

MAT.: Interpone reposición.

ANT.: Res. Ex. N°341 del 9 de marzo de 2022

REF.: Expediente Sancionatorio N°D-099-2020.

Sr. Cristóbal de la Maza Guzmán
Superintendente del Medio Ambiente
Presente

Patricio Leyton Florez apoderado de Minera Escondida Ltda. ("Escondida"), en el procedimiento sancionatorio rol D-099-2020 de esta Superintendencia del Medio Ambiente ("SMA") relativo a la supuesta infracción de la resolución de calificación ambiental ("RCA") que aprobó el proyecto "Lixiviación de Óxidos de Cobre y Aumento de la Capacidad de Tratamiento de Mineral Sulfurado" ("Proyecto"), esto es, la Resolución Exenta N°1 del 12 de mayo de 1997 de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la II Región de Antofagasta ("RCA N°1/1997").

En conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley Orgánica de la SMA ("LOSMA"), vengo a interponer fundado recurso de reposición en contra de su Res. Ex. N°341 del 9 de marzo de 2022 ("Resolución"), notificada a esta parte vía correo electrónico el 10 de marzo del 2022, la cual puso término al procedimiento sancionatorio, imponiendo a Escondida una multa de 10.000 unidades tributarias anuales ("UTA"). En lo pertinente, cabe recordar que el artículo 55 de la LOSMA, establece que los interesados podrán reponer las resoluciones de la SMA que interpongan sanciones dentro de quinto día hábil de su notificación y que la interposición del recurso suspenderá el plazo para reclamar de ilegalidad.

A su vez, es relevante señalar que recurrir vía reposición de la Resolución no obsta a que esta parte pueda ejercer posteriormente el recurso de reclamación de ilegalidad ante los tribunales ambientales conforme a lo establecido en el artículo 56 de la LOSMA. En este contexto, demostraremos que, tanto en la Resolución como en el procedimiento administrativo que la precede, se cometieron una serie de graves errores al desestimar los descargos, los que ameritan la anulación del procedimiento, la Resolución o bien en subsidio que, al menos, la Resolución sea modificada para ajustarse a derecho, como pasaremos a exponer.

Para efectos de claridad de esta presentación, la reposición se estructura en las siguientes secciones. Primero, abordaremos los antecedentes generales tanto del procedimiento sancionatorio como de la Resolución (**sección I**). Seguidamente, revisaremos como la Resolución reitera todos los vicios de legalidad que presentaba la FdC y que se reprocharon en los descargos, así como en las demás presentaciones realizadas durante el procedimiento sancionatorio, en especial, en materia de configuración de la infracción. (**sección II**).

Luego, nos referiremos a la formulación de cargos (“FdC”) y como ésta no fue notificada conforme a Derecho generando indefensión (**sección III**). Posteriormente, abordaremos que en la Resolución la SMA se atribuye competencias de otros órganos del Estado (**sección IV**). Proseguiremos exponiendo como la Resolución tergiversa y prescinde de las alegaciones de Escondida (**sección V**). Finalmente, abordaremos que la Resolución carece de un análisis de causalidad apropiado y atribuye daño ambiental irreparable ignorando completamente las argumentaciones de Escondida (**sección VI**).

I. Antecedentes generales

El 30 de julio de 2020, mediante la FdC, la SMA inició un procedimiento sancionatorio en el cual formuló el siguiente cargo, clasificado preliminarmente como grave, de acuerdo con el artículo 36 N°2 e) de la LOSMA:

Hecho	Condiciones, normas y medidas infringidas
<p>Disminución del nivel freático en el “Sector de Tilopozo” mayor a 25 cm, superándose con ello, de forma permanente en el tiempo desde el año 2005, la disminución máxima aceptable del nivel freático que pueden soportar los sistemas vegetacionales, según lo dispuesto en la tabla N°1 del presente acto, sin ejecutar la medida de reducir el período de explotación a menos de 21 años.</p>	<p>10.4.2.1 del Estudio de Impacto Ambiental (“EIA”) , ‘Determinación del Impacto Hidrogeológico Máximo Aceptable en Tilopozo’:</p> <p>“(…) es posible plantear que en general las plantas estudiadas en el sector Sur del Salar de Atacama, podrían soportar una disminución en el nivel de la napa freática de alrededor de 25 centímetros, sin que esto implique extinción local de las poblaciones.</p> <p>Por lo tanto, para los efectos de este EIA, se considera, en forma conservadora, que la disminución máxima aceptable del nivel freático en el sector de Tilopozo, puede ser de 25 cm. Se considera que esta disminución no causaría impactos importantes en la flora y, consecuentemente en la fauna del lugar.”</p> <p>10.4.2.3 del EIA, ‘Medidas de Mitigación’:</p> <p>“(…) las sucesivas evaluaciones hidrogeológicas efectuadas como parte de este EIA y el estudio del impacto hidrogeológico ambientalmente aceptable en Tilopozo, como consecuencia del bombeo en el sector de Monturaqui-Negrillar, han tenido por objetivo reducir dicho impacto. En este sentido, la limitación del tiempo de bombeo es una medida efectiva de mitigación, que se considerará en la explotación de dicho acuífero por parte de</p>

	MEL. Su validez y efectividad en el tiempo se confirmará mediante los monitoreos respectivos los que establecerán un sistema de alerta temprana que indicará el tiempo posible de bombeo, el que podría corresponder a menos o más de los 21 años establecidos en este EIA.”
--	--

Por su parte, en la referida Tabla N°1 de la FdC, la SMA identificó el descenso en centímetros producido desde el inicio del bombeo de Escondida en los distintos pozos señalados en el cargo:

Punto de observación	Fecha a partir de la cual se produce la superación del umbral de 25 cm	Descenso en cm calculado desde el inicio del bombeo de Escondida (septiembre/1998) hasta la última fecha informada por el Titular (abril/2019)
TP-2	Sept-17	27
TP-1	Dic-11	39
TP-3	Jun-11	40
SAT-2	Jul-05	75

Aunque ahondaremos posteriormente en la materia, cabe notar desde ya que dicha FdC no fue notificada adecuadamente, sino que meramente fue remitida por correo electrónico a una trabajadora de Escondida. Ello, se hizo presente durante el procedimiento sancionatorio para que se arbitraran a tiempo las medidas necesarias para subsanar el vicio, tal como consta en la presentación de Escondida del 10 de agosto del 2020. Sin embargo, dicha solicitud fue erróneamente desestimada mediante la Res. Ex. N°2/Rol D-099-2020.

Pese a lo anterior, Escondida bajo la firme convicción de que el cargo adolece de un profundo error interpretativo, presentó un escrito de descargos el 31 de agosto del 2020. En dicha presentación, en esencia, se clarificó que el umbral de 25 centímetros de descenso del nivel freático no es exigible en los puntos de monitoreo considerados por la SMA (TP-1, TP-2, TP-3 y SAT-2), sino que en las vegas de Tilopozo, dado que éstas constituyen el objeto de protección de la medida, cuestión que la SMA ahora comparte¹.

Además, entre otras cosas, se aclaró que, atendida la velocidad del cono de depresión producido por las extracciones de Escondida en el sector de Monturaqui, el efecto de la extracción atribuible a mi representada no es aún perceptible en las vegas de Tilopozo, ni tampoco en los puntos considerados por la SMA en su FdC, es decir, la disminución hídrica y los efectos que la SMA analiza no son atribuibles a Escondida, sino a extracciones autorizadas de terceros, cuestión que se reiterará más abajo.

¹ Véase considerando N°122 de la Resolución.

A su vez, se acompañó copia del programa de monitoreo correspondiente a la RCA N°1/1997, el cual, pese a su relevancia en la controversia, no fue considerado por la SMA de manera previa a la FdC.

Las anteriores afirmaciones fueron en todo caso precisadas y corroboradas mediante una serie de presentaciones de Escondida en las cuáles se incorporaron informes técnicos. En particular, el 2 de noviembre del 2020 se acompañó el informe “*Evolución temporal de la vegetación presente en las vegas de Tilopozo*” elaborado por el Centro de Ecología Aplicada (“CEA”). El 22 de diciembre del 2020 se acompañó el informe “*Evaluación para determinar si los efectos de la extracción de aguas subterráneas de Minera Escondida en Monturaqui son o no notorios en la zona de vegetación en las vegas de Tilopozo*” de Pedro Rivera Izam. El 12 de mayo de 2021, se incorporó también el informe “*Evaluación de la riqueza de la flora en sector Tilopozo, salar de Atacama*” del CEA y el 3 de febrero del 2022, se incorporaron los informes técnicos “*Análisis de los aspectos técnicos hidrogeológicos presentados por Albemarle, en el marco del proceso sancionatorio de la SMA a MEL por superación del umbral de 25 cm*” elaborado por Golder member of WSP, Pedro Rivera y Rodrigo González y el “*Análisis Hídrico-Biótico del Sector Vegas de Tilopozo*” del CEA.

Es importante notar que estos dos últimos informes técnicos se incorporaron a raíz de la Resolución Exenta N°15/Rol D-099-2020 que incorporó y dio traslado respecto del informe “*Análisis Hídrico-Biótico del sector Vegas de Tilopozo*” elaborado por la consultora Hidromas por encargo de Albemarle. Presentación que fue incorporada de manera pública al procedimiento sancionatorio, luego de estar más de 8 meses en posesión de la SMA², lapso que contrasta dramáticamente con los escasos días que se otorgaron a Escondida para su traslado.

Adicionalmente, durante el procedimiento se reconoció el carácter de terceros interesados a las comunidades indígenas de Peine, Camar y el Consejo de Pueblos Atacameños.

Finalmente, el 24 de febrero del 2022 se tuvo por cerrada la investigación y se habría emitido el Dictamen. A su vez, el 10 de marzo del presente año se notificó la Resolución a Escondida, vale decir, a más de 1 año y medio desde la dictación de la FdC, a más de 2 años desde que Escondida cesó las extracciones en el sector de Monturaqui y a más de 16 años desde que, según la SMA, habría comenzado la comisión de la supuesta infracción³, plazos que atentan ostensiblemente con el debido procedimiento y un actuar diligente por parte del organismo fiscalizador y sancionador.

Por su parte, en la Resolución se desestimaron los descargos y las alegaciones de Escondida. Además, se reclasificó la infracción desde grave en aplicación del artículo 36 N°2 e) de la LOSMA, a gravísima en aplicación del artículo 36 N°1 a), atendido que según la SMA con ocasión de esta se habría causado un daño ambiental irreparable, consistente en:

² Conforme a la carta conductora del documento, este fue ingresado a la SMA el 14 de mayo de 2021.

³ En la FdC el primer punto al que se atribuye un descenso por sobre los 25 cm es a SAT-2, desde julio de 2005.

- i) La afectación significativa a las aguas subterráneas, el cual se cuantificaría en los centímetros de descenso por sobre los 25 centímetros en los pozos considerados en la FdC.
- ii) La afectación significativa al componente vegetación de las vegas de Tilopozo, pues aproximada y supuestamente un veinticinco por ciento de la vegetación de las vegas de Tilopozo habría sufrido una disminución de su vigor y/o cobertura.
- iii) Población protegida habría sido subsecuentemente afectada, esto es, a la comunidad indígena de Peine, cuya concreción de los lineamientos de la comunidad se habrían dificultado. En concreto, la conservación ambiental y puesta en valor como atractivo turístico de las vegas de Tilopozo.

Finalmente, se determinó una sanción que resulta por completo desproporcionada, una multa de 10.000 UTA, atendido el supuesto beneficio económico que Escondida habría obtenido con su comisión, consistente en el beneficio asociado a los costos retrasados o evitados de la construcción, operación y mantenimiento de su planta desalinizadora.

II. La Resolución reitera todos los vicios de legalidad que presentaba la FdC y que se reprocharon en los descargos, así como en las demás presentaciones realizadas durante el procedimiento sancionatorio, en especial, en materia de configuración de la infracción.

La Resolución reitera todos los vicios legales que nuestros descargos ya señalaban sobre la FdC. Por ello, cabe señalar de manera sintética los vicios que los descargos denunciaban y que la Resolución reproduce al desecharlos íntegramente sin una debida justificación técnica, lógica y jurídica.

En primer lugar, en los descargos se indicó expresamente que el umbral de 25 cm debe cumplirse en las vegas de Tilopozo, lo cual sería coherente con: i) el análisis del componente hídrico en la evaluación ambiental; ii) el uso de los vocablos “sector de Tilopozo” y “vegas de Tilopozo” en la evaluación; iii) la finalidad del umbral de 25 cm, esto es, la protección de la vegetación dependiente del nivel freático de las vegas de Tilopozo; iv) la delimitación del acuífero a la época de la evaluación ambiental, la cual incluía las vegas de Tilopozo, pero no los puntos que se consideraron en la FdC y ahora en la Resolución (TP-1, TP-2, TP-3 y SAT-2); v) el origen del umbral de 25 cm, pues este explica su finalidad; vi) el acuífero descarga en las vegas de Tilopozo y no en los puntos considerados en la FdC; vii) el área en la que durante la evaluación del Proyecto se previó la variación de los niveles freáticos; y viii) el programa de monitoreo ambiental del EIA del Proyecto, que entre otras cosas, no considera el punto SAT-2 sancionado.

Pese a lo anterior, la Resolución erróneamente vuelve exigible en los puntos TP-1, TP-2, TP-3 y SAT-2, el control del umbral de 25 cm, cuestión que determina la errónea configuración de la infracción en la Resolución.

Ello, se manifiesta consistentemente a lo largo de la Resolución. Sin embargo, a modo ejemplar cabe considerar especialmente sus secciones “VI. Sobre la configuración de la infracción”, títulos A, B, C “Descargos de Minera Escondida Limitada”, C “Análisis de Descargos y Examen de la Prueba que Consta en el Procedimiento” y D, el cual en su considerando 161° concluye que se da por configurada la infracción.

En segundo lugar, a modo de respaldo de la primera alegación, en los descargos también se señaló que los antecedentes de la evaluación de mediados del 2017 de Escondida, “Proyecto Monturaqui” corroborarían la improcedencia de exigir que el umbral de los 25 cm se mida en los pozos considerados en la FdC y ahora en la Resolución.

Lo anterior, pese a ser completamente correcto, también fue erróneamente desestimado por la SMA en su Resolución, lo cual se manifiesta con especial énfasis en la sección C.2 y C “Análisis de Descargos y Examen de la Prueba que consta en el Procedimiento” de la Resolución”, A “Acerca de la concurrencia del Daño Ambiental”, subtítulos 1, 2 y 3 y B “Susceptibilidad de Reparación del Daño Ambiental Ocasionado”.

En tercer lugar, en nuestros descargos también señalamos que el Plan de Alerta Temprana de Monturaqui (“PAT MNT”) no innovaría en las condiciones ambientales de la RCA N°1/1997 y, por tanto, cualquier interpretación de este, que subvierta los puntos de control del umbral de 25 cm sería errada. En concreto, porque i) las Res. DGA N°605 y 606 incorporaron las mismas condiciones de la evaluación ambiental del Proyecto, ii) las condiciones de las Res. DGA N°605 y 606 fueron luego replicadas en la Res. Ex. N°1972/2001 que aprobó el PAT MNT, replicando de paso aquellas consideradas en la evaluación ambiental del Proyecto y iii) el sistema de alerta temprana que el PAT MNT considera es la estimación del flujo pasante, iv) el sistema de monitoreo del PAT MNT es consistente con la evaluación ambiental del Proyecto, v) una interpretación diversa, tal como la sostenida en el Memorándum N°253/2018 de la División Legal de la Dirección General de Aguas (“DGA”), hace que la controversia sea competencia de la DGA.

Estas argumentaciones fueron plenamente descartadas por la SMA de manera técnicamente deficiente, incongruente, liviana y, en definitiva, infundada. Ello, se manifiesta con particular énfasis en las siguientes secciones de la Resolución, 3 y C.2 “Consistencia entre la RCA N°1/1997, el PAT MNT y las Res. DGA N°605 y 606”.

En cuarto lugar, también se sostuvo en los descargos que diversos documentos consistentemente han considerado que el umbral de 25 cm se debe cumplir en las vegas de Tilopozo, ya sea en lo referido a i) la reportabilidad del PAT MNT, ii) el Estudio “Proyecto de Estudio y Monitoreo del Recurso Hídrico de la Cuenca del Salar de Atacama”, iii) el

informe “Análisis Preliminar de Planes de Alerta Temprana con Condicionamientos de Derechos”, iv) los informes anuales de “Monitoreo Ambiental EIA Lixiviación Óxidos de Cobre y Aumento de la Capacidad de Tratamiento de Mineral Sulfurado”. Todo lo cual, se vincularía a que la FdC y ahora la Resolución infringe de manera flagrante el principio de confianza legítima.

Esto último, también fue obviado y desestimado por la SMA, lo cual se expresa en distintas secciones de la Resolución, pero especialmente en la sección 4 “Conocimiento de la autoridad de la superación de umbrales y supuesta vulneración al principio de confianza legítima”.

En quinto lugar, en los descargos se señaló que no procedía la clasificación de grave de la FdC, tanto porque no se incumplieron las medidas, como porque no se ocasionaron efectos adversos.

Dicha alegación también fue desechada de una manera errónea técnica, lógica y jurídicamente por la SMA en su Resolución, al considerar que corresponde reclasificar la infracción a gravísima en aplicación del artículo 36 N°1 a), cuestión que expresa en la sección VII de la Resolución “Sobre la Clasificación de la Infracción” y también, en la sección VIII B. 1 a) y c).

Al respecto, cabe ser enfáticos que en la Resolución no existe un desarrollo suficiente, riguroso técnica y jurídicamente, respecto de los fundamentos que habrían motivado la reclasificación de los efectos desde lo señalado en la FdC al daño ambiental irreparable que se afirma en la Resolución, dejando en completa indefensión a mi representada. Durante el procedimiento jamás se estableció que podría existir daño ambiental irreparable en el acuífero, tampoco en las vegas de Tilopozo en la magnitudes identificadas en la Resolución y mucho menos respecto de población protegida.

Esto último, resulta tan evidente que en el propio procedimiento sancionatorio la comunidad indígena de Peine no realizó alegaciones orientadas a comprobar un daño ambiental, sino meramente abocadas a comprobar su carácter de interesada en el procedimiento.

En sexto lugar, en los descargos se señaló en relación con la posible determinación de la sanción, que se debía descartar la aplicabilidad del beneficio económico, aplicar todos los factores de disminución y descartar los factores de incremento. Alegación que fue corroborada y precisada, a propósito de la presentación de Escondida del 24 de mayo del 2021, presentación que simplemente no fue analizada en la Resolución.

Tal argumentación fue completamente desechada por la SMA en su Resolución, como resulta manifiesto en las secciones VIII “Análisis de las Circunstancias del Artículo 40 de la LOSMA” y IX “Sanción pecuniaria a ser aplicada en el presente caso” de la Resolución,

en las que se termina por calcular e imponer una sanción que atenta contra todo principio de proporcionalidad.

En definitiva, el conjunto de vicios señalados constituye una notoria infracción a las normas de la LOSMA en materia de configuración de la infracción (artículo 35 a), 47, 49, 50, 51 y 54), clasificación de esta (artículo 36 N°1 a) y 39). y determinación de la sanción legalmente aplicable (artículo 40).

Asimismo, constituye una violación flagrante de la Constitución Política de la República, del Código Civil, la LOSMA, la Ley N°19.880, la Ley N°19.300 y la Ley N°18.575, la cual establece las bases generales de la Administración del Estado.

III. La FdC no fue notificada conforme a Derecho generando indefensión

Tal como se adelantó previamente, la FdC fue remitida por correo electrónico a una trabajadora de Escondida a modo de notificación. Ello contradice expresamente la regulación que la LOSMA y la Ley N°19.880 disponen para tal tipo de acto, cuestión que fue puesta en conocimiento de la fiscal instructora de la época el 10 de agosto del 2020, solicitándole la nulidad respectiva y que arbitrarse oportunamente las correspondientes medidas para subsanar el vicio de legalidad.

Dicha solicitud fue denegada mediante la Res. Ex. N°2/Rol D-099-2020, en síntesis, indicando que la notificación era legal, porque:

- i) El envío de la FdC por correo electrónico se ajustaría con lo establecido en el resolvo III de la FdC, el cual fue transcrito solo parcialmente.
- ii) El criterio de la Contraloría General de la República (“CGR”) expresado en su dictamen N°3.610 del 17 de marzo del año 2020, a raíz de la emergencia sanitaria, habilitaría a la SMA para desarrollar el procedimiento mediante medios electrónicos, cuestión que supuestamente incluiría la notificación del primer acto de un procedimiento administrativo iniciado de oficio.
- iii) La SMA previamente había solicitado vía correo electrónico una casilla de correo electrónico para la recepción de correspondencia a Escondida, cuestión que de algún modo la habilitaría para posteriormente notificarla de la FdC vía correo electrónico.

Las consideraciones anteriores son completamente insuficientes respecto del vicio representado por las siguientes razones. Primero, cabe reiterar que tal como se señaló en la presentación del 10 de agosto del 2020, la notificación por correo electrónico no es una de las formas de notificación consideradas en la Ley N°19.880⁴. Lo anterior es relevante, pues tal como ha señalado la jurisprudencia ambiental, validada por la Excma. Corte Suprema (“C.S.”)⁵, precisamente a propósito de la notificación de la FdC por la SMA y previa consideración de la historia de la LOSMA:

⁴ Véanse los artículos 46 y 47 de la Ley N°19.880.

⁵ C.S. 26.1.2022, Rol N°34.496-2021.

“(…) la intención del legislador fue no innovar respecto de lo que se hacía en la práctica administrativa conforme a la Ley N°19.880. Cualquier interpretación que se quiera realizar del art. 49 de la LOSMA deberá considerar ese propósito o finalidad legislativa”⁶

La notificación vía correo electrónico claramente innovaría respecto de lo regulado de la 19.880 y, por tanto, no se ajustaría a la intención del legislador al momento de determinar cómo deben notificarse las FdC en la LOSMA -artículo 49 de la LOSMA-.

Segundo, la notificación vía correo electrónico de la FdC tampoco se condice con el propio texto de la resolución, cuestión especialmente relevante atendido lo señalado en la Res. Ex. N°2/Rol D-099-2020.

Para entender lo anterior cabe considerar lo señalado en el Resuelvo III de la FdC de manera íntegra:

“III. TÉNGASE PRESENTE los siguientes plazos y reglas respecto de las notificaciones. De conformidad con lo dispuesto en el inciso primero de los artículos 42 y 49 de la LO-SMA, el infractor tendrá un plazo de 10 días hábiles para presentar un programa de cumplimiento y de 15 días hábiles para formular sus descargos respectivamente, ambos plazos contados desde la notificación del presente acto administrativo.

Las notificaciones de las actuaciones del presente procedimiento administrativo sancionador se harán por carta certificada en el domicilio señalado por el presunto infractor, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 62 de la LO-SMA y en el inciso primero del artículo 46 de la Ley N° 19.880 que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado. Sin perjuicio de lo anterior, esta Superintendencia podrá notificar, cuando lo estime pertinente, en las formas señaladas en los incisos tercero y cuarto del artículo 46 de la Ley N° 19.880.

Con todo, atendido el brote del nuevo Coronavirus (COVID-19), y las dificultades logísticas para la práctica de notificaciones por medios presenciales, se hace presente al presunto infractor y demás interesados en el procedimiento que pueden solicitar a esta Superintendencia que las Resoluciones Exentas que se emitan durante este, sean notificadas mediante correo electrónico remitido desde la dirección notificaciones@sma.gob.cl. Para lo anterior, deberá realizar dicha solicitud mediante escrito presentado ante Oficina de Partes, indicando la dirección del correo electrónico al cual propongá se envíen los actos administrativos que correspondan. Al respecto, cabe señalar que una vez concedida dicha solicitud mediante el pertinente pronunciamiento por esta Superintendencia, las Resoluciones Exentas se entenderán notificadas el mismo día hábil de la emisión del correo electrónico.” (énfasis agregados)

Como es posible notar, el resuelvo III de la FdC establece que las notificaciones se realizarán de conformidad a lo establecido en la Ley N°19.880 (párrafo en cursiva). Sin embargo, atendido el brote de COVID 19, podrán notificarse por medios electrónicos las resoluciones del procedimiento (párrafo sección subrayada), para lo cual es necesario que Escondida realice una solicitud previa (párrafo sección ennegrecida).

No obstante lo anterior, la Res. Ex. N°2/Rol D-099-2020 de manera mañosa y descontextualizada transcribió un único apartado del Resuelvo III de la FdC (párrafo sección subrayado), omitiendo el apartado que establece de manera clara el modo definido

⁶ Tercer Tribunal Ambiental, 22.4.2021, Rol R-2-2021, considerando décimo.

por la propia SMA para notificar sus resoluciones vía correo electrónico (párrafo sección ennegrecido)⁷.

En consecuencia, no es efectivo que la comunicación vía electrónica de la FdC sea coherente con el contenido de la FdC respecto del modo de notificación. Todo lo contrario, su texto expresamente establece que la notificación vía correo electrónico procederá, previa solicitud de parte, y no de oficio por la SMA, como se hizo en la práctica.

Lo anterior es relevante no solo porque constituye un antecedente importante respecto de una práctica sostenida que hemos observado en este procedimiento, esto es, la realización de interpretaciones orientadas simplemente a corroborar los propios actos previos de la entidad fiscalizadora, sin indagar en la veracidad de los hechos. También, nos permite precisar lo objetado en la presentación del 10 de agosto del 2020.

Tercero, Escondida no niega que la autoridad pueda valerse de medios electrónicos para lograr la adecuada prosecución del procedimiento. De hecho, posteriormente en el procedimiento, se solicitó que las demás resoluciones le fueran así notificadas, a modo de apoyar el actuar de la autoridad en el contexto de la emergencia sanitaria, vale decir, no hay un prurito formalista por parte de mi representada.

Sin embargo, lo objetado es que precisamente el primer acto de un procedimiento administrativo iniciado de oficio sea remitido vía correo electrónico. Ello pues, la FdC aunque es un acto trámite tiene evidentemente una importancia singular dentro del procedimiento sancionatorio de la SMA.

Ello, resulta palmario de la propia LOSMA, la cual le otorga a la notificación válida de la FdC la capacidad de interrumpir la prescripción de una infracción (artículo 37), establece un mecanismo específico para su notificación, define contenidos mínimos que debe considerar la FdC y que, desde su válida notificación se contabilice el acotado plazo de descargos para los presuntos infractores (artículo 49). De la correcta notificación de la FdC dependen todos los demás actos del procedimiento sancionatorio, pues ninguna persona puede ser sancionada respecto de hechos que no hayan formado parte de la FdC (artículo 54).

Todo lo anterior, para salvaguardar la garantía de debido proceso, pues la notificación del afectado es un elemento necesario e indispensable para un justo y racional procedimiento⁸.

En otros términos, la omisión de su notificación constituye un vicio grave, atendido lo señalado por la propia CGR, esto es, mientras un acto administrativo no sea válidamente comunicado no produce efecto alguno y es inoponible al afectado⁹, cuestión que es corroborado por la doctrina especializada:

⁷ Véase considerando 7 de la Res. Ex. N°2/Rol D-099-2020.

⁸ Evans de la Cuadra, Enrique. Los Derechos Constitucionales. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1999, p 20.

⁹ CGR, Dictamen N°8.148/1993.

“(..) la ausencia de notificación de un acto administrativo provocará que este no produzca efecto alguno respecto a los interesados, como se desprende de lo señalado en los artículos 46 y siguientes de la LBPA, en tanto la notificación es un requisito esencial, para que los actos administrativos produzcan efectos en sus destinatarios”¹⁰.

Cuarto, conforme a la doctrina jurídica, la omisión de la notificación coloca al destinatario en una posición de indefensión que resulta vulneratoria. En tal sentido, se ha indicado que “[l]a omisión de la preceptiva notificación convierte toda actuación material orientada a la ejecución de la decisión administrativa en vías de hecho que vulneran las garantías constitucionales del debido proceso”¹¹.

En el caso concreto, este vicio produjo un perjuicio a mi representada, al haber sido resuelta la solicitud de nulidad recién el día 12 de agosto del 2020, en la práctica, se extendió un período de incertidumbre jurídica por 9 días hábiles, esto es, por más de 60% del plazo que legalmente se otorga a los presuntos infractores para la presentación de sus descargos (15 días¹²) y por un 40% del lapso, si se considera la posterior ampliación de plazos concedida por la SMA, previa solicitud expresa de Escondida.

El período de incertidumbre, conjugado con la extrema dilación de la SMA en formular cargos, la cual se manifiesta entre otras circunstancias, en que estos se formularan más de 2 años después de que Escondida cesara la extracción de aguas en el sector de Monturaquí y luego de más de 20 años de monitoreos, seguimientos y comunicaciones con las autoridades en que mi representada expresó su entendimiento de la RCA N°1/1997 e incluso estas corroboraron la misma comprensión, privaron a mi representada, en la práctica, de presentar un programa de cumplimiento.

Quinto, atendida la referencia expresa que se hizo en la Res. Ex. N°2/Rol D-099-2020 al dictamen N°3.610 del 17 de marzo del año 2020, cabe señalar que la interpretación de este es claramente antojadiza.

Ello, pues se señaló genéricamente que dicho dictamen habría hecho procedente, en contexto de emergencia sanitaria, el desarrollo de notificaciones por medios electrónicos. Sin embargo, se obviaron los detalles de lo dictaminado por la CGR, esto es:

“(..) en otro orden de consideraciones, resulta relevante señalar que actualmente la ley N° 19.880 permite, en su artículo 5°, que el procedimiento administrativo y los actos administrativos a los cuales da origen se expresen por medios electrónicos, y que, a contar de la vigencia de la ley N° 21.180 -diferida en los términos que establece su artículo segundo transitorio-, esa vía constituirá la regla general en la materia.

- Ahora bien, frente a la contingencia que enfrenta el país, resulta procedente la adopción de medidas administrativas para permitir el desarrollo de procedimientos administrativos y la atención de usuarios por medios electrónicos, sin necesidad de esperar la entrada en vigencia del referido cuerpo legal” (énfasis agregados).

En otros términos, el antedicho Dictamen, en lo pertinente, señala que efectivamente es procedente la adopción de medidas que permitan la atención vía medios electrónicos,

¹⁰ Osorio, Cristóbal. Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador. Legal Publishing, 2016, p 246.

¹¹ Camacho, Gladys. La notificación de los actos administrativos de efectos singulares y el derecho a la certidumbre jurídica en Chile, p 12.

¹² Véase artículo 49 de la LOSMA.

adelantando la vigencia y aplicabilidad de la ley N°21.180 de “Transformación Digital del Estado” (“Ley N°21.180”). Nada de ello implica una validación de lo realizado en este procedimiento, esto es, notificar la primera resolución de un procedimiento iniciado de oficio vía correo electrónico.

Lo anterior, resulta patente si se considera el Decreto N°4/2020 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que establece el “*Reglamento que regula la forma en que los procedimientos administrativos deberán expresarse a través de medios electrónicos, en las materias que indica, según lo dispuesto en la Ley N°21.180 sobre Transformación Digital del Estado*” (“D.S. N°4/2020 Minsegpres”).

Ello pues, si bien es cierto que la Ley N°21.180 modifica la regla general de los procedimientos administrativos, desde la escrituración a los medios electrónicos, también es correcto indicar que el D.S. N°4/2020 Minsegpres establece precisamente un trato diferenciado, para la primera notificación recaída en un procedimiento iniciado de oficio.

En concreto, en el D.S. N°4/2020 Minsegpres se señala expresamente en su artículo 25 denominado “Primera notificación” que

“(…) [t]ratándose de procedimientos administrativos iniciados de oficio, cuando haya de notificarse a aquellas personas que, no tuvieren registrado un Domicilio Digital Único en el Registro de Domicilios Digitales Únicos, o bien, no hubieren solicitado de forma previa al inicio del respectivo procedimiento una notificación de forma diversa en los términos del Título V de este reglamento, la primera notificación deberá practicarse a través de carta certificada. En dicha notificación, deberá, además informarse al destinatario el procedimiento para que determine su Domicilio Digital Único como medio de notificación, lo que le permitirá en lo sucesivo ser notificado por medios electrónicos o bien la posibilidad de solicitar que las notificaciones se le practiquen en forma diversa, en los términos establecidos en el Título V de este reglamento, según corresponda.”

En palabras simples, salvo manifestación expresa de voluntad del administrado, la primera notificación de un procedimiento iniciado de oficio debe ser por carta certificada, incluso en aplicación de la Ley N°21.180. Lo cual resulta del todo razonable, dado el especial carácter que tiene la primera notificación de un procedimiento administrativo, como hemos señalado previamente a propósito de la relevancia de la FdC dentro de la LOSMA.

A mayor abundamiento, la misma Ley N°21.180 en su artículo 1° señala la importancia de que el reglamento, entiéndase el D.S. N°4/2020 Minsegpres, contemple una regulación específica para las primeras notificaciones en aras de resguardar el derecho a la defensa.¹³

Huelga recordar que este procedimiento sancionatorio de la SMA es un procedimiento administrativo iniciado de oficio, Escondida no solicitó de ningún modo que la notificación de una eventual FdC se realizase por vía electrónica y la notificación de la FdC es la primera notificación del procedimiento, es decir, se cumplen todos los requisitos

¹³ Ley N°21.180 sobre “Transformación Digital del Estado”, artículo 1° parte final que, en reemplazo del actual artículo 46 de la Ley N°19.880, señala: “(…) Mediante el reglamento referido en el inciso primero se regulará de qué forma los órganos de la Administración deberán practicar las notificaciones electrónicas, considerarlas practicadas y obtener información necesaria para llevar el registro indicado, estableciendo, a lo menos, los requisitos y condiciones necesarios que aseguren la constancia de la fecha y hora de envío de notificaciones, la recepción o acceso por el interesado o su apoderado, especialmente en el caso de la primera notificación para resguardar su derecho a la defensa (…)” (énfasis agregado).

legales atinentes para que FdC no fuese notificada electrónicamente, como lo fue en la práctica.

Sexto, la excepcionalidad de la situación que implicó la emergencia sanitaria en nada cambia los criterios antedichos. Tal como se explicitó en la presentación del 10 de agosto del 2020, aunque la SMA dictó una serie de actos que establecen algún tipo de flexibilización procedimental a propósito de la pandemia, no dictó ninguno en que la habilite o, al menos, ponga en conocimiento de los regulados que podrían ser notificados vía correo electrónico de una FdC.

A su vez, incluso en contexto de pandemia, la SMA ha continuado realizando las notificaciones de sus FdC de conformidad a los mecanismos establecidos en la Ley N°19.880, por lo que resulta extremadamente anómalo, rayando en lo discriminatorio, que decidiera hacerlo así en este procedimiento sancionatorio¹⁴.

A modo de ejemplo, entre muchos otros, cabe considerar que en el procedimiento F-055-2020, también iniciado en contra de Escondida aproximadamente una semana después del procedimiento D-099-2020, la FdC fue notificada vía carta certificada, pese a la emergencia sanitaria.

Séptimo, en relación con las comunicaciones vía correo electrónico que se mencionan en la Res. Ex. N°2/Rol D-099-2020, que manifestarían la voluntad de Escondida de ser notificada de la FdC vía electrónica, resulta curioso que no se hayan incorporado como antecedentes al procedimiento, cuestión que permitiría evaluar el contexto completo de tales comunicaciones y evitar así su descontextualización.

Escondida es una organización compleja compuesta por una serie de agentes y colaboradores, con distintas funciones y roles, tal como la propia SMA reconoce en su Resolución¹⁵. Por ello, precisamente no resulta trivial la identidad de los sujetos que reciben una comunicación de la autoridad de la relevancia de un FdC. De hecho, eso es precisamente lo que se desprende de la comunicación por correo electrónico del 10 de agosto del 2020, que la SMA citó en su Res. Ex. N°2/Rol N°D-099-2020.

Más allá de lo anterior, es importante considerar que tal como la C.S. ha sostenido en casos anteriores, el contexto de la entrega de una dirección de correo electrónico es relevante,

“En este mismo orden de consideraciones, la notificación realizada por correo electrónico de 6 de agosto de 2019 remitido directamente a la recurrente (...) no constituye notificación válida conforme a la ley, siendo del caso agregar que dicha dirección de correo electrónico fue proporcionada por doña (...) con motivo de un requerimiento de información al órgano de control, de acuerdo con las disposiciones de la Ley N° 20.285 sobre Transparencia y Acceso a la Información Pública.”¹⁶ (énfasis agregado).

¹⁴ A modo meramente ejemplar, considérense los procedimientos: F-052-2020, f-039-2020, D-098-2020, F-051-2020, F-049-2020, F-041-2020, D-040-2020, D-094-2020, D-096-2020 y D-092-2020.

¹⁵ Véase considerando 332° de la Resolución, a propósito del carácter de sujeto calificado de Escondida.

¹⁶ C.S. 3.8.2020. Rol N 71.955-2020, considerando quinto.

En definitiva, la FdC no fue notificada de manera legal, lo cual trasgrede los artículos 49 y 62 de la LOSMA, y 46 de la Ley N°19.880, contradice el contenido de la propia FdC, la práctica desarrollada por la SMA durante pandemia y los criterios jurisprudenciales asentados. Por este conjunto de razones corresponde que se declare la nulidad de la notificación de la FdC y se subsane el vicio retrotrayendo el procedimiento, con el propósito de cumplir con el debido proceso y permitir una adecuada defensa de mi representada.

IV. La SMA se atribuyó competencias de otros órganos del Estado

El principal disenso que Escondida ha manifestado a lo largo de este procedimiento es el lugar donde resultaría exigible el umbral de 25 cm. Mientras la SMA ha sostenido que es en los puntos TP-1, TP-2, TP3 y SAT-2, que anteceden a las vegas de Tilopozo. Mi representada ha señalado que el umbral no aplica allí, sino en el sector de vegas de Tilopozo.

La SMA en su Resolución descartó los descargos de Escondida y, en esencia, señaló que correspondería a una interpretación absurda y contraria al objeto de protección de la evaluación. En contraste, el análisis de la propia SMA correspondería a la interpretación unívoca, conservadora, preventiva y precautoria de la RCA N°1/1997.

Al respecto, cabe destacar los siguientes considerandos de la Resolución

“(…) el objeto de medición en TP-2 no puede ser otro que el nivel de descensos de las aguas y no el porcentaje de disminución del coeficiente de flujo pasante, ya que éste último es el presupuesto del primero. Una interpretación contraria, haría perder el sentido de operatividad que debe tener el análisis cuidadoso de los datos de monitoreo ante la sensibilidad del sistema (…)”¹⁷

“(…) una interpretación distinta a la anterior en que se desconozca la validez de los pozos TP-1, TP-2 y TP-3 para medir el umbral máximo de descenso de 25 cm, como la que pretende el Titular, dejaría sin objeto a la evaluación ambiental del Proyecto (…)”¹⁸

“Por consiguiente, dadas las condiciones propias del Salar de Atacama explicitadas desde el ingreso a evaluación del Proyecto al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (“SEIA”) en el año 1996 por parte del Titular y que persisten a la fecha mediante su reconocimiento en sede jurisdiccional, referentes a la falta de conocimiento seguro y claro de la dinámica del comportamiento del recurso hidrogeológico, es que solo resulta razonable una interpretación conservadora de las acciones establecidas para su protección, las que necesariamente deben fundarse no solo en el principio preventivo sino que en el precautorio, exigiendo medidas y esfuerzos adicionales para suplir las deficiencias de los modelos, de manera de anticiparse de forma efectiva a la generación del efecto”¹⁹ (énfasis agregado)

A nuestro juicio, tales razonamientos además de ser erróneos técnica y jurídicamente evidencian indiscutiblemente que, en esencia, lo realizado por la SMA es una interpretación errada y exigua de los antecedentes de la evaluación que originó la RCA N°1/1997. El cual

¹⁷ Considerando N°107 de la Resolución.

¹⁸ Considerando N°117 de la Resolución.

¹⁹ Considerando N°121 de la Resolución.

no se corresponde con las reglas de interpretación normativa, ni tampoco con los criterios hermenéuticos específicos que la doctrina ha desarrollado a propósito de las RCA²⁰.

Sin embargo, la SMA no reconoce en su Resolución que dicha interpretación que en la práctica termina por ser voluntarista y extensiva del área de control del umbral de 25 cm, se enmarca en un escenario de falta de claridad, atendido que, entre otras circunstancias que la propia SMA parece reconocer, primero, durante la evaluación ambiental del Proyecto no se utilizó unívocamente el concepto de sector de Tilopozo²¹, segundo, la evaluación ambiental del Proyecto es de 1997, de las primeras del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, lo que conlleva importantes diferencias de contexto que dificultan su interpretación a la luz de los criterios actuales²² y, tercero, la SMA ni siquiera consideró de manera previa a la FdC el programa de monitoreo de la RCA N°1/1997, pues no se encontraba dentro del expediente consolidado de evaluación ambiental disponible en la página del Servicio de Evaluación Ambiental (“SEA”).

Incluso, en el propio informe “*Análisis Hídrico-Biótico del sector Vegas de Tilopozo*” elaborado por la consultora Hidromas por encargo de Albemarle, que la SMA considera en su Resolución como coincidente con sus propias conclusiones²³, se reconoce que no existe claridad respecto a dónde debe medirse el umbral de 25 cm, así indica que:

“Teniendo a la vista la evaluación ambiental del EIA de MEL, RCA N°1/1997, y del PAT del mismo titular, es importante señalar que, si bien se establece un umbral máximo de disminución de nivel freático, no queda definido, en ninguno de dichos antecedentes, de manera explícita ni puntual, en dónde deben constatarse dichos descensos, quedando acotado sólo al “*sector de Tilopozo*”²⁴ (énfasis agregado).

Cuestión que, en todo caso, fue expresamente relevada por Escondida en su presentación del 3 de febrero del 2022, alegación que, entre otras, fue completamente desatendida en la Resolución.

En un sentido similar sobre la falta de claridad y el escenario de ambigüedades en que se enmarca la interpretación extensiva del área de control del umbral de los 25 cm realizada por la SMA, cabe relevar que la DGA el 2014 indicó en relación con el PAT MNT, vale decir, el mismo que la SMA en su Resolución considera consistente con la interpretación que le otorga a la RCA N°1/1997²⁵, que:

“[d]e las tres condiciones señaladas en el PAT-MNT, es posible indicar que la primera de ellas se considera ambigua, dado que no quedó establecido el nivel para el cuál se considerarán o referenciarán estos 25 cm. Asimismo, no se indica en forma clara cuáles son los pozos que serán considerados para verificar el descenso máximo indicado. En relación a estos 25 cm, tampoco se señala el Período de tiempo en el cuál este umbral debe ser determinado. Dado

²⁰ Véase por ejemplo, “La interpretación de la Resolución de Calificación Ambiental” de Edesio Carrasco Quiroga.

²¹ Esto fue expresamente desarrollado en el escrito de descargos, sección IV.2.

²² Un ejemplo evidente de aquello, también considerado en el escrito de descargos, es la delimitación del acuífero vigente a la época de la evaluación.

²³ Véase sección b) “Informe Albemarle 2021 y traslado de MEL” en considerandos 191 y siguientes de la Resolución.

²⁴ Hidromas, 2021, “Análisis Hídrico-Biótico del sector Vegas de Tilopozo”, p 10.

²⁵ Véase considerando 135 de la Resolución.

estos hechos resulta interpretable por el titular la determinación del descenso en el sector de Tilopozo.”²⁶ (énfasis agregado)

Dicho escenario de incertidumbre es relevante, pues tal como la jurisprudencia ambiental ha señalado, en el caso del sancionatorio llevado en contra de la minera Candelaria y posteriormente anulado por el Segundo Tribunal Ambiental,

“Centésimo cuadragésimo primero. Que, ante la falta de claridad en las obligaciones y medidas de mitigación, compensación y restauración contenidas en una RCA debe considerarse lo prescrito en el artículo 81 letra g) de la Ley N° 19.300. Dicha norma prescribe que corresponderá al Servicio de Evaluación Ambiental: “Interpretar administrativamente las Resoluciones de Calificación Ambiental, previo informe del o los organismos con competencia en la materia específica que participaron de la evaluación, del Ministerio y la Superintendencia del Medio Ambiente, según corresponda”. De esta forma, el SEA es la autoridad facultada para interpretar de manera vinculante las disposiciones de una RCA, contando el informe previo del o los organismos con competencia en la materia específica que participaron de la evaluación, del Ministerio y la Superintendencia del Medio Ambiente, según sea el caso.” (...)

“Centésimo cuadragésimo quinto. Que, de todo lo expuesto, se concluye que, ante la indeterminación del límite de extracción de agua fresca, lo procedente, conforme a los artículos 81 letra g) de la Ley N° 19.300 y 76 del Reglamento del SEIA, era solicitar la interpretación de las RCA N° 0/1994 y 1/1997, conforme a los antecedentes de los respectivos expedientes de evaluación, para luego evaluar una formulación de cargos que describiera de manera precisa y determinada tanto la conducta como las obligaciones que se estiman incumplidas por parte de la SMA.”

Centésimo cuadragésimo sexto. Que, de esta forma, la resolución sancionatoria adolece de graves vicios de legalidad en cuanto a su motivación, pues ha configurado la infracción sobre la base de un cargo formulado de manera imprecisa y abierta, vulnerando el principio de tipicidad, para luego hacerse la SMA de una potestad interpretativa que no le corresponde, estableciendo al efecto un límite de extracción arbitrario y una obligación inexistente, sin requerir, previamente, la interpretación de las respectivas RCA al órgano por ley designado. Los vicios descritos no solo tienen un carácter esencial al afectar la configuración de la infracción, sino que, además, violentan el bloque de principios del derecho administrativo sancionador, incluyendo tipicidad, legalidad y razonabilidad, careciendo, en consecuencia, de fundamento la sanción de multa impuesta al respecto, motivos todos por los cuales procede la anulación de la resolución sancionatoria, como se indicará en lo resolutivo.” (énfasis agregados)²⁷

En otros términos, es el SEA quien detenta las facultades interpretativas necesarias para dirimir un disenso interpretativo como el manifestado en este procedimiento sancionatorio, no la SMA y esta última no puede arrogarse facultades que no le competen.

En consecuencia, atendido que la SMA no requirió al SEA que interpretase la RCA N°1/1997 de manera previa a la FdC, vició de manera esencial y grave el presente procedimiento sancionatorio.

²⁶ DGA. 2014, Diagnóstico y Sistematización de Información de Planes de Alerta Temprana Vigentes con Condicionamiento de Derechos, Informe Final Volumen N°1 Realizado por Hidromas CEF Limitada, Disponible en: <https://snia.mop.gob.cl/sad/ADM5521v1.pdf>, p 196.

²⁷ Segundo Tribunal Ambiental, 20.11.2020, Rol R-140-2016.

Adicionalmente, porque resulta evidente que decidir sancionar en ese contexto trasgrede principios básicos de las sanciones, tales como, el principio *in dubio pro reo*, el cual establece que se debe reconocer al inculpado el beneficio de la duda y el principio *pro persona*, el cual indica que se debe preferir el sentido o inteligencia del derecho que favorece al inculpado y le exime de la sanción. Criterios cuyo análisis es del todo omitido en la Resolución.

En síntesis, la Resolución trasgrede el artículo 81 g) de la Ley N°19.300 que “Aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente” (“Ley N°19.300”), el artículo 3 de la LOSMA, por lo que, corresponde que se declare la nulidad de la Resolución.

V. En la Resolución se tergiversan y prescinden de las alegaciones de Escondida

Por un lado, en la Resolución se fuerzan los argumentos de Escondida hasta trastocar su sentido, caricaturizando la postura de mi representada. Si bien dicho ejercicio es reiterado a lo largo de la Resolución, en esta reposición, nos abocaremos a identificar aquellos razonamientos en que resulta más evidente.

En primer lugar, en la Resolución se afirma que Escondida negaría la interconexión entre el sector Callejón de Tilopozo y las Vegas, según se puede observar en el siguiente apartado:

“137° Es decir, por una parte, se definió que el monitoreo tenía que detectar “oportunamente” —antes de la generación del efecto— la disminución del flujo pasante, que conforme se explicó en los considerandos anteriores, se verifica a través de la medición de la disminución en los niveles de agua subterránea en los pozos TP-1, TP-2, TP-3 y SAT-2. Sobre este punto, se hace presente que la empresa pretende desconocer la interconexión que existe entre el sector Callejón de Tilopozo y las Vegas, indicando que al estar previamente delimitado el acuífero Monturaqui por la DGA, no existiría una relación entre ambos sectores ni representación del sector Vegas en los pozos en cuestión. Sin embargo, el numeral 12.5.1 del Programa evidencia la relación entre estos pozos ubicados en el Callejón de Tilopozo y las vegas, a saber, “[e]n este sector **se monitorea el comportamiento del acuífero subterráneo que fluye hacia el sector Sur del Salar de Atacama (Vegas y Lagunas)**” (subrayado agregado).

Ello es completamente falso. En el escrito de descargos simplemente se indicó en la sección IV.2.2 que la delimitación del acuífero vigente a la época de la evaluación ambiental, esto es, hace aproximadamente 25 años, no incluía los puntos considerados en la FdC, pero sí a las vegas de Tilopozo, lo cual es coherente con los demás antecedentes históricos que se identificaron en el mismo escrito que explicarían por qué que el umbral de 25 cm se mide en las vegas de Tilopozo y no en los puntos TP-1, TP-2, TP-3 y SAT-2.

Incluso, la materia fue expresamente desarrollada por Escondida en su presentación del 4 de noviembre del 2021, en la cual se indicó que:

“En primer lugar, Escondida no ha sostenido que exista una desconexión entre el área de las vegas de Tilopozo y el área del acuífero aguas arriba de ella (la cual contiene los pozos TP-1, TP-2, TP-3 y SAT2/D6 que fueron considerados en la formulación de cargos) [área correspondiente al callejón de Tilopozo], como se supone en el Informe Técnico Camar

Por el contrario, Escondida naturalmente ha indicado que tales áreas guardan una vinculación, de hecho, durante la evaluación del Proyecto se asumió que las extracciones que se realizaran tanto desde Monturaqui como Negrillar podrían afectar el nivel de las vegas de Tilopozo.”

(...)

“En segundo lugar, Escondida tampoco ha sostenido que una disminución del nivel freático observada en el pozo TP-2 [punto que se encuentra en el área de callejón de Tilopozo] carezca de implicancias respecto de la disminución en el sector de vegas de Tilopozo.

En concordancia con lo ya expuesto, Escondida ha sostenido que existe conexión entre la zona de vegas de Tilopozo y la zona del acuífero inmediatamente anterior a ellas, donde se localiza el pozo TP-2. El propio permiso ambiental así lo considera y regula enfocándose en la verificación de la condición preventiva (flujo pasante), cuyo resultado esperado es el cumplimiento de la condición principal en el área de vegas (umbral de 25 cm).

Adicionalmente, Escondida explícitamente indicó que la relación del descenso del nivel freático no es **equivalente ni rápida** entre ambas áreas. En concreto, en los descargos se extractó la siguiente respuesta dada en el contexto de la evaluación del proyecto Monturaqui, en la cual explícitamente se hizo el mismo énfasis:

“una disminución del nivel freático en el sector de TP-2 no genera una disminución **equivalente y rápida** del nivel freático en un punto más al norte [vale decir, en las vegas], ya que se induce primero, una disminución de la evaporación al profundizarse el nivel freático desde aguas arriba. Esto genera una baja significativa de la velocidad de avance del cono de depresión una vez que ingresa a la zona de descarga ya que una parte importante de la disminución del flujo pasante que induce el cono es compensada con una disminución de la descarga por evaporación. Este comportamiento es el resultante de las ecuaciones de flujo (continuidad de flujo y ley de Darcy) y efectivamente corresponde a lo que resuelve el modelo numérico desarrollado y es lo que se observa en los hidrogramas de la zona (énfasis agregado)

En otros términos, atendidas las características físicas de la zona, una disminución del nivel freático en TP-2 no implica una disminución en el área de vegas de la misma magnitud ni instantáneamente. Ello, pues a partir del pozo TP-2 la dinámica de propagación cambia debido a la inercia que impone la evaporación en la zona sur del salar.

Los datos y fundamentos técnicos que respaldan dicha afirmación fueron latamente expuestos en el contexto de la evaluación del Proyecto Monturaqui, los cuales son de acceso público⁷ y para todos los efectos legales se dan por reproducidos.

En caso de que se quisiera aplicar un umbral freático a dicho punto -al igual que a otros puntos ubicados aguas arriba del área de vegas-, el umbral debiese definirse considerando los aspectos físicos, de manera tal que se refleje una condición consistente con el umbral de 25 cm en la zona de las vegas de Tilopozo.” (los énfasis son del texto original)

En definitiva, Escondida jamás ha pretendido desconocer la interconexión que existe entre el sector Callejón de Tilopozo y las Vegas de Tilopozo. Lo cual, ciertamente no implica validar la errada y simplista interpretación de la SMA respecto del lugar donde debe verificarse el umbral de 25 cm.

En segundo lugar, en la Resolución se señala que Escondida habría mantenido el mismo entendimiento que la SMA en su Resolución a lo largo de sus monitoreos, opinión que

habría modificado a propósito de sus descargos. A modo ejemplar, considérese el siguiente considerando de la Resolución:

“132° Ahora bien, llama la atención que, en la implementación del PAT, MEL ha reportado a la SMA el cumplimiento de dicho plan bajo la misma interpretación dada por esta autoridad, ofreciendo una explicación distinta recién en este procedimiento sancionatorio, la que resulta contraria frente a su propia conducta anterior de larga data. En efecto, en el reporte del PAT 2013 (COD SSA 11469), el Titular señaló que, para las mediciones del punto H de los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo y junio, el valor medido no es necesariamente profundidad de agua, mientras que respecto a los pozos TP-1, TP-2 y TP-3 reportó de igual forma niveles e interfase salina, es decir, no se observa una función excluyente o exclusiva de medición de cuña salina para dichos pozos, como se desliza en los descargos de MEL. Luego, en el reporte del PAT 2015 (COD SSA 44430), en el punto 7.2, página 83, se señala: “*Sin embargo, los **registros del punto H** no son consistentes con los niveles registrados en las punteras TPZ más cercanas por lo que **no se consideran representativos del nivel de agua en el sector de las vegas**”*” (énfasis del texto original).

Lo anterior es falso, por un lado, en el reporte del PAT MNT 2013 (COD SSA 11469), efectivamente se entregan datos de nivel de agua e interfaz salina, pero nunca ha estado en discusión que en esos puntos se monitoree el nivel de agua, dicha variable se monitorea desde antes que existiese el umbral de 25 cm, tal como se explicó en los descargos:

“es relevante aclarar que el monitoreo del nivel de aguas en los puntos TP-1, TP-2 y TP-3 se remonta al programa de monitoreo para el área de Tilopozo que se encontraba en ejecución desde el año 1994 como parte de las exigencias asociadas a los derechos de agua con que se contaba en esa época, es decir, años antes de someter el Proyecto a evaluación ambiental y de que la definición del umbral de 25 cm siquiera existiese.”

En otros términos, la RCA N°1/1997 simplemente mantuvo la obligación de que se controlase el nivel de aguas en los puntos TP-1, TP-2 y TP-3, pero no innovó adjudicándole a tales monitoreos un objetivo ambiental que lo vinculase con el umbral de 25 cm.” (énfasis agregado)

Lo cuestionado siempre ha sido que el monitoreo de nivel en dichos puntos tenga el objetivo ambiental que la SMA en su FdC y ahora en su Resolución atribuye, esto es, verificar el umbral de 25 cm, como expresamente se indicó.

No es efectivo que en el reporte del PAT MNT 2015 (COD SSA 44430) se manifieste el mismo entendimiento que la SMA, de hecho, explícitamente se indica lo siguiente, lo cual es omitido por la SMA:

“De acuerdo a los resultados del monitoreo y a la evaluación predictiva realizada con el modelo numérico, se verifica el cumplimiento de la totalidad de las condiciones establecidas en el PAT-MNT para permitir la utilización de los derechos de aguas de MEL. En efecto no se han verificado, producto de la extracción en el acuífero de MNT, descensos de nivel freático en el sector de Tilopozo, y se estima que el efecto máximo de las extracciones será inferior a 25 cm. Este corresponde al valor umbral definido en el PAT-MNT para esta condición. De acuerdo al monitoreo, el nivel freático en la zona de vegas se mantiene sin cambios tendenciales, sino que solamente con cambios estacionales propios de la dinámica del sector.”²⁸ (...)

- “No se han verificado producto de la extracción en el acuífero de MNT, descensos de nivel freático en el sector de Tilopozo, y se establece a través del resultado del modelo numérico,

²⁸ PAT MNT, Revisión de los datos de monitoreo, Informe N°15: Revisión hasta fines de 2015, p iv.

que el efecto máximo de las extracciones será inferior a 25 cm. Este corresponde al valor umbral definido en el PAT-MNT para esta condición.”²⁹

En otros términos, expresamente Escondida señaló que el umbral de 25 cm no ha sido sobrepasado y que este se verifica a partir de los monitoreos de nivel freático de la zona de vegas, vale decir, no en los puntos TP1, TP2, TP3 y SAT2. En consecuencia, al contrario de lo sostenido en la Resolución, Escondida no tiene, ni ha tenido en sus monitoreos el entendimiento que la SMA expresa en su Resolución.

En tercer lugar, la Resolución carece de un análisis de las alegaciones que se realizaron en torno a la ilegalidad de considerar como punto de control para el umbral de 25 cm el pozo SAT-2. Al respecto, cabe recordar que Escondida explicó que dicho punto ni siquiera se encontraba identificado en la RCA N°1/1997, el mismo se identificaría en un instrumento jurídico distinto respecto del cual la SMA carecería de competencias, esto es, el PAT MNT.

En un lacónico considerando de la Resolución la SMA señala lo siguiente:

“123° En atención a lo expuesto, el argumento de MEL debe ser desestimado, por ser contrario al objeto de protección de la evaluación ambiental, por cuanto no se anticipa a la generación del efecto no deseado, concluyéndose que el umbral de 25 cm debe verificarse en los pozos TP-1, TP-2 y TP-3 y no en las vegas de Tilopozo. Asimismo, conforme se expondrá en el siguiente numeral, bajo el mismo razonamiento el umbral también debe verificarse en el pozo SAT-2 incorporado por el PAT MNT.” (énfasis agregado)

Lo anterior no deja de ser paradójico, porque precisamente en la sección a la que se allí se alude se señala respecto de la relación jurídica entre la RCA N°1/1997 y el PAT MNT lo siguiente:

“129° (...) En ese sentido, es de toda lógica que el PAT MNT replicara dichos puntos de seguimiento y verificación del umbral en cuestión, pues como se señaló precedentemente éste no puede ir en contra de lo consignado en la autorización ambiental sino que solamente puede dar operatividad a lo definido en la RCA N°1/1997. Así, **en el marco de dicha funcionalidad, el PAT mantuvo los pozos previamente establecidos y, a su vez, la DGA en el marco de las competencias entregadas en la misma RCA N°1/1997 referentes a la aprobación posterior del PAT, Res. Ex. N°1972/2001, incorporó un nuevo punto de seguimiento denominado SAT-2** que sigue el mismo marco conceptual y objetivos de la evaluación ambiental para definir los puntos de medición.”

En consecuencia, pese a que el PAT MNT no puede ir en contra de la RCA N°1/1997, si tendría en la práctica la capacidad de definir un punto de control que no se estableció en la RCA, y respecto del cual se habría establecido un umbral, por el cual, más de 20 años después, se sanciona a Escondida.

Lo anterior, no resiste análisis lógico ni jurídico alguno y, por lo demás, tiene un efecto dramáticamente vulneratorio. Bajo la interpretación de la SMA, atendido que el punto SAT-2 también sirve para controlar el umbral de 25 cm, la infracción se habría comenzado a cometer desde el 2005, añadiendo 6 años más de infracción por sí solo, con la consecuente

²⁹ PAT MNT, Revisión de los datos de monitoreo, Informe N°15: Revisión hasta fines de 2015, p 5.

disminución freática adicional, para efectos de la ponderación del daño ambiental considerado.

En cuarto lugar, se sostiene en la Resolución que MEL tendría por pretensión que no existan puntos de control de niveles.

“130° Ahora bien, en contraposición a los argumentos presentados por MEL para desacreditar la validez de los pozos TP-1, TP-2 y TP-3 como puntos de monitoreo del nivel freático de detección de superación del umbral de 25 cm, porque el PAT señala expresamente que éstos se utilizarán para controlar la cuña salina, cabe señalar que aun cuando es cierto que el punto 4.1.1.4 de la Res. Ex. N°1972/2001 establece que éstos servirán para monitorear el nivel estático y la interfase salina, esta función no es excluyente ni exclusiva y debe efectuarse conjuntamente con la medición del nivel freático establecido en el punto 4.1.1.1 de la misma resolución. De modo contrario, las pretensiones de la empresa serían que en el sector de Tilopozo no existieran puntos de control de niveles, porque serían exclusivos para otro seguimiento (control de la cuña salina), anulando la posibilidad de también verificar la primera condición del PAT (descensos en Tilopozo bajo 25 cm), en concordancia con la evaluación ambiental.”

No obstante, tal como se señaló en los descargos, fue Escondida quién *“el año 2005 se le adicionaron un conjunto de punteras a fin de otorgar mayor confianza al monitoreo de la zona, que por la metodología utilizada había resultado poco representativo”*.

En el mismo sentido, también cabe considerar lo expresado en la presentación de Escondida del 7 de mayo de 2018 ante la DGA, la cual fue acompañada a los descargos y se tuvo por incorporada al presente expediente sancionatorio en el resuelto I de la Res. Ex. N°4/Rol N° D-099-2020, en esta se señaló expresamente que:

“los reportes PAT entregados a la DGA han evaluado, en una primera etapa, la verificación de la condición de umbral de 25 cm en el punto H, uno de los puntos de monitoreo contemplados en el mismo PAT-MNT. Sin perjuicio de lo anterior, para obtener una mayor representatividad del nivel freático en la zona que se aplica el umbral, MEL incorporó al PAT-MNT 25 punteras en la zona de Vegas de Tilopozo, las cuales son utilizadas para verificar la condición umbral. Se trata de las Punteras TPZ, ubicadas al norte del pozo TP-2.

La incorporación de dichas punteras a la red de monitoreo PAT-MNT fue informada formalmente mediante Carta GC-PM-085-2009, adjunta a esta presentación, de 29 de mayo de 2009. Con todo, los niveles en dichos puntos de monitoreo ya habían sido incorporados desde el informe del PAT-MNT N° 5, que incluye la información de monitoreo hasta diciembre de 2005. Dichas punteras corresponden a aquellas listadas en la Tabla 4 de la citada carta, en base a las cuales se lleva a cabo la verificación del cumplimiento de los umbrales en la zona de Vegas de Tilopozo, en forma continua e ininterrumpida.”

(...)

“En el sector de Vegas de Tilopozo, MEL ha implementado una red de monitoreo que incluye las punteras denominadas TPZ. La información recogida por estas punteras ha formado parte de los reportes del PAT desde el año 2009 a la fecha, constituyendo información representativa sobre el estado de las aguas subterráneas del sector Vegas de Tilopozo. Esta información acredita que no se ha sobrepasado el umbral de 25 cm. de dicho sector y ha formado parte de los informes del PAT-MNT.”

En otros términos, simplemente no se entiende cómo va a ser la pretensión de Escondida que no se midan niveles, si propuso desde hace más de 17 años ampliar la red de monitoreo de niveles para lograr un resultado de análisis representativo, estableciendo mediciones en zonas concretas de las vegas de Tilopozo.

En definitiva, el conjunto de tergiversaciones de las alegaciones de Escondida deja en evidencia que la Resolución contraviene los artículos 11 y 17 f) de la Ley N°19.880, los cuáles establecen, respectivamente, el principio de imparcialidad con el que debe actuar la Administración y la gama de derechos de las personas frente a la Administración, conjunto que incluye que las alegaciones formuladas durante el procedimiento sean tenidas en cuenta por la Administración. Asimismo, el artículo 54 de la LOSMA, el cual establece que la resolución sancionatoria debe ser fundada.

VI. La Resolución carece de un análisis de causalidad apropiado y atribuye daño ambiental irreparable ignorando completamente las argumentaciones de Escondida

La Resolución es ambigua, contradictoria y deficiente en materia de causalidad y daño ambiental. Por un lado, se señala de distintos modos que la causalidad sería irrelevante, vale decir, resultaría indiferente si los efectos hídricos son o no atribuibles a Escondida o, por el contrario, corresponden al actuar de terceros agentes los cuales incluso podrían estar operando con autorizaciones ambientales. Asimismo, si los efectos supuestamente constatados en las vegas de Tilopozo son o no causados por terceros agentes.

De modo meramente ejemplar, considérense los siguientes considerandos de la Resolución:

“197° Como es de conocimiento público, al momento de la infracción operaban cuatro compañías mineras en el Salar de Atacama, estas son, SQM, Albemarle, CMZ y MEL, todas las cuales extraen aguas desde la cuenca del Salar. Específicamente, SQM extrae salmuera desde el núcleo del Salar junto a agua dulce/salobre desde pozos ubicados hacia el este; por su parte, Albemarle también extrae salmuera desde el núcleo del Salar y agua dulce/salobre desde pozos emplazados en el sureste del Salar; mientras que, como se revisó anteriormente, CMZ y MEL extraen agua hacia el sur de la cuenca del Salar de Atacama.

198° Entendiendo entonces que existe un uso compartido del recurso hídrico, en primer término, se aclara que la configuración de los hechos constitutivos de la infracción establecida en el Cargo N° 1 por parte de MEL fueron extensamente acreditados por esta Superintendencia en el numeral VI [sección que carece de un análisis de causalidad]. De esta manera, ha quedado demostrado que el Titular incurrió en una conducta que se encuentra tipificada como infracción por la legislación ambiental lo que permite a esta autoridad aplicar la potestad sancionatoria administrativa mediante la imposición de una sanción frente al incumplimiento.

199° Ahora bien, las consecuencias de la infracción permiten que la conducta indebida sea clasificada de acuerdo al artículo 36 de la LOSMA, ya sea en gravísima, grave o leve. Así, tal como se concluye del presente numeral VII, la omisión en que incurrió la empresa al no implementar la medida de reducción del tiempo de explotación del acuífero MNT al superar el umbral de 25 cm, generó un daño irreparable a los componentes ambientales aguas subterráneas, vegetación y medio humano lo que es clasificado como una infracción gravísima.

200° En ese contexto, es importante señalar que para efectos de la clasificación de la infracción, la jurisprudencia ha explicitado que **esta Superintendencia solo debe fundamentar debidamente la concurrencia del daño ambiental asimilándolo al definido en el artículo 2° letra e) la Ley N° 19.300**, sin necesidad de realizar un análisis de concurrencia de los presupuestos de la “responsabilidad por daño ambiental” del artículo 51 de la misma ley.” (énfasis agregado en el texto original)

(...)

“209° Al respecto, se debe considerar que la RCA N°1/1997 y el PAT MNT se desarrollaron y formularon sobre la base de las extracciones existentes, de manera que el diseño del plan de seguimiento y, consecuentemente, la aprobación del PAT por parte de la DGA, tuvieron a la vista el umbral de 25 cm. Por lo tanto, no es relevante determinar el alcance del cono de depresión de Monturaquí, pues ésta no es una medida o condición evaluada en la RCA aplicable, sino que de forma preventiva se establecieron las condiciones que determinaron el diseño del PAT”. (énfasis agregado)

Por otro lado, se señala literalmente en la Resolución que a la SMA le basta un análisis “*somero*” de la causalidad, esto es, “[*l]igero, superficial, hecho con poca meditación y profundidad*”³⁰, pero únicamente en el contexto del análisis de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, esto es, a propósito de la determinación de la sanción, no de su configuración y tampoco sobre su clasificación. Sin embargo, el análisis realizado a propósito de la determinación de sanciones se remite a lo ya establecido en el análisis de clasificación de la infracción, resultando en un argumento circular y vacío.

Al respecto, a modo ejemplar, cabe considerar los siguientes razonamientos de la Resolución:

“203° Establecido el marco normativo precedente, la concurrencia de cuatro compañías mineras que hacen un uso compartido del componente hídrico en la cuenca del Salar de Atacama, hace procedente que esta Superintendencia realice un somero análisis de causalidad consistente en determinar si la explotación de este recurso por los otros operadores mineros podría eximir de responsabilidad por daño ambiental a MEL, por eventualmente no ser su explotación la única causa directa de efectos en el ecosistema, de manera de ponderar esta hipótesis en las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, especialmente teniendo a la vista que MEL argumenta que no se ha realizado una correcta diferenciación de sus extracciones con las de CMZ para la constatación de efectos en el nivel de aguas.” (énfasis agregado)

204° Al respecto, es importante destacar que la relación de causalidad en daños al medio ambiente es *compleja*, toda vez que, la interacción de condiciones o la interdependencia de los fenómenos ambientales produce pluralidad de causas, de manera que persistir en una noción de daño directo no es suficiente. Así, en el entendido de que la producción de un daño ambiental generalmente no responde a una única y exclusiva causa y, por el contrario, concurren una pluralidad de éstas, resulta útil para resolver la problemática el concepto de *causalidad complementaria por asociación* que “*se trata de la concurrencia de dos o más causas de cuya conjunción surge el resultado dañoso, pero en la que (...) la interrelación de las dos causas tiene como resultado que las mismas se potencian ocasionando que el daño ambiental sea aún mayor*”³⁹ (énfasis agregado en el texto original).

205° Por consiguiente, acreditada la generación del daño ambiental por parte de MEL en el caso de marras, la concurrencia de otros actores relevantes que por causa de su operación potencien dicho daño, ya sea por una causa inocua o deliberada, no resulta eximente de la

³⁰ Definición otorgado por la Real Academia del concepto utilizado por la SMA, disponible en: <https://dle.rae.es/somero>.

responsabilidad del Titular, considerando además que MEL es el principal explotador del acuífero en el sector MNT.” (...)

“310° Tal como ha sido descrito de manera acabada en el acápite de clasificación de gravedad, la infracción cometida por la empresa ha causado un daño ambiental en el recurso hídrico que se manifiesta en que todos los pozos (TP-1, TP-2, TP-3 y SAT-2) tendrán un descenso sostenido del nivel freático hasta el año 2040, manteniéndose dicho descenso en el escenario más conservador hasta el año 2135. Luego, recién a partir de dicho hito se empezará a observar una leve tendencia a la recuperación del acuífero, pero sin alcanzar la condición previa a la superación del umbral de 25 cm ni siquiera al año 2200. Asimismo, este descenso en las aguas subterráneas ha tenido por consecuencia la generación de un daño ambiental en la vegetación de las vegas de Tilopozo, por la disminución de alrededor de un cuarto de su vigor y/o cobertura, y en la CI Peine ya que no podrá concretar su Plan de Desarrollo que contempla la conservación ambiental y puesta en valor como atractivo turístico a las vegas de Tilopozo.

311° Al respecto, como se revisó anteriormente, acreditada la generación del daño ambiental por parte de MEL en el caso de marras, la concurrencia de otros actores relevantes que por causa de su operación potencien dicho daño, ya sea por una causa inocua o deliberada, no resulta eximente de la responsabilidad del Titular como generador del daño.”

Adicionalmente, el somero y deficiente análisis de causalidad realizado por la SMA se centró en lo que corresponde a la afectación hídrica en: i) descartar el análisis de conos de depresión proporcionado por Escondida, por supuestas fallas metodológicas³¹ y ii) que Escondida sería el principal explotador del acuífero en el sector Monturaqui Negrillar Tilopozo.

Todo lo anterior es ilegal y falso por varias razones. Por obvio que parezca, no es irrelevante quién extrajo el agua que la SMA estima ocasionó la afectación hídrica esbozada en su Resolución, no solo por la naturaleza del cargo imputado, vale decir, una extracción ilegal de aguas por un extenso período de tiempo, sino también porque de ella dependen, de manera directa, todos los demás daños ambientales construidos en la Resolución.

En otros términos, absurdamente, por un lado, es irrelevante quién extrajo el agua que produjo la disminución hídrica que determina la clasificación de la infracción y, por el otro, dicha disminución es la causante de otros dos daños ambientales, también utilizados para reforzar la clasificación de gravísima.

En tal sentido, cabe hacer presente que los reproches aquí realizados, a propósito de la supuesta afectación significativa al componente hídrico (aguas subterráneas) también se manifiestan en la construcción del daño ambiental de la Resolución en materia de afectación significativa al componente vegetación en las vegas de Tilopozo, como en la afectación significativa a población protegida.

Cabe reiterar que, no se ha producido daño ambiental alguno en ninguna de las tres variables consideradas por la SMA en su Resolución, afectación hídrica, vegetacional a las vegas de Tilopozo, ni tampoco a la comunidad de Peine.

³¹ Véanse considerandos 210 y siguientes de la Resolución.

El desarrollo de la Resolución sobre el rol de terceros agentes en la producción de tales daños es por completo insuficiente, atendidos los antecedentes que constan en el expediente del procedimiento sancionatorio.

Por otro lado, no es irrelevante la causalidad de los daños ambientales, porque los descargos y posteriores presentaciones de Escondida ahondaron en la materia e indicaron, entre otras cosas, que la disminución hídrica que la SMA verifica en los puntos TP-1, TP-2, TP-3 y SAT-2, no es atribuible a mi representada, pues el cono de depresión de sus extracciones aún no ha llegado a los puntos de control que la SMA consideró en su FdC.

Al respecto cabe ser enfáticos, no es que el actuar de terceros haya potenciado la disminución hídrica provocada por Escondida, como parece sugerir la SMA en su Resolución, es que el descenso constatado por la SMA no es lisa y llanamente atribuible a mi representada. Mas aún, de manera responsable podemos afirmar que ese cono de depresión es producido por las extracciones autorizadas ambientalmente de un tercero.

Adicionalmente, no es trivial la causalidad del daño, porque es una de las piedras angulares de los descargos y como tal, debe ser atendido con la imparcialidad y objetividad que exige la Ley N°19.880 (artículo 11) al actuar de la Administración. En especial si la propia LOSMA demanda que la SMA examine de manera rigurosa el mérito de los descargos (artículo 50) y explicita la forma de comprobación de los hechos investigados en su sanción (artículo 53). Además, porque la Ley N°19.880 establece entre los derechos de los regulados, que las alegaciones realizadas durante el procedimiento deben ser tenidas en cuenta por el órgano al redactar la propuesta de resolución (artículo 17 f).

En tal sentido, es también relevante el análisis de causalidad por lo que precisamente la SMA reconoce en su Resolución, esto es, que es de conocimiento público³² la presencia de otros agentes en el área, la cual no se acota a la Compañía Minera Zaldívar.

No puede dejar de señalarse que no existe ningún razonamiento o análisis de la SMA que considere de manera completa, razonada y suficiente los roles de los terceros agentes y las distintas variables que concurren para los fenómenos que analiza a propósito de los daños ambientales que constatará. A modo meramente ejemplar, cabe notar que la posición geográfica de las actividades que realizan los demás agentes, cuestión relevante si se atiende que el campo de pozos de Escondida, en contraste con los demás, se encuentra más lejos respecto de los puntos considerados en la FdC y del sector de vegas de Tilopozo, es una cuestión completamente prescindida por la SMA.

Incluso, si todo lo anterior no resultara suficiente para justificar un análisis que no sea somero respecto de la causalidad y del daño ambiental en general, la propia LOSMA establece un deber de análisis de causalidad a propósito de la clasificación de las infracciones. En concreto, el artículo 36 N°1 a) de la LOSMA establece que

³² Véase considerando 197° de la Resolución.

“Para los efectos del ejercicio de la potestad sancionadora que corresponde a la Superintendencia, las infracciones de su competencia se clasificarán en gravísimas, graves y leves.

1.- Son infracciones gravísimas los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que alternativamente:

a) Hayan causado daño ambiental, no susceptible de reparación.” (énfasis agregado)

En consecuencia, normativamente debe haber una vinculación causal suficiente entre la infracción y los efectos en el medio ambiente, para aplicar la reclasificación de gravedad. Lo cual es del todo coherente, de lo contrario, se produciría la absurda situación que la Resolución promueve, esto es, que mientras se atribuye (erradamente) la configuración de una infracción a Escondida resulta indiferente que los efectos que se constatan no sean producto del accionar del imputado. En palabras simples, conforme al razonamiento de la Resolución, Escondida sería a todo efecto responsable del accionar dañoso al medio ambiente de terceros, incluso si corresponde a un actuar autorizado ambientalmente y, por tanto, lícito. Eso no tiene sentido alguno.

Al respecto, cabe indicar que no se está sosteniendo que el mismo estándar de causalidad propio de las acciones de reparación por daño ambiental, sea el exigible a sede sancionatoria. Tan solo que este no puede ser somero, ligero, superficial, hecho con poca meditación y profundidad, como lo fue en la Resolución, en especial en un caso donde lo infringido es una condición establecida en una Resolución dictada más de 25 años atrás y en ese cuarto de siglo han ocurrido una serie de cambios que afectan la vinculación causal entre acciones/omisiones y efectos.

En esta misma línea, es importante relevar que es la SMA quién tiene la carga argumentativa de probar los hechos y afirmaciones contenidas en su Resolución, este es un procedimiento iniciado de oficio. Por lo que, no basta con que se descarten con alusiones a supuestos errores metodológicos los análisis de Escondida sobre la materia, es la SMA quién debe probar que la cuantificación del descenso por sobre el máximo tolerable a que alude es responsabilidad de mi representada³³, cuestión que simplemente no hizo en la Resolución.

En definitiva, la Resolución carece de un análisis de causalidad adecuado, lo cual constituye una infracción a los artículos 11 y 17 f) de la Ley N°19.880 y los artículos 36 N°1 a), 50 y 53 de la LOSMA.

POR TANTO, solicito se tenga por interpuesta la reposición, se anule el procedimiento y la Resolución, o, en su defecto, esta sea modificada conforme a derecho, por las consideraciones aquí expuestas.

Sin otro particular, se despide atentamente,

³³ Véase tabla 2 de la Resolución.

Patricio Leyton Florez