

EN LO PRINCIPAL, formula observaciones a inspección personal haciendo presente lo que indica; EN EL PRIMER OTROSÍ, cumple lo ordenado acompañando documentos; y, EN EL SEGUNDO OTROSÍ, acompaña informes periciales.

SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE



Jorge A. Femenías S., abogado, en representación de "**MINERA GOLD FIELDS SALARES NORTE SPA**" (**Gold Fields**) –según consta en este expediente sancionatorio **D-023-2018**–, a la Superintendencia del Medio Ambiente (**SMA**) respetuosamente digo:

De conformidad con el artículo 10 de la Ley N°19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (**LBPA**), y lo dispuesto en la Resolución Exenta N°11 de esta Superintendencia del Medio Ambiente ("**Resolución**"), dictada el 3 de enero de 2019, evacúo, dentro de plazo, el traslado otorgado a ésta parte en el Resuelvo II de la Resolución, formulando nuestras observaciones al acta de la diligencia de inspección personal realizada el 18 de diciembre de 2018 ("**Acta de Inspección**"):

§1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Conforme consta en este expediente administrativo, la defensa de Gold Fields se centra en dos grandes ejes: **(i) los hechos imputados por la SMA no son efectivos y las únicas labores que sí realizó la compañía fueron labores de mantenimiento del camino que no debían ingresar al SEIA**; y, **(ii) la SMA formuló cargos a la compañía con infracción al principio de tipicidad, ya que el artículo 36 letra b) sanciona, en su primera parte, no contar con RCA -lo que no ocurre respecto de Gold Fields que cuenta con dos-**, o bien, en su segunda parte, no haber ingresado al SEIA

debiendo hacerlo, pero previo informe favorable del SEA y a requerimiento de la SMA, cuestión que no ocurrió en autos.

Bajo este respecto, se intentó imputar -veladamente- un cargo de elusión a mi representada, fundado en la primera parte del artículo 36 letra B) de la LOSMA, sin considerar que dicho artículo prescribe una infracción para quien no cuenta con una RCA no para quien cuenta una e ingresó por una vía supuestamente inidónea. Luego, si el cargo era derechamente una elusión por ingresar por DIA en vez de EIA se debió requerir a la compañía, en los términos del artículo 36 b) **segunda parte**, para lo que **necesariamente se necesitaba previamente el pronunciamiento del SEA.**

Al respecto, la inspección personal ejecutada por esta SMA resultó sumamente elocuente para demostrar una vez más la inocencia de Gold Fields y, consecuentemente, el deber jurídico que pesa sobre el Superintendente del Medio Ambiente de absolverla en el presente procedimiento infraccional.

1. El uso (tránsito y mantención) del camino de uso público fue evaluado ambientalmente por Gold Fields en sus dos RCA. Las labores de mantención del camino de uso público no deben ingresar al SEIA y mucho menos a través de un EIA

A. Ingreso al SEIA: interpretación armónica del marco normativo que rige al proyecto

A pesar de constituir una cuestión de Perogrullo, para demostrar la improcedencia de los cargos imputados, es necesario referirse al marco normativo que rige el ingreso al SEIA de aquellos proyectos que tipifican en el literal p) del artículo 10 de la LBGMA, así como de aquellos que deben hacerlo a través de un EIA por generar o presentar a lo menos uno de los efectos, características

o circunstancias señaladas en el artículo 11 letra d).

El artículo 10 de la LBGMA dispone que: "*Los proyectos o actividades **susceptibles de causar impacto ambiental**, en cualquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes: p) Ejecución de obras o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos nacionales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas o **en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial**, en los casos en que la legislación respectiva lo permita*" (énfasis agregados).

El señalamiento de "otras áreas colocadas bajo protección oficial", incorporado con las modificaciones que la Ley N°20.417 introdujo a la LBGMA, generó profundas discusiones que derivaron en una intensa voluntad normativa del SEA por precisar sus alcances. Así: **(i)** el 28 de septiembre de 2010 se dictó el ORD. **N°103008**; **(ii)** el 15 de noviembre del mismo año el ORD. **N°100143**; **(iii)** el 22 de mayo de 2013 el ORD. **N°130844**; y, **(iv)** el 17 de agosto de 2016 se dictó el ORD. **N°161081** –que haciendo suyo lo prescrito por la Contraloría General de la República en sus dictámenes **4.000/2016** y **48.164/2016**– determinó el real y verdadero alcance y sentido que la norma tiene actualmente.

En conformidad con esta reglamentación, y en lo que importa a efectos de este análisis, el SEA concluyó que deberán ingresar al SEIA, por tipificar en la hipótesis contenida en el literal p) del artículo 10: "Los Humedales declarados sitios prioritarios para la conservación de la biodiversidad", entre los que se encuentra, en conformidad al ORD. N°100143, "El Sitio Prioritario Salar de Pedernales y sus Alrededores". De manera que, hasta aquí, la actuación de esta SMA no parece encontrarse errada.

Pero lo que el análisis de la SMA no consideró y que implica la ilegalidad de los cargos formulados a la compañía, es que tanto el ORD. N°161081 como los Dictámenes N°4.000 y N°48.164, son **categóricos** al sostener que: **"Con todo, cabe aclarar que la sola circunstancia de que un proyecto se desarrolle en una de las áreas previstas en el referido literal p) no basta para sostener que aquel obligatoriamente debe ingresar al SEIA, pues el artículo 10 de la Ley N°19.300 exige, además, que se trate de proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental!"** (énfasis agregado).

Agregando, además, que **"deben someterse al SEIA aquellas intervenciones que tengan cierta magnitud y duración y no de aquellas que impacten positivamente o agreguen valor al área. Ello debe ser analizado caso a caso, dependiendo de las características del Proyecto concreto y del área a ser intervenida, considerando el objeto de protección de ésta última"** (énfasis agregado).

Como consecuencia lógica de lo anterior, aquellas actividades que, a pesar de encontrarse localizadas "en" o "próximas" a un sitio prioritario, no generen efectos adversos sobre ellos, tampoco deben, *mutatis mutandi*, ingresar al SEIA mediante un EIA, cuestión que expresamente establece el inciso 9° del artículo 8 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ("RSEIA"), conforme lo explicaremos en el acápite siguiente y que responde a la antigua máxima de hermenéutica legal "*ubi edem ratio ibi ius*", esto es, "donde existe la misma razón es aplicable la misma disposición".

B. La vía de ingreso del proyecto se ajustó a derecho: el proyecto no genera ni presenta ningún efecto sobre el camino de uso público que atraviesa en una parte por el Sitio Prioritario, ni mucho menos alguno de los efectos, características y circunstancias del artículo 11

Habida consideración de que la Compañía sólo usaría para el tránsito el camino de uso público que atraviesa por una parte el Sitio Prioritario y sólo efectuaría labores de mantención sobre éste, la evaluación ambiental de las faenas de Gold Fields se verificó mediante una DIA.

Para tales efectos, se examinó lo dispuesto en el artículo 8 del RSEIA con el objeto de determinar si el Proyecto tipificaba en la hipótesis contenida en el artículo 11 letra d) de la LBGMA, única causal que potencialmente podía aplicársele. La respuesta de ese análisis fue enfática tanto para el titular como para el SEA: El Proyecto no genera los efectos indicados en dicho literal y, por lo tanto, su vía de ingreso era una DIA.

Para arribar a la conclusión anterior se consideraron los requisitos que el artículo 8 del RSEIA establecía a su respecto, conforme el tenor literal de esa norma: "El titular deberá presentar un Estudio de Impacto Ambiental si su proyecto o actividad se localiza en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar" (énfasis agregado).

Luego, se consideraron:

- Ubicación o Localización: Art. 8 [inc. 2°]: "Se entenderá que el proyecto se localiza en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos, glaciares o a un territorio con valor ambiental, cuando éstas se encuentren en el área de influencia del proyecto o actividad".
- Área Protegida: Art. 8 [inc. 5°]: "Se entenderá por áreas protegidas cualesquiera porciones de territorio, delimitadas

geográficamente y establecidas mediante un acto administrativo de autoridad competente colocadas bajo protección oficial con la finalidad de asegurar la diversidad biológica, tutelar la preservación de la naturaleza o conservar el patrimonio ambiental”.

- Susceptibilidad de afectación de recursos y áreas protegidas: Art. 8 [inc. 9°]: “A objeto de evaluar si el proyecto o actividad es susceptible de afectar recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos, glaciares o territorios con valor ambiental, **se considerará la extensión, magnitud o duración de la intervención de sus partes obras o acciones, así como de los impactos generados por el proyecto o actividad, teniendo en especial consideración los objetos de protección que se pretenden resguardar**” (énfasis agregado).

En este escenario, los estudios acompañados al proceso de evaluación ambiental del Proyecto demostraron que respecto a este sólo se verificaban los requisitos de ubicación y área protegida establecidos en los incisos 2° y 5° del artículo 8 del RSEIA, pero no el requisito del inciso 9°, **EN TANTO EL PROYECTO NO AFECTABA DE MANERA ALGUNA EL SITIO PRIORITARIO, NI TAMPOCO AFECTABA ALGUNO DE LOS RECURSOS PRESENTES EN ESTE, CONSIDERANDO LOS IMPACTOS GENERADOS POR EL PROYECTO O ACTIVIDAD, TENIENDO EN ESPECIAL CONSIDERACIÓN LOS OBJETOS DE PROTECCIÓN QUE SE PRETENDEN RESGUARDAR**, razón por la que se determinó por parte del titular y de las autoridades ambientales competentes, incluido el SEA y la Comisión de Evaluación, que su vía de ingreso al SEIA debía ser una DIA.

2. El tipo infraccional utilizado por la SMA para imputar las infracciones es inexistente

Como señalamos en nuestros descargos, el tipo infraccional

que fundamenta el Cargo N°1 se encuentra contenido en el artículo 35 letra b) de la LOSMA, el que indica, en su primera parte, que constituye una infracción *"la ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella"*.

En palabras sencillas se trata de una hipótesis de "elusión del SEIA", ya sea por no contar con una RCA (primera parte) o bien no ingresar o haber ingresado por una vía inidónea **previo pronunciamiento expreso del SEA y previo requerimiento de la SMA en los términos del artículo 3 i), j) y k).**

En el caso particular, Gold Fields evaluó ambientalmente el uso (tránsito) del Camino Público. En efecto, las RCAs N°18/2014 y N°171/2016 consideran el tránsito por dicho camino para acceder al Proyecto.

En ese sentido, una interpretación sistemática y lógica de ambos instrumentos indica que, si la autoridad competente autorizó el uso y tránsito por el Camino Público, **también permitió las actividades de mantención necesarias para permitir la circulación por él, dada la naturaleza del camino declarada en la RCA N°18/2014.** Lo anterior, muy especialmente si se consideran las condiciones climáticas extremas en las que se ubica la ruta.

En ese sentido, y dado que las labores realizadas por Gold Fields en el Camino Público correspondieron únicamente a trabajos de mantención para su correcto uso, no existió la ejecución de ningún Proyecto o actividad que requiriera de una nueva RCA ni tampoco el ingreso al SEIA mediante un EIA, por cuanto las labores de mantención no modifican sustantivamente la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales del Proyecto.

Estrechamente relacionado a lo anterior, se encuentra la

circunstancia de que, a la fecha, **no existe un pronunciamiento del SEA que ordene el ingreso de las actividades de mantención del Camino Público al SEIA.**

En efecto, la SMA asume, erradamente y sin prueba de ninguna especie¹, que las labores de mantención que realizó Gold Fields debieron ser evaluadas ambientalmente a través de un EIA y ello a pesar de reconocer expresamente, en el numeral 32 de la Formulación de Cargos que *"el SEIA es, precisamente, el mecanismo que contempla el ordenamiento jurídico para evaluar los impactos de un proyecto o actividad..."*.

Por eso sorprenden sus imputaciones, porque con su pretensión la Autoridad administrativa olvida que el único órgano con competencia para poder determinar si una actividad o proyecto ingresa al SEIA es el SEA, quien hasta este momento no se ha pronunciado al respecto.

Es más, según se expuso más arriba, el Director Ejecutivo de dicho servicio público, expidió el Oficio Ordinario N°161.081, de 17 de agosto de 2016 ("**Oficio SEA**") en virtud del que expresamente sostiene que **"la mera ejecución de labores en un sitio prioritario no implica la necesidad de que dichas actividades ingresen al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental"**.

En dicho oficio se establece que no toda actividad en una zona protegida debe ser sometida a evaluación de impacto ambiental, sino sólo aquellas que, por su **magnitud y duración**, tengan la aptitud de provocar impactos negativos.

¹ De hecho, en el numeral 32 de la Formulación Cargos efectúa una declaración sorprendente al indicar que es posible efectuar una evaluación de pertinencia de ingreso al SEIA mediante "la descripción de los hechos constatados en la actividad de inspección ambiental y de una revisión de la bibliografía existente..."

En consecuencia, no toda intervención en un área puesta bajo protección requiere de evaluación ambiental. En este sentido, la obligación asumida por Gold Fields de no intervenir el Sitio Prioritario, se enmarca en este entendimiento: No toda actividad es intervención, sino sólo aquellas que por su magnitud y duración tienen el potencial de producir un impacto negativo, cuestión que no puede ser determinada sólo a través de presunciones y trabajo de gabinete.

§2. OBSERVACIONES

Conforme lo indicado en el resuelvo II de la Resolución Exenta N°11, formulamos las siguientes observaciones al Acta de Inspección:

1. Detención N°1, Kilómetro 0: Según consta en las fotos acompañadas en el Anexo de la inspección, el camino de uso público se emplaza en terrenos con notoria falta de vegetación sin presencia de flora y fauna. Este hecho es constatado tanto por el "Acta de visita a terreno Empresa Minera Gold Fields Salares Norte SpA" expedido por el Notario Público y Conservador de Diego de Almagro ("**Informe Notario**"), como por "Informe Pericial. Camino de Acceso" (**Informe Perito CEA**) expedido por el Centro de Ecología Aplicada (**CEA**), según consta de los documentos acompañados como números 1 y 2 respectivamente de esta presentación.

2. Detención N°2, kilómetro 1,5: El camino mantiene las mismas características indicadas en la detención n°1, esto es, una zona llana desprovista de flora y fauna. Sobre esta detención es importante formular una aclaración al Acta de Inspección, por cuanto, como consta del Informe Notario, lo que el suscrito señaló fue que "*Según lo que me ha informado la empresa, luego de la paralización de abril de 2018 no se han efectuado regadíos en el camino*" y no que "*Hasta abril de 2018 contaban con camiones*

humectantes. Posteriormente no se han efectuado regadíos del camino" como fue consignado en el Acta de Inspección.

3. Detención N°3, kilómetro 3,2: Se mantienen las características del camino y la total ausencia de flora y fauna. Adicionalmente, se observa la existencia de múltiples huellas y rutas que van en distintas direcciones.

4. Detención N°4, kilómetro 5,9: Las características del camino se mantienen invariables y se vuelven a observar una gran cantidad de caminos y huellas que salen en distintas direcciones.

5. Detención N°5, kilómetro 7,3: Persisten las mismas características vistas en las detenciones anteriores. Cabe señalar que, al medir el ancho del camino, los funcionarios de la SMA no extendieron la cinta de medir en forma correcta, presentando ondulaciones que podrían desvirtuar los resultados reales. Tampoco se utilizó el instrumento de medición tomando como referencia los mismos lugares que en las anteriores detenciones.

6. Detención N°6, kilómetro 9,6: Las características del camino siguen invariables, con total ausencia de flora y fauna. Con respecto al montículo que se observa, se debe resaltar que se trata del mismo material del camino.

7. Detención N°7, kilómetro 12,5: Persiste la total ausencia de flora y fauna, así como, las características de terreno (un terreno baldío compuesto de diversas huellas).

En este punto, también es necesario efectuar una aclaración, por cuanto, lo que el suscrito señaló, conforme consta del informe Notario, fue que "*según me ha informado la empresa ese corte de talud no lo efectuó Gold Fields, por lo que no es posible conocer quién lo habría hecho*", y no que habría "*afirmado que el corte no lo efectuó la empresa*" como se consigna en el Acta de Inspección.

Finalmente, se debe aclarar que los tubos reflectantes son tubos de PVC de 1,5" destinados ahí para delimitar el camino.

8. Detención N°8, kilómetro 16,9: Tal como consta del Informe Perito CEA, y fue expuesto por el perito Tomás Rioseco en la inspección, hasta este momento persiste una ausencia total de presencia de flora y fauna hasta ese momento.

9. Detención N°9, kilómetro 19,3: Sobre el particular, y como consta del Informe Notario, la medición del talud referido en el acta se hizo de forma deficiente, al no usar el instrumento para pedir de modo completamente recto. Asimismo, se observan diversos caminos, y no se observa presencia de flora ni fauna. Es necesario precisar que la afirmación del señor D'Urso fue que *"se bajó la pendiente y al bajar la pendiente se requiere del corte que ellos observaron"* y **no** *"que se hizo un camino nuevo"* como se sostiene en el Acta de Inspección.

10. Detención N°10, kilómetro 20,1: El camino de uso público mantiene las mismas características observadas durante los veinte kilómetros de recorrido, esto es, ausencia de flora y fauna. Adicionalmente, se observan diversas huellas y caminos paralelos en notable estado de abandono. Sumado a ello, las mediciones efectuadas por los funcionarios de la SMA se efectúan de forma imprecisa, por cuanto el instrumento de medición es utilizado sin extenderlo en su totalidad, permitiendo ondulaciones.

11. Detención N°11, kilómetro 20,6: Al respecto se debe señalar que conforme consta del Informe Notario, los trabajos que se observan en el camino de uso público parecen efectuados por sujetos que se dedican a la pequeña minería o minería de pirquineros. Asimismo, es necesario precisar que lo que el suscrito señaló fue que *"según le informó la compañía, ninguno de esos trabajos lo realizó Gold Fields"*, y no que *"Afirma que los cortes realizados en la roca nos los realizó la empresa"* como se expresa en el acta de esta SMA. Asimismo, es un sector donde no hay afloramientos rocosos que indiquen la presencia de chinchillas.

12. Detención N°12, kilómetro 27: Respecto a esta detención, es relevante resaltar que transcurridos 27 kilómetros de recorrido se sigue sin apreciar flora y fauna en el camino de uso público.

13. Detención N°13, kilómetro 34,1: Cabe observar las mismas consideraciones respecto a las características del camino de uso público.

14. Detención N°14, kilómetro 36,4: Se mantienen las mismas características del camino, sin perjuicio de lo cual se debe aclarar que el señor Fabián D' Urso no sostuvo que se construyó nuevo camino, sino que la traza que se mantuvo era la traza visible en el momento de efectuar los trabajos.

15. Detención N°15, kilómetro 37,5: Por primera vez aparece vegetación al costado del camino, lo que da cuenta que, hasta ese momento, había total ausencia de vegetación en el área recorrida. La que no se ve afectada conforme consta del Informe Perito CEA.

16. Detención N°16, kilómetro 40,3: Se pueden señalar las mismas consideraciones del punto anterior.

17. Detención N ° 17, kilómetro 43,2: Al respecto, se debe aclarar que el suscrito solicitó a la SMA verificar si el punto se encontraba dentro del sitio prioritario y no que ese lugar se encontraba de fuera del sitio prioritario de acuerdo a la señalética existente. Asimismo, se debe indicar que no existen indicios de obras realizadas por la compañía que hayan afectado la flora y la fauna del sitio prioritario.

EN SUMA, conforme quedó de manifiesto en la inspección personal: **(i)** en el área visitada hay una multiplicidad de caminos

y huellas utilizadas indiscriminadamente por diversos individuos; **(ii)** no existe afectación alguna a la flora y la fauna del lugar; **(iii)** durante casi 40 km no se presentó rastro alguno de existencia de flora y de fauna; **(iv)** el área examinada es un camino **de uso público** utilizada por diversos individuos; y, **(v)** las únicas labores que ejecutó la compañía en el lugar fueron enderezadas a mantener el camino conforme a la definición del manual de carreteras de la Dirección de Vialidad.

POR TANTO,

A LA SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE
RESPETUOSAMENTE PIDO: tener presente las observaciones formuladas al Acta de Inspección.

PRIMER OTROSÍ: Vengo en cumplir lo ordenado en el Resuelvo IV de la Resolución, acompañando los siguientes documentos:

1. Copia simple de Contrato de Suministro de Agua entre Corporación Nacional del Cobre de Chile, División Salvador con Minera Gold Fields Salares Norte Limitada, suscrito el 12 de marzo de 2015, en que Codelco se obliga a suministrar a Gold Fields agua por un **volumen de 6 a 8 camiones diarios**, considerando una **capacidad máxima por camión de treinta mil litros**, lo que equivale a un **volumen de 7.320 m³/mes**. Consta que el agua que se obliga a proveer el suministrante proviene del sector La Champa, ubicado a siete kilómetros al sur del Sector de la Ola.

2. Copia Simple de *Adendum* N°1 Contrato de Suministro de Aguas entre Corporación Nacional del Cobre de Chile, División Salvador con Minera Gold Fields Salares Norte Limitada, suscrito el 12 de agosto de 2015, en que consta que las partes extienden la vigencia del contrato de suministro de Aguas hasta el 30 de junio de 2016.

3. Copia Simple de *Adendum* N°2 Contrato de Suministro de Aguas entre Corporación Nacional del Cobre de Chile, División Salvador con Minera Gold Fields Salares Norte Limitada, suscrito el 30 de agosto de 2016, en que consta que las partes extienden la vigencia del contrato de suministro de Aguas hasta el 30 de junio de 2017.

4. Copia Simple de *Adendum* N°3 Contrato de Suministro de Aguas entre Corporación Nacional del Cobre de Chile, División Salvador con Minera Gold Fields Salares Norte Limitada, suscrito el 30 de junio de 2017, en que consta extensión de la vigencia del contrato hasta el 31 de mayo de 2018.

5. Copia simple de factura de 21 de noviembre de 2018 por CODELCO, en que consta el valor pagado por el suministro de agua realizado durante los meses de noviembre y diciembre de 2017, y enero, febrero y marzo de 2018.

POR TANTO,

A LA SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE RESPETUOSAMENTE PIDO: Tener por cumplido lo ordenado en el Resuelvo IV de la Resolución, y por acompañados los documentos de respaldo que se adjuntan a esta presentación.

SEGUNDO OTROSÍ: Vengo en acompañar los siguientes documentos:

Documento N°1: Informe pericial: "Acta de visita a terreno Empresa Minera Gold Fields Salares Norte SpA" expedido por el Notario Público y Conservador de Diego de Almagro ("Informe Notario").

Documento N°2: Informe Pericial: "Informe Pericial. Camino de Acceso" (Informe Perito CEA) expedido por el Centro de Ecología Aplicada (CEA).

Documento N°3 ORD. N°103008 del SEA.

Documento N°4: ORD. N°100143 del SEA.

Documento N°5: ORD. N°130844 del SEA.

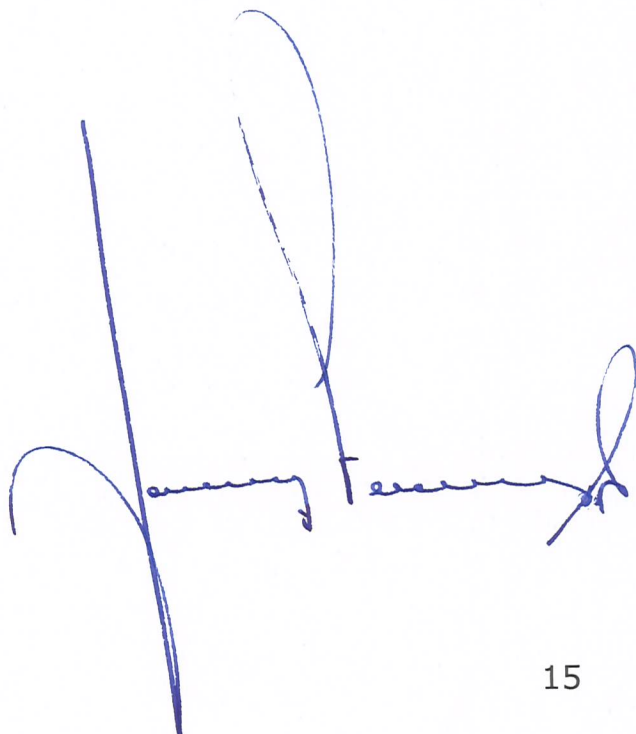
Documento N°6: ORD. N°161081 del SEA.

Documento N°s 7 y 8: Dictámenes 4.000/2016 y 48.164/2016, de la Contraloría General de la República.

POR TANTO,

A LA SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE

RESPETUOSAMENTE PIDO: Tener por acompañados los informes periciales y los documentos signados en el presente otrosí.

A handwritten signature in blue ink, consisting of several loops and a long vertical stroke on the left side.