

20 DIC 2019

OFICINA DE PARTES
RECIBIDO

- MAT.** : 1. Interpone recurso de reposición.
2. Acompaña documentos que indica.
3. Solicita reserva de información que indica.
- REF.** : 1. Res. Ex. N° 1.786 de 12 de diciembre de 2019, que resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio Rol F-009-2018.
2. Expediente sancionatorio Rol F-009-2018.
- ADJ.** : CD (soporte digital de documentos acompañados).

Santiago, 20 de diciembre de 2019.

Sr. Cristóbal de la Maza Guzmán
Superintendente
Superintendencia del Medio Ambiente
Teatinos N° 280, Piso 8, Santiago.
PRESENTE

CECILIA URBINA BENAVIDES, en representación de **SOCIEDAD DE EXPLOTACIÓN Y DESARROLLO MINERO** (en adelante, "EXPLODESA"), en relación con lo resuelto en la Resolución Exenta N° 1786, de fecha 12 de diciembre de 2019 de vuestra Superintendencia (la "Resolución Sancionatoria") dictada en procedimiento de sanción Rol F-009-2018, vengo en interponer fundado recurso de reposición en contra de la Resolución Sancionatoria, en virtud de lo dispuesto en el artículo 55 del artículo segundo de la Ley N° 20.417, Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente ("LO-SMA"), y en los artículos 15 y 59 de 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 ("LBPA").

Cómo se analizará a continuación, la Resolución Sancionatoria es contraria a derecho, y ocasiona manifiesto perjuicio a EXPLODESA, por lo que solicito a usted se sirva a acoger el presente recurso, dejándola sin efecto y enmendándola conforme a derecho, rebajando la sanción pecuniaria aplicada o, en su defecto, sustituirla por la clausura temporal de la faena minera Cardenilla, todo lo anterior, conforme a los argumentos y antecedentes que se detallan en el presente escrito.

I.-
ANTECEDENTES GENERALES

1. EL PROYECTO MINA CARDENILLA, EL DESARROLLO DE LA MEDIANA MINERÍA EN LA REGIÓN Y SU SITUACIÓN ACTUAL

1.1. Antecedentes de la actividad minera que desarrolla EXPLODESA

EXPLODESA, como titular del proyecto "Mina Cardenilla", obtuvo la calificación ambiental favorable mediante Resolución Exenta N° 242, de 18 de marzo de 2008 ("RCA N° 242/2008"), de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Valparaíso, autorizándose el reinicio de la explotación a cielo abierto de un yacimiento masivo de cobre, con una ley media de 2% de Cobre total y una ley media de 1,43% de Cobre soluble, contenido en la mina denominada formalmente "La Patagua".

El proyecto se ejecutó en la Región de Valparaíso, Provincia de San Felipe, Comuna de Catemu. Específicamente, en el cerro La Carpa, que se ubica al interior de la propiedad minera que el Titular posee, a 10,3 kilómetros al Norte de la localidad de Catemu, y que, a su vez, se emplaza en el Lote B, de la Hacienda Los Cerrillos, con cuyo propietario el Titular ha suscrito una servidumbre minera de ocupación.

Se hace presente que el proyecto Mina Cardenilla, aprobado por la citada Comisión Regional del Medio Ambiente, se emplazó en un área anteriormente intervenida por faenas mineras extractivas y de beneficio de mineral, cuyo título habilitante para hacerse dueño de los minerales contenidos en el subsuelo fueron constituidos a fines del Siglo XIX, y que se han mantenido vigentes hasta estos días. Al respecto, la referida faena ha sido explotada desde comienzos de la década de los 90' por pequeños mineros, mientras que, una vez obtenida la resolución de calificación ambiental (año 2009), EXPLODESA comenzó a explotarla.

Finalmente, desde el mes de diciembre de 2018, el proyecto cesó sus operaciones, elaborándose en la actualidad 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, y cuyo costo estimado corresponde a \$1.015.648.000 de pesos chilenos, sino que además evaluará ambientalmente 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 formulación de cargos.

1.2. La realidad ambiental del Proyecto

Tal como ya se ha comentado, EXPLODESA - durante toda la etapa de fiscalización y de instrucción del presente procedimiento - ha mantenido una constante cooperación para que los hechos y efectos derivados de las infracciones imputadas (a las cuales, en general, se ha allanado) sean esclarecidas. Así también, ha dado respuesta oportuna a todos y cada uno de los requerimientos de información emitidos por vuestra autoridad, entregando antecedentes esenciales no sólo para la determinación de la infracción, sino que también para el establecimiento de la sanción que, en derecho, corresponda.

En tanto, EXPLODESA ha procurado mantener una conducta colaborativa utilizando los incentivos al cumplimiento que la propia LO-SMA ha regulado. En este sentido, y habiéndose desagregado el procedimiento, el titular se encuentra volviendo al estado de cumplimiento respecto de todos los demás cargos formulados, aprobándose un PdC que se ha hecho cargo de todas las demás infracciones imputadas a mi representada, y que actualmente se ejecuta y reporta dentro del procedimiento Rol N° P-001-2019.

Incluso, EXPLODESA ha desechado la opción de continuar con la operación del proyecto "Mina Cardenilla", a pesar de que ello fue considerado como acción eficaz para volver al estado de cumplimiento de acuerdo a lo dispuesto en la acción N° 25 del citado PdC. Así, se ha optado por evitar la continuación del proyecto, elaborando actualmente un proyecto de cierre cuyo EIA se encuentra pronto a ser ingresado al SEIA, y que pondrá fin, de manera ambientalmente sostenible, al proyecto que ha dado origen al presente procedimiento.

Es decir, EXPLODESA ha considerado todas las vías posibles para colaborar con esta Superintendencia y ha ofrecido todos los medios con los que cuenta para subsanar la infracción imputada. Al respecto, cabe recordar que ha sido la propia LO-SMA la que, considerando el contexto en el que se dicta, ha entregado una serie de herramientas que incentivan el cumplimiento de los regulados, tanto *ex ante* o *ex post* a la formulación de cargos.

Por lo mismo, en la historia de la citada ley se indicó expresamente lo siguiente *"El éxito de un buen sistema de regulación ambiental se basa en incorporar incentivos adecuados para el cumplimiento de la legislación, considerando los factores asociados a su ciclo. Éste último contempla consideraciones en materia de cumplimiento desde el momento de creación de*

la regulación, pasando por el diseño de instrumentos de aplicación de las nuevas regulaciones hasta los sistemas sancionatorios”¹.

Sin perjuicio del espíritu de esta nueva legislación, la Resolución Sancionatoria se dirige precisamente en la dirección contraria, pues tal como se acreditará, EXPLODESA pudo haber ejecutado una conducta de reticencia o contumaz, y aun así haber obtenido una sanción menos gravosa que la impuesta en el presente procedimiento. Tal como se describirá más adelante, el caso de Minera Española, proyecto minero ejecutado en Quebrada La Plata, demostraría que -lamentablemente- la rebeldía incluso podría haber sido más beneficiosa que la cooperación dentro del procedimiento sancionador, atentando con ello al espíritu que funda la legislación asociada a fiscalización y sanción ambiental.

Lo anterior, no sólo es índice de una evidente contradicción en la forma en que esta Superintendencia interpreta y aplica sus propias Bases Metodológicas para la aplicación de Sanciones Ambientales (en adelante, las “Bases Metodológicas”), sino que además representa una abierta infracción al principio de proporcionalidad, obviando todos los antecedentes antes mencionados y agravando el estado económico de mi representada al punto de hacerla financieramente inviable.

Al respecto, se precisa que EXPLODESA no ha contradicho la imputación efectuada en la formulación de cargos, sino sólo una parte de su calificación de gravedad (el daño ambiental irreparable, que permitió a vuestra Superintendencia calificar la infracción como “gravísima”), alegando una serie de circunstancias atenuantes totalmente obviadas por vuestra autoridad. Por lo mismo, no puede ser sino una infracción flagrante al principio de proporcionalidad y a la igualdad de trato el hecho de que Minera Española, encontrándose en la misma hipótesis, no haya sido sancionada con multa alguna a pesar de haber abandonado tanto el proyecto como la tramitación de su sanción.

Así, además de proponer y aprobar un PdC, y tramitar un EIA de cierre del proyecto, y un eventual plan de reparación, el titular soportaría una de las multas pecuniarias más graves en la historia de esta Superintendencia. En este entendido, y tal como se acreditará, EXPLODESA no cuenta con capacidad económica suficiente para soportar las cuatro figuras antes mencionadas, si se considera además la posibilidad de presentar un plan de reparación, entendiéndose que - en base a los fundamentos que cimantan la LO-SMA -, vuestra autoridad debiese priorizar la ejecución de instrumentos destinados a subsanar los hechos que originan las infracciones imputadas y reparar el daño ambiental causado,

¹ Mensaje Presidencial, p. 9.

habida consideración que la sanción pecuniaria ni siquiera tendrá como objeto la reparación ni la ganancia ambiental del sitio donde se ejecutó el proyecto.

Así, y sin perjuicio de la precisión de los puntos que anteriormente se han expuesto, no puede dejar de hacerse presente la errónea interpretación de la propia legislación aplicable a la SMA, priorizando la imposición de una multa cuyo cálculo no considera la situación económica actual de mi representada, provocando con ello la inviabilidad de ejecutar otros instrumentos de gestión ambiental directamente destinados a subsanar los efectos negativos que esta misma autoridad ha considerado urgentes de subsanar, como es el caso de un eventual plan de reparación.

2. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO SEGUIDO ANTE LA SMA.

Que, ejecutándose el proyecto, con fechas 29 y 30 de marzo de 2017, la Superintendencia del Medio Ambiente ("SMA"), en conjunto con el Servicio Agrícola y Ganadero ("SAG") y la Corporación Nacional Forestal ("CONAF"), todos de la Región de Valparaíso, realizaron una inspección ambiental al Proyecto Mina Cardenilla. Los resultados de estas actividades se plasmaron en el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2017-177-V-RCA-IA, que da lugar - con posterioridad- a los cargos imputados en la formulación de cargos.

Que, en particular, el Cargo N° 9 incluido en la referida resolución se ha configurado en 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:

i. El proyecto ha operado continuamente, al menos 6 meses por sobre el límite temporal, de 7 años, que se establece para la duración del proyecto en el considerando N°3 de la RCA N°242/2008.

ii. Durante el tiempo en que el proyecto Mina Cardenilla estaba autorizado para operar, es decir, desde septiembre 2009 hasta septiembre de 2016, la empresa extrajo desde la Mina Cardenilla, una cantidad de mineral mayor a 15.000 ton/mes, con excepción del mes de julio de 2015, alcanzando un total de 1.407.514,8 toneladas por sobre lo autorizado. Específicamente, desde mayo 2015 a septiembre 2016, un total de 292.106,7 toneladas por sobre lo autorizado. Cabe señalar, que el considerando N°3 de la RCA N°242/2008 dispone expresamente que la producción de mineral alcanzará 15.000 toneladas al mes.

- iii. *Con posterioridad a la fecha que debió haber terminado de operar el proyecto, es decir desde octubre de 2016 hasta marzo de 2017, fecha en la cual se efectuó la fiscalización ambiental, se extrajo mensualmente más de 5.000 Ton/mes, alcanzando un total de 120.210,9 toneladas de mineral (bruto) de forma no autorizada.*
- iv. *Se amplió la cantera de extracción de mineral (open pit) de la Mina Cardenilla en 7,82 ha., por sobre lo autorizado en el considerando 3.2.1 de la RCA N°242/2008.*
- v. *Se habilitaron dos nuevos sectores de extracción de mineral denominados Lumbrera Norte y Lumbrera Sur, no contemplados ni autorizados por la RCA N°242/2008, los cuales ocupan una superficie total de 14,13 ha.*
- vi. *Se habilitaron nuevos caminos no contemplados ni autorizados por la RCA N°242/2008, para acceder a los sectores Lumbrera Norte, Lumbrera Sur.*
- vii. *La construcción de un nuevo camino entre Mina Cardenilla y Mina Cuyanita.*
- viii. *El campamento se encuentra implementado desde el año 2014 el a 605 metros al sur del emplazamiento autorizado por la RCA N°242/2008, el que además se encuentra situado fuera del área del proyecto establecida en dicha RCA.*
- ix. *Se amplió el botadero de estériles con respecto a lo autorizado por la RCA N°242/2008, 3.3.2 letra e), superando los parámetros de diseño relativos a superficie del botadero, densidad de depositación, largo y ancho del botadero, altura máxima y razón estéril: mineral, establecidos en el considerando 3.3.2 e de la referida resolución, lo que se muestra en la tabla N°1 siguiente, marcados en los recuadros de líneas rojas segmentadas. En esta línea, se constató que el titular ha depositado 11.269.860,165 toneladas de estériles en el botadero autorizado por la RCA N°242/2008, lo cual es 3,63 veces mayor a las 3.105.000 toneladas establecidas en el considerando 3.13.3 de la RCA, disponiendo una cantidad mensual de estériles, en el período octubre de 2014 y marzo de 2017, mayor a las 42.000 ton/mes que la RCA estableció como generación mensual de estériles, lo que se aprecia en el grafico N°3 siguiente. Por otra parte, se constató que el titular depositó 230.447,20 toneladas de estériles, generados por la actual operación del proyecto, en un lugar de la faena minera no autorizado para ello y que se ubica inmediatamente al poniente del área autorizada del botadero de estériles”.*

Que, en razón de lo anterior, el titular presentó el día 16 de mayo de 2018 un PdC con el objeto de hacerse cargo de la totalidad de los hechos infraccionales, como también de los efectos negativos que puedan derivarse de los mismos, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 42 de la LO-SMA. Sin embargo, mediante Res. Ex. N° 5/Rol F-009-2018, de 19 de julio de 2018, la SMA estimó que “el PdC es procedente, sólo en ciertos supuestos y no es aplicable su presentación para todo el catálogo de infracciones que establece la LOSMA en su artículo

35. Tal es el caso de aquellas calificadas de conformidad al literal a) de los numerales 1 y 2, del artículo 36, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley Orgánica”².

Continúa la señalada resolución indicando que *“En este caso, el Cargo N° 9 de la Res. Ex. 1/F-009-2019, fue clasificado como gravísimo, de conformidad con lo dispuesto en el literal a) del numeral 1 del artículo 36 de la LOSMA, por constituir hechos, actos u omisiones que contravienen las disposiciones pertinentes, y que han ocasionado daño ambiental no susceptible de reparación. Por lo anterior no correspondía que dicha infracción forme parte del PdC presentado y tampoco corresponde que se formulen observaciones específicas respecto de las acciones y metas propuestas respecto de ésta”*³.

En mérito de la referida resolución, el titular procedió a excluir el Cargo N° 9 del PdC refundido ingresado con fecha 01 de agosto de 2018, sin perjuicio de indicar expresamente que aquello no implicaba una renuncia ni expresa ni tácita del derecho a recurrir acerca de la procedencia del PdC respecto de ello.

En paralelo, mediante Res. Ex. N° 7/Rol F-009-2018, de 14 de agosto de 2018, esta Superintendencia decidió rectificar de oficio la formulación de cargos, eliminando el Cargo N° 8, indicando expresamente que de los *“antecedentes existentes en el presente procedimiento, dan cuenta que, en los hechos, en el lugar en el cual se autorizó el campamento en la RCA N° 242/2008 en la actualidad es parte del sector de ampliación no autorizada del botadero y que el campamento de la obra se encuentra emplazado 605 metros al sur de lo autorizado en dicha RCA y fuera del área del proyecto establecida, situación que fue recogida en la Infracción N° 9. En efecto, en dicho cargo se imputa, en el numeral viii), el mencionado cambio de ubicación del campamento, entre las obras y acciones tendientes a intervenir o complementar un proyecto o actividad que constituyen cambios de consideración”*⁴.

En consecuencia, se sostiene que *“la formulación de cargos contiene un error de hecho que debe ser corregido para una correcta sustanciación del procedimiento sancionatorio en curso”*⁵, por lo que en el Resuelvo I a), vuestra autoridad decide eliminar derechamente el referido cargo.

Así, y luego de una serie de observaciones y versiones refundidas del PdC, mediante Res. Ex. N° 12/Rol F-009-2018, de 12 de febrero de 2019, la SMA decide aprobar el referido Programa en relación a los Cargos N° 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7, los que se siguen tramitando por

² Res. Ex. N° 5/Rol F-009-2018, considerando 21.

³ Ibid., considerando 24.

⁴ Res. Ex. N° 7/Rol F-009-2018, considerando 4.

⁵ Ibid., considerando 5.

cuerda separada bajo el Rol N° P-001-2019, de acuerdo a los Resuelvo III y IV de la misma resolución. Asimismo, la señalada resolución, en su Resuelvo V, ordenó la reanudación del plazo para presentar descargos respecto del hecho infraccional N° 9, el que fuera suspendido según lo dispuesto en el Resuelvo V de la Res. Ex. N° 1/Rol N° F-009-2018.

II.-

FUNDAMENTOS POR LOS CUALES LA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA DEBE SER DEJADA SIN EFECTO

1. LA INFRACCIÓN IMPUTADA HA SIDO CALIFICADA ERRÓNEAMENTE COMO GRAVÍSIMA. INEXISTENCIA DE DAÑO AMBIENTAL IRREPARABLE

Tal como se ha desarrollado latamente durante el presente procedimiento, la imputación de daño ambiental no susceptible de reparación carece de fundamentación en tanto (i) los efectos ambientales derivados de la infracción imputada no tienen la magnitud suficiente para ser considerado daño, ni menos como daño *“irreparable”*, y; (ii) la resolución sancionatoria erradamente omite que la determinación de la reparabilidad del daño debe considerar la naturaleza jurídica del medio ambiente, el daño y su reparación.

1.1. Los efectos ambientales derivados de la infracción imputada no tienen la magnitud suficiente para ser considerado daño ambiental, ni menos como daño ambiental *“irreparable”*.

De acuerdo con la Resolución Sancionatoria, se ha imputado a mi representada que, producto de las actividades de explotación minera, se han verificado efectos constitutivos de daño ambiental.

En efecto se indica, en resumen, que producto de las actividades de Mina Cardenilla, se ha constatado la reducción y fragmentación irreversible del patrimonio natural del sitio prioritario para la conservación Cordillera El Melón, dando cuenta de un grado de perturbación absoluto o total sobre la flora y vegetación nativa y sobre el hábitat de las especies de fauna nativa, en vista que se constataron áreas con eliminación total de la vegetación a través de la sepultura y/o extracción total de la misma por el aumento y extensión del rajo, perdiendo completamente la estructura y funcionamiento de las comunidades vegetales en el área de influencia directa de las actividades. En relación con los efectos, se indica que se constató una eliminación de 9,19 ha de bosque nativo de

conservación y protección, 7,08 ha de bosque nativo de preservación con presencia de flora silvestre vulnerable *Porlieria chilensis* (guayacán) y 10,34 ha de formaciones xerofíticas.

Al respecto, mi representada, si bien, comprende que los hechos infraccionales generaron impactos adversos y significativos al sitio descrito, ello no permite fundamentar de manera suficiente que aquellos impactos tengan el carácter de daño ambiental, o que -cabiendo esta calificación jurídica- la misma tenga la magnitud suficiente para ser considerado como un “daño no susceptible de reparación”.

Lo anterior se debe a que, de acuerdo con el artículo 2 letra e) de la Ley N° 19.300, la imputación de daño ambiental requiere la concurrencia de tres elementos: (i) lesión (pérdida, disminución, detrimento o menoscabo); (ii) que sea inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes; y (iii) significancia.

Por su parte, si bien mi representada reconoce la concurrencia de los dos primeros elementos, al reconocer los hechos infraccionales que fundamentan la Resolución Sancionatoria, ello no implica que la afectación al medio ambiente inferida en este caso tenga tal magnitud para ser considerada como “significativa” e, incluso en dicha hipótesis, que la misma no sea susceptible de reparación. Ello en razón de no existir ni en el procedimiento de sanción ni en la propia resolución sancionatoria antecedentes técnicos y jurídicos que desacrediten siquiera alguna de las siguientes alegaciones:

- Las especies afectadas son objeto de medidas de reforestación/compensación. Es más, el titular, lo que efectivamente ha incumplido, es haber omitido el ingreso de un proyecto que aumente la vida útil de otro que ya había sido evaluado y calificado ambientalmente favorable por la autoridad competente (RCA N° 242/2008), en cuyo contenido ya había sido permitida la intervención de las especies de flora y vegetación presentes en el área de influencia respectiva.
- La reducción y fragmentación asociada al ecosistema forestal no es significativa dado 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%, mientras que 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.
- A su vez, 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.

- El daño imputado es reversible en tanto la mayoría de las especies de las distintas formaciones vegetacionales presentes en el área de influencia poseen la capacidad, después de haber sufrido afectación o haberse alterado su hábitat, de recuperarse en un plazo razonable, sin más intervención que el incremento de medidas de protección (como por ejemplo exclusión, prohibición de tránsito de personas y de ganado, cortafuegos, etc.). Incluso, puede sostenerse que la mayoría de las especies arbóreas presentes en el área de influencia poseen capacidad de regeneración aun habiéndose ejecutado el proyecto en paralelo a su desarrollo, tal como quedó demostrado en inspección personal de fecha 30 de julio de 2019.
- En cuanto a la extensión del supuesto daño, ella ha de ser considerada en el contexto espacial dentro del cual se encuentra. Así, se reitera que los servicios que constituyen el ecosistema forestal del sitio prioritario para la conservación de la biodiversidad “Cordillera El Melón” habrían sido alterados, en términos de superficie, sólo en un 0,042%, por lo que no es posible entender cuál es la fundamentación de la SMA para el establecimiento de la extensión, máxime cuando ella no se apoya en un antecedente técnico o discursivo distinto o adicional a la afirmación ya transcrita.
- Por otra parte, la duración o persistencia del efecto es considerada por la SMA como prolongada, considerando que la regeneración de la vegetación depende de la existencia de un sustrato que lo mantenga (el cual se habría eliminado producto de las excavaciones o se habría sepultado por la depositación de los residuos mineros), concluyendo, por tanto, que la duración de los efectos se considera permanente e indefinida.
- En este escenario, la SMA estima que la reversibilidad de los efectos se consideraría imposible a una escala de tiempo humana, pues dependería de que se recupere el suelo, como primer requisito, el cual es un recurso natural no renovable y que en este caso presentaría características de vulnerabilidad extrema, por cuanto corresponde a suelo de clase 7 u 8.
- Que, de acuerdo a lo indicado en los párrafos anteriores, el efecto en ningún caso resulta ser permanente e indefinido. Ello pues, además de ser reversible, es posible sostener que la incidencia de los impactos ocasionados por los hechos que fundamentan el cargo sobre los componentes suelo y vegetación se manifiestan sólo en el corto y en el mediano plazo y pueden durar y permanecer en el largo plazo sólo si no se adoptan medidas de recuperación.

En tanto, olvida esta Superintendencia que el titular ya ha informado, en el marco del procedimiento rol P-001-2019 que el Estudio de Impacto Ambiental, como parte del Programa de Cumplimiento que forma parte de dicho procedimiento, ha mutado de un proyecto de continuidad operativa a uno de cierre, por lo que necesariamente la escala de recuperación del suelo ha dejado de ser “permanente e indefinida”. EXPLODESA procurará con ello detener en forma inmediata la causa directa del impacto ambiental generado comenzando inmediatamente con el proceso de recuperación del sitio, por lo que las características temporales antes citadas han devenido en la constitución de una afectación que no sólo dejará de ser permanente, sino que además ha sido totalmente definida con la información incorporada en este mismo procedimiento y con aquella que será agregada dentro de la respectiva evaluación ambiental.

Finalmente, la propia Corporación Nacional Forestal (CONAF) ha omitido una calificación como la indicada por la SMA, indicando que “la microcuenca afectada presentaba condiciones de latitud, longitud, condiciones de suelos, pendiente, exposición, pluviometría y altitudinales, que solo comparten un porcentaje restringido de las microcuencas que son parte de este Sitio Prioritario, por lo que para poder dimensionar el efecto en términos de pérdida de ambientes representativos del Sitio, se requiere de un estudio detallado que permita determinar en qué superficie efectiva se dan condiciones geográficas, edafológicas, vegetacionales y climáticas, al menos similares a la de las áreas afectadas” (Ord. N° 263/2019). Es decir, la propia Corporación no ha calificado esta afectación como “daño ambiental”, sosteniendo incluso que el efecto no está suficientemente determinado con la información con la que contaba, abriendo la posibilidad de ponderar áreas del sitio que compartan condiciones naturales similares a aquellas afectadas de modo de -entendemos- replicar los hábitats impactados, tal como ha sido sostenido por mi representada en todos los estudios técnicos acompañados a lo largo de este procedimiento.

En consecuencia, EXPLODESA comprende que, de los hechos que fundan el Cargo N° 9, se derivaron impactos adversos y significativos al sitio descrito; sin embargo, no es posible extraer de los antecedentes que forman parte del expediente sancionatorio que dicho impacto tenga el carácter de daño ni menos que éste no sea susceptible de reparación.

Ello, no sólo porque la afectación se califica técnicamente como reversible y reparable, sino también porque la pérdida de estructura y funcionamiento de las comunidades vegetales es menor, la extensión del impacto es acotada a un área específica (científica y técnicamente determinada), y la pérdida de hábitat no se visualiza como una amenaza a la población presente en la microcuenca por lo que la probabilidad de extinción de las especies en ella es nula y su sobrevivencia no se encuentra en riesgo.

1.2. La calificación de la reparabilidad del daño debe considerar la naturaleza jurídica del medio ambiente, el daño y su reparación.

Que, en adición de lo anterior, aun cuando vuestra autoridad estime que la afectación imputada genera daño ambiental, el mismo no puede ni debe ser calificado de irreparable en atención a la propia terminología que, sobre el particular, ha establecido la Ley N° 19.880, cuyos principios claramente dan cuenta de un tratamiento global al medio ambiente que comprende una variedad de elementos que escapan de la sola consideración de un sitio o deslinde específico.

De esta manera, se hace presente que la reparación “in situ” o en naturaleza, en relación al mismo sitio intervenido, no es un elemento esencial para evaluar la “reparabilidad” pues ello es derechamente contrario al espíritu de la propia “reparación” definida en el art. 2 letra s, de la Ley N° 19.300 (“la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas”). **Así, la reparabilidad del daño ambiental no resulta ser sinónimo de reparación “in situ” o en naturaleza, máxime cuando el daño imputado no ha generado un daño total ni absoluto al ecosistema presente en el área donde se ha ejecutado el proyecto.**

Por lo mismo, la reparación exigida en el mismo sitio donde se ha producido el daño no es coherente con *“reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar”*. Tal como se desprende de la misma redacción del art. 2 letra s), de la Ley N° 19.300, en relación con la letra e) del mismo artículo, el objetivo esencial de la actividad de reparación es el “medio ambiente”, definido como *“el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”* (art. 2 letra II, Ley N° 19.300).

Por lo mismo, la esencia de la reparación debe ponderar el sistema global donde se ejecuta el proyecto, por lo que, si un titular puede -a escala humana- restablecer dicho sistema a una calidad similar, entonces debe concluirse que la “afectación” o “daño” no podría ser calificada como irreparable. En otras palabras, la reparación no consiste -por definición- en restaurar un sitio específico afectado, sino que más bien da cuenta del restablecimiento de los servicios ecosistémicos presentes en el área donde se ejecuta o circunda el proyecto, lo que podrá ejecutarse mediante diversas acciones de “reparación”.

Dentro de estas acciones pueden incluirse, para el objetivo establecido por el propio art. 2 letra s) de la Ley N° 19.300, medidas en equivalencia o compensatorias cuyo objetivo precisamente sea restablecer los servicios ecosistémicos dañados o derechamente sacrificados a un estado similar. En otras palabras, habiendo acreditado que el ecosistema se mantiene a pesar de la intervención, para volver a un estado similar se debe cuantificar la respectiva pérdida de recursos para reponerla en el mismo sitio u otro dentro del sistema global al que pertenece, de modo de mantener dicho medio ambiente en una calidad similar o incluso equivalente al original.

Se reitera que los distintos estatutos de responsabilidad han surgido en base a un mismo objetivo, este es, buscar la reparación de daños. En el caso de la responsabilidad por daño ambiental, dicha función se manifiesta en los artículos 3 y 53 de la Ley N° 19.300 y 33 de la Ley N° 20.600, donde se establece la obligación de reparación del daño, señalando que todo aquel que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo. De acuerdo con las disposiciones legales citadas, producido un daño ambiental se contempla el ejercicio de dos acciones, una que busca la reparación del daño inferido al medio ambiente (acción ambiental) y otra, que corresponde a una acción que busca que la persona directamente afectada por dicho daño persiga una indemnización de perjuicios (acción pecuniaria).

En relación con la primera acción, en adelante acción ambiental, su objetivo consiste en procurar la reparación material del medio ambiente dañado. Como se dijo, el artículo 2 letra s) de la Ley N°19.300, la referida reparación se obtiene reponiendo el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado, o en caso de no ser posible, restableciendo sus propiedades básicas.

De acuerdo con lo analizado, se ha considerado que las formas de reparación que establece la regulación ambiental vigente, corresponden a manifestaciones de la reparación en naturaleza del derecho de daños, ello debido a que la acción de reparación de daño ambiental busca reponer materialmente el medio ambiente dañado. A su vez, el derecho de daños define a la reparación en naturaleza o en especie, como la forma más perfecta de reparación, toda vez que busca remover la causa del daño y propender a la realización de todas las actividades necesarias para reponer las cosas o bienes dañados a su estado primitivo, esto es, a un estado anterior a la ocurrencia de los hechos dañosos⁶.

⁶ Ricardo de Ángel Yágüez, *La Responsabilidad Civil* (Bilbao: Publicaciones Universidad de Deusto, 1989), 321. En: Bastián Cabrera Jorquera, *Reparación en equivalencia del daño ambiental irreversible*, Memoria de Prueba para optar al grado e Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2017, p. 17.

De acuerdo con Barros, la restitución en naturaleza comprende un conjunto de prestaciones cuyo fin es restituir a la condición efectiva en que se encontraba la víctima con anterioridad al hecho demandado, pudiendo exigir ser restituida de la forma más cercana posible al estado anterior al provocado por el ilícito demandado. Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, p. 877.

Pese a ello, se ha señalado que, en sede de daño ambiental la reparación establecida por la regulación vigente no corresponde exactamente a la reparación en naturaleza establecida por el derecho de daños. Lo anterior, se debe a que, en atención a la naturaleza del bien jurídico que se tutela, la reparación ambiental en ningún caso podría lograr un restablecimiento exacto del medio ambiente dañado, sino que, tiene un fin de reparación más modesto, toda vez que postula el restablecimiento en una calidad similar al medio ambiente dañado que jamás hará que retorne a su estado primitivo⁷.

Respecto de los alcances de este tipo de reparación, se ha sostenido que es más adecuado el empleo de la expresión de *restitutio in pristinum* que reparación in natura, debido a que la primera posee un alcance más amplio que la segunda. En este sentido se sostiene que, a diferencia de la reparación in natura, la *restitutio in pristinum* no se fundamenta en la mera restitución de los bienes afectados a su estado inicial, sino que, persigue la adopción de medidas correctoras que permitan evitar la ocurrencia de daños futuros, eliminando la causa del daño o cesando la actividad lesiva⁸. Al respecto, la Corte Suprema manifiesta esta idea al señalar, en un pronunciamiento sobre daño ambiental, que las *medidas de reparación in natura de los daños ambientales no pretenden la creación de un escenario óptimo del medio ambiente que nunca ha existido, puesto que, dicho fin es de carga del Estado y sus órganos*⁹.

En este contexto, y en relación con la reparación por equivalencia en materia de daño ambiental, tradicionalmente se descartó su aplicación como una vía alternativa de reparación de daños, puesto que, la doctrina consideraba que dicha vía de reparación era

⁷ Se sostiene que, debido a la naturaleza de los bienes tutelados, no debe ser entendida como una reparación idéntica de los elementos dañados, sino que debe propender al restablecimiento de los servicios ambientales en una calidad similar. Jorge Bermúdez Soto, *Fundamentos del Derecho Ambiental* (Valparaíso: Ediciones Universitarias Valparaíso, 2016), pp. 408 – 412.

La reparación *in natura* en el ámbito de la responsabilidad ambiental opera pero con matices, puesto que, exigir que el medio ambiente o su componente por la ejecución de la medida de reparación vuelva al estado exacto es un objetivo prácticamente inalcanzable. En efecto, a lo que se puede aspirar a través de una medida reparatoria es a recuperarlo a un estado aproximado o similar, pero nunca a uno idéntico. En todo caso, los sistemas de responsabilidad que se analizan integran este matiz y reconocen una técnica reparatoria especial. María Jesús Pinochet Abalos, *Responsabilidad ambiental en Chile. Análisis basado en la regulación comunitaria y española*. M+A Revista Electrónica de Medioambiente, Tomo 18, N°2, p. 155.

⁸ Antonio Sánchez. "La 'Restitutio in pristinum' como mecanismo deseable para la reparación de los daños causados al Medio Ambiente", *Medio Ambiente & Derecho*, N°. 3, 1999. Al respecto, citando a Jordano Fraga, el autor señala que "de nada nos serviría la restitutio si con posterioridad se sigue dañando el entorno, justificando así una especie de derecho a dañar indemnizando". Jordano Fraga, Jesús, *La Responsabilidad de la Administración con ocasión de los daños al Medio Ambiente*. En: Antonio Sánchez. "La 'Restitutio in pristinum' como mecanismo deseable para la reparación de los daños causados al Medio Ambiente".

^A su vez, la Corte Suprema señala en un pronunciamiento que el objetivo de reparación establecido en el artículo 2 letra s) de la Ley N° 19.300, consiste en "reponer el medio ambiente a una calidad similar a la que tenía antes de la intervención de los demandados. En caso de no ser ello posible, se ha de buscar restablecer sus propiedades básicas, las que deben siempre prevenir el acaecimiento de daños mayores". Ver: Considerandos 12 de la sentencia de reemplazo de la Corte Suprema, pronunciada con fecha 07 de agosto de 2019. Rol 1239-2018.

⁹ En una reciente sentencia en que la Corte Suprema se pronunció acerca de un recurso de casación en el fondo, proveniente de una demanda de reparación por daño ambiental, el máximo tribunal cuestionó algunas de las medidas de reparación que fueron otorgadas en la causa, señalando que dichas medidas se alejaban del fin de reparación *in natura* del daño ambiental, toda vez que su fin se encaminaba a crear un escenario óptimo para la laguna dañada que nunca ha existido, señalando que dicha tarea corresponde al Estado y sus órganos (Ver: Considerandos 13 y 14 de la sentencia de reemplazo de la Corte Suprema, pronunciada con fecha 07 de agosto de 2019. Rol 1239-2018).

sinónimo de la indemnización de perjuicios. Al respecto, existen algunos autores que estiman que el cumplimiento por equivalencia verdaderamente constituye una indemnización de perjuicios y no forma parte de la pretensión de cumplimiento, sino de la indemnizatoria. Ello se debe a que, para efectos prácticos, en sede civil, el cumplimiento por equivalencia se traduce en la entrega de una suma de dinero que busca sustituir o reemplazar el cumplimiento de la obligación principal. Sin embargo, la posición mayoritaria entiende que el cumplimiento por equivalencia se encuentra dentro del ámbito del cumplimiento propiamente tal y no dentro de la indemnización de perjuicios, dado que las prestaciones que se ejecutan en dicha sede pueden implementarse a través de los distintos medios que dispone el legislador para su ejecución, sin expresarse necesariamente en una suma de dinero¹⁰.

En razón de ello, se considera que la reparación por equivalencia no se limita a la indemnización de perjuicios, por lo que, no se considera una vía reparación netamente pecuniaria. Por ello, la reparación por equivalencia podría manifestarse como otro tipo de prestaciones materiales que sean alternativas al cumplimiento en naturaleza¹¹.

A partir de los elementos expuestos, resulta plausible considerar que, en materia de daño ambiental, el cumplimiento por equivalencia pueda tener un rol relevante como alternativa de reparación de daños.

Resulta relevante considerar que, pese a que la naturaleza específica del estatuto aplicable a este caso es el de responsabilidad administrativa y el de responsabilidad por daño ambiental, éste último se sustenta en las normas y principios de la responsabilidad civil.

¹⁰ Otros autores, estiman que el cumplimiento por equivalencia se encontraría en el ámbito del cumplimiento propiamente tal y no en el indemnizatorio, toda vez que las prestaciones pueden ejecutarse en los términos descritos en la declaración contractual, o bien a través de los medios que dispone el legislador mediante el correspondiente proceso de ejecución. En este sentido: MORALES MORENO, Antonio (2006b), pp. 81 y ss. En la misma dirección, se ha apuntado que "la «aestimatio rei» y la indemnización o «id quod interest» son conceptos que se deben separarse [sic] inicialmente con absoluta nitidez. Proporcionar al acreedor el equivalente pecuniario no es algo que tenga una función resarcitoria, sino de cumplimiento". Así lo expresa: YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2003), p. 439. En: Manuel de la Prida Contreras, *Los perjuicios derivados del incumplimiento en el nuevo derecho de los contratos: una mirada desde los daños indemnizable y su delimitación*, pp. 9 – 10. Al respecto, De La Prida señala: "el legislador chileno ha diferenciado explícitamente ambas hipótesis [cumplimiento por equivalencia e indemnización de perjuicios] en el inciso primero del artículo 1672 del C.C.Ch. [Código Civil], precepto que reza: "Si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación del deudor subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor". Se observa que **una cosa es el dinero equivalente al precio de la cosa –aestimatio rei– y otra distinta la indemnización**. Con todo, del nuevo sistema de responsabilidad contractual se deduce una unidad del remedio indemnizatorio, por lo que esta distinción reduce su importancia en el orden sustantivo [en sede de responsabilidad civil]. Manuel de la Prida Contreras, *Los perjuicios derivados del incumplimiento en el nuevo derecho de los contratos: una mirada desde los daños indemnizable y su delimitación*, pp. 19 – 20.

¹¹¹¹ Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N°20.600, tanto la doctrina como la jurisprudencia debatía la procedencia de la reparación por equivalencia del daño ambiental irreversible bajo la forma de indemnización de perjuicios (se centra en la lógica de obtener la reparación de la pérdida del patrimonio ambiental de la Nación, que constituye un perjuicio para el Estado, obedeciendo una lógica netamente patrimonial). Con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.600, esta discusión quedó obsoleta, puesto que, el artículo 44 de la en referencia, establece que "La acción de reparación ambiental no podrá ser objeto de transacción o cualquier otro tipo de acuerdo que **exima al autor de implementar medidas de reparación ambiental del daño causado**". Bastián Cabrera Jorquera, *Reparación en equivalencia del daño ambiental irreversible*, Memoria de Prueba para optar al grado e Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2017, pp. 35 – 43.

Respecto de ello, cabe recordar que uno de los principios rectores de la responsabilidad consiste en la reparación integral del daño. Principio que también se encuentra reconocido en sede de derecho internacional por la propia Corte Internacional de Justicia.

Por otra parte, resulta relevante reiterar que, mediante la ejecución de las medidas de reparación contempladas expresamente por la Ley N°19.300, el medio ambiente dañado no se restituirá en el estado material exacto en que se encontraba con anterioridad al daño, por lo que, bajo ningún escenario estas fórmulas de reparación permitirán restablecer en forma íntegra las mismas condiciones en que los elementos del medio ambiente se encontraban con anterioridad al daño.

Dado que las medidas de reparación que se establecen en la regulación ambiental vigente no permiten arribar de manera perfecta a la restitución en naturaleza del medio ambiente (esto es, a las condiciones exactas con que contaba con anterioridad al daño), desde el punto de vista de la reparación integral, se considera que el cumplimiento por equivalencia es una vía jurídica que se debe tener en cuenta para acercar la reparación al medio ambiente a dicho propósito, máxime cuando el art. 2 letra s) de la Ley N° 19.300 acentúa la reparación del medio ambiente como sistema global, más que la reducción a un sitio específico susceptible de afectación o daño.

En este sentido, en la doctrina comparada se ha sostenido que las medidas de compensación de carácter ambiental han tomado mayor fuerza, haciendo referencia al enfoque adoptado por la Directiva 2004/35/CE, que establece la posibilidad de compensar a través de medidas ambientales, como, por ejemplo, a través de la proporción de recursos naturales y/o servicios del mismo tipo, calidad y cantidad a los dañados¹².

Respecto de ello, el Anexo II de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daño ambientales, hace referencia a la reparación del daño ambiental. En dicho Anexo, se consideran medidas de reparación de distinta naturaleza, cuyo contenido no se limita a la reparación in natura. En lo que atañe a esta presentación, se contempla tres tipos de medidas de reparación: primaria, complementaria y compensatoria.

La primera, tiene un alcance muy similar al que establece el artículo 2 letra s) de la Ley N° 19.300, puesto que, contempla la ejecución de toda medida reparadora que restituya o aproxime los recursos naturales y/o servicios dañados a su estado básico.

¹² Pascal Gastineau y Emmanuelle Taugourdeaub, *Compensating for environmental damages*. En: *Ecological Economics*, N°97, (2014) p. 150.

Por otra parte, tanto la reparación complementaria como compensatoria, tienen un alcance que se supedita a la reparación primaria. En este sentido, se define la reparación complementaria como toda medida reparatoria que busca compensar el hecho que la reparación primaria no haya dado lugar a la plena restitución de los recursos naturales o servicios. Y, la reparación compensatoria, corresponde a toda acción adoptada para compensar las pérdidas provisionales que tengan lugar desde la fecha en que se produjo el daño, hasta el momento en que la reparación primaria haya surtido todo su efecto¹³.

En el escenario nacional, si bien, no se contempla en forma expresa la reparación por equivalencia del daño ambiental, el concepto no es ajeno a nuestra regulación vigente, en razón de -al menos- las siguientes consideraciones: (i) Tanto en la Ley N° 19.300, como en el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) que, los Estudios de Impacto Ambiental deben contemplar un plan de medidas de mitigación, reparación y compensación¹⁴; (ii) Por otra parte, dentro del mismo Reglamento del SEIA, se establece otra figura que permite asentar la idea que la compensación es mecanismo considerado dentro de la normativa ambiental vigente. En el contexto de la regulación de los Permisos Ambientales Sectoriales Mixtos (PAS), se encuentra el Permiso para la corta de árboles y/o arbustos ubicados en áreas de protección, estableciéndose que el solicitante de este permiso debe presentar una propuesta de medidas de protección de las especies que pretende cortar¹⁵; (iii) e incluso, en caso de infracciones a los Planes de Manejo y Planes de Trabajo o en el caso de corta no autorizada de bosque nativo, además de imponerse sanciones de multas, se establece la posibilidad de condenar al infractor con la obligación

¹³ Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daño ambientales. Anexo II: reparación del daño medio ambiental.

Por otra parte, esta naturaleza accesoria a la reparación primaria se establece dentro de sus objetivos:

Medidas complementarias: La finalidad de la reparación complementaria es proporcionar un nivel de recursos naturales y/o servicios —inclusive, si procede, en un paraje alternativo— similar al que se habría proporcionado si el paraje dañado se hubiera restituido a su estado básico. En la medida en que sea posible y adecuado, el paraje alternativo deberá estar vinculado geográficamente al paraje dañado, teniendo en cuenta los intereses de la población afectada.

Medidas compensatorias: Esta reparación compensatoria consiste en aportar mejoras adicionales a las especies y hábitats naturales protegidos o a las aguas, ya sea en el paraje dañado o en un paraje alternativo, y no en compensar económicamente al público.

¹⁴ En relación con ello, el artículo 100 del Reglamento del SEIA, establece que las medidas de compensación corresponden a un mecanismo complementario a las medidas de reparación y mitigación. Al respecto, se establece que la función de estas medidas consiste en la producción o generación de un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado en un determinado proyecto o actividad. De acuerdo con la norma en referencia, estas medidas tienen como función buscar la sustitución de los recursos naturales o elementos del medio ambiente afectados por otros de similares características, clase, naturaleza, calidad y función.

¹⁵ Asimismo, dentro de la regulación de bosques nativos establecen obligaciones cuyo contenido se asocia directamente con mecanismos de compensación. Por ejemplo, en el caso de los Planes de Manejo de bosque nativo se establece la obligación de reforestar o regenerar, a lo menos, una superficie de terreno igual a la cortada o explotada, de acuerdo con las condiciones contempladas para cada Plan de Manejo en particular.

de presentar un Plan de Corrección, que consiste en la presentación de un Plan de Manejo cuyo objetivo es corregir las infracciones sancionadas.

A partir de lo expuesto, es posible desprender que nuestro ordenamiento jurídico ambiental y sectorial considera la implementación de medidas compensatorias frente a ciertos escenarios en que se busca generar alternativas para evitar o recuperar la pérdida recursos o elementos del medio ambiente, ya sea, como mecanismos *ex ante* que autorizan la ejecución de una actividad o *ex post*, mediante medidas correctivas de hechos infraccionales.

En consecuencia, si bien, el cumplimiento por equivalencia no se ha considerado como una vía de reparación frente a los daños ambientales, su implementación no resulta ser extraña ni contradictoria con nuestro ordenamiento jurídico, ni -en específico- con el propio art. 2 letra s) de la Ley N° 19.300, tal como se ha acreditado en los párrafos anteriores.

Así, si se considera que el medio ambiente consiste en un sistema global, de acuerdo con la definición que nos brinda el artículo 2 letra II) de la Ley N° 19.300, resulta razonable sostener que, el objetivo de la reparación del daño ambiental consiste en restablecer el sistema dañado en atención a la función y servicios ambientales que presta, más allá de pretender el restablecimiento de un individuo o sitio afectado determinado¹⁶.

En función de ello, es posible concluir que el restablecimiento del medio ambiente dañado a una calidad similar puede ejecutarse mediante acciones de reparación por la vía de equivalencia y/o compensación, logrando con ello restablecer los servicios ecosistémicos a los cuales apunta el propio art. 2 letra s) de la Ley N° 19.300. En efecto, la reparación "*in situ*" o en naturaleza, en relación al mismo sitio intervenido, no puede ni debe ser un elemento esencial para evaluar la "reparabilidad" pues ello sería contrario al espíritu de la propia "reparación" definida en el art. 2 letra s, de la Ley N° 19.300 ("la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas").

Por lo mismo, la calificación de reparabilidad para efectos de determinar la gravedad de la infracción debe necesariamente ponderarse desde el punto de vista de la "pérdida" del sistema global, que comprende elementos diversos que lógicamente recogen muchos más elementos que el suelo o las especies que se encontraban en el mismo, sino que se identifica con un hábitat particular en el contexto de un sitio prioritario, lo que -como se acreditó- no

¹⁶ Ramón Martín Mateo, *Valoración de los daños ambientales*. En: Jorge Femenías Salas, *El régimen general de responsabilidad por daño ambiental en la Ley N° 19.300, sobre bases generales del medio ambiente*, p. 326.

se ha dañado completa ni significativamente, pudiéndose recobrar los servicios ofrecidos por la misma área según se demostró a lo largo del presente procedimiento.

Por tanto, y en virtud de lo expuesto, se solicita se recalifique la calificación de gravedad de la infracción imputada, descartando la existencia de daño ambiental irreparable.

2. LA SANCIÓN IMPUESTA RESULTA EVIDENTEMENTE DESPROPORCIONADA Y ARBITRARIA

La multa aplicada a mi representada es total y absolutamente desproporcionada, tanto desde el punto de vista del beneficio económico, como en relación a la afectación al medio ambiente imputada, la conducta desplegada por mi representada en el procedimiento de sanción, y la propia fisonomía de la empresa sancionada y su capacidad de pago.

Esta falta de proporcionalidad en la sanción aplicada, así como la falta de fundamentación y las infracciones al principio de igualdad ante la ley, además son contrarias a las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y de debido proceso.

A continuación, se pasan a detallar estos argumentos.

2.1. Desproporción de la sanción considerando la importancia del daño y del peligro ocasionado, considerando procedimientos sancionatorios similares resueltos por esta misma Superintendencia.

Tal como se ha acreditado durante el presente procedimiento, la reducción y fragmentación asociada a la infracción no es significativa dado 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%, mientras que 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.

A su vez, 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.

Lo anterior ha significado la imposición de una multa 8.862 UTA que, en palabras de esta misma Superintendencia, *“es considerada la segunda multa más alta aplicada y la más alta para una única infracción y obedece a la importancia y la extensión del daño ambiental causado por esta minera al bosque nativo y a la flora y fauna en estado de conservación de la zona, como guayacanes (*Porlieria chilensis*) en estado vulnerable”*¹⁷. Lo anterior, a pesar que se ha demostrado que la intervención precisamente de las especies que esta Superintendencia destaca ha sido mínima.

Al respecto, se hace presente que EXPLODESA en ningún caso pretende ni ha pretendido eludir su responsabilidad por la infracción imputada. Al contrario, se ha propuesto un Programa de Cumplimiento, actualmente en ejecución, por todos los demás cargos imputados (que en su origen incluso incluyó esta infracción) y, en ejercicio de su derecho de defensa, ha interpuesto descargos en relación a la presente imputación. Tampoco se pretende ni pretenderá restar mérito a la investigación seguida por vuestra autoridad ni tampoco la importancia que tiene el Sitio Prioritario “Cordillera El Melón” en la Estrategia Nacional de Biodiversidad. Sin embargo, no puede dejar de alertarse que la sanción impuesta, a pesar de todo lo anterior, no se condice con rasgo alguno de proporcionalidad, acreditándose que respecto de otros casos -iguales o más gravosos- esta misma Superintendencia ha aplicado criterios diversos que -hasta el momento- no han comprometido la continuidad comercial presente o futura de los respectivos titulares.

De esta manera, ¿cómo se logra comprender que la sanción aplicada por intervenir 26,61 ha sea exponencialmente más grave que dañar 39,65 o 69,4 ha o un acuífero completo? ¿cuál es la medición objetiva que se realiza para ponderar la importancia del daño o riesgo ocasionado si al parecer sería menos grave dañar un ecosistema completo que una fracción de él? Por lo demás, ¿cómo se logra comprender que toda la colaboración prestada por EXPLODESA la sitúe en un escenario más gravoso que no haber cooperado ni haber propuesto acciones de cumplimiento y reparación *ex ante*? Finalmente, ¿cómo puede sostenerse que el sistema de fiscalización y sanción ambiental tenga por objeto incentivar el cumplimiento cuando, en este caso, se ha perjudicado más a una empresa que intentó ofrecer toda vía de reparación versus aquella que opta por el silencio o indiferencia?

En esta línea de proporcionalidad, cabe analizar otros pronunciamientos de esta Superintendencia en relación a otros procedimientos sancionatorios, donde en casos más gravosos que el presente, desde el punto de vista de la importancia del daño y del peligro ocasionado, ha determinado la aplicación de sanciones que, de acuerdo con cada situación concreta, no han generado el mismo impacto que la aplicación de la presente multa sobre

¹⁷ <https://portal.sma.gob.cl/index.php/2019/12/16/catemu-sma-multa-por-mas-de-5-mil-200-millones-a-mina-cardenilla-por-dano-ambiental/>

mi representada, incluso en casos en los cuales se ha aplicado la sanción de clausura, como se detalla a continuación:

- Un buen ejemplo es el caso de la sanción aplicada en el procedimiento seguido en contra de Minera Española (Rol F-012-2014). En particular, esta Superintendencia formuló un cargo, cuyo contenido se relaciona con el desarrollo de un proyecto de desarrollo minero sin contar con una RCA, y en el cual ni siquiera se imputa daño ambiental en la calificación de gravedad¹⁸. De acuerdo con los antecedentes del expediente, Minera Española ejecutó un proyecto de desarrollo minero dentro de Quebrada La Plata, que corresponde a un territorio que se encuentra dentro del Sitio Prioritario para la Conservación Cerro El Roble¹⁹, afectando una superficie de 39,65 hectáreas de la cuenca Quebrada La Plata, que corresponde a un 15% de dicho territorio, sin que se haya calificado estos efectos daño ambiental. De acuerdo con la Resolución Sancionatoria, en este caso, hubo pérdida absoluta de suelo, puesto que, se producto de las obras de explotación minera se han eliminado sectores y capacidad para sustentar la vegetación y biodiversidad del área de influencia de la minera, afectación a cursos de aguas superficiales, producto de la disposición de estériles sobre las quebradas y por la construcción de caminos y afectación a la flora y fauna, debido a la pérdida de hábitat. Asimismo, se indica que las actividades mineras se desarrollaron en sectores de la quebrada donde habitan especies de flora catalogadas como vulnerables (v.gr. peumo y guayacán). Sin embargo, pese a estas imputaciones, finalmente la sanción que recae sobre esta infractora es de clausura definitiva de las instalaciones y faenas desarrolladas por la empresa en el sector Quebrada La Plata, sanción con limitado efecto disuasivo y de prevención general, dada la conducta del titular en el procedimiento de sanción.
- Por su parte, resulta relevante revisar otro procedimiento sancionatorio en que se aplicó una de las multas de mayor monto por esta Superintendencia, correspondiendo a Minera El Toqui (Rol F-057-2015). En este caso, se imputaron cuatro infracciones, una de las cuales se calificó como gravísima, puesto que, se consideró que hubo la ejecución de un proyecto minero al margen del SEIA y que debió ingresar como EIA, por lo cual, se aplicó una sanción de 2.253 UTA, que corresponden a un 85% de la multa total

¹⁸ Cons 180 Res. Ex N°432, de 1 de julio de 2015, Rol F-012-2014.

¹⁹ Mediante Ord. D.E. N° 100143, de 15 de noviembre de 2010, la Dirección Ejecutiva del SEA, estableció que el sector Cerro El Roble, de la Región Metropolitana de Santiago, se incorporó a la categoría "Sitios prioritarios para la conservación en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental". Dicho sitio prioritario para la conservación abarca territorios de varias comunas, y entre dichos territorios se encuentra la Quebrada La Plata, emplazada en la comuna de Maipú.

aplicada en el procedimiento²⁰. En este caso no hubo imputación de daño para calificar la gravedad de la infracción.

La imputación en particular, se relaciona con la modificación del proyecto "Crecimiento del Tranque de Relaves Confluencia" sin contar con una RCA, excediendo el tonelaje aprobado para el tranque de relaves, asociado al procesamiento de concentrado de oro y plata, contando con una altura de coronamiento que supera en más del 50% lo aprobado y excediendo la vida útil en más de tres años.

En este caso, la gravedad de la sanción se fundamentó en el menoscabo del componente suelo en las inmediaciones del proyecto minero y de la fauna. Asimismo, se imputó como efecto que las deficiencias en el cierre del tranque de relaves supuso la emisión de material particulado durante los últimos años, lo que ha contaminado el suelo y probablemente fuentes de agua cercanas al mismo.

También se consideró relevante el contacto de contaminantes desde el tranque de relaves a la atmósfera, dado que, se logró acreditar que la población del área de influencia entró en contacto efectivamente con estos componentes. Asimismo, se consideró que hubo un total de 33 personas potencialmente expuestas, de las cuales se logró acreditar que una persona fue efectivamente expuesta a los contaminantes, dado que mantuvo niveles de arsénico inorgánico por sobre el valor de referencia en las mediciones efectuadas en el procedimiento.

De esta forma, resulta razonable preguntarse por la proporcionalidad en la aplicación de esta sanción en comparación con la multa aplicada a mi representada, toda vez que, en este caso, tal como se expresa en los antecedentes expuestos, hubo imputaciones relacionadas a la exposición de contaminantes tóxicos para la población aledaña, acreditando incluso que una persona estuvo efectivamente expuesta, mediante la medición de niveles de metales pesados en muestras de orina.

De este modo, nos encontramos frente a una situación donde la gravedad es especialmente relevante, si consideramos que la afectación se relaciona con la exposición de componentes tóxicos en el medio ambiente (suelo y agua) y en la salud de las personas.

Por tanto, a partir de la exposición de estos casos, es posible determinar que la sanción impuesta por esta Superintendencia en este caso carece de proporcionalidad, desde el punto de vista de la importancia del daño y del peligro ocasionado, si se considera el

²⁰ La multa determinada para este cargo fue de 2.253 UTA, que corresponden a un 85% del total de la multa aplicada en este procedimiento sancionatorio (que fue de 2.637 UTA).

impacto que esta multa ha generado en mi representada versus el impacto que otras sanciones aplicadas a otros titulares por infracciones aún más gravosas.

En efecto, resulta relevante resaltar que, el objetivo de las sanciones consiste en evitar futuros incumplimientos a la normativa ambiental, desincentivando la comisión de nuevas infracciones e inhibiendo al resto de los regulados a seguir la conducta infraccional. Sin embargo, la prevención general y especial tiene una limitante, esta es, que las sanciones no deben basarse en el mero castigo.

Asimismo, uno de los principios que debe perseguir la aplicación de sanciones consiste en la mantención de una relación de proporcionalidad, considerando la naturaleza del incumplimiento y sus efectos, haciendo de este modo responsable al infractor de una manera adecuada.

Sobre la base de estos lineamientos, llama la atención la aplicación de la sanción de multa en este procedimiento, si se compara con los pronunciamientos de esta Superintendencia en otros casos donde, si bien las infracciones han sido de mayor entidad que las del presente procedimiento, es altamente probable que las sanciones aplicadas no hayan tenido el mismo efecto disuasivo que la multa aplicada a mi representada.

2.2. La falta de fundamentación sobre el supuesto beneficio económico obtenido con motivo de la infracción infringe el principio de proporcionalidad, de interdicción de la arbitrariedad y deja a mi representada en un estado de indefensión

Si bien la Resolución Sancionatoria se extiende sobre el cálculo y la determinación del beneficio económico obtenido por EXPLODESA con motivo de la infracción imputada, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 40 literal c) de la LO-SMA, en particular en lo expresado en sus considerandos 183 y siguientes, dichas argumentaciones contienen una serie errores y omisiones en la fundamentación de sus conclusiones, los cuales deben ser subsanados en esta sede, en particular pues gran parte de la desproporción de la sanción aplicada se debe, precisamente, a esta circunstancia. Sobre ello se expondrá en el presente acápite.

a) Sobre la determinación del cálculo del beneficio económico en el presente caso

La Resolución Sancionatoria, en sus considerandos 183 y siguientes, determina que el beneficio económico obtenido por mi representada con ocasión de la infracción imputada

corresponde al valor de 4.662 UTA²¹. Para llegar a esta cifra, se siguen los pasos que se explican a continuación.

- En primer lugar, se indica que se estimó una fecha de pago de multa al 30 de diciembre de 2019 y una tasa de descuento de 11,7%, según parámetros de referencia generales del rubro de la minería del cobre. Además, se señala que los valores en UTA se calculan según el índice correspondiente al mes de noviembre de 2019²².
- Así, se señala que, para la determinación del beneficio económico en el presente caso, se considerará el concepto de “*ganancias ilícitas adicionales*”²³, asociadas a la actividad comercial ejercida en base a cada tonelada de mineral producida de manera ilícita, es decir, por sobre el límite autorizado por la RCA, o sin autorización, dependiendo del periodo considerado²⁴.
- En este sentido, y en base a información entregada por mi representada, se determinó la cantidad producida en cada uno de los meses considerados (según se señala en la Tabla N°6 de la Resolución Sancionatoria), obteniéndose un total de 1.277.814 toneladas producidas en situación de infracción²⁵.
- Luego, se determinó un cociente entre el ingreso promedio por tonelada vendida cada año²⁶ y el costo unitario promedio por tonelada de mineral producida²⁷, determinándose, por tanto, el margen operacional unitario por cada una de las toneladas para cada año considerado como el periodo de infracción²⁸.
- A continuación, se determinó el coeficiente entre el margen operacional unitario y cada una de las toneladas que se habrían producido ilícitamente (al ser producidas por sobre el límite de la RCA, o bien sin autorización), obteniéndose sumando todos los años considerados, el total de ganancias ilícitas. Con esta cifra, la SMA estimó que estas ganancias ilícitas totales obtenidas con motivo de la infracción, en el

²¹ Resolución Sancionatoria, considerando 196.

²² Resolución Sancionatoria, considerando 184.

²³ Dicho concepto es definido en las Bases Metodológicas (p. 38) como aquél “*beneficio asociado a ganancias derivadas de ingresos que, en ausencia de la infracción, no habrían sido obtenidos en ningún momento*”.

²⁴ Resolución Sancionatoria, considerando 185. Para estos efectos, se considera enero de 2013 como el primer mes de incumplimiento, hasta septiembre de 2016, fecha en la que la operación del Proyecto debió haber cesado. Luego, a partir de octubre de 2016 y hasta noviembre de 2018, se considera el periodo en que se extrajo mineral sin autorización alguna (considerando 186)

²⁵ Resolución Sancionatoria, Tabla N°7.

²⁶ Resolución Sancionatoria, Tabla N°8.

²⁷ Resolución Sancionatoria, Tabla N°9.

²⁸ Resolución Sancionatoria, Tabla N°10.

periodo considerado, se determinaba en un total de \$ 1.749.183.700 pesos chilenos, equivalente a 2.961 UTA²⁹.

- Adicionalmente a las ganancias ilícitas, se consideraron los posibles costos retrasados asociados al sometimiento del Proyecto al SEIA, y la consecuente obtención de una RCA favorable³⁰, sin embargo, se señaló que los antecedentes acompañados por la empresa *"no pueden ser ponderados, ya que los mismos no permiten establecer su diferencia de aquellos que se deben efectuar en razón de la acción N°25 del PdC aprobado"* en el presente proceso.
- Finalmente, se determina que, en razón de la aplicación del método de estimación utilizado por la SMA, el beneficio económico estimado asociado a esta infracción asciende a 4.662 UTA³¹.

Como se expondrá a continuación, el cálculo final para determinar el beneficio económico obtenido con ocasión de la infracción imputada en el presente proceso no se encuentra debidamente fundamentado, lo cual deriva en que el acto contenga un vicio de ilegalidad por arbitrariedad, dejando a mi representada en una situación de indefensión que además redundaría en que se aplique una sanción pecuniaria absolutamente desproporcionada, conforme a los antecedentes contenidos en estos autos.

b) Sobre el deber de motivación de las actuaciones de los órganos administrativos

En general, es menester indicar que el deber de motivación o fundamentación que pesa sobre todo órgano administrativo, consiste en la exteriorización explícita de las razones que han llevado a la Administración Pública a dictar un determinado acto. Así, la autoridad al tomar una decisión, tiene el deber de exponer clara y precisamente los motivos que le indujeron a tomarla.

Específicamente en materia de procedimientos sancionatorios, como el del presente caso, la motivación del acto administrativo es de la mayor relevancia, pues asegura que la Administración actuará bajo el principio de legalidad, el cumplimiento del debido proceso y respetando el derecho a defensa del administrado, lo que concreta la plena satisfacción de las garantías de los ciudadanos frente al *ius puniendi* estatal.

²⁹ Resolución Sancionatoria, considerando 193.

³⁰ Resolución Sancionatoria, considerando 194.

³¹ Resolución Sancionatoria, considerando 196.

Por otro lado, y respecto al interés de los particulares, la importancia de la motivación del acto administrativo consiste esencialmente en evitar la arbitrariedad del actuar de los órganos administrativos y en garantizar su derecho a defensa.

Lo anterior tiene como efecto que la Administración deba justificar de forma explícita y suficiente sus decisiones, conforme a la finalidad del servicio y a las circunstancias fácticas y jurídicas del caso concreto. De lo contrario, se puede sostener que la Administración estaría actuando alejándose del marco jurídico que la restringe, en vulneración a derechos de los particulares, generándose, por tanto, un vicio de legalidad en el acto administrativo en cuestión.

Respecto al derecho a defensa, el contener una motivación suficiente y clara permite al afectado recurrir de manera efectiva contra dicho acto, mediante los recursos administrativos y judiciales correspondientes³².

Asimismo, se ha determinado que es especialmente necesario que la actuación de la Administración esté especialmente motivada cuando dichos actos determinen un gravamen a un particular en procedimientos sancionatorios administrativos. Dichos actos se entienden debidamente fundamentados cuando *"(...) el interesado conoce cumplidamente las razones que justifican la decisión administrativa, para posteriormente, poder alegar cuanto le convenga en su defensa. A tal efecto, el requisito de motivación de la graduación de la sanción a imponer no se cumple con las fórmulas convencionales sino proporcionando alguna razón del proceso lógico y jurídico que determina la decisión administrativa, resultando frecuente, en la práctica, una motivación derivada del contexto de las actuaciones o de los informes técnicos precedentes"*³³.

Como veremos en el siguiente acápite la Resolución Sancionatoria ha vulnerado este deber en la forma a que arriba al monto de la sanción derivado de la aplicación de la circunstancia del literal c) del artículo 40 de la LO-SMA.

c) Forma en que se incumple el deber de fundamentación en la Resolución Sancionatoria y efectos que ello genera

En la Resolución Sancionatoria, la SMA analiza las circunstancias que constituirían el beneficio económico obtenido con ocasión de la infracción imputada. Para tales efectos,

³² Contraloría General de la República. Dictamen N° 70.935 de 2015.

³³ Manzano Ángela, La formulación de alegaciones en el procedimiento sancionador, Editorial Bosch (2011), España, p.47.

desarrolla el razonamiento lógico que utilizó a la hora de determinarlo, según se señaló *supra*.

Sin embargo, en un principio determina que “(...) es posible estimar la ganancia ilícita total obtenida por motivo de la infracción, durante el periodo 2013 a 2018, que asciende a un total de \$1.749.183.700 equivalentes a 2.961 UTA”³⁴, para luego señalar que no considerará los antecedentes asociados a costos retrasados por ingreso del EIA para regularizar el Proyecto, y, finalmente, señalar, sin expresar cómo llega a dicha cifra, que el beneficio económico asciende a 4.662 UTA, es decir, 1.701 UTA adicionales en relación a este componente.

En este sentido, la SMA en la Resolución Sancionatoria no explica cuáles son las razones para tal determinación de adicionar 1.701 UTA a este componente, las cuales, en ningún caso corresponden a algún valor cercano al asociado al costo retrasado de ingreso del EIA correspondiente, incluso si no se consideran los antecedentes presentados con motivo del PdC aprobado en estos autos.

De este modo, la suma calculada en sus considerandos no se condice con la conclusión de la misma respecto al componente beneficio económico, careciendo de toda lógica que se determinen las ganancias ilícitas en 2.961 UTA, para luego declarar que el beneficio económico es de 4.662 UTA, sin que siquiera se consideraren otras fuentes que podrían aumentar el factor de beneficio económico.

En efecto, la Resolución Sancionatoria señala que para llegar a la cifra de 4.662 UTA se ha aplicado el “método de estimación utilizado por esta Superintendencia”, el cual se encuentra contenido en las Bases Metodológicas publicadas por vuestro órgano³⁵, pero no explica cómo la aplicación de dicho método ha tenido la aptitud para aumentar este componente en 1.701 UTA, lo cual ya es del todo ilógico pues corresponde a casi el doble de lo determinado por concepto de ganancia ilícita, en circunstancias que ni siquiera se ponderaron los costos retrasados asociados al ingreso del EIA de regularización del Proyecto, ni ningún otro antecedente que pudiera haber sido tenido a la vista por mi representada, o que haya sido explicitado en la señalada resolución.

La falta de motivación ya determinada, produce indefensión a mi representada en el sentido que no podrá ejercer su legítimo derecho a defensa, coartando la posibilidad de recurrir en contra de la resolución dictada, al no expresarse los fundamentos de hecho y jurídicos que llevaron a la SMA a adicionar 1.701 UTA al componente de beneficio económico. Esta

³⁴ Resolución sancionatoria, considerando 193.

³⁵ Bases Metodológicas, apartado 5.1.

indefensión atenta contra el debido proceso consagrado en el artículo 19 N°3 de la CPR y hace devenir el acto reclamado en arbitrario, y por, tanto, ilegal, según la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República³⁶.

Por último, la motivación permite que la autoridad no dicte actos que atenten contra el principio de proporcionalidad que debe regir en esta materia. En este sentido, la motivación permite controlar que el fin perseguido en los procedimientos sancionatorios tenga relación con la sanción impuesta en los mismos. Para este caso, la consideración que se hizo respecto al beneficio económico y que no fue debidamente motivada, convierte en desproporcional la multa impuesta.

En efecto, el principio de proporcionalidad que tiene que regir entre infracciones y sanciones aplicadas funciona *“como un límite al acotado margen de discrecionalidad que debe tener la autoridad administrativa al momento de determinar la sanción aplicable por la comisión de un ilícito administrativo”*³⁷. Pues bien, es del caso apreciar que, en el presente procedimiento, dado que ni siquiera se fundamentaron las razones por las cuales las ganancias ilícitas obtenidas con motivo de la infracción (calculadas en 2.961 UTA) se transformaron en un beneficio económico de 4.662 UTA (es decir, de 1.701 UTA adicionales), se ha aplicado a mi representada una sanción absolutamente desproporcionada a la infracción imputada, lo cual redundaría en una infracción del señalado principio de proporcionalidad.

d) Cálculo erróneo del beneficio económico obtenido de la infracción atendiendo las reglas de la prescripción.

Finalmente, contrariamente a lo indicado en el Considerando 186 de la Resolución Sancionatoria, y atendiendo las reglas de prescripción aplicables, el cálculo del beneficio económico debió limitarse al plazo de prescripción establecido en la misma LO-SMA.

En efecto, es necesario tener presente que, como ampliamente ha sido reconocido por nuestra doctrina y jurisprudencia, en los procedimientos de carácter sancionatorio, debe considerarse la aplicación matizada de los principios que rigen en materia penal.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha fallado que *“Los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por*

³⁶ Contraloría General de la República. Dictamen N°63.920 de 2016. En el mismo sentido, Dictamen N°23.518 de 2016, entre otros.

³⁷ CORDERO Quinzacara, Eduardo. Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el Derecho Chileno. Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), N° XLII, 2014, p. 425.

regla general, al Derecho Administrativo Sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado”³⁸.

En este orden de ideas, cabe destacar que uno de los principios fundamentales en materia penal, que ha de aplicarse por regla general al presente proceso sancionatorio, es el de prescripción de las infracciones y, consecuentemente, de sus efectos. En este sentido, la Excm. Corte Suprema ha declarado que **“la prescripción constituye un principio general de derecho destinado a garantizar la seguridad jurídica, y como tal adquiere presencia en todo el espectro de los distintos ordenamientos jurídicos (...)”**³⁹.

Pues bien, como puede observarse en el presente caso, la prescripción fue interrumpida con el acto de formulación de cargos, de fecha 23 de abril de 2018, notificada el día 24 de abril del mismo año. Así, los únicos hechos que podían ser considerados por la SMA para los efectos del presente proceso, eran aquellos que se encontraban en el rango de prescripción que establece el artículo 37 de la LO-SMA, es decir, desde la interrupción de la prescripción (el 24 de abril de 2018) y tres años hacia atrás (hasta el 24 de abril de 2015)

Sin embargo, para efectos de calcular el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la SMA considera iniciar su contabilización desde enero de 2013, es decir, considerando hechos que, a la fecha de la notificación de la formulación de cargos, se encontraban ampliamente prescritos, contrariando una vez más lo dispuesto en su propia ley orgánica y, consecuentemente, configurando una nueva ilegalidad que debe ser enmendada a través de la resolución que se pronuncie sobre el presente recurso de reposición.

En este sentido, para efectos del cálculo del beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, lo correcto hubiera sido que se consideraran los meses de mayo de 2015 en adelante, por lo que solicito respetuosamente a usted enmendar este error contenido en la Resolución Sancionatoria.

Por tanto, por los motivos anteriores, se solicita la enmienda de la Resolución Sancionatoria en cuanto al quantum de la multa aplicada a mi representada, en los términos antes planteados.

³⁸ Tribunal Constitucional. Sentencia pronunciada el 26 de agosto de 1996 en la causa Rol N°244. Considerando Noveno. En el mismo sentido, ha indicado que *“(...) Aun cuando las sanciones administrativas y las penas difieren en algunos aspectos, ambas pertenecen a una misma actividad sancionadora del Estado –el llamado ius puniendi– y están, con matices, sujetas al estatuto constitucional establecido en el numeral 3º del Artículo 19”* (Sentencia pronunciada el 27 de julio de 2006 en la causa Rol N°480. Considerando Quinto)

³⁹ Excm. Corte Suprema, Sentencia dictada con fecha 30 de marzo de 2015, en la causa Rol N° 929-2015, considerando 7°.

2.3. La Resolución Sancionatoria erróneamente da por configurada la causal de intencionalidad.

De acuerdo con los considerandos 230 a 234 de la Resolución Sancionatoria, esta Superintendencia consideró que mi representada realizó las obras y actividades con intención de hacerlo y con pleno conocimiento de que la ejecución de tales obras y actividades desconocían lo dispuesto en la RCA N°242/2008, por lo que, debieron haberse sometido previamente a evaluación ambiental en el marco del SEIA, estableciendo que hubo intención deliberada de cometer la conducta que configura los hechos infraccionales (considerando 232).

En efecto, lo anterior se determinó atendiendo a la *expertise* de mi representada dentro del rubro minero, lo que le otorga una vasta experiencia en realizar proyectos que, por sus dimensiones, han debido ingresar al SEIA, por lo que, se le considera un sujeto calificado (considerando 230). A lo anterior se agrega que, dentro del contenido de la RCA N°242/2008, que autoriza la ejecución de este proyecto, se delimita el área de explotación minera de una forma clara y evidente, por lo que, no se puede atribuir al error o negligencia el haber sobrepasado los límites geográficos indicados en la RCA, especialmente considerando la envergadura y magnitudes de la expansión de área de extracción efectuada al margen del SEIA (considerando 231).

En atención a ello, al momento de determinar la sanción específica para mi representada, esta Superintendencia consideró la concurrencia de la intencionalidad como factor de incremento del valor de seriedad de la sanción aplicada.

Asimismo, de acuerdo con el considerando 229, mi representada ha señalado que, no existen antecedentes que permitan verificar que ha actuado dolosamente en contravención a sus obligaciones jurídicas asociadas a la exigencia que se reputa infringida en el presente cargo, ni menos de haber provocado los efectos negativos derivados del mismo.

Por su parte, de acuerdo con las Bases Metodológicas para la determinación de Sanciones Ambientales de la SMA, se establece que la intencionalidad se verificará cuando el infractor comete dolosamente el hecho infraccional y, por el contrario, cuando la infracción fue cometida solo a título culposo o negligente, esta circunstancia no será considerada.

A su vez, dentro de la misma Guía se hace referencia a la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental en el caso de Pampa Camarones, donde se establece respecto de la intencionalidad que, en sede infraccional, para que estemos en presencia de una conducta dolosa, a lo menos, debe probarse la concurrencia de dolo eventual

De acuerdo con ello, resulta relevante considerar que la intencionalidad requiere la concurrencia de intención deliberada de la comisión de la infracción y no basta con acreditar un incumplimiento producto de un error o negligencia, por lo que, no basta la simple inobservancia de las exigencias infringidas, por lo que, en esta sede resulta relevante indagar en la voluntad interna del autor.

En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, estableciendo que la determinación de la intencionalidad obedece a un juicio de reproche de la conducta infractor, por lo que, no basta con atribuir su concurrencia en aquellos casos en que hubo falta de previsión o falta de ejecución de medidas para evitar los hechos, sino que se requiere un juicio de reproche en que se atribuya que el infractor conocía y quería ejecutar los hechos. Esto se debe a que, la evaluación del artículo 40 letra d) de la LO-SMA corresponde a un factor de incremento del valor de seriedad de la sanción aplicada, por lo que, para su concurrencia se requiere acreditar un actuar doloso, no bastando la mera concurrencia de la culpa o imprudencia.

En esta línea, en la doctrina del derecho administrativo sancionador se ha establecido que el dolo o intencionalidad se compone de dos elementos, un intelectual, que atiende al conocimiento que tiene el autor de los hechos, así como de su antijuridicidad; y otro volitivo, que requiere que el autor persiga deliberadamente la ejecución de los hechos ilícitos, o que se acepten las consecuencias inevitables que estos hechos van a producir (dolo directo), o que se asuman las consecuencias probables de su actuación (dolo eventual)

De esta forma, se ha señalado que, si bien para la configuración de las infracciones a la normativa ambiental puede prescindirse de este elemento volitivo, por aplicación de la culpa infraccional, este elemento de la conducta del infractor debe ser considerado a la hora de analizar la intencionalidad como factor de incremento del valor de seriedad de la sanción, puesto que, a través de su análisis se puede ahondar en la conducta del infractor en el sentido que ha mandatado la jurisprudencia citada, donde se ha establecido que para la configuración de la intencionalidad, se requiere a lo menos, de la concurrencia del dolo eventual, no bastando para emitir este juicio un mero análisis de error o negligencia.

Por ello, no resulta razonable la aplicación de este componente en la sanción específica, puesto que, su análisis se limita a ponderar, en abstracto, el grado de conocimiento y *expertise* de mi representada de acuerdo con su actividad en la industria minera y el grado de conocimiento de las obligaciones ambientales (al constar ellas en la Ley y en la RCA citada por la SMA), sin considerar, que debido a la complejidad de cada proyecto particular, en la práctica de los proyectos sujetos a la regulación ambiental en general, se puede desconocer

el detalle de los alcances jurídicos de cada una de sus obligaciones y la aplicación concreta de las mismas.

Lo anterior se debe a que, esta Superintendencia en su Resolución Sancionatoria no hizo referencia a ningún elemento probatorio que permita acreditar la concurrencia de esta circunstancia a partir de la conducta de mi representada, por lo que, dicho análisis no satisface el estándar de acreditar fehacientemente la presencia del elemento volitivo, cuya concurrencia es esencial para determinar la aplicación de este factor de incremento de la sanción.

En atención a ello, se solicita rectificar este análisis de intencionalidad en la Resolución Sancionatoria, descartando la aplicación de la circunstancia de intencionalidad regulada en la letra d) del artículo 40 de la LO-SMA.

2.4. La sanción impuesta es arbitraria y desproporcionada atendido el objetivo persuasivo de la sanción, la cooperación de EXPLODESA, su voluntad de cumplimiento y las medidas correctivas implementadas.

a) La resolución sancionatoria es arbitraria y desproporcionada atendido el objetivo persuasivo de la sanción

En segundo término, queremos relevar que no existe relación alguna entre cooperación y tendencia al cumplimiento con el tratamiento sancionatorio que luego esta Superintendencia otorga a mi representada. Es decir, se trata de un caso cuyas características antes descritas se suman a una actitud totalmente diferente a la asumida por EXPLODESA, la que -a diferencia de dicho titular- ha propuesto Programa de Cumplimiento, cerrar voluntariamente el proyecto mediante un EIA de cierre e incluso reparar *ex ante* lo imputado. En cambio, el referido procedimiento contempla una omisión de propuesta de acciones referente a un sitio que, el año 2017, fue declarado Santuario de la Naturaleza por el Ministerio del Medio Ambiente⁴⁰, prosiguiendo con una defensa cerrada que -incluso- omitió la defensa mediante descargos dentro del plazo legal.

Es decir, una conducta contumaz respecto de una afectación que igualmente configuró daño ambiental reparable (a pesar de dañar el doble de superficie que EXPLODESA, provocó que -finalmente- el titular no haya sido objeto de sanción pecuniaria alguna, a pesar que

⁴⁰ Decreto Supremo N° 44 de 19 de diciembre de 2016 (publicado el 17 de mayo de 2017), del Ministerio del Medio Ambiente, que declara Santuario de la Naturaleza a Quebrada de La Plata, comuna de Maipú, Región Metropolitana.

aquella no es alternativa de sanciones operacionales de acuerdo a los arts. 38 y 39 de la LO-SMA. Así, si bien es posible indicar que una medida operacional pueda ser considerada como el máximo nivel punitivo (Cons. 187 y ss., Res. Ex. 432 de 1 de junio de 2015, Superintendencia del Medio Ambiente), lo cierto es que su imposición, en los hechos, en ningún caso resulta ser peor que una sanción pecuniaria como la de la especie. En este sentido, basta considerar solamente que, si la conducta rebelde sólo provoca la clausura del proyecto, nada obsta al abandono del mismo y la reinversión económica en otro proyecto diverso, mientras que una multa invalidante como la impuesta a EXPLODESA no sólo provoca el cierre del proyecto Cardenilla sino que además impide que el titular siquiera planifique un proyecto diverso en otro sitio del país, aún con evaluación ambiental, pues hace inviable cualquier tipo de iniciativa de este tipo.

En este contexto, las propias Bases Metodológicas para la aplicación de sanciones ambientales de esta Superintendencia (aprobada mediante Res. Ex. N° 85 de 22 de enero de 2018), establece que la sanción debe ser flexible, consistente y considerar las circunstancias específicas del caso y del infractor, debiendo mantener un trato justo y equitativo para los regulados (p. 29).

Lo anterior implica que debe conservarse un grado de flexibilidad en la determinación de la sanción que permita valorar las circunstancias particulares del caso y del infractor, haciendo legítimas diferencias a casos en apariencia similares. Así, prosiguen las Bases, dicho principio se encuentra vinculado con el fin preventivo de la infracción ya que permite ajustar la sanción dependiendo del efecto que ésta tendrá en el destinatario. También permite adecuar la sanción con el objeto de proporcionar incentivos para ejercer determinadas conductas positivas, como aquellas que propenden a la corrección de la infracción y sus efectos (p. 29).

Que lo anterior claramente no se ajusta con lo considerado en la Resolución Sancionatoria, cuya desproporcionalidad ha provocada el sin sentido de no sólo desincentivar conductas infraccionales futuras, sino que además derechamente omitir cualquier tipo de iniciativa de inversión sobreviniente en razón de la capacidad económica del infractor.

Se reitera, a diferencia de un proyecto como el de Minera Española que podría seguir desarrollando su giro a pesar de dañar ambientalmente un sitio más grande que el de EXPLODESA y de no mostrar ninguna actitud que incentive -administrativamente- el daño causado. ¿Es sostenible entonces que haber mantenido una conducta contumaz hubiese ayudado a este infractor a poder igualmente desarrollar proyectos alternativos? Lamentablemente, de la constancia de los hechos descritos pareciera que sí, siendo que la definición del espíritu de la LO-SMA suponía apuntar hacia la dirección contraria, es decir,

incentivando el cumplimiento en pro del desarrollo de proyectos económicamente sostenibles.

Lo mismo ocurre, por ejemplo, en el caso del procedimiento Rol F-017-2015 (Agrícola y frutícola Veneto Ltda.), cuyo Programa de Cumplimiento fue derechamente incumplido por el titular. Así, en la Res. Ex. N° 411 de 5 de abril de 2018 se determinó por vuestra autoridad un beneficio económico de 1.622 UTA, incumpliendo parcialmente 6 acciones de su PdC e incumpliendo totalmente 1 acción adicional considerada como esencial y la más importante de dicho instrumento, imponiendo la sanción de clausura definitiva del proyecto. Se ha destacado (Cons. 204) que *“la empresa ha mantenido una conducta reiterada, por cuanto ha sido sancionada tanto por la COREMA como por otros organismos sectoriales, según consta en los antecedentes relatados en esta resolución, y aún así persiste en el funcionamiento ilegal de sus instalaciones. Se debe destacar que la COREMA, a través de Res. Ex. N° 295/2012 sancionó a la empresa con la revocación de la RCA, y no obstante lo anterior continuó funcionando sin ejecutar el cierre de sus instalaciones según lo ordenado por dicha resolución”*.

En este caso, ocurre lo mismo que en el ejemplo anterior. El mensaje, ante un titular que rehúye abiertamente sus obligaciones ambientales, es que cerradas las instalaciones objeto de infracción puede considerar reinvertir su capital en un proyecto diverso, sin haber siquiera aportado en la reparación o restauración del daño o riesgo provocado, a pesar de que la misma resolución (Cons. 206) cita el fallo Rol C-02-2013 del Segundo Tribunal Ambiental que precisamente versa sobre el objeto de la sanción, indicando que *“en la práctica, el infractor no ha recibido por parte de la Administración ninguna consecuencia desfavorable por vulnerar el Ordenamiento jurídico; por el contrario, el mensaje que se entrega al infractor -prevención especial- no es precisamente disuasivo, ya que sabrá que ante una infracción similar le bastará con cerrar el centro y trasladarse al lugar autorizado”*.

En aplicación del principio recogido por el Segundo Tribunal Ambiental necesariamente debe considerarse la conducta que el titular despliega antes, durante y después del procedimiento sancionatorio de rigor en tanto resulta evidente la diferencia entre la disuasión punitiva respecto de un procedimiento en el que se prestó colaboración total que respecto de otro en que se prefirió una conducta contumaz. Al fin y al cabo, pareciera ser que la conducta rebelde premia al infractor que luego puede reinvertir capital en otro lugar, mientras que la colaborativa provoca la insolvencia de quien quiso cooperar con la investigación y la reparación de aquello que dañó, cerrándole la posibilidad de poder invertir capital económico y humano en otro proyecto con la lección persuasiva aprendida.

Que, lo anterior, en ningún caso obsta a la aplicación de las competencias de esta SMA, tanto desde el punto de vista de la LO-SMA como de sus bases metodológicas. En efecto, la aplicación de los principios antes citados necesariamente debe ser ponderados dentro de lo dispuesto por el art. 40 letra i) de la LO-SMA, que precisamente otorga el margen suficiente para que esta SMA, sin contravenir lo dispuesto en las Bases Metodológicas, aplique una sanción proporcional que impida la insolvencia y término definitivo de la actividad económica del titular.

En consecuencia, como podrá observar esta Superintendencia, no existe criterio lógico que funde la aplicación de una multa como la impuesta a EXPLODESA, una empresa que ha colaborado y propuesto medidas directas de reparación, asumiendo su responsabilidad en lo que jurídicamente le corresponda, versus la conducta displicente e incluso rebelde de otros titulares que, lejos de utilizar los instrumentos de incentivo al cumplimiento ambiental, han preferido el abandono de modo de movilizar su capital hacia proyectos nuevos.

EXPLODESA, como se ha indicado, ha quedado impedida de toda nueva iniciativa de inversión, no sólo por la disuasión asociada a este tipo de sanción, sino que directamente por el impacto económico que la multa genera, quedando en una posición claramente peor que la de los titulares antes reseñados. Por lo mismo, los incentivos asociados al cumplimiento, como el propio Programa, o incluso considerando que el titular desarrolla un proyecto (EIA) de cierre como medida correctiva esencial para la detención del daño, no han servido de nada para mitigar el severo impacto que la sanción ha dejado en la empresa, a pesar de que ésta, dentro de sus posibilidades, ha entregado toda la colaboración posible para que vuestra autoridad desarrolle su labor de fiscalización.

b) Contrariamente a lo indicado en la Resolución Sancionatoria se configuran plenamente las circunstancias de Cooperación Eficaz y Aplicación de Medidas Correctivas, conforme al literal i) del artículo 40 de la LO-SMA.

En primer término, de acuerdo con el considerando 249 de la resolución que se impugna, se estableció la configuración parcial de la cooperación eficaz, en circunstancias que, mi representada dentro de todo del procedimiento ha mantenido una actitud colaborativa y de cooperación hacia la investigación y esclarecimiento de los hechos por parte de esta Superintendencia.

En efecto, tal como se indica en el considerando 248 de la Resolución Sancionatoria, mi representada ha colaborado con el procedimiento a través de la respuesta a requerimientos

de información formulados por esta Superintendencia en tiempo y en forma, cooperado en los procedimientos de fiscalización y ha remitido la información comprometida en su RCA a través del sistema de seguimiento ambiental de la SMA.

Asimismo, y dentro de su oportunidad procesal, en su escrito de descargos se han reconocido los hechos infraccionales en su totalidad y solo, ha controvertido de manera parcial la clasificación de gravedad de la infracción y, solo respecto de la aplicación de la letra a) del artículo 36 N°1 de la LO-SMA, que se relaciona con la existencia de daño ambiental irreparable. Pero, dicha controversia no se ha replicado en relación con la clasificación establecida por la letra f) del artículo 36 N°1 de la LO-SMA, en que se clasifica la presente infracción como gravísima por haber ejecutado un proyecto o actividad al margen del SEIA.

En efecto, se podría considerar razonable que si mi representada hubiese impugnado la clasificación de gravedad de ambos literales del artículo 36 N°1 de la LO-SMA, se hubiese considerado la cooperación eficaz de manera parcial, dado que se discutiría la gravedad de los hechos. Sin embargo, fue tal el grado de cooperación de mi representada que, en su presentación de descargos siquiera discutió la clasificación de gravedad de la infracción, por lo que, no se logra comprender la consideración parcial de la concurrencia de esta circunstancia en el presente caso.

Por otra parte, resulta relevante observar lo establecido en la Guía de Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales de esta Superintendencia, donde se establece que el fin de la cooperación eficaz consiste en contribuir con el esclarecimiento de los hechos imputados, sus circunstancias y/o efectos durante el procedimiento de investigación y sanción. De esta forma, se busca incentivar la cooperación del infractor, con el fin que tanto la investigación y el procedimiento sancionatorio se resuelvan de forma expedita, eficiente y eficaz⁴¹.

En esta línea, si bien, se establece que el allanamiento corresponde a la fórmula de mayor relevancia dentro de la cooperación, se indican otras fórmulas que permiten ponderar la concurrencia de esta circunstancia, que no solo se limitan al allanamiento, sino que, se refieren a la respuesta oportuna, íntegra y útil de requerimientos de información, aporte de antecedentes para esclarecer los hechos y para ponderar las circunstancias del artículo 40. Por lo que, no se le puede otorgar al allanamiento total de los hechos y calificación

⁴¹ Guía Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales, *Superintendencia del Medio Ambiente*, 2017. p. 45.

jurídica el monopolio de la cooperación eficaz total, como se desprende de la lógica de los resuelto en la Resolución Sancionatoria.

Por su parte, otorgar tal estándar a la concurrencia de esta circunstancia, implica en los hechos mermar el derecho de defensa de cualquier infractora que, bien puede en un espíritu colaborativo reconocer los hechos imputados, pero controvertir la calificación jurídica.

En efecto, el derecho de defensa corresponde a una garantía procesal reconocida en nuestra Constitución y en Tratados Internacionales, que es un componente del debido proceso y justo y racional procedimiento. En este sentido, una de las garantías del debido proceso, se relaciona con la bilateralidad de la audiencia, mediante la cual se garantiza la igualdad de armas para un imputado en el conocimiento oportuno de la acción, formulación de defensas, rendición y controversia de la prueba, para asegurar con ello la existencia de una decisión imparcial⁴².

Por ello, se considera alejado del debido proceso que solo se pueda configurar la cooperación eficaz en el caso que el allanamiento sea total, puesto que, del contenido de la Guía se desprende que ese no es el fin último de esta causal de determinación de sanciones, sino que, busca generar incentivos que le permitan obtener información por parte del imputado, de esta manera permitir la sustanciación de procedimientos sancionatorios más expeditos y menos costosos para la administración, en aplicación de los principios de eficiencia y eficacia.

Por tanto, se solicita considerar que el caso la cooperación eficaz de mi representada es total y, con ello ajustar la determinación de la sanción de mi representada en consideración de estas precisiones.

En lo que se refiere a la aplicación de medidas correctivas, en su oportunidad, mi representada señaló su aplicabilidad para este caso, puesto que, entre las acciones correctivas desplegadas, se ha comprometido la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental asociado con el cierre del proyecto y durante el año 2018 cesaron las operaciones de Minera Cardenilla.

No obstante, de acuerdo con el considerando 260 de la Resolución Sancionatoria, esta Superintendencia estimó que la presentación del EIA no corresponde a una medida correctiva que deba ser considerada como factor de disminución de la sanción, puesto que, esta medida se comprometió en el contexto del Programa de Cumplimiento aprobado por

⁴² GARCÍA Gonzalo y CONTRERAS Pablo. El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno, Scientific Electronic Library Online, 2013.

esta Superintendencia, en cuyo contenido se compromete la presentación de un EIA de cierre.

En efecto, en dicho considerando se indicó que, de no haber mediado el Programa de Cumplimiento, no se habría adoptado esta medida en forma voluntaria, puesto que ella se estaría ejecutando en el marco de dicho Programa que fue aprobado.

Al respecto, resulta relevante mencionar que no resulta lógico desestimar la presentación de un EIA de cierre como una medida correctiva, puesto que, tal como se indica al principio del considerando en referencia, esta es una medida que se encuentra correctamente encaminada a hacerse cargo de los efectos de la infracción.

Por su parte, de acuerdo con la Guía Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales, mediante esta circunstancia se busca establecer incentivos para que el infractor adopte acciones para volver al cumplimiento y subsane los efectos de su infracción.

De esta manera, no resulta ser efectivo aquello sostenido por esta Superintendencia, indicando que prácticamente mi representada comprometió el EIA de cierre al verse “obligada” dentro del marco del Programa de Cumplimiento”. Al respecto, resulta relevante sostener que los Programas de Cumplimiento corresponden al ejercicio de una facultad que la LO-SMA se otorga a los infractores, mediante la cual, les permite de manera voluntaria presentar un plan de acciones y metas, cuya ejecución satisfactoria tiene el efecto de dar por concluido el procedimiento sancionatorio sin la aplicación de sanciones.

De esta forma, el Programa de Cumplimiento, cuyo ejercicio es voluntario, viene a ser uno de los mecanismos de la regulación ambiental vigente que busca incentivar al titular para ejecutar acciones que le permitan volver al cumplimiento de la normativa ambiental, por lo que, su propósito resulta ser absolutamente compatible con la aplicación de esta circunstancia y con el fin de la regulación sancionatoria ambiental.

De esta manera, no se puede establecer como fundamento para desestimar la aplicación de medidas correctivas, considerando solamente la conducta que mi representada hubiera o no desplegado de mediar o no mediar Programa de Cumplimiento, puesto que, su curso de acción corresponde a un curso discrecional de EXPLODESA respecto del cual, esta Superintendencia no puede suponer conductas diversas frente a un escenario que no se ha presentado.

En atención a que el EIA de cierre se presenta como un instrumento para subsanar los efectos de su infracción, se solicita que esta Superintendencia considere la aplicación de esta circunstancia para ajustar la sanción aplicada a mi representada.

2.5. Desproporción de la sanción en relación con la fisonomía de la empresa, su tamaño y capacidad de pago.

Como se expondrá, la Resolución Sancionatoria aplicó ilegalmente la circunstancia del artículo 40 letra f) de la LO-SMA al no considerar el tamaño de EXPLODESA como industria minera y su capacidad de pago, conforme se pasa a argumentar:

a) Capacidad económica: EXPLODESA una empresa de la mediana minería

En primer lugar, si bien, en los procedimientos administrativos sancionatorios de la SMA uno de los criterios de determinación de las sanciones se relaciona con la definición de la capacidad económica de la infractora (de acuerdo con el artículo 40 letra f de la LO-SMA), cabe hacer presente que este criterio cuenta con limitaciones a la hora de determinar el tamaño de una empresa de la industria minera, puesto que, en el caso de la minería resulta relevante tener otras consideraciones relacionadas con el tamaño de cada empresa dentro de la industria.

De acuerdo con la Guía de la SMA Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales, la capacidad económica de la infractora se determina en bases a dos aspectos: el tamaño de la empresa y la capacidad de pago. Respecto del tamaño de la empresa, en la Guía se indica que se considerará la clasificación por tamaño económico utilizada por el Servicio de Impuesto Internos (SII), la que se construye en base a una estimación de ingresos por ventas anuales, o en su defecto, el tamaño económico se estimará a partir de la información de ingresos contenida en los Estados Financieros del infractor, u otro documento que permita determinar su nivel de ingresos anuales⁴³.

Si bien, en la Guía no se especifica otro criterio para determinar el tamaño económico de la infractora, es relevante hacer presente que en su contenido se establece el principio que consagra que la sanción debe ser flexible, consistente y considerar las circunstancias específicas del caso y del infractor. De acuerdo con ello, se establece que la sanción debe mantener un trato justo y equitativo para los regulados, valorando las circunstancias particulares de cada caso e infractor y haciendo legítimas diferencias a casos en apariencia similares⁴⁴.

⁴³ Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales, SMA, 2017. p. 43.

⁴⁴ Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales, SMA, 2017. p. 29.

De esta forma, se considera que, en el momento de determinar la capacidad económica de una empresa de la industria minera, se deben considerar además de los criterios generales establecidos por la SMA en la citada guía metodológica, aquellos criterios particulares relacionados con la industria, puesto que, a diferencia de otros sectores productivos, la industria minera determina el tamaño de los proyectos en base a la producción. En efecto, un criterio que ha sido sumamente tratado al momento al determinar el tamaño los proyectos mineros, se relaciona con su posicionamiento dentro de la escala de producción, de lo cual, ha surgido la nomenclatura de la pequeña, mediana y gran industria minera.

De acuerdo con la literatura, la importancia de esta distinción por tamaño de producción radica en una serie de factores diferenciadores que caracterizan a estas empresas, por ejemplo, la gran minería posee mayores eficiencias en mano de obra, es intensiva en capital y su mercado objetivo es el extranjero, mientras que, la pequeña y mediana minería se caracteriza por poseer menores eficiencias de mano de obra, ser intensiva en mano de obra y su mercado es mayoritariamente interno, con el poder comprador local representado principalmente por la Empresa Nacional de Minería (ENAMI)⁴⁵.

Al momento de clasificar el tamaño con que opera mi representada, de acuerdo con el tamaño de la producción, es posible determinar que EXPLODESA se encuentra dentro del tamaño de producción de la mediana minería, puesto que, la producción mensual de mina Uva corresponde a 48.826 ton/mes para el año 2019.

En base a estos antecedentes, resulta relevante considerar, a la hora de determinar las sanciones aplicables en este caso en particular, que mi representada se encuentra dentro de la industria de la mediana minería de acuerdo con criterios de clasificación usados habitualmente dentro de la industria. Sin embargo, este tipo de clasificación no ha sido considerada por esta Superintendencia, ajustando la clasificación del tamaño económico de mi representada a consideraciones generales que no guardan ninguna relación con su tamaño dentro de la industria y su comparación con otras empresas del rubro.

Lo anterior es especialmente relevante, si se considera que entre la mediana y la gran minería median diferencias relevantes en relación con la inversión, el capital, la optimización de la mano de obra, entre otros aspectos, por lo que, se considera que, en este caso, no se puede determinar el tamaño de la empresa restringiendo su determinación en base a criterios generales, puesto que, ello no guarda ninguna relación con la realidad de la industria minera y hace que la multa determinada para este caso sea

⁴⁵ RIVERA Nathaly y AROCA Patricio, *Escalas de producción en economías mineras. El caso de Chile en su dimensión regional*, Scientific Electronic Library Online 2013. Ver: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0250-71612014000300012

desproporcionada en relación con el tamaño de empresa de mi representada en el rubro minero.

- b) Los antecedentes financieros debidamente acompañados en este procedimiento sanción y los que se aportan en esta presentación, dan cuenta de una situación financiera deficitaria que merman significativamente su capacidad de pago.**

Ahora bien, y tal como se indicó, de acuerdo con la guía de Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales de la SMA (2017), la capacidad económica se determina en base a dos componentes: el tamaño de la empresa y la capacidad de pago.

La capacidad de pago ha sido entendida como *“la situación financiera específica del infractor en el momento de la aplicación del conjunto de las sanciones pecuniarias”*⁴⁶. En esta línea, esta misma SMA ha sostenido que la determinación de la capacidad de pago se debe definir en base a la situación financiera específica del infractor al momento de determinarse la multa⁴⁷, con el objeto de evitar imponer una carga financiera desproporcionada a una entidad que no pueda soportarla. De hecho, y aún más, su propia Superintendencia ha indicado que la capacidad de pago corresponde a la capacidad de pago del conjunto de las sanciones pecuniarias que corresponde aplicar⁴⁸.

Lo anterior es relevante desde el punto de vista del fundamento por el cual se considera la capacidad económica dentro de los componentes para determinar las sanciones, debido a que su uso se sustenta en la necesidad de establecer una relación de proporcionalidad entre las sanciones y la situación financiera de la empresa que redunde en la aplicación de principios de equidad y justicia.

⁴⁶ SMA. Guía de Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales (2017).

⁴⁷ Res. Ex. SMA N°122/2019, de 25 de enero de 2019, considerando 334 (dictada en procedimiento Rol D-029-2018). En el mismo sentido, las resoluciones sancionatorias de los procedimientos; Rol F-036-2017 (Res. Ex. N°512/2018 de 03 de mayo de 2018, considerando 70); Rol D-026-2017 (Res. Ex. N°120/2017 de 30 de enero de 2018, considerando 278); Rol A-002-2013 (Res. Ex. N°72/2018, de 17 de enero de 2018, considerando 267) , Rol F-010-2013 (Res. Ex. N°765/2013, de 29 de julio de 2013, considerando 91), Rol F-002-2013 (Res. Ex. N°821/2013, de 13 de agosto de 2013, considerando 66), D-001-2013. (Res. Ex. N°826/2013, de 14 de agosto de 2013, considerando 59).

⁴⁸ SMA. Guía de Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales (2017), p. 74. En el mismo sentido, Res. Ex. N° 1339 de 27 de noviembre de 2013 dictada en proceso de sanción seguido en contra de ENAP Refinería S.A y, Res. Ex. N° 198 de 18.03.2015, que resolvió proceso de sanción en contra de SCM Minera Lumina Copper Chile.

De este modo, la circunstancia de incapacidad de pago o de capacidad económica mermada se constituye como una excepción frente al cálculo original de la multa en base a beneficio económico y gravedad de la infracción.

En el presente caso, los antecedentes financieros acompañados en el proceso de sanción y los acompañados en esta presentación (Balances Tributario a noviembre de 2019), permiten acreditar la situación financiera crítica en que se encuentra mi representada, y que merman significativamente su capacidad de pago.

Para el análisis de la situación financiera del infractor de mi representada, y a fin de determinar cuál es la real capacidad de pago para hacer frente a la multa impuesta, se toma como referencia el modelo de ratios financieros de la Agencia Nacional de Protección Ambiental (en adelante, "EPA") de los Estados Unidos, denominado *Abel*⁴⁹ (en adelante, modelo Abel US-EPA), que permite determinar tanto la procedencia de su aplicación como el monto de la rebaja en aplicación de este criterio.

Si se aplica este modelo a la situación financiera actual de EXPLODESA, se puede concluir la procedencia de la capacidad económica como circunstancia que disminuye el monto de la sanción. De acuerdo al modelo Abel US- EPA, con la información financiera requerida⁵⁰ y entregada a la SMA⁵¹, se procede a realizar el análisis de *ratios financieros*, calculando en base a 5 indicadores claves:

- Razón deuda patrimonio: definida como el total de deudas (Pasivos) dividido el total del patrimonio de los accionistas en la sociedad.
- Razón circulante: entendido como el activo (efectivo y activos fácilmente liquidables) divididas las deudas de corto plazo.
- Razón de cobertura de intereses: esto es, las ganancias previas a los intereses e impuestos, divididos los gastos del pago de intereses, para definir la facilidad con la cual el infractor puede pagar los gastos de intereses derivados de sus deudas.

⁴⁹ EPA, "Overview of Ability To Pay Guidance And Models", Mayo de 1995, p. 3.

⁵⁰ La información financiera mínima para definir el perfil financiero, y determinar si el infractor se encuentra en una dificultad financiera extrema, se refiere, entre otros antecedentes, a: (i) Balances financieros, (ii) Estado de resultados, con indicación de ganancias en base a ventas y costos, restando intereses, depreciaciones, disminuciones de capital, amortizaciones y otros gastos operacionales, y (iii) Registro histórico de flujos de caja

⁵¹ Con fecha 22 de agosto de 2019, se acompañaron los Estados de Resultados comparativos anuales de los años 2013 al primer semestre de 2019. Se hace presente que los Estados Financieros Individuales, correspondientes a los períodos del 30 de septiembre de 2019 y al 31 diciembre de 2018, efectúan un ajuste en las tarifas de venta de mineral, las cuales se encontraban desactualizadas. Los Estados de Resultados a septiembre de 2019 han sido presentados a la Banca con estos ajustes.

- Razón de Beaver: referido al flujo de caja posterior al pago de impuestos dividido por el total de sus deudas, dando información sobre su solvencia y probabilidad de mantenerse en el negocio.
- Altman Z-Score: es un modelo para predecir la insolvencia, el cual se calcula a partir de los criterios anteriores.

Con la información financiera de los años 2017 a la fecha, en aplicación del modelo Abel US-EPA, se pueden arribar a las siguientes ratios financieros, sin considerar la multa actualmente impuesta por la SMA:

Tabla 1 Ratios Financieros Históricos (sin multa de la SMA)

Ratios Financieros Históricos	2017	2018	2019	Situación financiera de Explodesa
Razón deuda patrimonio	0,28	0,95	2,57	Estos factores dan cuenta de la dificultad de EXPLODESA de endeudamiento adicional al capital ⁵² .
Razón circulante	3,82	2,08	0,93	Este factor indica que EXPLODESA presenta serios problemas de liquidez ⁵³ .
Razón de cobertura de intereses	NA*	NA*	-11,45	Este factor indica que EXPLODESA posibles dificultades para asumir pagos futuros asociados a intereses por préstamos de dinero ⁵⁴ .
Razón de Beaver	0,338	0,022	0,032	Condición financiera crítica ⁵⁵ .
Altman's Z-Score	4,12	1,66	0,49	Posible situación de quiebra en los próximos dos años, si las condiciones financieras no mejoran ⁵⁶ .

⁵² Según el modelo Abel-US EPA, un valor mayor que 1,5 indica una posible dificultad de endeudamiento adicional al capital.

⁵³ El mismo modelo indica que un valor menor que 1,0 indica serios problemas de liquidez.

⁵⁴ El referido modelo indica que un valor menor que 2,0 indica posibles dificultades de pago de intereses de préstamos de dinero.

⁵⁵ Para un valor menor a 1, el modelo Abel US-EPA indica que la empresa evaluada se encuentra en una situación financiera crítica.

⁵⁶ Un factor menor a 1,23 indica una posible situación de quiebra en los próximos dos años, si las condiciones financieras no mejoran.

* Esta ratio no aplica para los años 2017 y 2018 dado que el EBIT es negativo y los gastos por intereses corresponden a "0"

A partir del análisis se puede concluir que EXPLODESA se encuentra en una situación financiera crítica, sin flujo de caja ni capacidad de endeudamiento adicional a la actualmente existente.

Lo más preocupante aún, es que, en base a los antecedentes y el modelo Abel US-EPA, mi representada ni siquiera tendría capacidad para asumir una multa en los rangos aplicados por la SMA, conforme se pasa a exponer a continuación:

Tabla 2 Ratios Financieros Históricos (con multa de SMA)

Ratios Financieros Históricos	2017	2018	2019	Situación financiera de Explodesa
Razón deuda patrimonio	0,49	1,86	5,02	Estos factores dan cuenta de la dificultad de EXPLODESA de endeudamiento adicional al capital.
Razón circulante	1,23	1,15	0,69	Este factor indica que EXPLODESA presenta serios problemas de liquidez.
Razón de cobertura de intereses	NA*	NA*	-11,45	Este factor indica que EXPLODESA posibles dificultades para asumir pagos futuros asociados a intereses por préstamos de dinero.
Razón de Beaver	0,015	0,005	0,002	Condición financiera crítica.
Altman's Z-Score	2,78	0,98	0,12	Posible situación de quiebra en los próximos dos años, si las condiciones financieras no mejoran.

* Esta ratio no aplica para los años 2017 y 2018 dado que el EBIT es negativo y los gastos por intereses corresponden a "0"

Se acompaña a esta presentación, archivo xls., que detalla el análisis de estos ratios financieros.

De esta forma, con la información financiera requerida en el modelo Abel US- EPA para el análisis de capacidad de pago, únicamente cabe concluir que la multa impuesta por la SMA podría incluso conducir a la quiebra de la empresa, pues carece de capacidad de pago para solventar una multa de la magnitud impuesta por la SMA.

Finalmente, relevamos nuevamente, que resulta evidente que la ausencia de una adecuada ponderación de la capacidad económica de mi representada ha influenciado determinadamente en el cuantioso monto de la sanción impuesta, incluso si compara con sanciones impuestas a empresas de la gran minería, en circunstancias que EXPLODESA integra la mediana minería, como ya indico.

Por tanto, solicito a Ud. ponderar adecuadamente esta circunstancia, determinando su aplicación como circunstancia que disminuye el monto de la sanción de la sanción aplicable a un monto que permita la continuidad del negocio de mi representada, y asumir su deber de reparación del medio ambiente dañado, y en subsidio, imponga una sanción de clausura temporal, de modo que, mi representada pueda junto con mantenerse en el mercado, destinar los recursos financieros disponibles a cumplir con los programas de cumplimiento actualmente en curso y presentar plan de reparación para el daño derivado de la infracción imputada.

2.6. La falta de proporcionalidad en la sanción aplicada, la falta de fundamentación y las infracciones al principio de igualdad ante la ley, constituyen vulneraciones a garantías constitucionales.

Dados los argumentos que se desarrollaron en esta sección, relativos a la falta de proporcionalidad y fundamentación de la Resolución Sancionatoria, además de no respetarse el principio de igualdad en la aplicación de la sanción pecuniaria a la que se ha condenado a mi representada, es necesario indicar que dichos vicios, consecuentemente, producen vulneraciones a las garantías consagradas a todas las personas en la Constitución Política de la República.

En efecto, la necesidad de que se aplique el principio de proporcionalidad en la imposición de sanciones administrativas es un efecto del principio de igualdad, consagrado en el artículo 19 N°2 de la Carta Fundamental⁵⁷. En este sentido, se ha entendido que, al tomarse una decisión desproporcionada y carente de fundamento (como ha ocurrido en el presente caso), ésta sería inconstitucional, al ser arbitraria⁵⁸.

⁵⁷ El Artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República garantiza a todas las personas la igualdad ante la ley, señalándose en el inciso segundo de esta norma que *"Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias"*.

⁵⁸ IÑIGUEZ, Andrea. "La noción de "categoría sospechosa" y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N°XLIII (2014). p. 505. En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que *"lo relevante, sin embargo, es que no se ha demostrado por quienes reprochan la constitucionalidad de la regla"*

Del mismo modo, también es contrario a la Constitución que, en el evento que existan iguales circunstancias, se dé un trato distinto (como ha ocurrido en estos autos, según se ha explicado *supra*).

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha indicado que “(...) la igualdad ante la ley consiste en las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse la ley en caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo (...)”⁵⁹.

En esta misma línea, la distinción que pueda realizar la autoridad ha de suponer un test de razonabilidad que se encuentra además constreñido por el principio de proporcionalidad. En efecto, el Tribunal Constitucional ha señalado sobre ello que “(...) resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados”⁶⁰.

Así, el principio de proporcionalidad funciona como una herramienta de control que impide que la Administración pueda dictaminar actos arbitrarios, controlando la intensidad de sus decisiones. Ello también ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional, a la luz de lo dispuesto en los artículos 6° y 7° de la Constitución, en la prohibición de conductas arbitrarias del artículo 19, numeral 2°, y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos del artículo 19, numeral 26°. Asimismo, lo ha reconocido en el debido proceso y en el reconocimiento de la igual repartición de tributos⁶¹.

Además, el Tribunal Constitucional ha establecido distintos elementos a la luz de este principio en relación con la sanción administrativa. En efecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que la sanción administrativa no puede ser excesiva, abusiva o

legal de asignación de ayuda económica que el criterio elegido por el legislador sea arbitrario, irracional o caprichoso” (Sentencia de fecha 19 de junio de 2014, dictada en el procedimiento Rol N°2482-13)

⁵⁹ Tribunal Constitucional. Sentencia de fecha 5 de abril de 1988, dictada en el procedimiento Rol N° 53-88, considerando 72. En el mismo sentido, sentencia de fecha 20 de octubre de 1988, dictada en el procedimiento Rol N° 280-88, considerando 24, y sentencia de fecha 4 de marzo de 2014, dictada en el procedimiento Rol N° 2456-13, considerando 9°.

⁶⁰ Tribunal Constitucional. Sentencia de fecha 14 de septiembre de 2010, dictada en el procedimiento Rol N° 1414-2009, considerando 17.

⁶¹ En este sentido: Sentencias del Tribunal Constitucional dictadas en las causas Rol N° 2365-2012; N° 2922-2015; N° 2983-2016; N° 4610-2018.

desproporcionada⁶². Del mismo modo, el señalado tribunal ha indicado que las sanciones no deben ser innecesarias o excesivas⁶³.

Como se dijo, el principio de proporcionalidad encuentra reconocimiento en diversas garantías constitucionales. Una de esas es la garantía de igualdad ante la ley y la prohibición de arbitrariedad. En efecto, así lo ha reconocido expresamente el Tribunal Constitucional, quien ha sostenido que *"(...) el Tribunal se ha pronunciado en numerosas oportunidades a favor del principio de proporcionalidad, especialmente en materia de sanciones o penas, relevando esa **relación de equilibrio entre el castigo impuesto y la conducta imputada**, que desde el campo penal se extiende como garantía a todo el orden punitivo estatal, lo cual viene a materializar tanto el derecho constitucional de igualdad ante la ley del artículo 19, N°2."*

A mayor abundamiento, específicamente en materia sancionatoria ambiental, cabe destacar un reciente fallo dictado por el 1° Tribunal Ambiental, respecto a una reclamación de sanción administrativa decretada por la SMA.

En dicho caso, precisamente se detectó que se infringía el principio de igualdad recién mencionado por tratar de forma distinta a situaciones análogas, en lo relativo a la determinación del quantum de la multa, indicándose que *"(...) los parámetros utilizados por la Superintendencia del Medio Ambiente en otros procesos análogos, no parecen directamente a la sanción impuesta en este procedimiento (...)"⁶⁴; para proseguir señalando que *"(...) en todos estos casos, la Superintendencia del Medio Ambiente ha dado fundamentos que permiten contrastar, ya sea los elementos fácticos o los elementos jurídicos de la decisión (...) sin embargo, en el caso de autos, esa fundamentación se omite en la resolución sancionatoria, lo que impide que el administrado pueda conocer los argumentos técnicos de la resolución para efectos de su impugnación"⁶⁵; traduciéndose lo anterior en *"(...) una sanción que, a todas luces aparece como desproporcionada y carente de fundamentación razonable (...) [por lo que] este Tribunal considera que la fundamentación relativa al monto de la sanción no supera el estándar de razonabilidad exigible para el acto administrativo impugnado, considerando el acto ilegal por ser arbitrario"⁶⁶.***

⁶² Sentencia del Tribunal Constitucional dictada en la causa Rol N° 2648-2015.

⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional dictada en la causa Rol N° 2922-2016.

⁶⁴ Primer Tribunal Ambiental. Sentencia de fecha 22 de agosto de 2019, dictada en el procedimiento Rol N° R-22-2019, considerando 44.

⁶⁵ Ibid. Considerandos 48 y 49.

⁶⁶ Ibid. Considerandos 50 y 51.

Como puede observarse, los vicios de la Resolución Sancionatoria que se denuncian a través de esta presentación, acarrear en sí mismos vulneración a las garantías constitucionales de mi representada, por lo que deben ser subsanados en la resolución del presente recurso de reposición.

III. **PETICIÓN CONCRETA**

POR TANTO, en consideración a todo lo expuesto, solicito a Ud.:

- 1) Tener por interpuesto fundado recurso de reposición en contra de la Resolución Sancionatoria, conforme al artículo 55 de la LO-SMA.
- 2) Dejar sin efecto la resolución recurrida, procediendo a recalificar la gravedad del Cargo N° 9, y aplicando la mínima sanción que en derecho corresponda o en subsidio, la sanción de clausura temporal en los términos solicitados en esta presentación.

IV. **ACOMPAÑA DOCUMENTOS**

Se solicita a usted tener por acompañados los siguientes documentos, en formato digital (CD):

1. Estados Financieros Individuales, correspondientes a los períodos del 30 de septiembre de 2019 y al 31 diciembre de 2018, que incluyen:
 - a. Estados Individuales de Situación Financiera Clasificados
 - b. Estados Individuales de Resultados Integrales por Función
 - c. Estados Individuales de Cambios en el Patrimonio
 - d. Estados Individuales de Flujos de Efectivo directo
 - e. Notas a los Estados Financieros Individuales
2. Planilla xls, Cálculo de ratios financieros en base a modelo Abel-USEPA.

V.

SOLICITA RESERVA DE INFORMACIÓN QUE INDICA

Se solicita la reserva de información en relación a los documentos adjuntos a esta presentación, conforme se expondrá.

En virtud del art. 6 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "LO-SMA"), en relación con el art. 21 N° 2 de la ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública, se solicita reserva de información de los anexos 1, 2, 3 y 4, listados en lo principal de este escrito.

Lo anterior, pues se trata de información de carácter comercial sensible y estratégico para mi representada, por estar asociada a negocios vigentes o que bien puede afectar futuras negociaciones con proveedores o futuros clientes, al tiempo de tratarse de los términos de contratación con terceros, de manera que su divulgación puede comprometer derechos de aquellos.

La referida reserva se encuentra amparada constitucional y legalmente, pues el propio artículo 8 de la Constitución Política de la República permite decretar la reserva o secreto fundando en causales consagradas en ley de quórum calificado.

En este marco, la ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública, consagra las causales de reserva o secreto en el artículo 21, cuyo numeral 2 incorpora el secreto empresarial como límite al ejercicio del deber de transparencia, y al correlativo derecho de acceso a la información, al consagrar como causal de reserva: *"(...) Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico"* (el destacado es nuestro).

Por su parte, las decisiones del Consejo para la Transparencia contenidas en los roles A204-09, A252-09, A114-09, C501-09, C887-10 y C515-11, entre otras, establecen los criterios para determinar si la información contiene información empresarial cuya divulgación pueda afectar los derechos económicos y comerciales del tercero involucrado, en este caso, en los siguientes términos:

"a) La información debe ser objeto de razonables esfuerzos para mantener su secreto;

b) Debe tratarse de información secreta, es decir, que no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; y

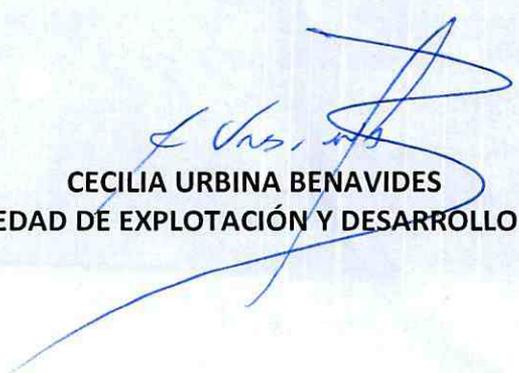
c) La información debe tener un valor comercial por ser secreta, toda vez que poseer la información con ese carácter proporciona a su titular una ventaja competitiva o, a contrario sensu, su publicidad pueda afectar significativamente su desenvolvimiento competitivo”.

En el presente caso, se trata de los estados financieros de EXPLODESA y análisis de sus ratios financieros cuya privacidad resulta esencial para un mercado tan competitivo como en el que actúa el titular.

En razón de lo anterior, EXPLODESA efectúa esfuerzos para evitar su divulgación y mantener el secreto fuera del ámbito de la administración de la empresa y de sus proveedores y clientes, por lo cual no cabe sino concluir que dichos antecedentes se encuentran amparados por la causal de reserva o secreto del art. 22 N° 2 de la ley N° 20.285. **En efecto, la publicidad de estos antecedentes afectaría derechamente las ventajas competitivas del titular frente a otros competidores que presten servicios equivalentes.**

Por tanto, se solicita a Ud. **acceder a la reserva de información antes indicada, tachando, además, los datos referidos a ingresos, costos y utilidades que en esta presentación se han indicado.**

Sin otro particular se despide atentamente,


CECILIA URBINA BENAVIDES
p.p. SOCIEDAD DE EXPLOTACIÓN Y DESARROLLO MINERO