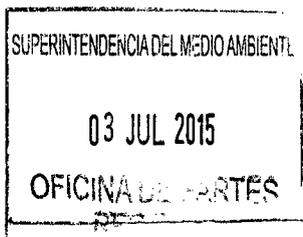


ANT.: Res. Ex. N° 7/Rol N°D-011-2015, de 24 de junio de 2015.



REF.: Expediente Sancionatorio N° D-011-2015.

MAT.: 1. Deducer recurso de reposición. 2. Subsidiariamente, deducir recurso jerárquico. 3. Suspensión de plazos.

Santiago, 02 de julio de 2015

Señora

Marie Claude Plumer Bodin

Jefa (S) División de Sanción y Cumplimiento

Superintendencia del Medio Ambiente

Presente

At. Fiscal instructora: Sra. Camila Martínez.

Por medio de la presente, **Javier Vergara Fisher**, en representación de **Compañía Minera Nevada SpA**, empresa del giro de su denominación, ambos domiciliados para estos efectos en La Concepción N°141, Oficina 1106, Comuna de Providencia, ciudad de Santiago, Región Metropolitana, estando dentro de plazo, vengo en presentar recurso de reposición en virtud del art. 59 de la ley N° 19.880 de Bases del Procedimiento Administrativo, en contra de la Res. Ex. N° 7/Rol N°D-011-2015, de fecha 24 de junio de 2015, que "rechaza programa de cumplimiento y levanta suspensión decretada en el Resuelvo VI de la Resolución Exenta N°1/Rol D-011-2015". El presente recurso de reposición se fundamenta en las consideraciones de hecho y de derecho que se exponen a continuación.

I.-

ANTECEDENTES GENERALES DEL PROCESO DE SANCIÓN.

Handwritten initials or signature in the bottom right corner of the page.

El Proyecto Pascua Lama, calificado favorablemente con fecha 25 de abril de 2001, mediante Resolución Exenta N° 39 de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Atacama (en adelante, RCA N° 39/2001), consiste en la explotación a rajo abierto de un yacimiento de minerales de oro, plata y cobre ubicado en la comuna de Alto del Carmen, provincia del Huasco, Tercera Región de Atacama. El Proyecto "Modificaciones Proyecto Pascua Lama" fue calificado favorablemente mediante Resolución Exenta N° 24, de 15 de febrero de 2006, por la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Atacama (en adelante, RCA N° 24/2006).

Cabe hacer presente que, mediante Resolución Exenta N° 477/2013, esta Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "SMA"), sancionó a CMN con multa de 16.000 UTA por la comisión de una serie de infracciones contempladas en la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante "LO-SMA"). A su vez, en el Resuelvo Segundo de dicha resolución, la SMA ordenó la adopción de una serie de medidas urgentes y transitorias.

Sobre este punto se hace necesario señalar que la citada Resolución Exenta N° 477/2013 fue anulada mediante la sentencia definitiva de fecha 3 de marzo de 2014 pronunciada por el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago en causa Rol R-006-2013 (salvo en lo que se refiere a las medidas urgentes y transitorias decretadas en el resuelvo segundo de la indicada Resolución Exenta N° 477/2013), ordenando a esta Superintendencia, que en uso del ejercicio de la facultad establecida en el artículo 54 inciso 2° de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, disponga la corrección de los vicios de procedimiento y la realización de las diligencias necesarias para enmendar las ilegalidades establecidas por el indicado Tribunal, para posteriormente dictar una nueva resolución conforme a derecho.

Producto de lo anterior, la SMA dictó la resolución N° 696 de fecha 22 de abril de 2015, que ordena la reapertura del proceso sancionatorio A-002-2013, encontrándose éste en actual tramitación, por tanto, no existe impedimento legal alguno para la presentación de un Programa de Cumplimiento.

En efecto, la SMA llevó a cabo una serie de diligencias y actividades de fiscalización, durante los años 2013, 2014 y 2015, con objeto de verificar el cumplimiento de las medidas indicadas en el Resuelvo II de la Resolución Exenta N° 477, a su vez, dando cumplimiento a lo ordenado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Copiapó en sentencia Rol N° 300-2012, así como también en atención a una serie de denuncias realizadas en contra de la Compañía, a las que hace referencia el considerando N° 7 de la formulación de cargos.

Entre otras, la SMA desarrolló las actividades de fiscalización de las cuales da cuenta el considerando N° 8 de la Formulación de Cargos. Todas ellas fueron recogidas en los Informe de Fiscalización Ambiental "DFZ-2013-6912-111-RCA-IA", "DFZ-2014-60-111-RCAIA-IA", "DFZ DFZ-2014-2325-111-RCA-EI" y "DFZ-2014-2418-111-RCA-IA".

En base a estos antecedentes, con fecha 22 de abril de 2015 se dictó la Res. Ex. N° 1/D-11-2015, por la que se formularon cargos a mi representada por 10 (diez) supuestos incumplimientos a las normas, condiciones y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental (artículo 35 letra a) de la LO-SMA).

De éstos, los hechos N°s 1, 2, 3, 5, 8, 9, 10 fueron clasificados como leves en atención al numeral 3 del artículo 36 de la LO-SMA, mientras que los hechos N°s 6 y 7 fueron clasificados como graves en virtud de la letra e) del numeral 2 del artículo 36 de la LO-SMA. Finalmente, el hecho N°4 fue calificado como una infracción gravísima de conformidad con la letra a) del numeral 1 del artículo 36 de la LO-SMA.

Con fecha 14 de mayo de 2014, CMN SpA presentó Carta PL 84/2015, en cuya parte principal se presentaba Programa de Cumplimiento respecto de los hechos constitutivos de infracción incluidos en los numerales 1, 2, 3, 6, 8, 9 y 10 del Resuelvo N°1 de la Formulación de Cargos. Por medio de la misma presentación se acompañaron antecedentes, se solicitó la reserva de la información que indicaba en razón de lo dispuesto por el artículo 6 de la LO-SMA y, finalmente, se solicitó la desacumulación del expediente de sanción N°D-011-2015 respecto de los hechos constitutivos de infracción que no se incluyeron en el Programa de Cumplimiento, esto es, los indicados con los N°s 4, 5 y 7 del Resuelvo I de la Formulación de Cargos.

Finalmente, con fecha 26 de mayo de 2015, mediante Carta PL 89/2015, esta parte presentó descargos respecto de los hechos N°4, 5 y 7 del Resuelvo I de la Resolución N°1.

Cabe hacer presente que, haciendo uso del derecho y facultades consagrados en el artículo 3 letra u) de la LO-SMA, representantes de CMNSpA sostuvieron dos reuniones con funcionarios de la División de Sanción y Cumplimiento (en adelante, también "DSC"). Dichas reuniones fueron formalmente solicitadas y se llevaron a cabo previo a la presentación del Programa de Cumplimiento y Descargos.

Con fecha 24 de junio de 2015, la DSC dictó la Res. Ex. N°7/ROL D-011-2015, por la que se "Rechaza programa de cumplimiento y levanta suspensión decretada en el Resuelvo VI de la Resolución Exenta N°1/ROL D-011-2015" (en adelante, también e indistintamente, Resolución N°7 o la "Resolución Impugnada").

En síntesis, en la parte considerativa de la Resolución N°7, se concluye –en base a los razonamientos que se desarrollan en los numerales 6 a 11 de ésta-, lo siguiente:

1. Que el Programa de Cumplimiento era un instrumento procedente respecto de los cargos incluidos en los numerales 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 del Resuelvo I de la Formulación de Cargos.

2. Que, no encontrándose la empresa afecta a impedimento jurídico alguno, al decidir CMNSpA dividir su presentación, incluyendo en el programa de cumplimiento 7 de los 9 hechos infraccionales respecto de los cuales –en opinión de la DSC- era procedente dicho instrumento por lo que no se hace cargo

de todos los hechos infraccionales ni de sus efectos, la empresa falta a la observancia del criterio de integridad que exige el literal a) del artículo 9° del D.S. N°30/2012.

3. Que, no obstante ello, a modo ilustrativo se analiza la propuesta de programa de cumplimiento presentada por la empresa, con el fin de verificar si ésta cumplía o no con los criterios de aprobación establecidos en el artículo 9° del D.S. N°30/2012, concluyéndose que:

- No se observaría el criterio de integridad respecto de algunos aspectos de la propuesta presentada para el hecho N°3 del Resuelvo I de la Formulación de Cargos (Considerando 10.1 literales a) y b) de la Resolución Impugnada).
- No se cumpliría el criterio de eficacia respecto de algunos aspectos de la propuesta presentada para los hechos N°9, 10 y 3 de la Formulación de Cargos (Considerando 10.2 literales a, b y c de la Resolución Impugnada).
- No se observaría el criterio de verificabilidad respecto de algunos aspectos de la propuesta presentada para los hechos N°s 1, 3, 6, 8 y 10 de la Formulación de Cargos (Considerando 10.3 literales a) a h) de la Resolución Impugnada).

4. En el Considerando 11 de la Resolución N°7, la DSC incluye una declaración –que efectúa “a mayor abundamiento”, señalando que *algunos* de los supuestos propuestos por CMNSpA (que no individualiza ni explica) para la realización de acciones, dependerían de la sola voluntad del presunto infractor, con lo que advertiría “*la inexistencia de una voluntad seria de cumplir con sus obligaciones ambientales*”.

Con posterioridad, la Resolución Impugnada incluye el acápite D que titula “Fiel cumplimiento a los instrumentos de gestión ambiental”, en donde plantea a la empresa, a modo ejemplar, ciertos planes de acción que le permitirían, en su concepto, retomar el cumplimiento de sus obligaciones ambientales, respecto de los hechos incluidos en los numerales 5 y 7 de la Tabla contenida en el Resuelvo I de la Formulación de Cargos.

Por último y en definitiva, la DSC resuelve:

- I. Rechazar el programa de cumplimiento presentado por CMNSpA, por cuanto la propuesta no ha dado observancia a los criterios del artículo 9 del D.S. N°30/2012.
- II. Levantar la suspensión decretada en el Resuelvo VI de la Resolución N°1/Rol D-011-2015, por lo que desde la fecha de notificación de la resolución impugnada, comenzarían a contabilizarse los

días para la presentación de descargos respecto de los hechos constitutivos de infracción sobre los cuales no se haya ejercido este derecho.

Es por ello, que en base a los fundamentos que se expondrán a continuación, se deduce el presente recurso de reposición.

II.-

OPORTUNIDAD Y PROCEDENCIA DEL RECURSO DE REPOSICIÓN.

De acuerdo al art. 15 inciso primero de la ley N° 19.880, *“todo acto administrativo es impugnabile por el interesado mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico, regulados en esta ley”*. Dicho recurso es procedente en el plazo de 5 días hábiles ante el mismo órgano que dictó el acto que se impugna, según detalla el art. 59 de la referida ley, contados desde su notificación por carta certificada, de conformidad con el art. 46 del mismo cuerpo normativo.

El presente recurso se deduce dentro del plazo de 5 días hábiles desde su notificación y es procedente, ya que el acto recurrido corresponde a un acto decisorio en relación a los programas de cumplimiento presentados por esta parte, en los términos del art. 41 de la ley 19.880.

Se hace presente que este cuerpo normativo resulta aplicable al presente procedimiento de sanción, en atención a lo señalado en el art. 62 de la LO-SMA.

III.-

FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN.

Determinada la procedencia y oportunidad del recurso deducido, esta reposición se fundamenta en las siguientes consideraciones:

A. Falta de decisión de todas las cuestiones planteadas por el interesado:

Como consta en este expediente, mediante Carta PL 84/2015, esta parte presentó programa de cumplimiento respecto de los cargos N°1, 2, 3, 6, 8, 9 y 10 formulados en el Resuelvo I de la Resolución Exenta N°1. Mediante dicho instrumento, mi representada sometió a decisión de esta SMA las siguientes peticiones:

1. Tener por presentado Programa de Cumplimiento respecto de los cargos indicados.
2. Tener por acompañados los documentos que adjunta.
3. Acceder a la reserva de información que indica de conformidad con el artículo 6 de la LO-SMA.

4. Proceder a la desacumulación y desglose del procedimiento, instruyendo procedimientos por cuerda separada respecto de los cargos contenidos en el Programa de Cumplimiento presentado en relación con los Cargos N° 4, 5 y 7 contenidos en el Resuelvo I de la Resolución N°1.

En efecto, la Resolución impugnada, en su Considerando 7.3 reconoce que existen cuatro peticiones, al señalar que *"... Luego, en el primer otrosí,[CMNSpA] acompañó documentos; en el segundo otrosí, solicitó reserva de ciertos antecedentes; y en el tercer otrosí, la desacumulación del procedimiento en curso."*

Mediante Resolución Exenta N°4¹ de fecha 29 de mayo de 2015, se tuvo por presentado el Programa de Cumplimiento y fue rechazada la solicitud de reserva en los términos planteados por esta parte en la referida Carta PL 84/2015.

Mediante Resolución Exenta N°7 de fecha 24 de junio de 2015, se rechaza el Programa de Cumplimiento presentado en dicha Carta PL 85/2015.

La solicitud de desacumulación y desglose presentada como "Cuarta Petición " en la Carta PL 84/2015 y referida como "Tercer Otrosí" por la Resolución Impugnada, no fue resuelta.

Lo anterior importa una infracción a lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 19.880, que señala:

"La resolución que ponga fin al procedimiento decidirá las cuestiones planteadas por los interesados."

"(...) Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada."

"(...) En ningún caso podrá la Administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso, aunque podrá resolver la inadmisibilidad de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico o manifiestamente carentes de fundamentos. (...)"

La Resolución N°7 que rechaza el Programa de Cumplimiento, pone término al procedimiento iniciado con la presentación del mismo y reanuda el proceso de sanción para la presentación de los correspondientes descargos.

De esta forma, resulta evidente que la Resolución Impugnada adolece de un vicio por cuanto no ha decidido todas las cuestiones planteadas por el interesado, decisión que, por lo demás, debe fundamentar debidamente.

¹ El Considerando 7.5 de la Res. Ex N°7 erróneamente señala que la solicitud de reserva fue resuelta mediante Resolución Exenta N°5.

B. Ilegalidad de la aplicación del criterio de integridad como impedimento y requisito de procedencia de un programa de cumplimiento.

En el Resuelvo I de la Resolución Impugnada, se decide rechazar el Programa de Cumplimiento presentado por mi representada, por cuanto la propuesta no habría dado observancia a los criterios establecidos en el artículo 9° del D.S. N°30/2012.

Lo anterior se encuentra fundamentado principalmente en los Considerandos 8 y 9 de la Resolución Exenta N°7, que señalan:

"8. Que, tal como se detalló en los numerales 7.3 y 7.4 de esta Resolución, CMNSpA presentó un programa de cumplimiento por 7 de los 9 hechos infraccionales sobre los cuales era procedente su presentación, es decir, pudiendo haber presentado este instrumento para los cargos individualizados en los numeral(es) 5 y 7 de la Tabla contenida en el Resuelvo I de la Resolución Exenta N°1/Rol D-011-2015, se abstuvo de hacerlo y formuló descargos a su respecto."

"9. De lo anterior se advierte entonces que, la propuesta de programa de cumplimiento, de 14 de mayo de 2014, presentada por CMNSpA, no ha dado observancia al criterio de integridad que exige el literal a) del artículo 9° del D.S. N°30/2012, razón por la cual se estima que ésta no puede ser aprobada en los términos planteados, ya que la empresa decidió dividir su presentación, no haciéndose cargo de todos los hechos constitutivos de infracción para los que procedía el programa de cumplimiento, ni de sus posibles efectos, sin que existiera a su respecto, impedimento jurídico alguno, de conformidad al inciso tercero del artículo 42 y su correlativo del artículo 6° del D.S. N°30/2012."

Posteriormente, en los Considerandos 10 y siguientes, se analiza igualmente la propuesta de esta parte, con el fin de verificar si se cumple o no con los criterios establecidos en el artículo 9° del D.S. 30/2012, análisis que la DSC señala que realiza "de modo ilustrativo", no obstante lo cual concluye que "... la propuesta formulada por CMNSpA para 7 de los 9 cargos para los cuales era procedente el programa de cumplimiento, no cumple tampoco con los criterios de aprobación, al no ser ésta íntegra, eficaz ni verificable, en los términos ya planteados, de conformidad con el artículo 9° del Decreto Supremo N°30/2012."

Nos referiremos primero a la motivación de rechazo contenida en el Considerando 9:

La Resolución Impugnada realiza una errónea aplicación del principio de integridad del artículo 9° del DS 30/2012, de modo que –con dicha interpretación– la DSC le confiere en los hechos al criterio de integridad el carácter de requisito formal de procedencia para la presentación de un plan de cumplimiento, interpretación que es ajena al verdadero sentido y alcance de las disposiciones que regulan la presentación de un plan de cumplimiento, incurriendo así en una ilegalidad manifiesta.

Lo anterior se deduce claramente de la lectura de los numerales 8 y 9 de la Resolución N°7 y del numeral N°10.1 de la misma, según los cuales esta SMA concluye que la propuesta de programa de cumplimiento de mi representada no da observancia al criterio de integridad por cuanto no habría incluido en este programa todos los cargos respecto de los cuales era procedente un programa. Con ello, se desprende que la DSC interpreta el criterio de integridad establecido en el artículo 9 del DS 30/2012 con una doble naturaleza: como un criterio de procedencia y como un criterio de aprobación, el primero de los cuales atenta contra la legalidad.

- Verdadero sentido y alcance de las normas que regulan la presentación y aprobación de un plan de cumplimiento.

La presentación de los programas de cumplimiento se encuentra detalladamente regulada en el artículo 42 de la LO-SMA, el que es replicado en el párrafo 1° del D.S N°30/2012. En primer término, el sentido natural y obvio del inciso primero del artículo 42 de la LO-SMA consagra el derecho del administrado a presentar programas de cumplimiento, al señalar que: *"iniciado un procedimiento sancionatorio, el infractor podrá presentar, en el plazo de 10 días, contado desde el acto que lo incoa, un programa de cumplimiento..."*.

Posteriormente, en su inciso tercero, el referido artículo 42 dispone, sin embargo, de forma taxativa tres causales de exclusión en que no se podrá presentar un programa de cumplimiento. Se establece así el único requisito formal de exclusión del ejercicio del derecho consagrado previamente en el inciso primero de la norma citada.

Dicho inciso tercero dispone en forma textual que *"(...) No podrán presentar programas de cumplimiento aquellos infractores que se hubieran acogido a programas de gradualidad en el cumplimiento de la normativa ambiental o hubiesen sido objeto con anterioridad de la aplicación de una sanción por parte de la Superintendencia por infracciones gravísimas o hubiesen presentado, con anterioridad, un programa de cumplimiento, salvo que se hubiese tratado de infracciones leves. Con tal objeto, deberá considerarse el plazo de prescripción de las infracciones señalado en el artículo 37 (...)"*. Esta disposición es replicada en la lista contenida en el Artículo 6 del D.S. 30/2012.

Las causales antes transcritas corresponden a una lista taxativa, no pudiendo limitarse el derecho de los administrados a presentar un programa de cumplimiento por otras causales. Por su parte, el artículo 9 del D.S. 30/2012 establece criterios destinados a la evaluación del contenido del programa de cumplimiento presentado, entre los cuales se encuentra el citado principio de integridad. Desde ya, debemos enfatizar que se trata de criterios de evaluación de fondo del contenido de la propuesta del programa de cumplimiento y no de criterios formales de presentación de dichos programas (como lo es la aplicación de un criterio basado en la mera contabilización de cargos). En efecto, lo que se realiza en la Resolución N°7 es un análisis formal de admisibilidad (fundamentado en una mera contabilización), cuestión que no resta de tener ese carácter

por el solo hecho de haberlo efectuado en una oportunidad procesal distinta a la resolución por la que tuvo presentado el programa de cumplimiento.

Esta distinción es relevante, toda vez que, como ya se ha señalado, la historia procesal de la tramitación de este programa de cumplimiento se hizo sobre la base de la presentación de un programa que diferenciaba la tramitación de los cargos respecto de los cuales no se presentó este instrumento.

- En conclusión, la aplicación del criterio de integridad como impedimento para la procedencia del programa de cumplimiento *sub lite* resulta evidentemente ilegal.

La ilegalidad de la actuación de la DSC es evidente. La administración no puede crear, por sí y ante sí, causales de exclusión adicionales a las establecidas por la Ley. Lo anterior, no sólo porque ella se encuentra regida y limitada por el principio de legalidad, sino porque la presentación de un plan de cumplimiento en un derecho legal de los administrados y, subsecuentemente, cualquier limitación al mismo es excepcional y requiere de un texto legal expreso.

Pues bien, el criterio de integridad no puede servir para desestimar el programa de cumplimiento presentado por mi representada en cuanto criterio de procedencia o admisibilidad. Razonar en sentido contrario importaría asumir que la División de Sanción y Cumplimiento de la SMA puede crear limitaciones a un derecho consagrado por la ley o, lo que es lo mismo, que el ejercicio de la potestad de fiscalización y sanción no reconoce límite alguno, infringiendo otro de los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico.

C. Errónea e ilógica aplicación del criterio de integridad.

Como vimos en el párrafo anterior, esta interpretación de la norma reglamentaria vulnera la ley. Pero, igualmente, atenta contra la lógica e, incluso, puede jugar en contra la naturaleza y objetivos del beneficio contenido en este instrumento.

En dicho sentido, debemos tener presente que un programa de cumplimiento es un plan de acciones que se ejecuta dentro de un plazo acotado con el fin de **volver al cumplimiento de las disposiciones contenidas en instrumentos de gestión ambiental** y trae aparejados beneficios para el infractor en caso de ser aprobado de conformidad con la ley. Asimismo, los programas de cumplimiento deben cumplir con los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad; y no se aprobarán programas por medio de los cuales el infractor intente eludir su responsabilidad, aprovecharse de su infracción o bien, que sean manifiestamente dilatorios. Finalmente, es necesario tener en consideración que se trata de un instrumento de incentivo al cumplimiento consagrado en beneficio del administrado.

De esta forma, una vez que el potencial infractor ha sido objeto de una formulación de cargos, debe analizar si opta o no al beneficio que le concede la ley. Si está sujeto a impedimento legal del artículo 42 (impedimentos que se establecen en razón de la historia o condición particular del infractor), no podrá efectuar ese análisis pero, descartada la concurrencia de dichos impedimentos, el infractor puede optar por dicho beneficio. Y en dicho análisis, se debe tener presente, al menos, los siguientes factores:

- Posibilidad de defensa, en el legítimo y probable convencimiento de que los hechos, actos u omisiones que se incluyen en la formulación de cargos no constituyen infracción, y
- Factibilidad de diseñar un programa de cumplimiento que cumpla con los criterios de aprobación y que permita, dentro de un plazo acotado, volver a un estado de cumplimiento de las obligaciones contenidas en los respectivos instrumentos de gestión ambiental.

Por el contrario, la interpretación del criterio de integridad-procedencia que efectúa la Resolución Impugnada –sin perjuicio de la ilegalidad que conlleva, como vimos en el acápite anterior- deja a mi representada sin la posibilidad de efectuar dicha distinción, toda vez que le exige defenderse de todo (presentando descargos respecto de todas las supuestas infracciones) o bien, volver a un estado de cumplimiento sometiendo todas las infracciones incluidas en la formulación de cargos a un programa de cumplimiento, sin distinción.

Como veremos, esta interpretación no sólo es ilegal, sino que carece de lógica y va además en contra de la interpretación legal que ha efectuado el Tribunal Ambiental. Por lo demás, revela contradicciones en el propio razonamiento de la DSC.

En primer lugar, el análisis de *procedencia* de programas de cumplimiento contenido en el apartado “B”, numeral 6.2 de la Resolución N°7, en síntesis, se fundamenta en:

- (i) Impedimentos señalados por la ley en el artículo 42,
- (ii) Interpretación sistemática de la ley; en el sentido que –según la DSC- puede sostenerse que el programa de cumplimiento es procedente sólo en ciertos supuestos y no sería aplicable su presentación para todo tipo de infracciones.

Respecto de este último criterio interpretativo, la DSC descarta por tanto la procedencia de un programa de cumplimiento respecto de la infracción número 4 incluida en el resuelto I de la Resolución N°1, toda vez que habría sido calificada de conformidad al artículo 36 N°1, esto es, como una infracción gravísima por haber causado daño ambiental que se considera irreparable.

De esta forma, al realizar el análisis de procedencia, la propia DSC divide los cargos, señalando que la posibilidad de presentar programa de cumplimiento es solo respecto de ciertas infracciones. Y este descarte lo realiza en razón de la naturaleza de una infracción cuya calificación ha sido *propuesta* en la formulación

de cargos, calificación que por lo demás podría cambiar por cuanto la determinación en definitiva de la calificación y ponderación de una infracción no es atribución de la DSC, sino que es una facultad exclusiva y excluyente del Superintendente. Lo contrario constituiría una infracción al artículo 7 incisos segundo y tercero de la LO-SMA.

En efecto, la señalada actuación de la DSC implica el ejercicio de una atribución que no está dentro del marco de su competencia, infringiendo nuevamente con este actuar el principio de legalidad antes citado.

Pero el hecho es que la DSC realice dicha interpretación antojadiza e ilegal del sentido y alcance del criterio de integridad, es porque la interpretación del criterio de integridad de los programas de cumplimiento como un "todo o nada" la obliga a ello. ¿Por qué? Porque no todas las infracciones que se contienen en una formulación de cargos son "aptas" para ser incluidas en un programa de cumplimiento. Pero dicha elección no debe ni puede quedar al arbitrio discrecional de la DSC, sino que debe corresponder única y exclusivamente al beneficiario del derecho; la SMA en el análisis de fondo resolverá si dicha elección fue adecuada o no, pero no debe ser al revés. Ello, en atención a lo siguiente:

- En primer lugar, es el infractor quien mejor conoce su situación de cumplimiento y/o de infracción.

De este modo, es él quien sabe cuál o cuáles de las infracciones que se incluyen dentro de una formulación de cargos se encuentra en condiciones de retornar a un estado de cumplimiento, diseñando acciones que permitan alcanzar dicho objetivo, en un plazo acotado y razonable, todo lo cual sea verificable por medios apropiados. Conociendo la grave sanción que implica el incumplimiento de un programa de cumplimiento, no resulta lógico que un infractor incluyera en dicho instrumento situaciones que no puede llevar a cumplimiento dentro de un plazo razonable y acotado, teniendo en cuenta la naturaleza de las eventuales infracciones constatadas. ¿No estaría acaso con esto obligándose al infractor a presentar programas de cumplimiento manifiestamente dilatorios? O, por el contrario, asumiendo que no se encuentra afectado por impedimentos legales ¿por qué debe renunciar al derecho a presentar un programa de cumplimiento respecto de aquellas infracciones cuyo cumplimiento sí puede comprometer en atención a que una norma de rango inferior lo estaría obligando a un "todo o nada"?

Del mismo modo, sólo el administrado sabe cuál o cuáles de los hechos incluidos en una formulación de cargos se encuentra en condiciones de acreditar que no constituyen incumplimientos, mediante la presentación de los correspondientes descargos. ¿Por qué debe renunciar a su legítimo derecho a defenderse de dichas imputaciones porque se ha entendido que una norma reglamentaria lo obliga a incluirlas en un programa de cumplimiento, de modo de poder aprovechar el beneficio respecto del resto? ¿No se estaría infringiendo abiertamente el espíritu de la normativa ambiental en este punto?

Siguiendo con el derecho a defensa, la DSC señala que descarta la procedencia de un programa de cumplimiento respecto de ciertas infracciones en atención a su naturaleza, aplicando la norma de interpretación sistemática de la ley contenida en el artículo 22 del Código Civil, sobre el artículo 9° del D.S. 30/2012.

Pues bien, antes que eso, una interpretación literal de dicha norma reglamentaria obliga a realizar una natural y obvia división de las infracciones. Así, el referido artículo 9° en su letra a) señala que *“las acciones y metas deben hacerse cargo de todas y cada una de las infracciones en que se ha incurrido y sus efectos”*. (El énfasis es nuestro). Por lo tanto, no se incluirán dentro de un programa de cumplimiento aquellas hechas que el administrado estima que no son constitutivos de infracción. Resulta evidente concluir que el administrado presentará descargos y no un programa de cumplimiento si estima –en su legítimo derecho– que *no ha incurrido en ciertas infracciones*.

Es más, interpretar el criterio de integridad-procedencia de modo que obligue al interesado a renunciar a la defensa de aquellas infracciones que estima que no ha cometido, de modo de incluirlas artificialmente en su propuesta con el solo objeto de no incurrir en una causal de improcedencia de su programa de cumplimiento, atenta flagrantemente contra el principio de “contradictoriedad” establecido en el artículo 10 de la Ley 19.880, en virtud del cual –en el artículo 17 letra f) de la misma– se consagra el derecho de todo interesado de formular alegaciones y aportar antecedentes. La aplicación supletoria de esta norma del procedimiento administrativo no puede vulnerarse por la interpretación incorrecta de una norma de rango inferior. De este modo, la renuncia a dicho derecho sólo puede ser del administrado.

Adicionalmente, reiteramos que el hecho de que la DSC aplique esta norma reglamentaria para crear una nueva causal de procedencia de un programa de cumplimiento, aún antes de estar afirme la calificación jurídica de las infracciones supuesta mente constatadas, viola abiertamente el espíritu de esta norma y el principio de legalidad tantas veces aludido.

- En segundo lugar, si la distinción la efectúa la DSC en atención a la calificación de gravedad, se produce una situación de prejuzgamiento.

Como señalamos más arriba, la DSC cae en la trampa de su propia interpretación del criterio de integridad “todo o nada”, al efectuar la exclusión de una infracción cuya calificación propuesta es la del artículo 36 N°1 letra a). Al entender que no todas las infracciones son susceptibles de ser incluidas en un programa de cumplimiento, incurre en un prejuzgamiento que por lo demás es ilegal.

En dicho sentido, la potestad de calificar y sancionar una infracción es exclusiva y excluyente del Superintendente. Pero en el análisis de procedencia que la DSC realiza en el apartado “B” señala que las infracciones que han sido calificadas como gravísimas por haber generado daño ambiental no pueden ser

objeto de un programa de cumplimiento. Y dicha exclusión la hace ya que, en su entendimiento, la ley reserva para éstas otro tipo de instrumento, cual es, el plan de reparación. Olvida la DSC que el artículo 43 de la LO-SMA exige encontrarse frente a una resolución firme y ejecutoriada que haya puesto término al proceso de sanción. Y en virtud de una interpretación lógica de la ley, requiere por lo demás que el daño haya sido calificado como irreparable. De lo contrario, señala la DSC en el apartado B numeral 6.2.2, sólo corresponderá la sanción. Es decir, no sólo descarta de plano la procedencia de un programa de cumplimiento respecto de la infracción contenida en el numeral 4 de la Resolución N°1, sino que aparentemente también la excluye de la posibilidad de presentar o aceptar descargos.

Lo anterior es absurdo. ¿Qué sucede si en definitiva resulta que no se acreditan los supuestos según los cuales se propuso la calificación de gravísima y el hecho resulta calificado como una infracción leve? De esta forma, la decisión de distinguir entre los hechos constitutivos de infracción contenidos en una determinada formulación de cargos, entre cuáles incluye en un programa de cumplimiento, cuáles acepta y cuáles defiende, debe corresponder al infractor y no a la DSC. Sólo cuando se analice el fondo y el mérito del programa de cumplimiento, la autoridad podrá estimar efectivamente si en ese caso puede aprobarse y desarrollarse el programa de cumplimiento respectivo. Recordemos, además, que los incentivos están correctamente alineados en la ley, dado que el incumplimiento del programa acarrea que el monto de la sanción podrá ser duplicado.

- En tercer lugar, el criterio de integridad "todo o nada" va en contra de la interpretación efectuada por el Tribunal Ambiental.

Sin perjuicio de que estimamos que la interpretación del criterio de integridad como "todo o nada" crea un principio de exclusión al margen de la ley, dicha interpretación resultaba una aplicación lógica del entendimiento que la SMA tenía de la forma de considerar las distintas infracciones, durante la primera época de su funcionamiento. En efecto, el "todo o nada" resultaba una consecuencia lógica si se entendía que las infracciones a un mismo instrumento de gestión ambiental constituían un único incumplimiento.

Pero esta situación cambió tras la dictación del fallo del Segundo Tribunal Ambiental en los autos Rol R-006-2013, de fecha 3 de marzo de 2014. Tras dicha sentencia (salvo en aquellos casos en que la interpretación contraria implique una vulneración al principio del *non bis in idem*), el Tribunal descartó la procedencia del concurso infraccional tratándose de infracciones de competencia de la SMA, resolviendo que en el caso de incumplimientos al contenido de una resolución de calificación ambiental, no existe necesariamente una unidad de propósito, como tampoco el número de incumplimientos puede sustraerse de la calificación y sanción por haberle otorgado la naturaleza de una circunstancia agravante. De este modo, cada uno de los hechos infraccionales constituye una "unidad jurídica infraccional", es decir, una infracción en sí misma, que debe ser calificada, ponderada y sancionada de forma independiente.

La interpretación del criterio de integridad que obliga a un infractor a presentar un programa de cumplimiento que incluya todas las infracciones contenidas en una formulación de cargos, va en contra el criterio contenido en la decisión emitida en dicho fallo judicial.

- Finalmente, esta interpretación del criterio de integridad deja al solo arbitrio y discreción de la autoridad el ejercicio de un derecho por parte del infractor.

En síntesis, la interpretación del criterio de integridad contenida en el artículo 9° del D.S. 30/2012 que efectúa la DSC, se traduce en lo siguiente: *“el infractor deberá presentar un programa de cumplimiento si y sólo si éste abarca todas y cada una de las infracciones que se incluyan en una formulación de cargos, salvo aquellas que esta división estime –ex post- que no son procedentes”*.

Huelgan mayores explicaciones acerca de la evidente arbitrariedad que envuelve esta interpretación, máxime cuando la redacción, contenido y oportunidad de una formulación de cargos depende exclusivamente de la DSC, en donde –como ocurre en el presente caso- se incluyen varios informes de fiscalización que dan cuenta de diversas actividades de fiscalización que tienen distintos orígenes (denuncia o de oficio). Entendemos que la inclusión de todas estas actividades en una única formulación de cargos podría obedecer al principio de economía procedimental, no obstante, la autoridad sólo se encuentra llamada a decidir en un solo acto aquellos *“trámites que, por su naturaleza, admitan un impulso simultáneo”*², cuestión que es debatible en este caso. Es más, por lo anterior, es que esta parte solicitó –para el caso de estimarlo necesario la autoridad- la desacumulación y desglose de la formulación de cargos, distinguiendo entre infracciones que, por su naturaleza, admitían ser incluidas en un programa de cumplimiento y aquellas que serían objeto de descargos, solicitud respecto de la cual esta DSC omitió pronunciarse.

D. El análisis que se efectúa de modo ilustrativo respecto del fondo de la propuesta de programa de cumplimiento presentado por esta parte, no es suficiente en sí mismo para configura causales de rechazo de la misma.

En el numeral 10 de la Resolución Impugnada, la DSC realiza “a modo ilustrativo” un análisis de la propuesta de programa de cumplimiento presentada por mi representada. Dicho análisis lo efectúa de modo de verificar si la misma cumplía o no con los criterios establecidos en el artículo 9° del D.S. 30/2012, esto es: integridad (interpretado ahora como criterio de aprobación y ya no de procedencia de un programa de cumplimiento), eficacia y verificabilidad.

² Ley 19.880, artículo 9°, inciso segundo.

Estimamos que, de la sola lectura de los numerales 10.1 a 10.3 de la Resolución N°7, se desprende que en todos ellos la DSC pudo haber optado –como ha hecho en otras oportunidades en relación con otros administrados que han hecho uso de este instrumento- por efectuar observaciones al titular, para que éste adecuara, modificara o completara su propuesta.

Respecto de este punto, resulta relevante tener presente lo dispuesto por el artículo 3 letra u) de la LO-SMA, el que señala de modo expreso que, dentro de las funciones de la SMA se encuentra la de *“Prestar asistencia a su regulados para la presentación de planes de cumplimiento o de reparación, así como para orientarlos en la comprensión de las obligaciones que emanan de los instrumentos individualizados en el artículo 2° de esta ley.”*

La SMA ha entendido esta facultad –y así la ha ejercido desde su vigencia- como la posibilidad de sostener reuniones con los sujetos fiscalizados que han sido objeto de Formulación de Cargos, respecto de la posibilidad de presentar programas de cumplimiento frente a los hechos incluidos en éstas. Si bien estas reuniones no constan de formalidades expresas, éstas se solicitan formalmente a la SMA; y en dichas reuniones se discuten los criterios e ideas que permitan desarrollar un programa de cumplimiento.

Pues bien, tras la notificación de la Resolución Exenta N°1/Rol D-011-2015, esta parte solicitó formalmente dos reuniones con la DSC, para la asistencia en la preparación del Programa de Cumplimiento, reuniones que se sostuvieron a fines del mes de abril y principios del mes de mayo, respectivamente. Por supuesto, en tales instancias la autoridad no se compromete a aprobar un programa de cumplimiento y este caso no fue la excepción, pero sí se revisaron conjuntamente los borradores de propuesta preparados por la empresa, respecto de los cuales se hicieron observaciones puntuales y recomendaciones por parte de la autoridad, los que fueron incorporados por mi representada en el programa de cumplimiento presentado.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, lo que llama más la atención tras la lectura de la Resolución Impugnada, es que la DSC en el texto de resolución mediante la cual rechaza el programa de cumplimiento, acto seguido se refiere a los hechos infraccionales que no fueron incluidos en la propuesta a la que se refiere la resolución –sino que fueron objeto de descargos presentados en un instrumento distinto-, haciendo una serie de recomendaciones de planes de acción para *“retomar el cumplimiento de las obligaciones ambientales”* relacionadas con tales cargos. Independiente del hecho de que las recomendaciones adolecen en varios aspectos de deficiencias técnicas y supuestos que no tienen un asidero real, lo que llama la atención es que, si la autoridad se permite hacer observaciones proponiendo caminos de acción respecto de un instrumento que no está consagrado por la ley (*“planes de acción”*) pero que resulta útil para mejorar los niveles de cumplimiento, aparece como contrario al principio de razonabilidad que descarte efectuar observaciones respecto del instrumento de incentivo al cumplimiento que sí se encuentra consagrado como un derecho en la ley. De este modo, en vez de convertirlas en razones de rechazo del programa, no es

posible entender por qué no consultó a su respecto a esta parte, para analizar si el programa de cumplimiento podría ser aprobado aportando dichos antecedentes o mejorando las acciones, elementos o criterios que pudieran ser modificados, aclarados o ampliados por el proponente.

Tal actuación se hubiese adecuado a la función de asistencia a los regulados que se encuentra consagrada en el citado artículo 3 letra u) de la LO-SMA. Esto aparece como el camino correcto en la medida que la ley señala que es función de la SMA proporcionar asistencia a sus regulados para la presentación de estos planes y, en la práctica, la SMA habitualmente hace estas solicitudes de antecedentes adicionales o complementarios, motivo por el cual resulta inentendible y arbitrario el criterio usado en contra de mi representada en este punto.

E. Otras consideraciones.

Por último, esta parte no puede dejar pasar la declaración contenida en el Considerando 11 de la Resolución Impugnada, en donde la DSC señala que *"algunos de los supuestos propuestos por CMNSpA para la realización de acciones, dependen de la mera voluntad del presunto infractor, advirtiendo con ello, la inexistencia de una voluntad seria de cumplir con sus obligaciones ambientales, toda vez que la figura del supuesto, debe realizarse para aquellos eventos ajenos a la voluntad del mismo obligado"*. (Énfasis agregado).

Dicha declaración contiene un juicio realizado de forma general y absoluta, imputando a mi representada una conducta, lo que resulta grave e inaceptable, máxime cuando tal aseveración no se fundamenta de modo alguno por la autoridad.

Sólo a modo ilustrativo debemos señalar, en primer lugar, que de los siete cargos para los cuales se presentó programa de cumplimiento, sólo se consideran supuestos en tres de ellos. Enseguida, de aquellos, el único cargo respecto del cual podría estimarse que se señalan supuestos dependientes de la mera voluntad de mi representada es el indicado con el N°3, cuya propuesta de programa de cumplimiento está compuesta de acciones complejas, de modo tal que el "supuesto" consiste en la ejecución por parte del proponente de la acción inmediatamente precedente. En efecto, el supuesto "enviar ciertas muestras al laboratorio" depende de la realización previa de campañas de toma de muestras en terreno. Pero la realización de dichas campañas no depende de supuesto alguno. De este modo, dado que el plan obliga a realizar las campañas (que es el elemento central) y dichas campañas requieren el análisis de las muestras, el no envío de las muestras implicará una infracción al programa en la medida que no se hagan las campañas o en la medida haciéndose las campañas no se envíen las muestras, por lo que mal podemos decir que el supuesto queda sujeto a la "mera voluntad de mi representada".

En definitiva, la aseveración general contenida en el Considerando 11 se aleja de la realidad del documento presentado por mi representada y, lo que es inaceptable, contiene un juicio categórico, grave e infundado respecto de la conducta e intención de mi representada como el contenido en el referido Considerando 11, cuestión que no podemos soslayar en este escrito, dado que precisamente se presentó el programa de cumplimiento (en pleno conocimiento de las consecuencias que la ley asigna a su cumplimiento) precisamente por cuanto es la voluntad de mi representada lograr mayores niveles de cumplimiento ambiental.

En dicho sentido, es posible estudiar los supuestos incluidos en la propuesta de programa de cumplimiento y así ajustar dicha propuesta, en la forma que estime la autoridad, de modo que no tenga duda que los supuestos no dependen de nuestra la mera voluntad. Para ello, podría incorporarse la inquietud manifestada como observaciones puntuales al Programa de Cumplimiento, tal como ha ocurrido respecto de otros casos en que la SMA así ha actuado.

IV. CONCLUSIONES

Conforme a los antecedentes antes expuestos, la Resolución N°7 de fecha 24 de junio de 2015 debe ser dejada sin efecto en razón de las siguientes consideraciones:

1. En tanto resolución final del procedimiento de análisis y aprobación de la propuesta de programa de cumplimiento presentada por esta parte, por cuanto adolece de falta de decisión de todas las cuestiones planteadas por esta parte, toda vez que omite pronunciarse sobre la solicitud de desacumulación y desglose de los cargos incluidos en la Resolución N°1, requerimiento contenido en la Carta PL 84/2015 presentada el 14 de mayo de 2015.

2. Por cuanto incurre en una manifiesta ilegalidad al aplicar el criterio de integridad del artículo 9° del D.S. 30/2012 como un requisito de procedencia o admisibilidad de los programas de cumplimiento, confiriéndole con ello un carácter de impedimento fuera del marco legal.

3. Por cuanto –sin perjuicio de la manifiesta ilegalidad- incurre en una errónea aplicación del principio de integridad que lleva a situaciones del todo ilógicas, absurdas y contrarias a los principios legales como también a la jurisprudencia. En efecto:

(a) Deja al arbitrio de la DSC el decidir cuáles infracciones –dentro de las que se incluyen en una determinada formulación de cargos, resolución cuyo contenido también determina discrecionalmente la DSC- pueden ser objeto de un programa de cumplimiento y cuáles no, en circunstancias que dicha decisión sólo debe quedar sujeta al análisis que efectúe el interesado respecto de cada una de dichas infracciones.

(b) Afecta el derecho de defensa del interesado, en circunstancias que –si desea presentar un programa de cumplimiento- lo obliga a renunciar a la presentación de descargos respecto de aquellas infracciones que él estime que no ha incurrido; situación que por lo demás vulnera el sentido natural y obvio del referido artículo 9° del D.S. 30/2015.

(c) Obliga al interesado a renunciar a su derecho a presentar programas de cumplimiento o bien, a presentar programas respecto de todas las supuestas infracciones, en circunstancias que ello puede llevar a la redacción de propuestas poco serias respecto de aquellas infracciones que no pueden ser cumplidas en un plazo acotado y razonable, con las consecuencias que ello implica en caso de incumplimiento; y,

(d) Es contraria a la jurisprudencia del Tribunal Ambiental según el cual las infracciones deben ser consideradas como unidades independientes que deben calificarse, ponderarse y sancionarse de manera separada.

4. Respecto del análisis de fondo que la DSC realiza a modo “meramente ilustrativo”, ninguno de los razonamientos que se incluyen en éste tiene el mérito en sí mismo ni en su conjunto de ser constitutivo de causal de rechazo de la propuesta, siendo todos subsanables por el titular, adecuando, aclarando o ampliando las acciones y metas incluidas en la propuesta.

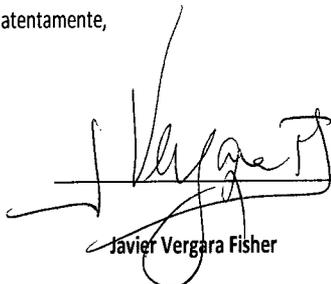
POR TANTO, se solicita a Ud. tener por interpuesto el presente recurso de reposición en tiempo y forma, y en definitiva acogerlo, dejando sin efecto la Res. Ex. N°7/Rol D-011-2015, de fecha 24 de junio de 2015, y en su reemplazo:

- Efectuar observaciones a la propuesta de programa de cumplimiento presentada por esta parte mediante Carta PL 84/2015, al tenor del análisis incluido en los numerales 10.1 a 10.3 de la resolución impugnada, otorgando a esta parte un plazo razonable para responderlas, o
- Decretar la desacumulación del expediente Rol D-011-2015, efectuando el desglose de las infracciones entre aquellas que fueron incluidas en la propuesta de programa de cumplimiento (N°s 1, 2, 3, 6, 8, 9 y 10 de la Formulación de Cargos) en la Carta PL 84/2015 y aquellas que fueron objeto de descargos presentados en la Carta PL 89/2015 (N°s 4, 5 y 7 de la Formulación de Cargos) otorgando a esta parte un plazo para responder a las observaciones que se formulan según análisis incluido en los numerales 10.1 a 10.3 de la resolución impugnada, respecto de las infracciones incluidas en la señalada propuesta de Programa de Cumplimiento.

PRIMER OTROSÍ: Subsidiariamente, en el supuesto de rechazo del recurso de reposición deducido en lo principal de este escrito, solicito a Ud. tener por deducido recurso jerárquico en contra de la Res. Ex. N° 4/Rol N° D-26-2014, de 19 de enero de 2015, en virtud del art. 59 de la ley N° 19.880, dando por reproducidos los fundamentos de hecho y de derecho esgrimidos en lo principal de esta presentación y, en definitiva, acogerlo en los términos que se indicó en el acápite anterior.

SEGUNDO OTROSÍ: Solicito a Ud., decretar desde ya y entre tanto se analiza y tramita la solicitud de reposición y el eventual recurso jerárquico subsidiario, la suspensión de los efectos del acto administrativo recurrido. Lo anterior en virtud de lo señalado en art. 57 de la ley N° 19.880, debido a que la tramitación conjunta de los descargos respecto de las infracciones contenidas en los N°s 1, 2, 3, 6, 8, 9 y 10 de la Resolución N°1 de 22 de abril de 2015, resulta incompatible con lo que en definitiva se decida respecto del recurso de reposición y jerárquico subsidiario que se presentan en lo Principal y Primer Otrosí de esta presentación.

Sin otro particular se despide atentamente,


Javier Vergara Fisher
p.p Compañía Minera Nevada SpA

