



Mat.: Téngase Presente.

Ant.: Res. Ex. N° 1/ROL F-009-2018, de 23 de abril de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente.

Ref.: Expediente Sancionatorio Rol N° F-009-2018.

Santiago, 24 de septiembre de 2019

Sra. Andrea Reyes Blanco

Fiscal instructora, División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente
Teatinos N° 280 piso 8, Santiago
Presente

Artemio Aguilar Martínez, en representación de Sociedad de Exploración y Desarrollo Minero (EXPLODESA), ambos domiciliados para estos efectos en calle Badajoz N° 45, Piso 8, Las Condes, Región Metropolitana de Santiago, en procedimiento sancionatorio Rol N° F-009-2018, vengo en hacer presente las consideraciones que pasan a exponerse y que dicen relación con la imputación de "daño ambiental no susceptible de reparación" asociada al hecho infraccional N° 9 de la resolución del ANT.

1. Antecedentes.

Sociedad de Exploración y Desarrollo Minero, es titular del proyecto "Mina Cardenilla", calificado ambientalmente favorable mediante Resolución Exenta N° 242, de 18 de marzo de 2008 ("RCA N° 242/2008"), objeto de la formulación de cargos contenida en la resolución del ANT., en procedimiento sancionatorio Rol F-009-2018, el que actualmente sólo considera la imputación de un hecho infraccional, bajo los siguientes términos: "9.- *La ejecución de las siguientes obras y acciones tendientes a intervenir o complementar un proyecto o actividad que constituyen cambios de consideración sin someterlo al sistema de evaluación de impacto ambiental [...]*".

Que, en este contexto, y luego de la aprobación del Programa de Cumplimiento (actualmente tramitado en procedimiento Rol P-001-2019), esta Superintendencia desagregó el referido procedimiento, respecto del cual mi representada ha presentado sus descargos con fecha 22 de febrero de 2019.

Luego, con fecha 22 de julio de 2019, mediante Res. Ex. N° 17/Rol F-009-2018, se ordena una inspección personal al proyecto, mientras que por Res. Ex. N° 19/Rol F-009-2018 se requiere de una serie de antecedentes a EXPLODESA referidos a la ponderación de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA.

Así, y en paralelo a las alegaciones vertidas en este procedimiento para descartar la ocurrencia de daño ambiental y, en su caso, desvirtuar que dicho daño sea irreparable, por este acto se pasan a exponer una serie de antecedentes vinculados precisamente a la ponderación de las circunstancias establecidas en el art. 40 LOSMA, de modo que -en su caso- vuestra Superintendencia aplique la mínima sanción que en derecho corresponda.

2. Falta de concurrencia de factores de incremento y concurrencia de factores de disminución del art. 40 LO-SMA.

De acuerdo al art. 40, LOSMA, para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerarán las siguientes circunstancias:

- a. La importancia del daño causado o del peligro ocasionado.*
- b. El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción.*
- c. El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.*
- d. La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.*
- e. La conducta anterior del infractor.*
- f. La capacidad económica del infractor.*
- g. El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3º.*
- h. El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado.*
- i. Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción.*

2.1 Falta de concurrencia de circunstancias que aumentan el componente disuasivo de la sanción y beneficio económico.

a. La importancia del daño o del peligro ocasionado (art. 40 letra a, LO-SMA), en relación con art. 40 letra h, LO-SMA).

En lo que respecta a “la importancia del daño causado o del peligro ocasionado”, referido a la intensidad y persistencia del daño y de la reversibilidad, se hace presente que el ecosistema forestal del sitio prioritario para la conservación de la biodiversidad “Cordillera El Melón” habría sido alterado, en términos de superficie de bosque nativo y formaciones xerofíticas, sólo en un 0,042%.

En el contexto de la microcuenca donde se emplaza el proyecto, en términos de superficie, se habría perturbado el 7,42% de los bosques existentes en la microcuenca y el 8,06% de las formaciones xerofíticas existentes en la misma. Por otro lado, la disminución de la superficie de hábitat de la especie *Porlieria chilensis* a nivel del sitio prioritario Cordillera el Melón es de 0,067%, lo que, en ningún caso, compromete la sobrevivencia de la especie en dicho sitio prioritario. A su vez, la pérdida de hábitat para las diferentes especies presentes, siguiendo las cifras informadas por la SMA, alcanzaría un total de 26,61 ha. Sin embargo, la pérdida de hábitat de la especie *Porlieria chilensis* alcanzaría a 7,08 ha, lo que equivale a un 3,98% de la superficie de la microcuenca.

Así, y más allá de las alegaciones acerca de la inexistencia de daño ambiental, ni de que éste fuese irreparable, lo cierto es que las superficies involucradas en el presente procedimiento no dan cuenta de un daño o peligro de consideración, al menos desde el punto de vista cuantitativo.

Desde el punto de vista cualitativo, además, no existen antecedentes en el proceso de evaluación que acrediten que la afectación imputada corresponde a un daño ambiental irreparable. Por otra parte, no es posible asegurar que por el solo hecho de afectar las superficies de vegetación antes referida se haya quebrado el equilibrio biológico del sitio ni de sus servicios ecosistémicos.

De este modo, aun cuando se reconoce la existencia de esta circunstancia, los efectos ocasionados derivados de la infracción no tienen la importancia tal de ser constitutivos de daños irreparables como pretende calificarlos la SMA.

En tanto, respecto del “número de personas cuya salud pudo afectarse” se hace presente que el titular no ha generado riesgo o peligro alguno vinculado con el componente humano. Esta circunstancia introduce un criterio numérico de ponderación que recae exclusivamente sobre la cantidad de personas que podrían haber sido afectadas en base al riesgo que se haya determinado en función de la letra a) del art. 40 LO-SMA, por lo que se informa que la misma no puede ni debe incluirse dentro de la ponderación de la sanción específica al caso concreto al no haberse detectado ni imputado riesgo para persona alguna vinculada al proyecto.

Por lo demás, la calificación de gravedad asociada al hecho infraccional no recoge ni lo dispuesto en el art. 36 N° 1 letra b) ni el art. 36 N° 2 letra b) de la LO-SMA, habiéndose descartado en el presente procedimiento que el hecho descrito haya provocado una afectación cierta o real a la salud de las personas, por lo que no corresponde aplicar la circunstancias asociada al art. 40 letra b), LO-SMA.

b. El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción (art. 40 letra c, LO-SMA).

La letra c) del artículo 40 de la LO-SMA se refiere al “beneficio económico obtenido con motivo de la infracción”, y tiene como supuesto que el posible infractor haya obtenido ganancias derivadas de las infracciones imputadas. En el presente caso, de la ejecución de la conducta que se imputa no se derivaron ganancias ni ahorros para EXPLODESA.

En este sentido, según se establece en las Bases Metodológicas, para la determinación del beneficio económico es necesario configurar en un principio el escenario de incumplimiento, el cual corresponde al escenario real con infracción, y contrastarlo con un escenario de cumplimiento, el que se configura en base a una situación hipotética en que la empresa cumplió oportunamente cada una de sus obligaciones. Al respecto, debe considerar que para el cargo objeto del presente procedimiento (elusión al SEIA) existen dos hipótesis por

las cuales EXPLODESA podría haber obtenido un beneficio económico. La primera consiste en el beneficio económico calculado sobre la base del costo retrasado asociado al sometimiento del proyecto al SEIA y la consecuente obtención de una Resolución de Calificación Ambiental favorable, previo a la constatación del inicio de faenas, correspondiente éste a un costo no recurrente. La segunda hipótesis consistiría en ganancias ilícitas por la venta de mineral extraído en el escenario de incumplimiento.

Pues bien, en relación con la primera hipótesis, debe tenerse presente que EXPLODESA ha entregado los primeros antecedentes económicos vinculados a la tramitación de un EIA que, en razón del cargo formulado, tendrá como objetivo el cierre del proyecto "Mina Cardenilla". Por lo mismo, deben ponderarse en este aspecto, tanto los costos asociados a la tramitación del referido EIA, como todas las medidas de seguimiento asociadas a un proyecto como el descrito pues, mediante ellas, se seguirá la ejecución permanente de acciones de rectificación asociadas al incumplimiento imputado.

Luego, es dicho componente económico el que debiese contratarse con los datos entregados respecto a la extracción y venta de mineral entregados por el titular en el escenario de incumplimiento, considerando no sólo que EXPLODESA efectuará medidas de cierre y seguimiento durante un período en el que no extraerá más material, sino que además, ejecutará la medida de rectificación más importante y directa para dar término al hecho infraccional imputado: someter el proyecto al SEIA y, en esta consecuencia, definir su cierre.

c. Intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma (art. 40 letra d, LO-SMA).

En cuanto a la "intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación" en el hecho, acción u omisión, establecida en la letra d) del artículo 40 de la LO-SMA, se requiere que concurra a lo menos una intención deliberada en la comisión de la infracción, así como la antijuricidad asociada a la contravención.

Pues bien, no existe antecedente alguno que permita verificar que mi representada ha tenido una comisión dolosa de actuar en contravención a sus obligaciones jurídicas asociadas a las exigencias que se reputan infringidas en el presente cargo, ni menos de haber provocado los efectos negativos derivados del mismo.

2.2. Concurrencia de circunstancias que disminuyen el componente disuasivo de la sanción.

Se hace presente que, en el caso, concurren las siguientes circunstancias que disminuyen el componente disuasivo de la sanción.

a. Conducta anterior positiva (art. 40 letra e, LO-SMA).

En primer lugar, concurre la circunstancia asociada a la “conducta anterior positiva asociada al cumplimiento”, toda vez que mi representada no ha sido objeto de procedimientos sancionatorios anteriores ante esta Superintendencia vinculados al proyecto “Mina Cardenilla”, respecto de ningún hecho similar a alguno de los cargos formulados en el presente procedimiento administrativo sancionador, razón por la cual se solicita valorar positivamente su “irreprochable conducta anterior”.

b. Cooperación eficaz (art. 40 letra i, LO-SMA).

El concepto de cooperación eficaz, conforme a las Bases Metodológicas, atiende a las siguientes circunstancias: i) si el infractor se allana al hecho constitutivo de la infracción y su calificación; ii) responde de manera oportuna, íntegra y útil, en los términos solicitados por la Superintendencia y/o iii) colabora en las diligencias ordenadas por la misma SMA. En consecuencia, la circunstancia se refiere a la cooperación que realice la empresa durante el procedimiento administrativo sancionatorio, y adicionalmente, que esta cooperación sea eficaz, relacionándose, entre otras cosas, con la utilidad real de la información o antecedentes que han podido ser aportados en diferentes momentos.

Así, es imprescindible que se considere la “cooperación eficaz” de mi representada, en general, con el sistema de control ambiental de la Superintendencia, cuyos requerimientos de información han obtenido respuesta en tiempo y forma. Por lo demás, la propia inspección que da origen al Informe de Fiscalización DFZ-2017-177-V-RCA-IA ha sido realizada con plena cooperación de mi representada, la que además ha cargado toda la información exigida al Sistema de Seguimiento Ambiental de la misma Superintendencia.

Finalmente, los antecedentes solicitados durante la tramitación del procedimiento han sido entregados también en tiempo y forma, habiéndose además ejecutado la inspección personal de fecha 31 de julio de 2019 con plena cooperación del titular. En tanto, la propia información comercial solicitada por vuestra autoridad ha sido entregada con pleno detalle, dentro del plazo otorgado para estos efectos, otorgando con ello todos los antecedentes indispensables para dar contenido al cálculo de las sanciones que puedan ser atribuibles a mi representada.

c. Vulneración al sistema jurídico de protección ambiental (art. 40 letra i, LO-SMA).

La consideración de la vulneración al sistema jurídico de protección se fundamenta en que la protección material al medio ambiente y la salud de las personas se encuentra basada en una serie de mecanismos administrativos formales, tales como, permisos de autoridad, evaluaciones preventivas, reportes y obligaciones de entrega de información, entre otros. Todos estos mecanismos son el complemento necesario e indispensable de las normas ambientales sustantivas y sin las cuales la protección ambiental se volvería ilusoria, por carecer de herramientas concretas para llevar a la práctica su control. En atención a que estos mecanismos son necesarios para el funcionamiento del sistema de protección

ambiental, su infracción obstaculiza el cumplimiento de sus fines y merma la confianza en su vigencia.

De esta manera, en el caso de las elusiones al SEIA, esta Superintendencia ha indicado que ella viene a mermar una de las instancias jurídicas de protección ambiental más importantes, el SEIA, el cual es respecto de la actividad económica de los ciudadanos donde ejerce su más poderosa influencia, precisamente porque viene a regular, asegurar y a la vez limitar la libertad en materia económica, afectándose de paso a la normativa vigente¹.

En efecto, el SEIA asegura que cierto tipo de proyectos solo puedan ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, conforme regula la Ley N° 19.300. Esto permite que la administración y la propia población pueden contar con información previa sobre los posibles efectos del proyecto sobre el medio ambiente. En dicho contexto, mediante una evaluación ambiental, el titular necesariamente debió entregar -al menos- la siguiente información: i) una descripción del proyecto o actividad; ii) los antecedentes necesarios que justifiquen la inexistencia de los efectos, características y circunstancias del art. 11 de la Ley N° 19.300; iii) la indicación de la normativa ambiental aplicable al proyecto, y la forma en que esta se cumplirá; iv) la indicación de los permisos ambientales sectoriales aplicables y los requisitos y exigencias para el respectivo pronunciamiento.

Con ello, al ejecutar un proyecto sin haber obtenido una Resolución de Calificación Ambiental trae consigo, como consecuencia principal, perder la instancia determinada por el ordenamiento jurídico para hacer cumplir los requisitos legales y reglamentarios para la evaluación de proyectos. Así, la elusión y la ejecución de un proyecto sin RCA es una infracción que atentaría contra uno de los principios centrales que informan la Ley N° 19.300, como lo es el principio preventivo, pues al no aportar la información requerida se desconocerían completamente los alcances del proyecto y se imposibilita la adopción de medidas previas para contener los posibles impactos. Es por esta razón, que esta Superintendencia ha considerado que la infracción de elusión generaría siempre una importante vulneración al sistema de control ambiental.

En este sentido, se hace presente que, como se indicó, el principal aspecto recogido por la Superintendencia del Medio Ambiente para establecer que la elusión al SEIA vulneraría el sistema de control ambiental está dado por la falta o nula información asociada a un proyecto que, por lo mismo, carece de evaluación ambiental. Sin embargo, dicho componente no puede ni debe ser atribuido al caso de marras desde que EXPLODESA ha evaluado ambientalmente el proyecto, con anterioridad a la imputación de elusión. Así, si bien se ha continuado con su ejecución, a pesar de no haberse obtenido una nueva RCA, el hecho de haber evaluado la etapa previa al período de elusión ha dado lugar a un cúmulo de antecedentes que, incluso, han servido de base para la imputación del propio Cargo N° 9 de la Res. Ex. N° 1/Rol F-009-2018.

¹ Cons. 149 y siguientes, Dictamen Procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-024-2017.

En consecuencia, tanto esta Superintendencia, como todos los órganos de la Administración del Estado que han participado en su desarrollo (CONAF, SAG) han tenido a la vista la línea de base asociada al proyecto calificado ambientalmente favorable mediante RCA N° 242/2008, pudiendo con ello precisar todos y cada uno de los efectos negativos que presumiblemente se han derivado del hecho infraccional imputado. Así, esta Superintendencia ha contado con antecedentes acerca de todo el ecosistema que rodea y ha rodeado el área de influencia del proyecto, datos de calidad y cantidad de agua asociada al mismo, presencia de especies de vegetación y fauna en la misma, cantidad total de mineral extraído por el titular y, en general, todo antecedente previo y necesario para determinar el alcance de aquello que se imputó.

Es más, en razón del avance de las acciones asociadas al Programa de Cumplimiento del procedimiento Rol N° P-001-2019, se han entregado antecedentes actualizados de línea de base asociados precisamente al estado actual del área de influencia del proyecto, pudiendo con ello precisar aún más los impactos generados por el hecho infraccional imputado, constituyendo aquello un antecedente oportuno y eficaz para que esta Superintendencia logre una precisión total acerca de la extensión y magnitud de la imputación que subyace al Cargo N° 9 en comento.

En consecuencia, se solicita formalmente a esta Superintendencia estimar que no concurre en el caso de marras una vulneración al sistema de protección ambiental o, al menos, que dicha concurrencia se califique como baja, en razón de los antecedentes antes descritos.

2.3. Adopción de medidas correctivas destinadas a hacerse cargo de las infracciones imputadas y sus eventuales efectos.

a. Conducta posterior positiva y adopción de medidas correctivas (art. 40 letra i, LO-SMA).

Finalmente, resulta importante que vuestra Superintendencia tenga en consideración, que con posterioridad a la ocurrencia de los hechos objeto de la formulación de cargos EXPLODESA ha adoptado medidas tendientes a evitar y/o prevenir futuras desviaciones, o bien tendiente a impedir, controlar, o eliminar eventuales efectos negativos provenientes de las mismas.

En efecto, el titular se encuentra actualmente elaborando un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), el que no sólo cumplirá lo dispuesto en la Acción N° 25 del Programa de Cumplimiento (PdC), aprobado mediante Res. Ex. N° 12/Rol F-009-2018, de 12 de febrero de 2019, sino que además establecerá el cierre de Mina Cardenilla, dando con ello término formal a la única causa que ha originado la imputación de elusión al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) y el daño ambiental descrito a propósito del hecho infraccional N° 9 de la resolución del ANT.

En este sentido, se hace presente que cesar la causa que origina el hecho infraccional ha sido considerada como la primera y más efectiva medida correctiva al momento de ponderar hipótesis de daño ambiental. De esta manera, el Cons. 142 del Fallo Rol D-30-2017, del Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, indicó que *“sin perjuicio de lo anterior, cuando el daño ambiental se ocasiona repetidamente, y resulta altamente probable que se va a volver a producir, el Derecho Ambiental no puede reaccionar de la misma forma a como si se tratara de un daño permanente en el tiempo y que requiere de intervención del hombre para su reparación. En el presente caso, lo aconsejable es suprimir, eliminar o intervenir las causas que lo originan para que no siga produciéndose. Así entonces, el Tribunal estima que la corrección de los daños ambientales debe lograrse mediante la articulación de las técnicas y herramientas que mejor se adecúen a la realidad a la que se aplica, atendiendo no sólo a los daños efectivamente producidos sino además a los que existe una alta probabilidad de producirse de mantenerse las circunstancias fácticas. La intervención, por lo tanto, no sólo debe realizarse en el resultado sino también en las fuentes o causas que lo producen. Se trata, en síntesis, de generar las condiciones para que el propio medio ambiente logre su restauración”*.

Por tanto, solicito a Ud. tener presente las consideraciones antes indicadas y, en base a ellas, aplicar la mínima sanción que en derecho corresponde a EXPLODESA en razón del hecho infraccional objeto de este procedimiento sancionatorio.

Sin otro particular, se despide atentamente,



Artemio Aguilar Martínez
pp. Sociedad de Exploración y Desarrollo Minero (EXPLODESA)