



**RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN PRESENTADO POR
GEOTÉRMICA DEL NORTE S.A. Y ELEVA RECURSO
JERÁRQUICO**

RES. EX. N° 6 / ROL A-002-2018

Santiago, 03 ABR 2019

VISTOS:

Conforme a lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley N° 20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, LO-SMA); en la Ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; en la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (en adelante, LBPA); en la Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo; en la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 424, de 12 de mayo de 2017, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Fija la Organización Interna de la Superintendencia del Medio Ambiente, modificada por la Resolución Exenta N° 559, de 14 de mayo de 2018; en la Res. Ex. RA 119123/58/2017, de 27 de diciembre de 2017, que renueva nombramiento en el cargo de Alta Dirección Pública, 2º nivel que indica, al Jefe de la División de Fiscalización de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 82, de 18 de enero de 2019, que establece orden de subrogancia para el cargo de Jefe de la División de Sanción y Cumplimiento; en el Decreto Supremo N° 30, de 11 de febrero de 2013, del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación (en adelante, D.S. N° 30/2012); en la Resolución Exenta N° 166, de 8 de febrero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que crea el Sistema de Seguimiento de Programas de Cumplimiento y dicta instrucciones generales sobre su uso; y en la Resolución N° 1.600, de 30 de octubre 2008, de la Contraloría General de la República, que Fija Normas sobre Exención del Trámite de Toma de Razón.

CONSIDERANDO:

A. Antecedentes Generales

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

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

3. Con fecha 10 de septiembre de 2018, dentro del plazo legal para tales efectos, GDN presentó un Programa de Cumplimiento, solicitando en lo principal que se tuviera por presentado el Programa y que éste se aprobara, decretando por tanto la suspensión de procedimiento y, en caso de su ejecución satisfactoria, que se ponga término al procedimiento de sanción. En el primer otrosí de la presentación, se solicitó tener por acompañada la información técnica y económica que acredita el cumplimiento de las acciones incorporadas en el Programa de Cumplimiento y sus costos, la que se encontraba esquematizada en un Anexo A, compuesto de 11 informes, así como de otros 17 anexos. En el segundo otrosí de la presentación, se solicitó la reserva de información en relación a ciertos documentos adjuntos al Programa de Cumplimiento.

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

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

6. Mediante Res. Ex. N° 4 / Rol A-002-2018, de fecha 11 de diciembre de 2018, fue rechazado el Programa de Cumplimiento presentado por GDN y se levantó la suspensión de plazos determinada en el Resuelvo V de la Res. Ex. N° 1 / Rol A-002-2018. En consecuencia, se reanudó el plazo para que GDN presente sus descargos.

7. La Res. Ex. N° 4 / Rol A-002-2018 fue notificada personalmente a GDN con fecha 13 de diciembre de 2018. Cabe señalar que, al momento de notificarse la resolución en el domicilio designado por GDN, se informó al funcionario a cargo de la notificación que las oficinas de la Empresa se habían trasladado a otro lugar. Al apersonarse en el nuevo domicilio informado, ubicado en Avenida Santa Rosa N° 76, Piso 7, comuna de Santiago, se hizo entrega de copia fiel de la Res. Ex. N° 4 / Rol A-002-2018 a Natalia Fernández, apoderada de GDN en el presente procedimiento, según consta en el documento de fecha 13 de diciembre de 2018.

8. Con fecha 18 de diciembre de 2018, GDN presentó un escrito donde, en lo principal, deduce recurso de reposición respecto a la Res. Ex. N° 4 / Rol A-002-2018, solicitando que el mismo se acoja, dejando sin efecto la resolución recurrida en los términos indicados en la presentación y dictando una resolución de reemplazo, que otorgue un plazo a la Empresa para abordar observaciones al Programa de Cumplimiento y complementarlo, a efectos de cumplir con los criterios de aprobación regulados en el D.S. N° 30/2012.

9. En el primer otrosí de su presentación, GDN interpone subsidiariamente recurso jerárquico, en virtud del artículo 59 de la LBPA, dando por reproducidos los fundamentos de hecho y de derecho esgrimidos en lo principal y solicitando acogerlo en los términos señalados.

10. En el segundo otrosí, GDN solicita, conforme a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 57 de la LBPA, la suspensión urgente de los efectos de los Resuelvo I y II de la Res. Ex. N° 4 / Rol A-002-2018, por cuanto las gestiones tendientes a dar curso al procedimiento sancionatorio, en particular la presentación de descargos, pueden resultar contrarias y contraproducentes a lo que se resuelva respecto a los recursos de reposición y jerárquico interpuestos.

11. Mediante Res. Ex. N° 5 / Rol A-002-2018, de 19 de diciembre de 2018, se tuvieron por presentados los recursos de reposición y jerárquico interpuestos por GDN, acogiéndose además la solicitud de suspensión urgente del procedimiento hasta la



resolución de ambos recursos. Asimismo, tuvo presente el nuevo domicilio de la Empresa para futuras notificaciones.

B. Argumentos del recurso de reposición

12. Corresponde, por tanto, analizar los argumentos presentados por GDN para reponer la Res. Ex. N° 4 / Rol A-002-2018, procediendo a resolver el recurso interpuesto. GDN enumera ocho argumentos, en virtud de los cuales estima que debe revertirse la decisión de rechazar el Programa de Cumplimiento presentado el 10 de septiembre de 2018. A continuación se abordarán uno a uno estos argumentos.

13. En primer término, GDN señala que “[l]a 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”. Este derecho, sería una manifestación del principio de no formalización, que privilegia la consecución de un resultado final eficaz y conveniente para los derechos e intereses públicos en juego. Para GDN, estos se traducirían en que el infractor cumpla con las exigencias infringidas y se haga cargo de los efectos asociados a las infracciones imputadas.

14. De acuerdo a GDN, el derecho en cuestión habría sido reconocido en numerosas oportunidades por parte de esta Superintendencia, así como por la E. Corte Suprema, que ha señalado que si la SMA estima que hay aspectos del Programa de Cumplimiento que deben ser complementados, puede solicitar al infractor que perfeccione el instrumento, limitando la facultad para rechazar el programa para casos de infractores excluidos del beneficio, o en que el instrumento carezca de la seriedad mínima o presente deficiencias que son insubsanables. Ello sería expresión del objetivo de este instrumento de incentivo al cumplimiento, que no sería otro que fomentar la colaboración con la autoridad y conseguir en el menor tiempo posible los fines propios de la legislación ambiental.

15. Luego, se señala que “GDN no se encuentra privada del derecho a presenta un Programa de Cumplimiento en el marco del procedimiento de sanción Rol A-002-2018”. En tal sentido, los impedimentos para presentar un Programa de Cumplimiento son aquellos establecidos en los artículos 42 de la LO-SMA y 6 del D.S. N° 30/2012, para casos de gradualidad de cumplimiento, aplicación previa de sanciones por infracciones gravísimas y presentación anterior de un Programa de Cumplimiento. GDN no se encuentra en ninguno de estos supuestos.

16. Conforme a lo anterior, impedir la proposición de acciones que importen un cumplimiento futuro equivalente, en casos en que se ha perdido la oportunidad para el cumplimiento, equivaldría para GDN a restringir indebidamente el derecho a presentar un Programa de Cumplimiento. De acuerdo a la Empresa, si el legislador hubiera pretendido impedir la posibilidad de dar cumplimiento equivalente satisfactorio mediante el aseguramiento futuro de una exigencia, lo habría establecido expresamente.

17. A continuación, se señala que “[e]l 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”. Según indica en su recurso, la Empresa habría obrado en todo momento con plena y evidente buena fe y seriedad en el marco del presente procedimiento, contrario a lo afirmado en la resolución impugnada, conforme a la cual el Programa de Cumplimiento adolece de seriedad.

18. A mayor abundamiento, la Empresa señala que los programas de cumplimiento no suponen la obligación de volver inmediatamente al cumplimiento, sino que otorgan la posibilidad de fijar un plazo para volver al cumplimiento.



19. El recurso de reposición reprocha, asimismo, que la Res. Ex. N° 4 / Rol A-002-2018 “*de forma reiterada plantea que las infracciones ya fueron cometidas*”, en circunstancias que el Programa de Cumplimiento presentado asegura el retorno al cumplimiento mediante acciones de aseguramiento y prevención de conductas futuras. Según indica GDN, es la naturaleza de las infracciones contenidas en la formulación de cargos, no la falta de seriedad, lo que condiciona la naturaleza de las acciones del Programa de Cumplimiento que se ha propuesto.

20. Esta seriedad se vería reforzada por el compromiso de una cantidad de recursos económicos y de contratar asesoría especializada. El hecho que no se especificaran más las medidas en forma previa a solicitar autorización del Consejo de Monumentos Nacionales (en adelante, CMN), sería también prueba de la seriedad de la Empresa, que no podría proponer medidas si éstas no han sido aprobadas previamente por el CMN.

21. Se señala después que “[l]os reproches que se formular mediante la resolución recurrida al Programa de Cumplimiento de mi representada pueden ser subsanados”. Al respecto, se señalan los siguientes argumentos específicos:

- i. No es efectivo, de acuerdo a GDN, que no se ofrezcan acciones para asegurar el cumplimiento de la normativa infringida en relación al Cargo N° 10. La Acción 18, que es la única acción ofrecida en relación al Cargo N° 10, cumpliría con dos objetivos: (i) permitiría volver al estado de cumplimiento, pues se obtiene precisamente el Permiso Ambiental Sectorial (en adelante, PAS) con que no se contaba al intervenir el rasgo lineal; y, (ii) consideraría una reducción y/o eliminación de los efectos negativos (pérdida de contexto), al extender la solicitud por un tramo adicional de dos kilómetros por lado.
- ii. Siguiendo con los argumentos del recurso de reposición, tampoco sería efectivo que falten acciones tendientes a abordar la normativa infringida o los efectos derivados de la infracción, tratándose del Cargo N° 12. Se señala que la reiteración de acciones para los cargos N° 12 y N° 15 es una consecuencia derivada de la formulación de cargos, pues ambos cargos dicen relación con los sitios arqueológicos EP-08 y EP-21. El Cargo N° 15 imputa la alteración no autorizada de dichos sitios, mientras que el Cargo N° 12 atribuye a GDN la intervención con fines de restauración de dichos sitios, sin autorización previa del CMN; esta última intervención fue un intento de hacerse cargo de la infracción del Cargo N° 15. La forma de retornar al cumplimiento sería la ejecución de acciones de conservación y restauración adecuadas y autorizadas de ambos sitios (Acciones 21 y 22), permitiendo volver al estado de cumplimiento (Acción 29) y abordar los efectos de la intervención no autorizada (Acción 30). La separación meramente formal de los hechos habría generado las confusiones expresadas en los considerando 20° al 23° de la formulación de cargos, pues conforme a lo expresado, el Programa de



Cumplimiento aportaría de ese modo acciones para abordar el Cargo N° 12.

- iii. En lo que respecta al Cargo N° 13, se daría una situación similar a la del Cargo N° 12, pues 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 que se reprocha en el Cargo N° 13. Ello explicaría la reiteración de acciones respecto a ambos cargos.
- iv. Finalmente, en relación al Cargo N° 16, la Empresa rechaza lo indicado en el Considerando 25° de la resolución recurrida, respecto al incumplimiento del criterio de integridad debido a la ausencia de acciones tendientes a retornar al cumplimiento. En cuanto a la Acción 31, se señala que resulta improcedente que esta SMA excluya acciones por el solo hecho de haber sido estas ya ejecutadas, mientras que en relación a las acciones 32 y 33, se argumenta que, del solo hecho de no ser verificables las acciones, no se deriva que éstas no existan, razón por la cual se trata de criterios distintos.

22. Luego, GDN analiza el incumplimiento del criterio de eficacia por parte del Programa de Cumplimiento, en términos generales, señalando que el incumplimiento de exigencias que resultaban aplicables exclusivamente durante la fase de construcción del Proyecto CGT y del Proyecto LTE, habiendo transcurrido inevitablemente el tiempo – situación cuyo control no depende de la Empresa–, son circunstancias que debieran ser consideradas al momento de evaluar las acciones propuestas en el Programa de Cumplimiento. El instrumento creado por el legislador carecería de sentido, si no es posible cumplir una obligación que ya ha sido incumplida.

23. Así, resultaría cuestionable, según GDN, que se reproche la presentación de acciones que serán ejecutadas en lo que resta de la fase de construcción del Proyecto CGT, pues se busca el cumplimiento específico, aunque tardío, de las mismas exigencias que se reputan infringidas, por lo que no resultaría razonable cuestionar estas acciones por el breve tiempo que podrían ejecutarse. De acuerdo a esta lógica, cabría preguntarse qué alternativas quedan para el administrado si desea cumplir con el criterio de eficacia.

24. Según expone GDN, la única alternativa que resta al proponente de un Programa de Cumplimiento es proponer acciones que impliquen, o demuestren la voluntad de cumplir a futuro con las exigencias que se reputan infringidas. Son ejemplos de lo anterior:

- i. La Acción 3, propuesta para el Cargo N° 2, compromete el control de agua industrial para el lapso restante de la fase de construcción para el Proyecto CGT, en circunstancias que el cargo se relaciona con la ejecución del Proyecto LTE. La propuesta fue realizada por no contemplar el Proyecto LTE el consumo de agua industrial a futuro, por lo que no sería fácticamente posible comprometer el control de agua industrial en ese proyecto.



- ii. La Acción 15 propuesta para el Cargo N° 9, propone la remoción de cercos de los sitios arqueológicos, lo que es cuestionado en la resolución impugnada, por cuanto la medida se encontraba prevista en la RCA N° 168/2013. De acuerdo a GDN, la resolución es contradictoria en este punto, pues se trata de una medida adecuada para brindar al patrimonio arqueológico una protección diferente, pero más adecuada al estado de avance de los proyectos. En lugar de proponer una mejora de los cercos, se optó por una acción encaminada a la mejor protección del patrimonio arqueológico, pues la invisibilización de los hallazgos arqueológicos disminuye los riesgos de intervenciones no deseadas por parte de terceros.
- iii. Tanto la Acción 10, asociada al Cargo N° 7, así como la Acción 28, asociada al Cargo N° 14, proponen presentar consolidados de información, como forma de contener, reducir y/o compensar el efecto derivado del retraso en la entrega de los informes, consistente en un eventual detrimiento en las facultades de fiscalización de la SMA. Se estima, en la resolución recurrida, que las acciones son ineficaces, cuestión que podría ser solucionada en una nueva versión del Programa de Cumplimiento.

25. En definitiva, conforme a lo expuesto por GDN, no es cierto que la mayoría de las acciones propuestas en el Programa de Cumplimiento sean ineficaces, sin perjuicio que algunas acciones requerirían ciertos ajustes para satisfacer el criterio de la eficacia. Lo anterior, a menos que esta Superintendencia es que solo puede cumplirse con los criterios de aprobación, en caso que resulte fácticamente posible ejecutar exactamente la misma exigencia que se reputa infringida. Este criterio sería contradictorio con numerosos otros casos –se citan como ejemplos, la tala no autorizada de bosque nativo, superación de límites de emisión atmosférica u omisión de ejecución de medidas de mitigación–, donde se consideró cumplimiento alternativo o compensatorio de una o más de las exigencias que se estimaron infringidas, lo que supondría un trato abiertamente desigual en perjuicio de GDN.

26. A continuación, el recurso de reposición se refiere a la verificabilidad de las acciones propuestas en el Programa de Cumplimiento. En cuanto a las acciones 7 y 8, relacionadas al Cargo N° 6, GDN afirma que lo realmente cuestionado por esta Superintendencia, parecen ser las conclusiones del informes elaborado por expertos, conforme a los cuales se pudo recuperar el 100% del contexto cultural contenido en el citado sitio. Ello no supondría un cuestionamiento a los mecanismos que permitan acreditar el cumplimiento de las acciones y metas propuestas en el Programa de Cumplimiento presentado.



27. Por otra parte, en lo relacionado a las acciones de conservación, restauración y registros, propuestas para los cargos N° 9, N° 12, N° 13, N° 15 y N° 16, así como a la medida de compensación general propuesta para el Cargo N° 11, se reconoce que no fue posible especificar a cabalidad las medidas a implementar en cada sitio, lo que sería perfectible en una versión corregida del Programa de Cumplimiento. Ello no habría tenido por objeto impedir la verificación del cumplimiento por parte de esta Superintendencia, sino que habría sido expresión de la imposibilidad fáctica de definir, en el breve plazo de presentación del Programa de Cumplimiento, las acciones más adecuadas, considerando que se trata de al menos 34 sitios arqueológicos diferentes.

28. Se afirma a continuación en el recurso de reposición que "*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*". De acuerdo a lo anterior, GDN plantea que en caso alguno se ha intentado eludir la responsabilidad respecto al Cargo N° 11, sino todo lo contrario, siendo las precisiones del Informe de Efectos necesarias para la comprensión de las acciones propuestas respecto al sitio Pampa Apacheta 3. Así, se busca precisar los efectos materializados sobre el sitio, a objeto de hacerse cargo adecuadamente de los mismos. Si GDN buscara eludir su responsabilidad, habría omitido acciones respecto al Cargo N° 11; en cambio, con miras a cumplir con el criterio de integridad, se propusieron las acciones N° 19 y N° 20.

29. Por tanto, el Informe de Efectos determina que, si bien no existieron efectos negativos producto de la infracción, se presenta una oportunidad única para conservar el sitio descrito. No resultaría lógico que el Informe de Efectos omitiera los antecedentes técnicos que dan cuenta, precisamente, de la ausencia de efectos negativos; lo afirmado en el Informe, por ende, no consistiría en una defensa inoportuna, sino que sería necesario para comprender las razones que motivan las acciones N° 19 y N° 20.

30. En tal sentido, para la Empresa, resulta descontextualizada la cita a la sentencia en la causa rol R-75-2015, del Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, por cuanto nada de lo señalado en dicha sentencia resultaría aplicable en este caso. GDN no ha elegido qué infracciones formarán parte de su Programa de Cumplimiento, pues ha propuesto dos acciones para el Cargo N° 11, por lo que no puede decirse que ha intentado eludir su responsabilidad.

31. Luego, se señala que "*GDN no ha intentado aprovecharse las infracciones imputadas ni dilatar cumplimiento normativo*". En este punto, se hace referencia al Considerando 69º de la resolución recurrida, que acusaría a GDN de haber actuado de forma dilatoria, al haber transcurrido más de 300 días sin que exista una solución real a los problemas o infracciones de que da cuenta el procedimiento. Esta acusación, según indica la Empresa, debe descartarse, pues se ha prestado plena colaboración en el procedimiento.

32. Por otra parte, lo que prohíbe el D.S. N° 30/2012 son los programas de cumplimiento manifiestamente dilatorios, aspecto que solo se puede verificar respecto a los plazos propuestos en el Programa de Cumplimiento, situación que no se verifica en este caso. En cambio, no procede reprochar como dilaciones contrarias al artículo 9 del D.S. N° 30/2012, los plazos relacionados con la conducta pasada del administrado, o el tiempo transcurrido entre la infracción y la presentación del Programa de Cumplimiento. Sumado a lo anterior, cabe reparar en la naturaleza de las infracciones imputadas, lo que implica la participación del CMN, aspecto que requiere asumir los plazos correspondientes para ello.

33. Como siguiente argumento, la reposición señala que "*GDN se encuentra llana a recoger y subsanar todas las deficiencias identificadas por esta SMA*". Se señala que todas las acciones previstas en el Programa de Cumplimiento presentado buscan dar solución definitiva, íntegra y eficaz de los errores cometidos durante la evaluación de los proyectos.

34. En opinión de la Empresa, esta Superintendencia no puede desconocer el elemento fáctico que ha incidido en los reproches al Programa de Cumplimiento, consistente en la fase de ejecución de los proyectos y la correspondiente complejidad de los objetos de protección involucrados en el procedimiento de sanción. La protección del patrimonio cultural y, en particular, del material arqueológico, precisa de tiempo, para que los expertos hagan un adecuado diagnóstico y propongan medidas acordes, lo que ha influido en la falta de precisión de algunas acciones, pero que en caso alguno representa una falta de disposición por parte de GDN para retornar al estado de cumplimiento mediante un Programa de Cumplimiento íntegro, eficaz y verificable.



35. Finalmente, se indica que “[e]l programa de cumplimiento corresponde al instrumento que permite velar eficazmente por el interés público involucrado en las infracciones imputadas en este procedimiento de sanción”. En este punto, la Empresa enfatiza que el Programa de Cumplimiento es la vía para dar solución rápida a las infracciones imputadas y a sus efectos. En cambio, al proseguir con el procedimiento sancionatorio, con eventuales revisiones judiciales, podría restarse eficacia a los derechos e intereses públicos en juego. En vista de ello, se haría necesario que esta Superintendencia reconsiderara su decisión y confiera una nueva oportunidad para presentar un Programa de Cumplimiento que cumpla con los criterios de aprobación del D.S. N° 30/2012, a fin de dar el más pronto cumplimiento a los compromisos ambientales asumidos y, especialmente, garantizar la protección del patrimonio cultural.

C. Ponderación de los argumentos del recurso de reposición

36. En la presente sección, se abordarán los argumentos presentados por GDN para reponer la Res. Ex. N° 4 / Rol A-002-2018, considerando los principales puntos de controversia de acuerdo al siguiente esquema: (i) sobre el supuesto deber de la SMA de permitir que se subsane el Programa de Cumplimiento; (ii) sobre la ausencia de impedimentos para presentar un Programa de Cumplimiento; (iii) sobre la posibilidad de volver al cumplimiento; (iv) sobre la posibilidad de subsanar los reproches efectuados; (v) sobre el criterio de eficacia; (vi) sobre el criterio de verificabilidad; (vii) sobre la elusión de responsabilidad en relación al Cargo N° 11; (viii) sobre el aprovechamiento de la infracción en relación al Cargo N° 13; (ix) sobre el elemento fáctico que ha incidido en los reproches al Programa de Cumplimiento; y, (x) sobre la idoneidad del Programa de Cumplimiento para velar eficazmente por el interés público involucrado. A continuación se abordarán separadamente estos aspectos.

i. Sobre el supuesto deber de la SMA de permitir que se subsane el Programa de Cumplimiento

37. En su recurso, GDN señala que la SMA tiene el deber de permitir que se subsanen los programas de cumplimiento, lo que tendría como correlato un derecho de los interesados que habría sido reconocido por esta misma Superintendencia y la E. Corte Suprema. Este derecho sería manifestación del principio de no formalización, el que se encuentra reconocido en la LBPA, aplicable en el presente procedimiento por disposición expresa del artículo 62 de la LO-SMA.

38. Conforme a este principio, consagrado en el artículo 13 de la LBPA, “[e]l procedimiento debe desarrollarse con sencillez y eficacia, de modo que las formalidades que se exijan sean aquéllas indispensables para dejar constancia indubitable de lo actuado y evitar perjuicios a los particulares.

El vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado.



La Administración podrá subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afectaren intereses de terceros”.

39. Analizando la disposición en comento, cabe señalar que ella no sustenta el deber y derecho que alega GDN, por cuanto el principio recalca la sencillez y eficacia del procedimiento, evitando que las formalidades excesivas entablen su consecución expedita. El núcleo del principio dice relación con la existencia de vicios formales no esenciales, que no afectan la validez del acto administrativo y pueden ser subsanados de oficio por la Administración Pública. En definitiva, el principio de no formalización no establece lineamientos para definir cuál debe ser el contenido del acto administrativo terminal, ni cómo éste puede resultar más eficaz y conveniente para los derechos e intereses públicos en juego.

40. En tal sentido, se ha señalado que el artículo 13 de la LBPA expresa ciertas reglas y principios que deben ser analizados separadamente: la proporcionalidad, la conservación y la convalidación. Por una parte, de acuerdo al principio de proporcionalidad, “*el procedimiento administrativo debe estar conformado de tal manera que sea adecuado a la finalidad que se persigue, sin que el ciudadano sufra el ejercicio de medidas desmesuradas o innecesarias durante la tramitación del mismo*”¹.

41. Sobre este punto, debe considerarse que el rechazo del Programa de Cumplimiento en este caso no es una formalidad o medida en el procedimiento que pueda tildarse de desproporcionada. Como se verifica claramente tras la lectura de la Res. Ex. N° 4 / Rol A-002-2018, el rechazo obedeció a un análisis detallado de la propuesta de GDN en contraste a los requisitos y criterios establecidos en el D.S. N° 30/2012, que lleva a esta Superintendencia a considerar que existe una falta de seriedad en la presentación inicial –la que se refleja en numerosos incumplimientos de los mencionados requisitos y criterios–, además de configurarse impedimentos para su aprobación. Además, la consecución posterior del procedimiento sancionatorio no puede ser considerado una medida, pues es precisamente el mecanismo principal para hacer valer el interés público protegido por la SMA.

42. Por otra parte, las secciones siguientes del artículo 13 de la LBPA dicen relación con el principio de conservación, conforme al cual el vicio de forma solo afecta la validez del acto en ciertos casos, y el principio de convalidación, que otorga a la Administración Pública la facultad de subsanar vicios en su actuación. Estos principios no reflejan el derecho o deber que alega GDN en su recurso.

43. Finalmente, en relación al reconocimiento de este derecho o deber por parte de esta SMA y la E. Corte Suprema, el mismo recurso reconoce que la posibilidad de rechazar el Programa de Cumplimiento se encuentra amparada en ciertas circunstancias, las que fueron consideradas expresamente en los considerandos 74 y siguientes de la resolución reclamada. Como ha dispuesto el I. Segundo Tribunal Ambiental, “*la entidad fiscalizadora no tiene una obligación legal de realizar dichas observaciones o correcciones*” [lo destacado es nuestro]². En tal sentido, la posibilidad de acoger o rechazar un Programa de Cumplimiento no es un derecho del presunto infractor, ni un deber de esta SMA: es una facultad, para cuyo ejercicio deben observarse los aspectos reglados por la LO-SMA y el D.S. N° 30/2012.

ii. *Sobre la ausencia de impedimentos para presentar un Programa de Cumplimiento*

44. En este punto, GDN afirma que no se verifican los impedimentos del artículo 42 de la LO-SMA y del artículo 6 del D.S. N° 30/2012, que privarían a GDN del derecho a presentar un Programa de Cumplimiento. Estos impedimentos son los casos en que los infractores se hubieran acogido a programas de gradualidad en el cumplimiento de la normativa ambiental, o que hubiesen sido objeto con anterioridad objeto de sanciones por infracciones gravísimas, o que hubiesen presentado antes un Programa de Cumplimiento, a menos que fuera por infracciones leves.

45. Respecto a lo señalado, no cabe sino coincidir plenamente con GDN, pues esta SMA nunca ha planteado que la Empresa se encuentre en alguna de estas hipótesis. Sin perjuicio de ello, el recurso de reposición sugiere que esta Superintendencia ha impedido la proposición de acciones que importen un cumplimiento futuro equivalente, en casos que se ha perdido la oportunidad para el cumplimiento, lo que equivaldría a restringir en la práctica el derecho a presentar un Programa de Cumplimiento.

¹ BERMÚDEZ, Jorge, Derecho Administrativo General, Legal Publishing Chile, 1^a Edición, Año 2014, p. 189.

² Considerando 44º, Sentencia de 29 de septiembre de 2017, causa rol R N° 82-2015, del Ilustre Segundo Tribunal Ambiental.



46. Al respecto, debe señalarse en primer lugar que el argumento planteado resulta artificioso, pues GDN parece olvidar que, tras la formulación de cargos, tuvo el plazo contemplado en la LO-SMA –ampliado además por la Res. Ex. N° 2 / Rol A-002-2018– para preparar y presentar un Programa de Cumplimiento, que la Empresa se acogió efectivamente a ese derecho y presentó este instrumento, y que esta Superintendencia, tras un análisis detallado de su propuesta, determinó rechazar el Programa en base a una serie de consideraciones, que incluyeron un análisis del mérito de ciertas acciones para asegurar el cumplimiento de la normativa ambiental que se estima infringida. La SMA no ha restringido, en caso alguno, el derecho de GDN a presentar un Programa de Cumplimiento.

47. Por otra parte, debe rechazarse el argumento conforme al cual se ha impedido la propuesta de acciones que importen un cumplimiento futuro equivalente, pues conforme al considerando precedente, esta Superintendencia nunca ha impedido la presentación de acciones, ni ha planteado el rechazo de las mismas en los términos señalados. Tratándose del rechazo del Programa de Cumplimiento, es posible constatar todo lo contrario: en cada caso en que se rechazó alguna propuesta de acción, este rechazo se basó en argumentos relacionados al cumplimiento de los criterios de eficacia, integridad y verificabilidad. Si se planteó la ineficacia de alguna acción para asegurar el cumplimiento de la normativa que se estima infringida, siempre se determinó lo anterior en base a un análisis específico de las circunstancias de cada acción, no a un supuesto impedimento general de presentar acciones por incorporar un cumplimiento futuro equivalente.

iii. Sobre la seriedad del Programa y la posibilidad de volver al cumplimiento

48. A continuación, el recurso de reposición plantea que GDN ha obrado en todo momento con plena y evidente buena fe y que su Programa de Cumplimiento es serio, contrario a lo que establece la Res. Ex. N° 4 / Rol A-002-2018.

49. Sobre este punto, cabe aclarar que esta Superintendencia no ha efectuado un reproche a GDN, en particular respecto a la buena o mala fe con que pudo haber obrado al preparar y presentar el Programa de Cumplimiento, que fue finalmente rechazado mediante la resolución impugnada. Lo afirmado sobre el incumplimiento de un estándar de seriedad en el Considerando 76° de la resolución repuesta, se relaciona, tal como se puede comprobar de su sola lectura, con un análisis del conjunto de deficiencias que demuestra el Programa de Cumplimiento.

50. Cabe sostener que esta situación, no implica en caso alguno que la Empresa haya obrado de mala fe. El análisis sobre si un Programa de Cumplimiento cumple o no con los criterios para su aprobación se realiza siempre caso a caso, debiendo evaluarse esta circunstancia armonizando debidamente las acciones y metas propuestas con las infracciones imputadas en la formulación de cargos y sus efectos negativos. El estándar de seriedad mínima que debe superar un Programa de Cumplimiento, se basa precisamente en que se otorguen elementos suficientes que den cuenta, sino de un cumplimiento inmediato, al menos de un posible cumplimiento de estos criterios, que pueda ser alcanzado tras una serie de observaciones de esta Superintendencia.



51. En este caso concreto, el análisis detallado del Programa de Cumplimiento, lleva a concluir que la cantidad de situaciones en que estos criterios no son satisfechos, así como la entidad de los defectos recabados –que llevan, para muchas acciones, a plantear su descarte, en lugar de advertirse posibles correcciones o ajustes–, justifican el rechazo del Programa. El Programa de Cumplimiento carece de la seriedad mínima, en tal sentido, al no evidenciarse en su versión original un conjunto de acciones y metas basales que, tras un proceso de perfeccionamiento, puedan llevar a que se cumpla el objetivo de retornar al cumplimiento y eliminar, o contener y reducir, los efectos negativos de la infracción.

52. Lo anterior, tampoco implica un reproche relacionado a la cantidad de recursos económicos o a la asesoría especializada contratada para efectos de preparar el Programa de Cumplimiento. La suficiencia de recursos invertidos en estas tareas, no puede ser un factor que desvíe a esta Superintendencia de la labor de verificar el cumplimiento de los requisitos para aprobar el Programa.

53. En tal sentido, se tomó en cuenta como factor para rechazar el Programa de GDN, entre otros aspectos, la falta de especificación de las medidas necesarias para hacerse cargo de los efectos negativos verificados sobre el patrimonio cultural, como una inobservancia al criterio de verificabilidad. El que éstas medidas puedan requerir eventualmente aprobación del CMN, no es en caso alguno un argumento suficiente para justificar lo anterior, pues los programas de cumplimiento otorgan un conjunto de mecanismos –indicadores de cumplimiento, medios de verificación, impedimentos y eventuales acciones alternativas–, que permiten establecer contenidos mínimos de estas medidas, sin perjuicio de los pronunciamientos posteriores que puedan emanar del CMN. Ello sin perjuicio, por lo demás, de la posibilidad de informar y realizar todo tipo de presentaciones al CMN, en forma previa y/o coetánea a la tramitación del Programa de Cumplimiento, cuestión que no se aprecia en el presente caso.

54. Como resulta evidente, las razones para rechazar ciertas acciones del Programa de Cumplimiento en este caso, no implican que esta Superintendencia exija acciones y metas que permitan volver inmediatamente al cumplimiento. La Res. Ex. N° 4 / Rol A-002-2018 no efectúa reproches a los plazos ofrecidos por GDN, ni justifica la decisión de rechazo en la presentación de acciones dilatorias. Por otra parte, no se evidencia lo señalado por la Empresa, sobre cómo “*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*” (p. 8). Revisando la resolución, no se encuentra una sola referencia que dé cuenta de este supuesto planteamiento, pues en todo caso se expuso concretamente sobre la insuficiencia de las acciones en relación a los criterios de aprobación.

55. Lo cierto es que, de acuerdo a la normativa que rige este instrumento, fue la Empresa la que tuvo oportunidad de presentar acciones y metas específicas en su Programa de Cumplimiento, siendo su responsabilidad diseñarlas para dar cumplimiento a los requisitos de aprobación. Al respecto, el I. Segundo Tribunal Ambiental ha señalado que “*lo que caracteriza a estos instrumentos [de incentivo al cumplimiento], es la colaboración entre las partes y que éstos establecen beneficios recíprocos para ellas. Con todo, cabe aclarar que dicha cooperación, particularmente en el caso del programa de cumplimiento, no se estructura sobre la base de una situación de igualdad entre el regulado y la SMA en la determinación del contenido y alcance del programa. Lo anterior, pues el programa de cumplimiento tiene como objetivo último la protección del medio ambiente, y su presentación y aprobación impone al administrado el cumplimiento de una serie de requisitos regulados en el artículo 42 de la LOSMA y –en cumplimiento a la remisión expresa del inciso 7º del citado precepto – en el D.S. N° 30 de 2012. Por consiguiente, le corresponde competencialmente a la SMA la facultad de decidir su aprobación, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3 letra r) de la LOSMA*”³ [lo destacado es nuestro].

56. Al momento de presentar su Programa de Cumplimiento, GDN se veía en la necesidad de diseñar acciones y metas que cumplieran con los criterios y requisitos de aprobación establecidos en la LO-SMA y el D.S. N° 30/2012. En su recurso de reposición, GDN intenta atribuir el rechazo a supuestos impedimentos establecidos *a priori* y a la naturaleza de las infracciones; no obstante, es claro que la resolución recurrida analiza exhaustivamente las acciones y metas presentadas y justifica, punto por punto, el rechazo del Programa de Cumplimiento con razones explicitadas claramente, siempre relacionadas al incumplimiento de los requisitos exigidos en el D.S. N° 30/2012.

³ Considerando Décimo, Sentencia de 30 de diciembre de 2016, causa rol R N° 75-2015, del I. Segundo Tribunal Ambiental.



iv. *Sobre la posibilidad de subsanar los reproches efectuados*

57. Luego, GDN señala que los reproches formulados al Programa de Cumplimiento pueden ser subsanados. En tal sentido, se señala que la Acción 18, relacionado al Cargo N° 10, sí permite asegurar el cumplimiento de la normativa infringida. Al respecto, debe señalarse que, tal como se indica en la Res. Ex. N° 4 / Rol A-002-2018, el PAS se dirige a la aprobación de una medida compensatoria a ejecutar en el sitio TCPA-10. En vista de ello, respecto al Cargo N° 10, no se proponen acciones orientadas al cumplimiento de la normativa que se estima infringida, sin que se hayan realizado observaciones sobre la idoneidad de la acción para hacerse cargo de los efectos negativos de la infracción.

58. Sobre el Cargo N° 12, se alega que la reiteración de acciones es una consecuencia de la formulación de cargos, pues tanto el Cargo N° 12 como el Cargo N° 15 se relacionan con los sitios arqueológicos EP-08 y EP-21. Al respecto, se debe reiterar que, como se expresa en el Considerando 21º de la resolución recurrida, el Programa de Cumplimiento justifica la ausencia de efectos negativos asociados a la infracción correspondiente al Cargo N° 12. En tales circunstancias, en el contexto del análisis de cumplimiento del criterio de integridad, se verifica que las únicas dos acciones asociadas a la infracción –acciones N° 21 y N° 22– se relacionan con la eliminación y/o contención y reducción de los efectos negativos del Cargo N° 15. Como ya se expresó en la Res. Ex. N° 4 / Rol A-002-2018 –y con independencia a una supuesta “confusión” generada por la coincidencia de los sitios arqueológicos–, ello redonda en una falta de acciones asociadas a este cargo.

59. Lo mismo puede afirmarse en relación al Cargo N° 13: las acciones destinadas a hacerse cargo de los efectos negativos del Cargo N° 16, por mucho que se relacionen indirectamente con el Cargo N° 13 (pues se repiten los sitios arqueológicos afectados en cada infracción), no son considerados en un análisis del criterio de integridad respecto a este último cargo. Ello no implica que no puedan reiterarse acciones en los programas de cumplimiento, al relacionarse indirectamente a dos o más infracciones; solo implica establecer que a estas acciones reiteradas se les evaluará en su mérito, siendo en este caso insuficientes para entender que el Programa de Cumplimiento cumple sus objetivos respecto al Cargo N° 13.

60. Finalmente, en lo que dice relación a la Acción 31 como acción ya ejecutada, GDN pone especial énfasis en la falta de lógica y la inadmisibilidad de una supuesta discriminación, por parte de esta Superintendencia, respecto a acciones ya ejecutadas. Nuevamente, se reitera que el análisis efectuado en la Res. Ex. N° 4 / A-002-2018 se basa en las circunstancias concretas del caso, no en supuestos criterios discriminatorios de esta Superintendencia; en particular –según indica el Considerando 25º–, el rechazo de la acción se basa en el hecho que la Acción 31 fue informada junto a la autodenuncia de GDN, no en que fuera una acción ya ejecutada.

61. El hecho de haberse informado la Acción 31 – *Ejecución de medidas de conservación, restauración y registro informadas en autodenuncia de 26 de enero de 2017* – en forma conjunta a la autodenuncia, implica que la conducta imputada incluyó las medidas en cuestión y que esta Superintendencia tuvo presente la ejecución de estas medidas en forma previa a la formulación de cargos. En otras palabras, el análisis previo que dio lugar a la imputación de infracciones a GDN consideró, entre otras variables, la ejecución de las medidas en cuestión. Incluirlas ahora en el Programa de Cumplimiento, como acciones que buscan asegurar el cumplimiento de la normativa que se estima infringida y eliminar, o reducir y contener, los efectos negativos de la infracción, escapa a toda lógica, por cuanto la infracción en sí misma –y por ende, el estado de incumplimiento que se debe subsanar mediante el Programa– se configura aún en vista de la ejecución de estas acciones, que se proponen luego como parte del plan de acciones y metas para volver al cumplimiento.



62. Por lo demás, este criterio se encuentra establecido con claridad en la Guía de esta SMA para la presentación de Programas de Cumplimiento por infracciones a instrumentos de carácter ambiental, de Julio de 2018, que en su Numeral 2.2.2.1

dispone lo siguiente respecto a las acciones ejecutadas: “*Estas acciones deben haber comenzado su ejecución de forma posterior a la constatación de los hechos constitutivos de infracción y haber finalizado de forma previa a la aprobación del PDC*”. Conforme a este criterio, la Acción 31 no podía presentarse como acción del Programa de Cumplimiento, pues su ejecución había concluido antes de la presentación de la autodenuncia de 26 de enero de 2017.

v. *Sobre el criterio de eficacia*

63. Continúa el recurso de GDN, planteando que la evaluación del criterio de eficacia debe considerar las circunstancias del caso, pues ya ha transcurrido inevitablemente el tiempo para cumplir las exigencias aplicables exclusivamente a la fase de construcción. Los programas de cumplimiento carecerían de sentido si no fuera posible cumplir una obligación que ya ha sido incumplida. Por lo mismo, no sería razonable cuestionar las acciones propuestas por el breve plazo restante para su ejecución.

64. Sobre estos argumentos, cabe destacar una contradicción: si la misma Empresa reconoce que, debido a circunstancias especiales del procedimiento, ha transcurrido inevitablemente la etapa de construcción, entonces no se justifica la presentación de acciones acotadas, precisamente, al breve plazo restante de dicha etapa. Las especiales circunstancias a las que apunta GDN, no pueden implicar que la SMA ignore los requisitos legales y reglamentarios para aprobar el Programa, pero sí pudieron haber sido consideradas por la Empresa al momento de elaborar su propuesta de acciones y metas.

65. Es posible detectar nuevamente un argumento recurrente de la presentación de GDN, que atribuye el rechazo del Programa de Cumplimiento a supuestos criterios generales que estarían implícitos en la decisión. Se reitera que el análisis efectuado en la Res. Ex. N° 4 / Rol A-002-2018 es concreto, enfocado exclusivamente en el cumplimiento de los criterios establecidos en el D.S. N° 30/2012 por parte de las acciones y metas del Programa. Sobra decir que esta SMA en caso alguno ha determinado que existan obligaciones respecto a las cuales ya no es posible ofrecer acciones y metas para volver al cumplimiento.

66. Lo que sí se ha afirmado, y que resulta plenamente ajustado a la razonabilidad, es que una acción destinada a cumplir las exigencias relacionadas al patrimonio cultural, durante el breve plazo restante de la etapa de construcción –habiéndose descartado, por lo demás, nuevos movimientos de tierra–, o a asegurar el cumplimiento durante las actividades de mantención, cuando la propia evaluación ambiental descarta la existencia de riesgos para el patrimonio cultural mientras se ejecutan dichas actividades, no cumple con el criterio de la eficacia. Simplemente, no se aprecia cómo dicha acción específica permite asegurar el cumplimiento de la normativa que se estima infringida.

67. Pasando a los argumentos específicos relacionados con el criterio de eficacia, en lo referido a la Acción 3, se debe señalar que lo indicado en la Res. Ex. N° 4 / Rol A-002-2018 es precisamente lo que reconoce la reposición, vale decir, que la acción propone reforzar el control de uso de agua industrial en el Proyecto CGT, debido al cese del uso de agua industrial en el Proyecto LTE. Nuevamente, el breve plazo restante para el término de la etapa de construcción del Proyecto CGT, así como la ausencia de nuevos movimientos de tierra, son factores que debieron ser considerados al ponderar la idoneidad de la acción propuesta.

68. Sobre la eficacia de la Acción 15, lo que se señala simplemente en la resolución recurrida, es que la acción no se encuentra justificada en el Programa de Cumplimiento, sin perjuicio de las razones que expone GDN en su recurso. Por otra parte, la acción ofrecida se encuentra prevista expresamente en el Numeral 7.4 de la Adenda N° 1 del Proyecto LTE, por lo que no se aprecia su eficacia para asegurar el cumplimiento de la normativa que se estima infringida.



69. Finalmente, en lo que respecta a la eficacia de las acciones 10 y 28, se estima en la resolución recurrida que la simple compilación de los informes que deben ser ingresados igualmente a esta SMA, cumpliendo asimismo con los requisitos del Res. Ex. N° 223/2015, no es idónea para asegurar el cumplimiento de la normativa que se estima infringida ni para eliminar, o contener y reducir, los efectos negativos asociados a las infracciones respectivas. Lo señalado en el recurso no altera esta conclusión.

70. Según GDN, no es efectivo que las acciones propuestas incumplan el criterio de eficacia, sin perjuicio que algunas requerirían ciertos ajustes para satisfacerlo. No obstante, conforme a lo que se ha venido desarrollando a lo largo de este recurso, ello simplemente no es efectivo, pues cuando el análisis de las acciones en concreto ha llevado a su rechazo, éste se funda en los elementos esenciales de las mismas, no en sus elementos accesorios. Al respecto, bastaría señalar que GDN no logra identificar, en su recurso, estos ajustes supuestamente menores que permitirían aprobar el Programa de Cumplimiento.

71. Como ya se ha indicado, el rechazo de las acciones no obedece a un criterio de aprobación que se relacione a la necesidad de ejecutar exactamente la misma exigencia que se reputa infringida, sino que se sustenta caso a caso en las falencias notorias de las acciones propuestas, lo que no lleva a rechazar en principio que otras acciones pueden haber cumplido con los criterios de aprobación. Es la cantidad de acciones que no satisfacen estos criterios, así como otros impedimentos que se analizan en la resolución recurrido, lo que lleva al rechazo del Programa de Cumplimiento.

vi. *Sobre el criterio de verificabilidad*

72. En relación a este aspecto y la verificabilidad de las acciones 7 y 8, relacionadas al Cargo N° 6, cabe señalar que la verificabilidad es un elemento sumamente relevante en el contexto de un Programa de Cumplimiento, por lo que no puede esperarse que la Superintendencia acepte acciones que no incluyan mecanismos para acreditar su cumplimiento. Por otra parte, cuando se trata de efectos negativos, el I. Segundo Tribunal Ambiental ha establecido que si el Programa de Cumplimiento indica que los mismos no concurren, “deberá señalar las razones de su ausencia con un nivel de detalle que dependerá de las características del caso en concreto, lo que debe ser determinado por la SMA”⁴.

73. En tal sentido, si el Programa de Cumplimiento plantea que mediante su Acción 7 se ha recuperado el 100% del contexto cultural, lo relevante no es si esta Superintendencia comparte o no esta conclusión; lo relevante es la verificabilidad de la Acción 7, como justificación suficiente para excluir acciones y metas adicionales que se encaminen a eliminar los efectos negativos. Al existir en el presente caso una afectación a elementos del patrimonio cultural, la posibilidad de acceso a los sitios afectados representa un factor relevante para verificar la ausencia de efectos negativos derivados de la infracción.



74. Resulta innegable, en tales circunstancias, que la imposibilidad de acceder físicamente al sitio CP-2 en el presente, al haberse construido sobre él la planta binaria del Proyecto CGT, repercute negativamente en la verificabilidad de la acción ejecutada propuesta. En tal sentido, existiría una falta de mecanismos para acreditar lo sostenido como conclusión de la Acción 7, por ejemplo en caso que el CMN realizara requerimientos adicionales, por ejemplo, respecto a la caracterización del sitio o al levantamiento topográfico, a objeto de complementar el informe de efectos preparado por GDN.

75. En lo relacionado a las acciones de conservación, restauración y registros, propuestas para los cargos N° 9, N° 12, N° 13, N° 15 y N° 16, así como la

⁴ Considerando Vigésimo Séptimo, Sentencia de 24 de febrero de 2017, causa rol R N° 104-2016, del Ilustre Segundo Tribunal Ambiental.

medida de compensación general para el Cargo N° 11, cabe señalar que el recurso de reposición reconoce la falta de desarrollo de las medidas y su consecuente ausencia de medios de verificación.

vii. *Sobre la elusión de responsabilidad en relación al Cargo N° 11*

76. En relación al Cargo N° 11 y la elusión de responsabilidad planteada respecto al sitio Pampa Apacheta 3, si bien es efectivo que el Programa de Cumplimiento propone acciones y metas relacionadas al sitio, es errado sostener que las precisiones del informe de efectos busquen una mejor comprensión de las acciones propuestas. El informe de efectos, por el contrario, plantea derechamente que no se verifican efectos negativos respecto al sitio.

77. En vista de ello, la cita a la sentencia de la causa rol R-75-2015, del I. Segundo Tribunal Ambiental, no se encuentra descontextualizada, al exponer el criterio jurisprudencial que rige respecto a la integridad de los programas de cumplimiento, debiendo el administrado incorporar a su Programa todos los hechos infraccionales que forman parte de la formulación de cargos. Si bien se ha incorporado el hecho infraccional del Cargo N° 11 y se han ofrecido acciones relacionadas este hecho, esta incorporación se utiliza para realizar defensas y negar la responsabilidad de la Empresa respecto a la afectación del sitio Pampa Apacheta 3.

viii. *Sobre el aprovechamiento de la infracción en relación al Cargo N° 13*

78. Con posterioridad, GDN analiza lo determinado en el Considerando 69º del Programa de Cumplimiento, negando que exista un aprovechamiento de la infracción, pues se ha prestado plena colaboración en el procedimiento y el Programa de Cumplimiento no presenta plazos manifiestamente dilatorios.

79. Respecto a los plazos manifiestamente dilatorios, corresponde aclarar que la Res. Ex. N° 4 / A-002-2018 no plantea en caso alguno que se materialice este impedimento. Conforme al artículo 9º, inciso 2º del D.S. N° 30/2012, “[e]n ningún caso se aprobarán programas de cumplimiento por medio de los cuales el infractor intente eludir su responsabilidad, aprovecharse de su infracción, o bien, que sean manifiestamente dilatorios”. Conforme a este artículo, la resolución recurrida reprocha del Programa de Cumplimiento la elusión de responsabilidad a propósito del Cargo N° 11, así como el aprovechamiento de la infracción respecto al Cargo N° 13; no se ha determinado que el instrumento sea manifiestamente dilatorio.

80. Ahora bien, también debe aclararse que esta Superintendencia no se ha pronunciado sobre la colaboración de GDN en este procedimiento. No obstante, si bien la formulación de cargos no reprocha una falta de colaboración de la Empresa, sí realiza un análisis respecto a la dilación del cumplimiento de obligaciones conforme a la Tabla N° 7, lo que es abordado en los considerandos 124º y siguientes de la Res. Ex. N° 1 / Rol A-002-2018, llevando a clasificar como grave la infracción en el Resuelvo II de la misma resolución. Respecto a estas obligaciones, destaca en particular el requisito de inmediatez para el aviso a las autoridades, aspecto que es de la esencia cuando se trata de medidas de prevención respecto al patrimonio cultural.

81. Sobre los elementos indicados de esta infracción, según se indica en el Considerando 69º de la Res. Ex. N° 4 / Rol A-002-2018, el Programa de Cumplimiento no reconoce efectos negativos ni propone acción o meta alguna. Ello deriva en la conclusión expuesta claramente en el Considerando 71º de la misma resolución: que la aprobación del Programa de Cumplimiento en tales circunstancias deriva inevitablemente en un aprovechamiento de la infracción por parte de GDN, pues se estaría obviando un elemento central de la imputación.

ix. *Sobre el elemento fáctico que ha incidido en los reproches al Programa de Cumplimiento*



82. Luego, la Empresa expone sobre su disposición plena para recoger y subsanar las deficiencias identificadas por la SMA, indicando que no se puede desconocer el elemento fáctico que ha incidido en los reproches al Programa de Cumplimiento. Este elemento dice relación con la fase de ejecución de los proyectos y la complejidad de los objetos de protección involucrados en el procedimiento sancionatorio.

83. Al respecto, cabe señalar que no existe un desconocimiento sobre la complejidad de las infracciones imputadas y las eventuales dificultades que se puedan enfrentar para formular acciones y metas en el Programa de Cumplimiento. Tampoco se desconoce que la fase de ejecución de los proyectos pueda haber llevado a que se rechazaran numerosas acciones. No obstante, como se ha señalado, estos factores no pueden llevar a que esta Superintendencia deje de cumplir su rol de analizar imparcial y objetivamente el cumplimiento de los criterios y requisitos de aprobación de los Programas de Cumplimiento.

84. Conforme a lo anterior, se han analizado las acciones y metas propuestas y se han expuesto detalladamente las razones para estimar incumplidos los requisitos de aprobación del Programa de Cumplimiento. Luego, se ha considerado el conjunto de observaciones respecto al instrumento presentado por GDN, para llegar a la conclusión que éste no cumple con un estándar de seriedad mínima –en vista de un incumplimiento reiterado de los criterios de aprobación– y que presenta dos impedimentos adicionales para su aprobación.

x. *Sobre la idoneidad del Programa de Cumplimiento para velar eficazmente por el interés público involucrado*

85. Finalmente, GDN argumenta que el Programa de Cumplimiento es el instrumento que permite velar eficazmente por el interés público involucrado en las infracciones imputadas. Ello, considerando que por vía de su aprobación, se daría solución rápida a las infracciones imputadas y a sus efectos, en contraste con la consecución del procedimiento sancionatorio, que podría restar eficacia a los derechos e intereses públicos en juego.

86. Sobre este último argumento, debe señalarse que el análisis de esta Superintendencia llevó a concluir, precisamente, que el Programa de Cumplimiento presentado por GDN no es el instrumento idóneo para velar eficazmente por el interés público que se ha visto afectado. La falta de cumplimiento satisfactorio de los criterios de aprobación y los impedimentos detectados dan cuenta de ello: las acciones y metas propuestas no presentan medios eficaces para cumplir la normativa que se estima infringida, ni otorgan mecanismos para acreditar el cumplimiento, ni se hacen cargo de todos los hechos infraccionales imputados.

87. Además, como se ha señalado en la resolución recurrida, la oportunidad de presentar un conjunto de acciones y metas que forman un Programa de Cumplimiento sustancialmente distinto y virtualmente nuevo, supondría una oportunidad para burlar los plazos legales de presentación del instrumento. La posibilidad de subsanar eventualmente las infracciones imputadas, no puede modificar el mecanismo reglamentario para aprobar o rechazar un Programa de Cumplimiento.



88. Como última observación respecto al factor temporal, corresponde reiterar la referencia de la resolución recurrida al artículo 9º de la LBPA, conforme al cual “*la administración debe responder a la máxima economía de medios con eficacia, evitando trámites dilatorios*”. Esta Superintendencia estima que el rechazo del Programa de Cumplimiento, habida cuenta de las numerosas deficiencias que se exponen en la Res. Ex. N° 4 / Rol A-002-2018, es expresión de la vía más eficaz que prevé el ordenamiento jurídico para robustecer los derechos e intereses públicos que se encuentran en juego en el presente procedimiento.

RESUELVO:

I. **RECHAZAR** en todas sus partes, el recurso de reposición presentado con fecha 18 de diciembre de 2018 por Geotérmica del Norte S.A., por los fundamentos expresados en la parte expositiva de la presente resolución.

II. **ELEVAR** todos los antecedentes de la presente resolución al Superintendente del Medio Ambiente, para que resuelva el recurso jerárquico interpuesto, en subsidio, por Geotérmica del Norte S.A.

III. **NOTIFICAR POR CARTA CERTIFICADA**, o por otro de los medios que establece el artículo 46 de la Ley N° 19.880, a Guido Cappetti, en representación de Geotérmica del Norte S.A., domiciliado en Avenida Santa Rosa N° 76, Piso 7°, comuna de Santiago; a Ulises Cárdenas Hidalgo, domiciliado en calle Lascas N° 368, ciudad y comuna de San Pedro de Atacama, Región de Antofagasta; a Santos Urrelo Bello, domiciliado en calle Manuel Rodríguez s/n, ciudad y comuna de Calama, Región de Antofagasta; y a Héctor Meruvia Quispe, domiciliado en calle Hurtado de Mendoza N° 3125, ciudad y comuna de Calama, Región de Antofagasta.




Distribución:

- Guido Cappetti, en representación de Geotérmica del Norte S.A., domiciliado en Av. Santa Rosa N° 76, Piso 7°, comuna de Santiago.
- Ulises Cárdenas Hidalgo, domiciliado en calle Lascas N° 368, ciudad y comuna de San Pedro de Atacama, Región de Antofagasta.
- Santos Urrelo Bello, domiciliado en calle Manuel Rodríguez s/n, ciudad y comuna de Calama, Región de Antofagasta.
- Héctor Meruvia Quispe, domiciliado en calle Hurtado de Mendoza N° 3125, ciudad y comuna de Calama, Región de Antofagasta.

C.C.:

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

INUTILIZADO

