unidad del proyecto o instalación, y la normativa ambiental objeto de los cargos del procedimiento, a fin de determinar si se requiere aumentar el componente disuasivo, penalizando con mayor fuerza al infractor que mantiene un historial negativo de cumplimiento.

ii. Aplicación al caso específico

171. Al respecto, cabe señalar que Anglo American Sur ha sido objeto de dos sanciones por incumplimientos de la RCA N° 29/2004. En el primer procedimiento con fecha 2 de junio de 2011 la Dirección Ejecutiva de la CONAMA mediante Resolución Exenta N° 291/2011 sancionó con multa de 450 UTM al titular de la RCA N° 29/2004, por incumplimiento del considerando 3.1.1.2 punto iv. En el segundo, con fecha 15 de mayo de 2013, la Dirección Ejecutiva del SEA mediante Resolución Exenta N° 445/2012, sancionó al titular de la RCA N° 29/2004, con multa de 500 UTM por incumplimiento del considerando 3.1.1.2. puntos iv) y v) y con multa de 500 UTM por incumplimiento del considerando 3.1.1.2. en lo relativo a la "Limpieza de Canales de Contorno".

172. Por su parte, en cuanto a la RCA N° 3159/2007, la empresa cuenta con tres procedimientos sancionatorios, que terminaron con sanciones a la empresa. En el primer procedimiento sancionatorio, mediante Res. Ex. N° 230, con fecha 5 de abril de 2012, la Dirección Ejecutiva del SEA sanciona a la empresa con amonestación por no efectuar el monitoreo de Material Particulado Sedimentable correspondiente a septiembre de 2011, en virtud del numeral 8.2.2. de la RCA N° 3159/2007. En el segundo procedimiento, a través de Res. Ex. N° 395 de 2 de mayo de 2013, la Dirección Ejecutiva del SEA sanciona a la empresa con amonestación por incumplimiento a la letra h) del considerando 7.7. de la RCA N° 3159/2007. Finalmente, por medio de Res. Ex. N° 1200 de 18 de diciembre de 2013, la Dirección Ejecutiva del SEA sanciona a Anglo American Sur con multa de 100 UTM, nuevamente por la no realización de monitoreos, resolución que no se encuentra ejecutoriada, debido a la interposición de un recurso extraordinario de revisión que hasta el momento se encuentra pendiente.

173. Así las cosas, estas infracciones serán consideradas como una conducta anterior del infractor que constituye un factor que aumenta el componente de afectación de la sanción para la determinación de la misma.

f) de la LO-SMA).

i) **Capacidad económica del infractor (artículo 40 letra**

i. Consideraciones generales

174. La capacidad económica ha sido definida por la doctrina española a propósito del Derecho Tributario, como la potencialidad económica vinculada a la titularidad y disponibilidad de la riqueza, con la aptitud, la posibilidad real, la suficiencia de un sujeto de derecho para hacer frente a la exigencia de una obligación tributaria concreta por parte de la Administración Pública³³. De esta manera, la capacidad económica atiende a las particulares facultades o solvencia del infractor al momento de incurrir en el pago de la sanción, debido a que la desproporcionalidad del monto de una multa con relación a la capacidad económica concreta del infractor puede tornar ilusoria e inútil la sanción. De esta forma, mientras una elevada sanción atribuida a una infracción gravísima podría ser ejecutada y cumplir su finalidad de prevención especial, en el caso de una pequeña empresa podría suponer el cierre del negocio y no ser efectiva.

ii. Aplicación al caso específico

175. En este caso, de acuerdo a estimaciones realizadas por el Servicio de Impuestos Internos, en base a información tributaria autodeclarada al año 2012, Anglo American Sur corresponde a una empresa de gran tamaño tipo 4, el mayor dentro del rango establecido por dicho Servicio. A su vez, de acuerdo a lo declarado por la propia empresa en la evaluación ambiental de la RCA N° 3159/2007, sólo éste proyecto contempla el empleo directo de al menos 1000 personas. Ambos factores determinan que la empresa tiene una capacidad de pago del total de la multa que corresponde aplicar, por lo que esta circunstancia será considerada para determinar la sanción a aplicar.

j) **Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción (art. 40 letra i).**

176. En virtud de la presente disposición, en cada caso particular, la SMA podrá incluir otros criterios que, a juicio fundado, se estimen relevantes para la determinación de la infracción. Para el presente caso, se ha estimado relevante ponderar los siguientes criterios o circunstancias en la determinación de la sanción: la cooperación eficaz en el procedimiento y la conducta posterior a la infracción.

i. Cooperación eficaz en el procedimiento, en el marco de la aplicación de la letra i) del artículo 40.

177. En relación a este criterio, cabe señalar que se trata de una circunstancia que debe analizarse en relación al infractor, y luego aplicarse a la determinación del componente de afectación de la sanción, a cada hecho constitutivo de infracción.

178. En términos generales, la colaboración o cooperación con la Administración como circunstancia a considerar en el establecimiento de las sanciones, dice relación con aquel comportamiento o conducta del infractor que permite el conocimiento o esclarecimiento de los hechos que motivan el procedimiento por parte de las Autoridades.

179. El reconocimiento de esta circunstancia en la determinación de las sanciones, se vincula al principio de eficiencia que debe observar la Administración en la utilización de los medios públicos, más que a la respuesta que merece la infracción en el caso concreto. En este sentido, esta colaboración debe ser eficaz, esto es, que la información o antecedentes proporcionados por el infractor, deben permitir esclarecer la existencia, circunstancias o efectos de la infracción, así como la identidad de los responsables, su grado de participación y el beneficio obtenido con la infracción, si corresponde. La eficacia de esta cooperación, por tanto, se relaciona íntimamente

³³ CALVO Ortega, Rafael, *Curso de Derecho Financiero, I. Derecho Tributario, Parte General*, 10ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 52; citado por MASBERNAT Muñoz, Patricio, "El principio de capacidad económica como principio jurídico material de la tributación: su elaboración doctrinal y jurisprudencial en España" *Revista Ius et Praxis*, Año 16, N° 1, 2010, pp. 303 – 332.

con la utilidad real de la información o antecedentes, y no con la mera intención colaborativa del infractor.

180. Al respecto, la empresa señala en sus descargos *“Tal como se indica en el propio informe de fiscalización, consta en autos que mi representada evidenció siempre un comportamiento colaborador, facilitando la fiscalización y entregando toda la información requerida de manera oportuna y completa. Por lo tanto, en conformidad a la letra i) del artículo 40 de la LOSMA, esta circunstancia debiera ser considerada como una atenuante al momento de determinar el monto de una posible multa”*.

181. En cuanto a las aseveraciones de Anglo American Sur, cabe mencionar que la colaboración con las actividades de fiscalización es una obligación de los regulados de esta Superintendencia y que una conducta contraria implica una infracción a las normas prescritas en la LO-SMA, por tanto, no será considerada dicha alegación

182. Por otro lado, sin perjuicio de que sea efectivo que la empresa ha entregado la información requerida de manera oportuna, en el Anexo C de la presentación que responde al requerimiento de información efectuado por esta Superintendencia, se encuentran las láminas con fotografías georreferenciadas de forestación, las cuales no permiten acreditar la conducta posterior de la empresa, debido a que muestran fotografías parciales de los individuos reforestados, y de las instalaciones que permiten el cumplimiento de estos planes, no correspondiendo este universo a la totalidad de las medidas que se debían acreditar. Por otro lado, en los requerimientos relativos a los presupuestos de cada una de las infracciones, la empresa no entrega documentos o información que permita determinar cómo se consideraron los gastos relativos a cada procedimiento.

183. En este sentido, el comportamiento desplegado por Anglo American Sur, no será considerado para reducir el componente afectación de la sanción específica que corresponde aplicar a cada infracción, debido a que la conducta descrita no tiene los caracteres de relevancia prescritos en la LO-SMA para su aplicación.

ii. Conducta posterior del infractor, en el marco de la aplicación de la letra i) del artículo 40.

184. La SMA ha asentado el criterio de considerar en la determinación de la sanción específica, la conducta del infractor posterior a la comisión o detección de la infracción. Este criterio apunta a la consideración de las medidas que adopte la empresa, tras la infracción o la detección de ésta en orden a corregir los hechos que la configuran, así como a reducir o eliminar sus efectos, o a evitar que se produzcan nuevos daños. Su consideración en la graduación de las sanciones, tiene sentido en un esquema de incentivo al cumplimiento y de protección del medio ambiente. Asimismo, su aplicación se justifica con arreglo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

185. Así, en cuanto a la generalidad de las infracciones, Anglo American Sur señala *“De la misma forma, al analizar la conducta posterior de mi representada, esta Superintendencia podrá constatar que a la fecha de presentación de los presentes descargos prácticamente la totalidad de las circunstancias en virtud de las cuales se formularon los cargos de autos se encuentran ya cumplidas y ejecutadas, lo cual demuestra la permanente voluntad de AAS de cumplir con la normativa ambiental y sus RCAs”*.

186. Si analizamos las acciones realizadas respecto de la **infracción N° 2**, se encuentra acreditado en el presente procedimiento administrativo sancionatorio que la empresa luego de la fiscalización efectuada por esta Superintendencia ejecutó una mantención del programa de reforestación, plantando las especies que no habían sobrevivido. Por tanto, este Fiscal Instructor tendrá en consideración esta conducta posterior para disminuir el componente afectación de la sanción.

187. Por su parte, en el caso de la **infracción N° 3**, Anglo American Sur afirma que el programa de reforestación se ha avanzado en lo posible, sin poder realizar

más acciones debido a la inexistencia de ejemplares en el mercado. Agrega la empresa que para poder subsanar esta situación ha celebrado un contrato con la Universidad de Chile para obtener en un mediano plazo las especies necesarias para cumplir con el Plan de Trabajo. Al respecto, como ya fue analizado en la configuración de la infracción en cuestión, la empresa debió prever esta situación al momento de ejecutar el programa y a su vez, debió realizar la debida mantención a éste. En este sentido, las acciones que ha realizado Anglo American Sur no son suficientes para minimizar los efectos de la infracción, especialmente si consideramos que, la plantación podrá se finalizará recién en diciembre del año 2016.

188: De este modo, la empresa ha realizado una conducta posterior tendiente al cumplimiento, sin embargo ésta es insuficiente, por lo que se considerará esta circunstancia para la disminución de la sanción específica disminuyendo levemente el componente de afectación de la misma.

IX. PROPUESTA DE SANCIÓN O ABSOLUCIÓN

189. En virtud del análisis realizado en el presente dictamen, y en cumplimiento del artículo 53 de la LO-SMA, se propondrá las siguientes sanciones que a juicio de este fiscal instructor corresponde aplicar a Anglo American Sur S.A.

190. **Se propone la absolución** respecto del cargo N° 1, consistente en *“Contar con sector de desnivel de alrededor 10 metros de largo contrario a pendiente diseñada, en canales de contorno”*.

191. **Se propone una multa de 369 UTA**, respecto de la infracción N° 2, correspondiente a *“No se ha ejecutado en su totalidad el Plan de Manejo de Preservación aprobado por Resolución N° 13/2710/01”*.

192. **Se propone una multa de 438 UTA**, para la infracción N° 3 consistente en que *“No se ha ejecutado en su totalidad el programa de reforestación contemplado en el Plan de Trabajo para la Intervención de Formaciones Xerofíticas aprobado por Resolución N° 13/2710/01, específicamente: 3.1. No se ha ejecutado el programa de reforestación en los predios “Parcela B, Fundo Los Nogales”, y “Predio Santa Filomena campamento Estación Disipadora N°1”; 3.2. No se cuenta con la totalidad de los ejemplares señalados en el Plan de Trabajo para la Intervención de Formaciones Xerofíticas aprobado por Resolución N° 13/2710/01, en los predios “Santa Filomena Estación Disipadora N° 1,5 A” y “Santa Filomena Planta Elevadora Las Tórtolas N° 4-A””*.


Federico Guarachi Zúvic
Fiscal Instructor de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente


SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE
DIVISIÓN DE SANCIÓN Y CUMPLIMIENTO



Rol N° F-059-2014

