



ANT.: Res. Ex. N° 4/Rol N° A-002-2018, de 11 de diciembre de 2018.

REF.: Expediente Sancionatorio Rol N° A-002-2018.

MAT.: 1.- Deducer recurso de reposición. 2.- En subsidio, deducir recurso jerárquico. 3.- Solicitar suspensión.

Santiago, 17 de diciembre de 2018

Sr. Ariel Espinoza Galdames

Jefe (S) de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente
Presente

VALTER MORO, en representación de **GEOTÉRMICA DEL NORTE S.A.** (en adelante, también "GDN"), titular de los proyectos "Central Geotérmica Cerro Pabellón" y "Línea de Transmisión Eléctrica Cerro Pabellón", ambos domiciliados para estos efectos en Avenida Presidente Riesco N° 5333, piso 15, comuna de Las Condes, en procedimiento sancionatorio **Rol N° A-002-2018**, 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° 4/Rol N° A-002-2018, de 11 de diciembre de 2018 (en adelante, indistintamente la "Res. Ex. N° 4" o la "resolución recurrida"), de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante e indistintamente, "SMA" o "Superintendencia"), mediante el cual se rechaza el Programa de Cumplimiento presentado (en adelante, el "PdC") y se levanta suspensión decretada en el Resolvo VI de la Res. Ex. N°1/Rol A-002-2018.

I.-

ANTECEDENTES GENERALES DEL PROCESO DE SANCIÓN.

Conforme señala la Formulación de Cargos, el presente proceso de sanción se funda en los hechos identificados durante las actividades de fiscalización ambiental al Proyecto CGT llevadas a cabo el 14 de junio de 2016 por funcionarios de SMA, en conjunto con el Servicio Agrícola y Ganadero, la Corporación Nacional Forestal, la Dirección General de Aguas (en adelante, DGA) y la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, todos de la Región de Antofagasta, respecto a las siguientes

materias: las medidas frente a corta de especies de flora nativa; el manejo de vegetación nativa en la franja de servidumbre; la intervención/afectación de cursos de agua; la afectación de flora y/o vegetación; la pérdida/alteración de hábitat para fauna; y la alteración significativa de sistemas de vida y costumbres de grupos humanos. Las conclusiones de esta inspección constan en el Informe de Fiscalización Ambiental, DFZ-2016-1062-II-RCA-IA (en adelante, IFA 2016).

Asimismo, los días 04 y 05 de abril de 2017 se efectúa una nueva actividad de fiscalización ambiental realizada por el Consejo de Monumentos Nacionales (CMN), junto a la Superintendencia del Medio Ambiente, a la unidad fiscalizable "Geotérmica Cerro Pabellón", localizada en la concesión geotérmica "Apacheta" (Comuna de Ollagüe, Provincia de El Loa y Región de Antofagasta). La materia relevante objeto de la fiscalización correspondió a la afectación del patrimonio cultural, dando lugar al Informe de Fiscalización Ambiental, DFZ-2017-278-II-RCA-IA (en adelante, IFA 2017).

En tanto, el día 26 de enero de 2017, GDN realizó una presentación ante esta Superintendencia, en la cual solicitó acogerse al beneficio de la autodenuncia del artículo 41 de la LO-SMA, por los hechos infraccionales que detalla en su presentación, relacionados a la afectación de sitios arqueológicos identificados en la evaluación ambiental del Proyecto LTE y a nuevos hallazgos arqueológicos no identificados en la evaluación ambiental.

Mediante Res. Ex. D.S. Nº 1491, de 19 de diciembre de 2017, la Superintendencia del Medio Ambiente declaró admisible la autodenuncia presentada por GDN.

Con fecha 09 de agosto de 2018, mediante Res. Ex. Nº 1/Rol A-002-2018, la Superintendencia del Medio Ambiente formuló cargos a mi representada por los siguientes hechos, actos u omisiones que constituirían infracciones de conformidad con el artículo 35 a) de la LO-SMA, en cuanto incumplimientos de las condiciones, normas y medidas establecidas en las RCAs antes citadas:

Nº	Hecho que se estima constitutivo de infracción
1	Las piscinas de fluidos geotérmicos de las plataformas CP-10 y CP-5 / CP-5A tienen una capacidad de 14.000 m ³ , lo que excede en 5.000 m ³ la capacidad autorizada.
2	El consumo de agua industrial para la actividad de humectación de caminos superó los 20 m ³ /día en varios días del período que va del 19 de diciembre de 2015 al 19 de junio de 2016. Además, en los años 2015 y 2016 se superó en 2.623 m ³ la utilización de agua autorizada para la compactación de terreno y fundaciones.
3	No se efectuó el registro de todos los parámetros comprometidos durante las pruebas de producción de pozos. En específico, no se efectuó el registro del parámetro "Producción total de fluido" para los pozos CP-2 y CP-1, ni del parámetro "Contenido de gas en fase vapor", que fue totalmente omitido para el pozo CP-2 y parcialmente para el pozo CP-5.

4	El monitoreo de la actividad de rescate y relocalización (trasplante) de individuos de la especie <i>Maihueiopsis glomerata</i> , no se realizó cada 90 días, durante el primer año del proyecto Línea de Transmisión Eléctrica Cerro Pabellón.
5	Rescate de individuos de <i>Liolaemus stolzmanni</i> en zonas distintas a las establecidas en el proceso de evaluación ambiental del proyecto Central Geotérmica Cerro Pabellón, esto es, en las laderas Este y Oeste del Cerro Pabellón.
6	Remoción no autorizada de material arqueológico en el sitio arqueológico CP2 del proyecto Central Geotérmica Cerro Pabellón, sin que se cumplan los requisitos para el salvataje.
7	Retraso en la entrega de los informes de monitoreo arqueológico permanente del proyecto Central Geotérmica Cerro Pabellón, de acuerdo a lo indicado en la Tabla N°8 de la presente resolución.
8	No cumplimiento de las obligaciones asociadas a la identificación de hallazgos arqueológicos nuevos en el proyecto Central Geotérmica Cerro Pabellón, en específico, no paralizar las obras ni dar aviso de inmediato al Consejo de Monumentos Nacionales, al haberse identificado los sitios arqueológicos PA-14, CP-5, CP-1, CP-2, CP-3, PA-15, PA-16, PA-17, PA-18 y un sitio no especificado, reportado en el informe MAP de marzo de 2016, el cual se encuentra cercano a una tubería de reinyección y corresponde a una acumulación de clastos y fragmentación de cerámica decorada (Anexo 2, Informe MAP — Marzo 2016).
9	<p>No implementación adecuada y oportuna de las medidas de prevención sobre los sitios arqueológicos del área de influencia del proyecto Línea de Transmisión Eléctrica Cerro Pabellón. En específico:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Implementación tardía, posterior al inicio de la etapa de construcción, de las medidas de protección de sitios arqueológicos, como banderines, cierre perimetral y levantamiento topográfico, respecto de los sitios identificados en la Tabla N° 9 de la presente resolución. - Implementación de cercos perimetrales en los sitios arqueológicos, sin respetar el buffer de a lo menos 10 metros establecido en la RCA del proyecto Línea de Transmisión Eléctrica Cerro Pabellón. Los sitios arqueológicos en los cuales el buffer de 10 metros no fue respetado son los siguientes: EP05, EP-12, EP-13, EP-14, EP-16, EP-17, EP-18, EP-19, EP-20, EP-22, EP-23, EP-24, EP-27, EP-29, EP-30, EP-32, EP-33, EP-34, EP-35, EP-36, EP-37, EP-38, EP-39, EP-40, EP-41, EP-42, EP-43, EP-44, EP-45, EP-46, EP-47, EP-48, EP-49, EP-50, EP-51 y EP-52. - Deterioro de los cercos perimetrales de protección de los siguientes sitios arqueológicos: EP-59, EP-68, EP-72, EP-170, EP191, EP-98 y EP-149.
10	Intervención de rasgo lineal TCPA-10 durante la construcción del proyecto Línea de Transmisión Eléctrica Cerro Pabellón sin contar con PAS 76 que lo autorizara.
11	Afectación del sitio PA-3 producida por movimiento de tierra durante la ejecución del proyecto Central Geotérmica Cerro Pabellón.

12	<p>Realización de intervenciones con fines de restauración en los sitios EP-08 y EP-21 del proyecto Línea de Transmisión Eléctrica Cerro Pabellón, sin autorización previa del Consejo de Monumentos Nacionales. En particular las siguientes acciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Sitio EP-08: Barrido de las huellas de los vehículos; humectación del área intervenida. - Sitio EP-21: Nivelación del sector intervenido sin compactar; realización de surcos dirigidos a que germinen especies preponderantes del sector, con el objeto que sean agentes dispersores y principales depositarios de semillas; aplicación de abono con fertilizante orgánico y riego con frecuencia indicada por el biólogo de turno; se agregó una capa de piedras en los surcos con la finalidad de dar la condición natural a las especies que se encuentran en el sector, priorizando la utilización de tocas removidas durante el escarpe.
13	<p>No cumplimiento de las obligaciones asociadas a la identificación de hallazgos arqueológicos durante la fase de construcción del proyecto Línea de Transmisión Eléctrica Cerro Pabellón, en particular: Detener las obras en el frente donde se hayan detectado los hallazgos, presencia inmediata de un arqueólogo para evaluar el daño y tomar acciones a seguir y dar aviso de inmediato al Consejo de Monumentos Nacionales y a la Gobernación Provincial.</p> <p>Los sitios arqueológicos sobre los cuales no se adoptaron estas medidas son todos los indicados en la Tabla N° 7 de la presente resolución¹, donde se indican los plazos transcurridos antes de dar aviso a las autoridades.</p>
14	<p>Incumplimiento de medidas de seguimiento del componente arqueológico del proyecto Línea de Transmisión Eléctrica Cerro Pabellón entre noviembre de 2015 y septiembre de 2016, en específico, la no entrega dentro de plazo de los informes mensuales de monitoreo arqueológico a la SMA, según lo que se señala en la Tabla N° 10 de la presente resolución.</p>
15	<p>Alteración no autorizada de dos sitios arqueológicos identificados en la evaluación ambiental del proyecto Línea de Transmisión Eléctrica Cerro Pabellón, consistente en la generación de huellas de vehículos menores sobre el sitio EP-08 y en la remoción de material superficial por escarpe respecto al sitio EP-21, según se da cuenta en la descripción contenida en la Tabla N° 3.</p>
16	<p>Alteración no autorizada de 31 sitios arqueológicos no identificados en la evaluación ambiental del proyecto Línea de Transmisión Eléctrica Cerro Pabellón, según se da cuenta en la Tabla N° 6 de la presente resolución.</p>

Con fecha 10 de septiembre de 2018, GDN presentó un Programa de Cumplimiento, incluyendo acciones tendientes a volver a un estado de cumplimiento respecto de las exigencias cuya infracción se le imputó en la formulación de cargos, incluyendo, acciones idóneas para contener, reducir o eliminar todos los efectos negativos analizados y expuestos en los Informes de Análisis de Efectos adjuntaron en Anexo A de la referida presentación.

¹ Res. Ex. N° 1/Rol A-002-2018, 09 de agosto de 2018.

Finalmente, mediante Res. Ex. N° 4/Rol A-002-2018, de fecha 11 de diciembre de 2018, la SMA resolvió rechazar el PdC presentado por GDN, por considerar que el mismo no satisfaría los criterios de integridad, eficacia, y verificabilidad establecidos en el artículo 9 del D.S. N° 30/2012 para la aprobación de un programa de cumplimiento. Adicionalmente, dicha resolución imputa a GDN, la intención de eludir responsabilidad respecto del Cargo N° 11, y de aprovecharse del incumplimiento que funda el Cargo N° 13.

II.-

OPORTUNIDAD Y PROCEDENCIA DEL RECURSO DE REPOSICIÓN.

Que, en primer lugar, se hace presente que de acuerdo al art. 15 inciso primero de la ley N° 19.880, aplicable al presente procedimiento de sanción en atención a lo señalado en el art. 62 de la LO-SMA, *“todo acto administrativo es impugnabile por el interesado mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico, regulados en esta ley, sin perjuicio del recurso extraordinario de revisión y de los demás recursos que establezcan las leyes especiales.*

Sin embargo, los actos de mero trámite son impugnables sólo cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión. [...].”

A su vez, 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. En este caso, el recurso se deduce dentro de plazo, toda vez que la notificación de la Res. Ex. N° 4/Rol A-002-2017 se produjo en forma personal el día jueves 13 de diciembre de 2018.

Por su parte, el recurso es procedente, ya que el acto recurrido produce indefensión, esto es, coloca a mi representada en una situación en que se *“impide o se limita indebidamente la defensa de su derecho en un procedimiento administrativo o judicial”* (definición de la Real Academia Española), por cuanto priva a GDN de la posibilidad de poner término al procedimiento sancionatorio rol A-002-2018, mediante la ejecución satisfactoria de un programa de cumplimiento, en circunstancias que resulta posible subsanar los defectos que se han identificado en la propuesta de programa de cumplimiento presentada, y con ello, lograr un instrumento de carácter integro, eficaz y verificable.

Que por lo demás, que aun cuando la resolución recurrida sea una acto administrativo de trámite, tal como ha señalado el Segundo Tribunal Ambiental *“la resolución que se pronuncia sobre un programa de cumplimiento, constituye un acto trámite calificado, en cuanto decide sobre el fondo del asunto planteado, lo que lo transforma en un acto recurrible -mediante recurso de reposición- y en consecuencia, objeto de control judicial”* (Segundo Tribunal Ambiental, sentencia de fecha 20 de octubre de 2017, Rol 132-2016, considerando 11°).

III.-

FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN.

Esta reposición se fundamenta en las siguientes consideraciones:

1. La SMA tiene el deber de permitir la subsanación de las presentaciones administrativas que proponen programas de cumplimiento como garantía de los derechos de los interesados y de la eficacia de los intereses públicos involucrados.
2. GDN no se encuentra privada del derecho a presentar un Programa de Cumplimiento en el marco del procedimiento de sanción Rol A-002-2018.
3. El PdC presentado por GDN es serio, y propone acciones eficaces para retornar a un estado de cumplimiento de la normativa que se imputa infringida y/o que permiten contener y/o reducir sus efectos.
4. Los reproches que se formulan mediante la resolución recurrida al Programa de Cumplimiento de mi representada pueden ser subsanados.
5. GDN no intenta eludir responsabilidad respecto del Cargo N° 11, pues propone acciones para abordar el incumplimiento imputado y la afectación sobre el sitio PA-3, sin perjuicio de realizar precisiones que se han estimado relevantes.
6. GDN no ha intentado aprovecharse las infracciones imputadas.
7. GDN se encuentra llana a recoger y subsanar todas las deficiencias identificadas por esta SMA.
8. El programa de cumplimiento corresponde al instrumento que permite velar eficazmente por el interés público involucrado en las infracciones imputadas en este procedimiento de sanción.

1. Deber de la SMA de permitir la subsanación de las presentaciones administrativas que proponen programas de cumplimiento como garantía de derechos y de la eficacia de los derechos e interés públicos involucrados.

El derecho a subsanar el contenido de un Programa de Cumplimiento constituye una manifestación del principio de no formalización que inspira a los procedimientos administrativos, y que privilegia la consecución de un resultado final eficaz y conveniente para los derechos e intereses públicos en juego, que, en este caso, se traduce en que el infractor cumpla con las exigencias infringidas y se haga cargo de los efectos asociados a las infracciones imputadas.

El derecho a subsanar los Programas de Cumplimiento, por lo demás, ha sido reconocido por vuestra Superintendencia al otorgar reiteradamente a los titulares de proyectos sujetos a procedimientos de sanción, y que se acogen al derecho a presentar un Programa de Cumplimiento, la posibilidad de subsanar, en más de una oportunidad, la falta de los requisitos de aprobación establecidos en el artículo 9 del D.S. N° 30/2012.

En el mismo sentido, la Excma. Corte Suprema ha reconocido que la SMA puede ordenar siempre la subsanación de los defectos identificados en un programa de cumplimiento, pues si *“estima que hay aspectos que deben ser complementados, sea porque el instrumento no aborda todos los hechos infraccionales o no propone planes para hacerse cargo de los efectos del incumplimiento o no señala con claridad el cronograma de cumplimiento u objetivos a ejecutar, puede solicitar al infractor que perfeccione el referido instrumento”*, y si bien ello no la priva de su facultad para rechazar un programa de cumplimiento, ella debe ser ejercida en caso de *“programas presentados por infractores excluidos del beneficio o por carecer el instrumento de la seriedad mínima o presentar deficiencias que son insubsanables, caso en que se proseguirá con el procedimiento sancionatorio.”* (Excma. Corte Suprema, sentencia de fecha 5 de marzo de 2018, rol 11.485-2017, considerando 19°).

Lo anterior se justifica precisamente en el objetivo de los instrumentos de incentivo al cumplimiento previstos en la normativa ambiental que no es otro que *“fomentar la colaboración con la autoridad pública para facilitar la labor de fiscalización y conseguir en el menor tiempo posible los fines propios de la legislación ambiental”*².

Como veremos, el programa de cumplimiento presentado por mi representada, no se encuentra entre los casos de exclusión o impedimento, es serio, y si bien, podría adolecer de deficiencias, estas son subsanables en términos de satisfacer los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad en una nueva versión refundida, coordinada y sistematizada.

2. GDN no se encuentra privada del derecho a presentar un Programa de Cumplimiento en el marco del procedimiento de sanción Rol A-002-2018.

Cabe hacer presente que, conforme disponen los artículos 42 de la LO-SMA y 6 del D.S. N° 30/2012, sólo se encuentran privados de ejercer el derecho a presentar y ejecutar satisfactoriamente un Programa de Cumplimiento los infractores que (i) se hubiesen acogido a programas de gradualidad de cumplimiento de la normativa ambiental; (ii) hubiesen sido objeto con anterioridad de la aplicación de una sanción por parte de la Superintendencia por infracciones gravísimas; o (iii) hubiesen presentado con anterioridad un programa de cumplimiento, salvo que se hubiese tratado de infracciones leves.

GDN no se encuentra en ninguno de los supuestos de exclusión establecidos por la normativa, y consecuencia, la autoridad administrativa no puede establecer condiciones incumplibles, y que en la práctica implican restringir el derecho de GDN a presentar un programa de cumplimiento.

Según se expresará más adelante, al abordar el cumplimiento (perfectible) de los criterios de integridad, seguridad y eficacia del PdC presentado el 10 de septiembre de 2018, impedir la proposición de acciones que importen un cumplimiento futuro equivalente, más no idéntico de la normativa infringida, no es otra cosa que restringir indebidamente a través del ejercicio de la potestad sancionadora, el derecho a presentar un Programa de Cumplimiento reconocido a los

² Excma. Corte Suprema, sentencia de fecha 5 de marzo de 2018, rol 11.485-2017, considerando 18°.

administrados en el artículo 42 de la LO-SMA. En efecto, en forma contraria a lo que parece entender en esta ocasión vuestra SMA, la definición legal del programa de cumplimiento considera el cumplimiento satisfactorio de la normativa ambiental que se indique, mediante acciones que permitan asegurar su cumplimiento, que, en algunos casos, puede incluir el aseguramiento futuro de una exigencia atendida la pérdida de oportunidad.

Si en los casos que no es posible cumplir una exigencia ambiental, por haber expirado la oportunidad para hacerlo, no fuera posible presentar un PdC, el legislador así lo hubiera establecido.

3. El programa de cumplimiento ha sido presentado de buena fe y cumpliendo los criterios de Seriedad

Conforme indica la resolución recurrida, mi representada habría presentado un programa de cumplimiento que adolecería de seriedad considerando el carácter de sujeto calificado de GDN, el tiempo transcurrido entre la autodenuncia y la presentación del programa y el carácter especialmente complejo de las infracciones vinculadas al componente arqueológico. Agrega que, dado los recursos y experiencia disponibles, la situación ameritaba presentar un programa de cumplimiento con un alto grado de especificidad y desarrollo para abordar las infracciones imputadas, lo que, a juicio de la SMA, no habría ocurrido (**Considerandos 76° y siguientes**).

No obstante, en forma contraria a lo señalado por la resolución recurrida, GDN ha obrado en todo momento con plena y evidente buena fe y seriedad en el marco del presente procedimiento sancionatorio.

En dicho sentido, cabe recordar la naturaleza de los programas de cumplimiento, los cuales según el artículo 42 de la LO-SMA, consisten en planes de acciones y metas presentados por un infractor para que, dentro del plazo fijado por la SMA, los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique.

La presentación de un programa de cumplimiento no implica que deba retornarse en forma inmediata al cumplimiento, sino dentro de los plazos que se propongan y la SMA apruebe, razón por lo cual las acciones de un programa de cumplimiento pueden clasificarse como ejecutadas, en ejecución y por ejecutar, contando el programa de cumplimiento de GDN con los tres tipos de acciones, lo cual deja en evidencia su compromiso con el cumplimiento de la normativa ambiental.

De igual modo, la resolución recurrida de forma reiterada plantea que las infracciones ya fueron cometidas, y que en el PdC solo se proponen acciones para evitar situaciones similares en el futuro. Al respecto cabe señalar que, en el caso de infracciones puntuales y cuya ejecución han cesado con anterioridad al inicio del procedimiento de sanción, el PdC presentado asegura el retorno al cumplimiento de la normativa infringida mediante acciones de aseguramiento y prevención de las conductas futuras que se estiman constitutivas de la infracción imputada y en su caso, con la ejecución de acciones para hacerse cargo de los efectos que hubiese causado la conducta antijurídica.

En consecuencia, es la naturaleza de las infracciones contenidas en la formulación de cargos, aquello que ha condicionado la naturaleza de las acciones propuestas en el PdC presentado, y no la falta de seriedad de mi representada en el ejercicio de su derecho reconocido en el artículo 42 de LO-SMA.

Por lo demás, muestra de la seriedad del PdC presentado es la cantidad de recursos económicos destinados a la ejecución de las acciones comprometidas en el mismo, así como la contratación de asesoría profesional externa e independiente para la elaboración de las propuestas de acciones en materias arqueológica, que fueron presentadas en el Plan.

Del mismo modo, y en forma contraria a lo referido en la resolución recurrida, constituye una muestra de seriedad de GDN, el no haber propuesto medidas sin saber si posteriormente estas serían o no aprobadas por el CMN, pues tratándose, de la intervención del patrimonio arqueológico, aun cuando sea con fines de mantención, conservación y/o restauración, constituye un requisito esencial que las medidas propuestas sean validadas por el CMN para su posterior implementación.

4. Los reproches que se formulan mediante la resolución recurrida al Programa de Cumplimiento pueden ser subsanados.

4.1. Consideraciones generales.

Tal como reconoce la Sentencia de la Excma. Corte Suprema, de fecha 3 de julio de 2017, Rol N° 67.418-2016 (citada en el considerando N° 74 de la resolución recurrida) entre los motivos que puede esgrimir la SMA para rechazar un Programa de Cumplimiento presentado en tiempo y forma, se encuentran el (i) haber sido presentado por infractores excluidos del beneficio, (ii) carecer el instrumento presentado de seriedad mínima, o (iii) adolecer el mismo de insuficiencias insubsanables.

Conforme se desprende de la resolución reclamada uno de los motivos que, en este caso, ha motivado el rechazo del Programa de Cumplimiento presentado por GDN, dice relación con el supuesto carácter insubsanable de las deficiencias que se apreciaron por esta autoridad en el PdC presentado con fecha 10 de septiembre de 2018, y que dicen relación, particularmente, con el no cumplimiento de los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad establecidos en el artículo 9 del D.S. N° 30/2012.

Que, según se ha reconocido por esta propia SMA, y según también se analizará en detalle respecto de cada uno de los reproches que se formulan al Programa de Cumplimiento en la Res. Ex. N° 4/Rol A-002-2018, no es efectivo que las deficiencias apreciadas en el PDC no sean susceptibles de subsanación y, por el contrario, otorgar una posibilidad a GDN para corregir las deficiencias detectadas en las descripciones de efectos, acciones, metas y cualquier otro aspecto que resulte relevante para garantizar un PDC íntegro, eficaz y oportuno, constituye, sin lugar a dudas, la mejor forma de *“materializar el fin que el legislador tuvo presente al incorporar este instrumento de incentivo al cumplimiento (PDC), que no es otro que lograr en el menor tiempo posible que se cumpla*

con la normativa ambiental y se realicen acciones que se hagan cargo de los efectos que produjo el incumplimiento" (Sentencia de la Excma. Corte Suprema, de fecha 3 de julio de 2017, Rol N° 67.418-2016, considerando 7°).

4.2. Consideraciones específicas.

4.2.1. En cuanto a la integridad del PdC.

Conforme se señala entre los considerandos 17° y 25° de la resolución recurrida, vuestra SMA estima que el PdC presentado por GDN "carece de acciones que cumplan con el objetivo de asegurar la normativa infringida", y que particularmente, ello sucedería respecto de los Cargos N° 10, 12, 13 y 16.

En relación al **Cargo N° 10** (*Intervención de rasgo lineal TCPA-10 durante la construcción del proyecto Línea de Transmisión Eléctrica Cerro Pabellón sin contar con PAS 76 que lo autorizara*) se sostiene que el PdC no cumpliría el criterio de integridad en cuanto para este cargo sólo contempla una acción (Acción 18), que estaría orientada exclusivamente a hacerse cargo de los efectos negativos de la infracción. No obstante, lo señalado en los considerandos 18° y 19° de la resolución recurrida no es efectivo, da cuenta de un entendimiento erróneo de la acción propuesta y, consecuentemente, de una interpretación desviada del sentido de la misma

En efecto, si bien es efectivo que se consideró una sola acción para abordar el Cargo N° 10, la ejecución de la misma cumple un doble objetivo. Por una parte, (i) permite volver al estado de cumplimiento, pues consiste precisamente en la obtención del permiso ambiental sectorial con que no se contó en su oportunidad para la intervención del rasgo lineal objeto del cargo, y por otro, (ii) considera una reducción y/o eliminación de los efectos provocados por la infracción (eventual pérdida de contexto arqueológico), mediante la extensión en un tramo adicional de dos kilómetros por lado, de la medida consistente en el registro arqueológico del sitio objeto del cargo, permitiendo la obtención de igual o mayor cantidad de información del sitio que la que se habría obtenido con la intervención original del mismo.

Al centrarse la resolución recurrida exclusivamente en la cariz compensatoria del contenido del permiso que se propone obtener en la Acción 18, y excluir deliberadamente que el mismo, en esencia, busca cumplir con la obligación que se reputa infringida en la formulación de cargos, pareciera que el PdC no satisface el criterio de integridad respecto del Cargo N° 10. Sin embargo, como se ha explicado, dicha acción cumple ambos objetivos, por lo que si se estima necesario -y por una cuestión meramente formal-, podrían perfectamente separarse ambos aspectos en dos acciones diferentes, y que, de esa forma, no quepa duda los objetivos perseguidos con la acción propuesta.

Respecto del **Cargo N° 12** (*Realización de intervenciones con fines de restauración en los sitios EP-08 y EP-21 del proyecto Línea de Transmisión Eléctrica Cerro Pabellón, sin autorización previa del*

Consejo de Monumentos Nacionales...), la resolución recurrida entiende que el PdC no habría considerado acciones tendientes a abordar la normativa infringida o los efectos derivados de la infracción (Considerando 23°). Para llegar a tal conclusión, la resolución recurrida reprocha a mi representada haber confundido, o considerado para el Cargo N° 12, acciones referidas al Cargo N° 15.

Sobre el particular, lo primero que debe tenerse en cuenta es que la reiteración de acciones entre los Cargos N° 12 y N° 15, no es un error del Plan Acciones y Metas presentado por mi representada, sino que, una consecuencia derivada de la formulación de cargos, que, por lo mismo, no puede ser imputada a mi representada.

En efecto, tanto el Cargo N° 12 como el N° 15 dicen relación con los mismos sitios arqueológicos **EP-08** y **EP-21**, y si bien, las conductas que se imputan en cada caso, pueden ser formal y/o temporalmente diferenciadas -como se hizo en la formulación de cargos-, forman parte de una misma secuencia de hechos que, para efectos de retornar a un estado de cumplimiento y, determinar, contener, reducir y/o eliminar efectos, no es posible separar.

En el Cargo N° 15 se imputa la alteración no autorizada de los sitios arqueológicos EP-08 y EP-21, consistente en la generación de huellas de vehículos y la remoción de material superficial, mientras que en el Cargo N° 12, se atribuye a mi representada la intervención con fines de restauración de los mismos sitios, sin autorización previa del CMN. Dichas intervenciones con fines de restauración, consistirían precisamente en el barrido de huellas de vehículos, humectación y nivelación del suelo, realización de surcos, entre otras, que, como resulta fácil apreciar, tuvieron por objeto hacerse cargo de las alteraciones no autorizadas que se imputa en el Cargo N° 15. En definitiva, los hechos que fundan el Cargo N° 12 no son sino una consecuencia de las alteraciones no autorizadas que se imputan en el Cargo N° 15.

Siendo así, resulta evidente que la forma de retornar al estado de cumplimiento en el caso del Cargo N° 12 (consistente en la ejecución de acciones de restauración no autorizada por el CMN), es mediante la ejecución de acciones de conservación y restauración adecuadas y autorizadas de restauración de los sitios EP-08 y EP-21 (Acciones 21 y 22), y que su vez, dichas acciones permiten volver al estado de cumplimiento (Acción 29) y abordar los efectos de las alteraciones previas y no autorizadas de dichos sitios (Acción 30), que fueron la causa de la incorrecta ejecución de medidas de restauración.

En definitiva, como se ha visto, la separación meramente formal de los hechos que fundan los Cargos N° 12 y N° 15 ha generado las confusiones que se expresan en los considerandos 20° a 23° de la Res. Ex. N° 4, pero como se ha explicado, en ningún caso es efectivo que el PdC presentado no contemple acciones para abordar la infracción imputada en el Cargo N° 12 y retornar a un estado de cumplimiento.

En relación al **Cargo N° 13** (*No cumplimiento de las obligaciones asociadas a la identificación de hallazgos arqueológicos durante la fase de construcción del proyecto Línea de Transmisión Eléctrica Cerro Pabellón...*), si bien no se cuestiona directamente la falta de integridad de las acciones

propuestas (pues existen acciones tanto para retornar al estado de cumplimiento -Acciones 24 y 25- como para abordar los efectos -Acciones 23, 26 y 27-) se reprocha el propósito de haber reiterado acciones incluidas también respecto del Cargo N° 16 (acciones 26 y 27 por un lado, y 32 y 33, por el otro). Sobre el particular, sólo cabe señalar que vuestra SMA nuevamente debe tener en consideración la técnica utilizada para formular los cargos, y reparar en que las alteraciones no autorizadas, imputadas en el Cargo N° 16, son una consecuencia directa de la incorrecta ejecución de las acciones asociadas a la identificación de hallazgos arqueológicos, imputada en el Cargo N° 13. Muestra de lo anterior es que los 31 sitios señalados como “alterados” en la Tabla N° 6 de la Res. Ex. N° 1/Rol D-002-2018, están a su vez incluidos en la Tabla N° 7 de la misma resolución exenta, como sitios en que se habrían ejecutado de forma deficiente las medidas asociadas a la identificación de hallazgos arqueológicos.

Finalmente, en relación al **Cargo N° 16** (*Alteración no autorizada de 31 sitios arqueológicos no identificados en la evaluación ambiental del proyecto Línea de Transmisión Eléctrica Cerro Pabellón*), se recrimina en el considerando 25° de la resolución recurrida la ausencia de acciones tendientes a retornar al cumplimiento arguyendo, no porque no existan, sino que, porque estarían ya ejecutadas (Acción 31), o bien, no serían verificables (Acción 32 y 33). Sobre lo primero, vale decir que, no resiste análisis la afirmación efectuada en el considerando 25° respecto a las acciones ejecutadas, pues restar valor a dichas acciones, no es otra cosa que incentivar la ejecución tardía de medidas tendientes a volver al estado de cumplimiento o para controlar, reducir y/o eliminar efectos, pues sólo de esa forma serían consideradas como “existentes” en un PdC para satisfacer el criterio de integridad establecido en el artículo 9 del D.S. N° 30/2012, cuestión que resulta no solo ilógica y por tanto inadmisibles, sino también, contradictorio con la acusación de dilación que esta misma SMA imputa a mi representada, en el considerando 69 de la Resolución recurrida. Sobre lo segundo, y sin perjuicio de lo que se señalará más adelante, la supuesta ausencia de acciones, fundada en la aparente falta de verificabilidad de las acciones 32 y 33, sólo parece un intento de reforzar una idea, carente de sustento fáctico (falta de integridad del PdC presentado por GDN), pues que una acción pueda ser estimada como no verificable no es equivalente a que no exista, de allí que ambos criterios de aprobación “integridad” y “verificabilidad” fueron considerado de forma separada y diferenciada en el artículo 9 del D.S. N° 30/2012.

En definitiva, y según se ha explicado, el PDC presentado por GDN el 10 de septiembre de 2018 puede adolecer de algunas imprecisiones susceptibles de corrección, pero en ningún caso ha dejado de considerar acciones para retornar al estado de cumplimiento y abordar los efectos reconocidos, respecto de los cargos formulados.

4.2.2. En cuanto a la eficacia del PdC.

Como primera cuestión resulta relevante tener en consideración que, la mayoría de los cargos que se imputan a mi representada consisten en incumplimientos de exigencias que resultaban aplicables exclusivamente durante las fases de construcción de los proyectos “Central Geotérmica Cerro Pabellón” (RCA 86/2012) y “Línea de Transmisión Eléctrica Cerro Pabellón” (RCA 168/20123). Ello,

junto al inevitable paso del tiempo y al avance de los respectivos proyectos, son hechos de la causa -existente al tiempo de la formulación de cargos-, cuyo control no depende hoy de la voluntad de mi representada, y que, por lo mismo, deben ser asumidos y tenerse en consideración al tiempo de evaluar las acciones propuestas por GDN en el PdC presentado, y su eficacia.

Si tales hechos no son considerados -como ha sucedido en la resolución recurrida-, vale preguntarse, ¿qué sentido tiene que el legislador haya contemplado un mecanismo de incentivo al cumplimiento, como lo es la presentación de un PdC, si, en estricto rigor, nunca es posible cumplir una obligación que ya ha sido incumplida? Evidentemente, entendemos que el sentido no puede ser otro que permitir un cumplimiento tardío o futuro equivalente de las obligaciones que se reputan infringidas, sobre todo considerando que el artículo 42 de la LO-SMA, define "Programa de Cumplimiento" como *"el plan de acciones y metas presentado por el infractor, para que dentro de un plazo fijado por la Superintendencia, los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique"*.

Aclarado lo anterior, no resulta lógico, que entre los considerandos 26° y 51° de la resolución recurrida se cuestione (i) el poco tiempo de ejecución que podrían tener algunas de las acciones propuestas para volver a un estado de cumplimiento, derivado, no del capricho de mi representada, sino de la pronta finalización de la fase de construcción del proyecto "Central Geotérmica Cerro Pabellón"; o (ii) la propuesta de ejecutar acciones que buscan prevenir la ejecución futura de las acciones que motivaron las infracciones imputadas, en aquellos casos que dada la temporalidad acotada a una fase del proyecto (fase de construcción) ya no resulta posible ejecutar en forma adecuada la misma acción que anteriormente fue omitida o ejecutada de forma imperfecta.

En este sentido, si en el PdC presentado se ha considerado la ejecución de acciones durante lo que resta de la fase de construcción del proyecto "Central Geotérmica Cerro Pabellón" ha sido precisamente con el objeto de permitir el cumplimiento específico, aunque tardío, de las mismas exigencias que se reputan infringidas, en la fase del proyecto donde fueron exigidas, por lo que no resulta razonable cuestionar la eficacia de las mismas atendido el breve tiempo que podrían ejecutarse (considerandos 27° a 36°). No obstante, puede ser razonable que se estime por vuestra SMA que atendido el breve tiempo de ejecución de las acciones sea necesario ejecutar acciones complementarias que tiendan a un cumplimiento futuro de las exigencias infringidas, o que, no siendo propiamente un cumplimiento futuro, sean demostrativas de una voluntad de cumplimiento de obligaciones similares a las que sustentan los cargos formulados. Sin embargo, GDN consideró, de buena fe, más apropiado apegarse estrictamente a cumplir con la normativa infraccionada y es por ello que sus acciones se enmarcaron dentro de la fase del proyecto donde se cometió la infracción, en los casos en que esto aún era posible como ocurre para la Central Geotérmica Cerro Pabellón.

Siendo así, los cuestionamientos que se esgrimen en los considerandos 37° a 42° de la resolución recurrida no resultan lógicos, pues, si ya no es posible ejecutar, siquiera en forma tardía la exigencia que se reputa infringida, o bien, sólo es posible hacerlo por un breve tiempo, ¿qué alternativa queda al administrado para presentar un PdC que cumpla con el criterio de eficacia?

Necesariamente, debe concluirse que, si el sujeto del procedimiento de sanción no se encuentra privado del derecho a presentar un PdC -conforme a lo establecido en el artículo 42 de LO-SMA, y 6 del D.S. N° 30/2012- la única alternativa que tiene es la de proponer acciones que impliquen, o demuestren su voluntad, de cumplir en el futuro las exigencias que se reputan infringidas.

Una manifestación de lo anterior es precisamente la Acción 3 (*implementar un instructivo que asegure el cumplimiento de las cantidades de consumo de agua autorizadas para las actividades de humectación de caminos durante la fase de construcción del Proyecto Cerro Pabellón*), propuesta para el **Cargo N° 2**. Dicha acción es cuestionada en el considerando 44° de la resolución recurrida, por haberse previsto su ejecución durante la fase de construcción del proyecto “Central Geotérmica Cerro Pabellón”, en circunstancias, que el Cargo en cuestión, dice relación con superar el consumo de agua industrial durante la fase de construcción del proyecto “Línea de Transmisión Eléctrica Cerro Pabellón”. La observación efectuada por vuestra SMA es efectiva, pero no es un error de mi representada, si no que propuesta deliberada y tendiente a manifestar la voluntad de GDN de no superar en el futuro los límites autorizados para el consumo de agua industrial en sus proyectos, atendido que en el proyecto específico objeto del cargo (Línea de Transmisión Eléctrica Cerro Pabellón) no se contempla el consumo de agua industrial durante su fase de operación (Actual fase de ejecución del proyecto), y por tanto no es fácticamente posible comprometer la implementación de un protocolo que asegure el cumplimiento de límites inexistentes.

Algo similar ocurre en relación al cuestionamiento que se realiza en el considerando 51°, referente a la eficacia de la Acción 15, consistente en remoción de los cercos perimetrales de los sitios arqueológicos individualizados en el **Cargo N° 9** (*No implementación adecuada y oportuna de las medidas de prevención sobre los sitios arqueológicos del área de influencia del proyecto Línea de Transmisión Eléctrica Cerro Pabellón...*). Se cuestiona la proposición de una acción diferente y contraria (remoción de cercos) a las no ejecutadas o ejecutadas de forma imperfecta en su oportunidad (señalización y cierre perimetral de sitios arqueológicos en las condiciones prevista en la RCA 168/2013), señalando que la acción propuesta es una acción del proyecto que debe ejecutarse una vez concluida la fase de construcción.

En este punto resulta contradictoria la resolución recurrida, pues luego de cuestionar el escaso tiempo de ejecución que tendrían algunas acciones propuestas en el PdC, o su ejecución en fases distintas de un proyecto, ahora que resultaba posible ejecutar una acción que persigue brindar al patrimonio arqueológico una protección diferente, pero más adecuada para el estado de avance de los proyectos ejecutados, se cuestiona por no ser la comprometida. Un razonamiento en dicho sentido que va en directo perjuicio de los sitios arqueológicos, y es lo que se ha querido evitar por GDN mediante la acción que se ha propuesto. En efecto, hubiera resultado fácil para GDN proponer la mantención y/o reparación de los cercos en mal estado, y/o la correcta implementación de aquellos que se encontraban en mal estado, pero pensando en lo mejor para la protección del patrimonio arqueológico se optó, en base a recomendación de experto, implementar las medidas contempladas para proteger dichos sitios durante la fase de operación del proyecto (fase actual). Pues, si bien la señalización y colocación de cercos son medidas adecuadas durante la fase de construcción de un proyecto, pues advierte a los operadores que transitan por el lugar de la

ubicación de un sitio que no debe ser alterado, una vez ya no existe fase de construcción, lo adecuado es invisibilizar el sitio, eliminando objetos exógenos que alteran el paisaje, y principalmente evitando que sujetos extraños puedan alterar los sitios arqueológicos que se desea proteger.

En ese sentido es importante tener en consideración que los sitios arqueológicos registrados en el área de influencia del proyecto, sujetos a medidas de protección físicas como cercados durante la etapa de construcción, presentan escasa visibilidad dado que corresponden a dispersiones de material lítico y cerámico, huellas y senderos, identificables exclusivamente por especialistas, por lo que la presencia de cercados en medio del desierto pueden alertar a terceros de la presencia de un bien sujeto a protección, llamando la atención y aumentando los riesgos de intervenciones no deseadas y daños en el patrimonio cultural.

Considerando esta situación, la medida de retiro de los cercados a objeto de volver a invisibilizar los sitios durante la fase de operación de un proyecto, es la medida persistentemente indicada y exigida por el Consejo de Monumentos Nacionales para la protección de sitios arqueológicos en el contexto de proyectos de desarrollo.

Por otro lado, respecto a los cuestionamientos efectuados entre los considerados 45° a 50°, en relación la falta de eficacia de la Acción 10 (asociada al **Cargo N° 7**, y consistente en el retraso en la entrega de informes de monitoreo arqueológico, RCA 86/2012) y la Acción 28 (asociada al **Cargo N° 14**, y consistente en la no entrega oportuna de informes mensuales de monitoreo arqueológico, RCA 168/2013), fundados en que -a juicio de vuestra SMA- la ejecución de dichas acciones, consistente en consolidar información de seguimiento arqueológico, no *"sería distinto o innovaría respecto a la información que se encontrará igualmente disponible en el Sistema de Seguimiento Ambiental, en los informes mensuales de Monitoreo Arqueológico Permanente"*, vale aclarar que las mismas han tenido por objeto contener los efectos que se reconocen respecto de los cargos imputados.

Siendo fácticamente imposible entregar en forma oportuna los informes de seguimiento arqueológicos que antes fueron entregados con retraso -pues no se puede volver en el tiempo- para abordar tales cargos se optó por hacer lo posible por retornar en la actualidad y a futuro al estado de cumplimiento (acción 9 y 27) y por contener, reducir y/o compensar el efecto derivado del retraso, cual es, un eventual detrimento en las facultades de fiscalización de vuestra SMA. En efecto, el eventual detrimento en este caso, se habría producido por restar tiempo a la SMA para revisar y analizar la información de seguimiento proporcionada, y con ello ejercer sus facultades de fiscalización, por tanto, con el fin de compensar esa falta de tiempo, se consideró que resultaba adecuado presentar un informe consolidado, que permitiera a la SMA revisar y analizar en forma más rápida y ágil la información de fiscalización, conteniendo, reduciendo y/o eventualmente eliminado, el tiempo perdido como consecuencia del retraso en la entrega de los informes.

Siendo así, las acciones 10 y 28 son ineficaces, sin perjuicio, de que la autoridad pueda considerar que sea necesario complementar dichas acciones por otras para abordar cabalmente el efecto del retraso, cuestión que podría solucionarse con una nueva versión del PdC.

En consecuencia, si bien puede ser efectivo que algunas de las acciones propuestas requerirían de ajustes para satisfacer cabalmente el criterio de eficacia -cuestión que no se discute, y se podría corregir en su oportunidad- no es cierto que la mayoría de las acciones propuestas en el PdC presentado el 10 de septiembre sean ineficaces, como se desprende de la resolución recurrida, a menos claro, que lo que esté diciendo vuestra Superintendencia sea que sólo es posible ejercer el derecho a presentar y ejecutar satisfactoriamente un PdC, si es fácticamente posible ejecutar exactamente la misma exigencia que se reputa infringida. Si esto fuera, así, observamos con extrañeza un trato abiertamente desigual en perjuicio GDN, pues en muchos otros casos se ha sostenido un criterio diferente, aprobándose programas de cumplimiento que consideran el cumplimiento alternativo de una o más de las exigencias que se reputan infringidas³.

4.2.3. En cuanto a la verificabilidad de las acciones propuesta en el PdC.

En relación a la verificabilidad del PdC presentado el 10 de septiembre de 2018, la resolución recurrida señala que existiría *“disconformidad con este criterio, al ofrecer medidas que impiden a esta Superintendencia tomar conocimiento de los hechos a objeto de acreditar el cumplimiento, o de una vaguedad tal que imposibilitan configurar mecanismos verificables durante la ejecución del Programa”* (considerando 52°).

En relación a lo primero, referente a una supuesta imposibilidad de verificar los elementos basales de las acciones propuestas para abordar el **Cargo N° 6** (*Remoción no autorizada de material arqueológico en el sitio arqueológico CP-2 del Proyecto Central Geotérmica Cerro Pabellón, sin que se cumplan los requisitos para el salvataje*), cabe hacer presente que, de la lectura de los considerandos 53° y 54° de la resolución recurrida, parece que lo se cuestiona realmente por vuestra SMA, no es la falta de verificabilidad de las acciones que se proponen para abordar dicho cargo, pues en rigor nada se dice respecto de las Acciones 7 y 8, sino que por el contrario, lo que se cuestiona - es que no se comparten las conclusiones del informe de efectos del Cargo N° 6 elaborado por expertos, quienes determinaron que a pesar de la infracción imputada, las acciones de *“salvataje”* efectuadas *“permitieron recuperar el 100% del contexto cultural contenido en el citado sitio y asegurar su conservación”*.

En consecuencia, la objeción formulada por vuestra SMA no apunta a la inexistencia de *“mecanismos que permitan acreditar el cumplimiento”* de las acciones y metas propuestas en el PdC presentado, que es lo exigido por el literal c) del artículo 9 del D.S. N 30/2012.

En relación a lo segundo, esto es, la falta de definición de las diferentes acciones de conservación, restauración y registros, propuestas para los **Cargos N° 9, N° 12, N° 13, N° 15 y N° 16**, y para la

³ Así, por ejemplo, tratándose de infracciones consistentes en la tala no autorizada de bosque nativo, superación de límites de emisión atmosférica u omisión de ejecución de medidas de mitigación, se han aprobado Programas de Cumplimiento, que, atendida la imposibilidad fáctica de ejecutar, aun tardíamente, la exigencia infringida, sólo incorporan acciones tendientes a compensar el período de incumplimiento o los efectos asociados a este.

medida de compensación general, propuesta para el sitio arqueológico de mayor relevancia en el sector sitio PA-3 o Chac Inga (y que es objeto del **Cargo N° 11**), cabe señalar que, si bien es efectivo que en la versión del PdC presentada el 10 de septiembre de 2018, no fue posible especificar a cabalidad las medidas que se implementarían para cada sitio, ello es perfectible en una versión corregida del PdC.

En efecto, la falta de precisión de las acciones incluidas en el PdC, no obedece a un propósito de impedir a vuestra SMA verificar el cumplimiento de las acciones específicas de conservación, restauración, registro y/o compensación comprometidas, sino que a la imposibilidad fáctica de precisar en el breve tiempo que se dispone para presentar un PdC, las acciones que resultan más adecuada para cada uno de los sitios en cuestión, pues no está de más recordar que se trata de al menos 34 sitios arqueológicos diferentes, cada uno con sus características y particularidades propias, que, para definir las mejores acciones a implementar, precisan de un análisis adecuado, por parte de un especialista en la materia.

En consecuencia, es cierto que las acciones propuestas fijaron objetivos, sin precisarlos al detalle que a GDN hubiera gustado, pero ello es subsanable con el trabajo de los especialistas, en una nueva versión del PdC.

Lo relevante, es que las acciones cuentan con objetivos generales y una justificación unívoca, cuyos indicadores podrán ser precisados en un Programa Consolidado, y que si bien contempla la ejecución de sub actividades que actualmente no están definidas, corresponderá a un especialista, externo e imparcial definir las.

5. GDN no intenta eludir responsabilidad respecto del Cargo N° 11, pues propone acciones para abordar el incumplimiento imputado y la afectación sobre el sitio PA-3, sin perjuicio de realizar precisiones que se han estimado relevantes.

Que, de acuerdo al Cons. 64 y siguientes de la resolución recurrida, la Superintendencia imputa al titular un impedimento adicional para aprobar el Programa de Cumplimiento, cual es, “intentar eludir la responsabilidad” asociada a los hechos infraccionales N° 11 y 13.

En este sentido, se establece que “existe un intento de eludir la responsabilidad de GDN respecto de uno de los cargos, en que se busca desvirtuar la descripción de los hechos que configuran la infracción contenida en la formulación de cargos (...) Como expresión de lo concluido en dicho Informe, la Descripción de los Efectos Negativos del Programa de Cumplimiento señala que ‘en el sitio Pampa Apacheta 3 (Tambo Chac-Inga, Tambo Apacheta 3) no se han registrado alteraciones desde el inicio del Proyecto Central Geotérmica Cerro Pabellón y que su estado es el mismo al existente al momento de realizar la línea de base del proyecto” (Cons. 65).

De este modo, y a parecer de esta Superintendencia, el titular no “aceptaría la descripción de los hechos”, eludiendo su responsabilidad relativa a la afectación del sitio PA-3 “en circunstancias que la oportunidad para hacer valer sus defensas al respecto está reservada exclusivamente a la formulación de descargos” (Cons. 66).

Que, al respecto, no puede dejar de hacerse presente que el titular en ningún caso ha intentado eludir su responsabilidad asociada al Cargo N° 11, sino todo lo contrario. En concreto, y tal como lo establece la misma SMA, el análisis anterior se dio en el marco del Informe de Efectos del Programa de Cumplimiento, siendo aquello indispensable para comprender el sentido y alcance del plan de acciones y metas que se está proponiendo.

Así se ha mencionado expresamente en el propio PDC (p. 21) al indicarse expresamente que “en relación con la presente imputación, GDN no puede dejar de hacer presente algunas consideraciones que serán esenciales para la comprensión, tanto del Informe de Efectos, como respecto de las acciones que forman parte del presente Programa de Cumplimiento”. Lo anterior se replica en la p. 22 del mismo Programa, al indicarse que “la precisión efectuada en los párrafos anteriores resulta esencial para la comprensión del Estudio para la Determinación de Efectos, en el cual se informa que en el sitio Pampa Apacheta 3 (Tambo Chac-Inga, Tambo Apacheta 3) no se han registrado alteraciones desde el inicio del Proyecto Central Geotérmica Cerro Pabellón, y que su estado es el mismo al existente al momento de realizar la línea de base del proyecto”. Es así como efectuar una precisión al cargo, tal como ha sido formulado, no puede obviarse si respecto del mismo es necesario informar a vuestra propia Autoridad acerca del efecto que el titular asumirá como materializado para hacerse cargo del mismo.

Lo anterior, no significa en caso alguno eludir ninguna responsabilidad del titular, pues lo único que busca es precisamente detectar cuál es el efecto de aquello que ha sido imputado para, en consecuencia, proponer acciones tendientes a eliminarlos, contenerlos o reducirlos.

Dicho lo anterior, el titular ha procedido a proponer las acciones correspondientes para hacerse cargo de la infracción. Así, si GDN hubiese querido eludir su responsabilidad naturalmente que no habría propuesto ninguna acción asociada al Cargo N° 11. Sin embargo, GDN, en razón precisamente el principio de integridad, y a sabiendas de que igualmente se encontraba aceptando el cargo en los términos planteados por la SMA, propuso las Acciones N° 19 y 20 tendientes a la implementación de un diseño de Plan de Manejo de Patrimonio Cultural centrado en el sitio Chac Inga, que sea aprobado por el CMN, y la implementación de medidas de conservación y protección en el mismo sitio, que igualmente sean aprobada por el CMN dadas las competencias asignadas a dicho Servicio por la propia Ley N° 17.288, sobre Monumentos Nacionales.

De este modo, es el propio Informe de Efectos el que sostiene que, si bien no existieron efectos negativos producto de la infracción, la formulación de cargos representa una oportunidad única para conservar el sitio descrito considerando la importancia que su conjunto representa en el contexto arqueológico y antropológico de la zona.

En consecuencia, para lo que la SMA constituye una elusión de responsabilidad, para el titular significó aceptar expresamente el hecho infraccional, precisando el alcance de sus efectos negativos de modo de proponer acciones tendientes a hacerse cargo de aquellos. Así, GDN asumió el escenario más conservador posible, proponiendo acciones tanto respecto de la infracción imputada como en consideración de la importancia patrimonial del sitio. En este sentido, no resulta lógico indicar que GDN debió aceptar un efecto negativo derivado del hecho infraccional si los antecedentes técnicos

dan cuenta precisamente de lo contrario, siendo aquello lo que el titular debió aclarar en el Programa de Cumplimiento.

Por lo tanto, no es correcto indicar, como lo hace vuestra Superintendencia en el Cons. 66 de la resolución recurrida, que GDN haya hecho valer una defensa inoportuna, pues, como se ha mencionado, la precisión efectuada resultaba esencial para comprender las razones por las cuales se proponen las acciones N° 19 y 20 del Programa.

En tanto, tampoco resulta lógico el silogismo que realiza esta Superintendencia al incluir jurisprudencia vinculada con la “función de protección del medio ambiente” del Programa de Cumplimiento, y su relación con el hecho de que el administrado, optando por presentarlo, debe necesariamente cumplir con el criterio de integridad, que exige incorporar al programa todos los hechos infraccionales que forman parte de la formulación de cargos y no sólo alguno de ellos. El alcance de dicho criterio excluye toda posibilidad de elección por parte del regulado a qué infracciones formarán parte del programa (Cons. vigésimo séptimo y siguientes, Sentencia Rol R-75-2015, Ilustre Segundo Tribunal Ambiental). En efecto, nada de lo indicado en la sentencia citada en el Cons. 68 resulta aplicable al presente procedimiento desde que el titular no ha elegido qué infracciones formarán parte del Programa, pues es un hecho objetivo de la causa la existencia de las acciones N° 19 y 20 asociadas única y exclusivamente al Cargo N° 11.

Ante la realidad antes referida, parece fuera de contexto la cita jurisprudencial si se considera que el titular, precisando los efectos de la infracción que ha aceptado como propia, ha propuesto dos acciones expresas que, si bien podrán ser perfectibles, tienen la vocación exclusiva de hacerse cargo del hecho infraccional imputado. Ello, por tanto, es índice claro de que la resolución recurrida, también en este acápite, carece de fundamentos jurídicos y fácticos para ser considerada apegada a la legalidad.

Ello, además, se replica también a propósito del Cargo N° 13, donde la SMA imputa un retraso en la implementación de medidas, indicado la necesidad que el Programa se refiera al tiempo intermedio que ha transcurrido entre la infracción propiamente tal y la ejecución de las medidas propuestas. Sin embargo, aquello, tal como comprenderá vuestra Superintendencia, resulta ser una observación constante en prácticamente la totalidad de los Programas de Cumplimientos propuestos ante esta SMA, no siendo lógico ni comprensible que se utilice la misma observación como pretexto y fundamento, no sólo para rechazar el Programa, sino que además para imputar a GDN una intención de eludir responsabilidad.

En este sentido, queda más que claro que GDN no intentó eludir ninguna responsabilidad si se considera que precisamente el procedimiento mismo ha principiado mediante una Autodenuncia, habiéndose ejecutado todos los esfuerzos necesarios para volver al estado de cumplimiento, agregando un valor arqueológico adicional en el caso de todos los cargos vinculados con dicho componente ambiental.

6. GDN no ha intentado aprovecharse las infracciones imputadas ni dilatar el cumplimiento normativo.

En el considerando 69° de la resolución recurrida, se acusa a mi representada de haber actuado de forma dilatoria, en tanto habrían transcurrido más de 300 días sin que haya existido una solución real a los problemas o infracciones de que da cuenta el procedimiento sancionatorio.

Sin embargo, dicha acusación debe ser descartada, toda vez que GDN ha prestado toda su colaboración en el marco del presente procedimiento sancionatorio, proponiendo todas las medidas que están a su alcance para alcanzar el cumplimiento pleno de la normativa ambiental que se reputa infringida.

Por lo demás, lo que se prohíbe en el artículo 9 del D.S. N° 30/2012 son los programas de cumplimiento manifiestamente dilatorios, y no, que haya transcurrido un breve plazo entre la verificación o constatación del hecho que se estima constitutivo de infracción y la presentación del PdC, pues si así fuere, sólo sería posible presentar un PdC en aquellos casos en que, temporalmente, las infracciones imputadas hubieren cesado hace un corto lapso. Ello, además de no estar establecido por el legislador, ni guardar consistencia con el plazo de prescripción de 3 años, o el tiempo que tarda muchas veces la SMA en formular cargos a los administrados, implica torcer el sentido de la prohibición establecida en el referido artículo 9.

En efecto, frente a la presentación de un PdC, lo que debe evaluar la SMA, es si los plazos propuestos para la ejecución de las acciones incluidas en el PdC implican de forma manifiesta una dilación en cumplimiento de las exigencias ambientales que resultan aplicables, es decir, una dilación más allá de lo que se estime razonable desde el momento del ejercicio del derecho a presentar un PdC, y no la conducta pasada del administrado, o el tiempo transcurrido entre la infracción y la presentación del PdC, pues ello, ya ha sido considerado al momento de formular los cargos.

Por otra parte, tal como se ha expuesto, dada la naturaleza de las infracciones imputadas, el PdC contempla, en su caso, el cumplimiento con la normativa sectorial ambiental, que implica la participación del Consejo de Monumentos Nacionales, en las acciones que requiere su validación para implementarlas, por lo que el plan de acciones y metas contempla las acciones y plazos necesarios para ello.

7. GDN se encuentra llana a recoger y subsanar todas las deficiencias identificadas por esta SMA.

Resulta importante hacer presente que GDN, ha mantenido siempre una voluntad seria y responsable en orden a dar cumplimiento a la normativa ambiental y sectorial vigente, así como los compromisos asumidos en las resoluciones de calificación ambiental N° 86/2012 y N° 168/2013. En manifestación de esta voluntad, todas las acciones previstas en el PdC presentado en el marco del presente procedimiento sancionatorio han sido propuestas con la intensidad genuina de brindar una solución definitiva, íntegra y eficaz a los errores cometidos durante la ejecución del proyecto.

No obstante, esta autoridad ambiental no puede dejar de considerar al momento de resolver el presente recurso un elemento fáctico que en forma incuestionable ha incidido en los reproches efectuados al PdC presentado por GDN, a saber, la fase en que se encuentra el Proyecto y la correspondiente complejidad de los objetos de protección involucrados en el presente procedimiento de sanción.

En efecto, resulta innegable que la protección del patrimonio cultural y, particularmente, del material arqueológico, precisa de tiempo, para que profesionales con competencias técnicas especializados, capaces de diferenciar y valorar los elementos de valor cultural de aquellos que no lo tienen, analicen los antecedentes y contextos de tal patrimonio, y determinen las mejores estrategias para la conservación, restauración y/o puesta en valor de los elementos existentes. Es ello, lo que ha influido en la falta de precisión de algunas de las acciones propuestas, y en ningún caso una ausencia de voluntad de cumplimiento por parte de GDN, voluntad que por cierto, se vuelve a manifestar mediante la presentación de este recurso que reitera la disposición a retornar a un estado de cumplimiento mediante la presentación y ejecución satisfactoria de un PdC íntegro, eficaz y verificable.

8. El programa de cumplimiento corresponde al instrumento que permite velar por el interés público involucrado en las infracciones imputadas.

Finalmente, se hace presente que, la aprobación y ejecución del programa de cumplimiento, permite que las infracciones imputadas se vean subsanadas de forma rápida y que los efectos de las mismas, contenidos y/o eliminados, en su caso. Contrariamente, la prosecución de un procedimiento de sanción y sus eventuales revisiones judiciales, podrían restarle eficacia a los derechos e intereses públicos en juego. Ello no por falta de voluntad de cumplimiento de GDN, como ya se ha expresado, sino porque, con la determinación de un Plan de Acciones y Metas, se adquirirá certeza respecto de cuáles son las acciones adecuadas, a juicio de la autoridad competente, para retornar a dicho estado.

Por ello, se hace necesario que esta Superintendencia, con el fin de propender al más pronto cumplimiento de los compromisos ambientales asumidos por mi representada y los efectos asociados y, especialmente, el de garantizar la protección del patrimonio cultural, reconsidere su decisión y confiera una nueva oportunidad para presentar un programa de cumplimiento que sea considerado por usted como íntegro, eficaz y verificable, que permita restablecer en el más breve plazo posible el cumplimiento de la normativa ambiental y sectorial aplicable.

**IV.-
CONCLUSIONES**

La Res. Ex. N° 4/Rol N° A-002-2018 de fecha 11 de diciembre de 2018 debe ser dejada sin efecto en razón de las siguientes consideraciones:

1. GDN no se encuentra privada del derecho presentar un PdC.
2. El PdC presentado por GDN es serio, y su grado de determinación obedece a la complejidad temporal de determinar las medidas adecuadas para brindar protección a los objetos de protección involucrados.
3. Cada uno de los defectos de falta de integridad o eficacia del Programa de Cumplimiento, y detallados a partir del considerando 17° de la resolución recurrida, son susceptibles de ser subsanados por GDN, mediante la presentación de una nueva versión del PdC.
4. GDN no ha eludido responsabilidad respecto de ninguno de los cargos formulados.
5. GND no ha intentado aprovecharse de las infracciones imputadas, y menos aún de aquellas que voluntariamente ha reconocido en su autodenuncia.
6. GDN se encuentra llana a corregir los defectos identificados por esta autoridad en el PdC, empleando para ello la mayor diligencia posible, asumiendo la dificultad técnica que implica la protección del patrimonio cultural.
7. La concesión de una oportunidad para corregir el programa de cumplimiento presentado, y con ello, permitir que el mismo satisfaga los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad, constituye la mejor forma de propender a cumplir en el objetivo que tuvo a la vista el legislador al introducir los programas de cumplimiento como instrumentos de incentivo al cumplimiento ambiental, esto es, lograr el cumplimiento de la normativa y compromisos ambientales asumidos y de sus efectos en el menor tiempo posible.

De este modo, se solicita expresamente dictar una nueva resolución que otorgue a mi representada la posibilidad de complementar el PdC presentado a efectos de cumplir con los criterios de aprobación regulados en el Decreto Supremo N° 30/2012 del Ministerio del Medio Ambiente.

POR TANTO, se solicita a Ud. tener por interpuesto el presente recurso en tiempo y forma, y en definitiva acogerlo, dejando sin efecto la Res. Ex. N° 4/2018, en los términos indicados en esta presentación y, dictar en su reemplazo una resolución que otorgue un plazo a mi representada para abordar las observaciones al programa de cumplimiento plasmada en los fundamentos de la misma.

EN EL PRIMER OTROSÍ: Subsidiariamente, y en el evento de rechazarse el recurso de reposición deducido en lo principal de este escrito, Solicito a Ud., tener por deducido recurso jerárquico en contra de la Res. Ex. 4/Rol N° A-002-2018 de fecha 11 de noviembre de 2018, 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 indicaron en el acápite anterior.

EN EL SEGUNDO OTROSÍ: Conforme a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 57 de la Ley N° 19.880, y en tanto no se resuelvan los recursos de reposición y/o jerárquicos interpuestos en los principal y primer otrosí de esta presentación, Solicito a Ud., suspender los efectos de los Resuelvo I y II de la Res. Ex. N° 4/Rol A-002-2018, de fecha 11 de diciembre de 2018, por cuanto, las gestiones que

podieran realizarse para dar curso al procedimiento sancionatorio -por ejemplo, la presentación de descargos-, pueden resultar contrarias y contraproducentes a una eventual resolución que acoja alguno de los recursos interpuesto en lo principal y el primer otrosí de esta presentación, y que confiera a GDN la posibilidad de subsanar las deficiencias identificados en el PdC presentado con fecha 10 de septiembre de 2018.

Adicionalmente, y atendido que el plazo para presentar descargos vence el próximo día lunes 24 de diciembre de 2018, Solicito a Ud., resolver la presente solicitud de suspensión en forma urgente, a fin de que no exista posibilidad que se verifiquen las actuaciones contrarias y/o contraproducentes a una eventual resolución que acoja el recurso de reposición, o el recurso jerárquico, interpuestos mediante esta presentación.

Sin otro particular se despide atentamente,



Valter Moro

p.p. **GEOTERMICA DEL NORTE S.A.**