



RESUELVE PRESENTACIONES QUE INDICA

RESOLUCIÓN EXENTA N°1888

SANTIAGO, 25 de septiembre de 2020

VISTOS:

Lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, LOSMA); la Ley N°19.880, que Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (en adelante, LBPA); la Ley N°18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado; la Ley N°19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (en adelante, LBGMA); el Decreto con Fuerza de Ley N°3, de 11 de septiembre de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; la Resolución Exenta N°1076, de 26 de junio de 2020 de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Fija Organización interna de la Superintendencia del Medio Ambiente; el Decreto Supremo N° 31, de 08 de octubre de 2019, del Ministerio del Medio Ambiente, que nombra a don Cristóbal de la Maza Guzmán en el cargo de Superintendente del Medio Ambiente; la Res. Ex. RA 119123-129-2019, que nombra cargo de alta dirección pública, nivel 2° a Emanuel Ibarra como Fiscal Titular de la Superintendencia del Medio Ambiente; la Resolución Exenta N°287, de 13 de febrero de 2020, de la Superintendencia del Medio Ambiente que establece el orden de subrogancia para el cargo de Fiscal de la Superintendencia del Medio Ambiente; la Resolución Exenta N°85, de 22 de enero de 2018, que aprueba Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales – Actualización, y; el expediente del procedimiento administrativo sancionatorio Rol F-009-2018; la Resolución N°7, de 26 de marzo de 2019, de la Contraloría General de la República, que Fija Normas sobre Exención del Trámite de Toma de Razón.

CONSIDERANDO:

I. Antecedentes generales

1. Mediante la Res. Ex. N°1/ROL F-009-2018, de 23 de abril de 2018, de acuerdo a lo señalado en el artículo 49 de la LOSMA, se dio inicio a la instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio ROL F-009-2018, con la formulación de cargos a Sociedad de Exploración y Desarrollo Minero (“Explodesa” o “la empresa”), titular del Proyecto Mina Cardenilla, calificado ambientalmente favorable mediante Resolución Exenta N°242, de 18 de marzo de 2008 de la Comisión Regional de Medio Ambiente de la Región de Valparaíso (en adelante “RCA N°242/2008”), por los siguientes hechos infraccionales:

“1. La no implementación de la piscina de neutralización de las aguas que drenan desde el botadero de estériles.

2. El pretil implementado no previene la proyección de escombros ladera abajo del botadero.

3. Se reforestó una superficie menor a la exigida en la RCA, con una densidad menor y con diferencias en la composición de las especies.

En específico: se reforestó una superficie de 4,4 y no de 5 ha como dispone al RCA; la densidad que presenta la plantación ejecutada es de 400 pl/ha, la cual es menor a la densidad de 714 (pl/ha) establecida en la RCA; y se constató que existen diferencias con respecto a la composición de especies propuesta, constatándose en ese sentido sólo a las especies Quillaja saponaria y Senna candolleana (Cassia closiana).

4. Inexistencia de plantación de 490 Guayacanes.

5. Se plantó un número menor al comprometido de ejemplares Lithrea caustica. Se constataron 220 y el número comprometido era 240. Además, las áreas que el titular indica, no se encuentran cercadas.

6. La no implementación de los canales de contorno perimetrales aguas arriba de la cantera de la mina y en la cabecera del botadero de estériles.

7. El proyecto no cuenta con resolución de SERNAGEOMIN que autoriza para establecer apilamiento de residuos mineros y el botadero de estériles.

8. El proyecto no cuenta con el permiso ambiental sectorial para el cambio de uso de suelo del campamento contemplado en el proyecto.

9. La ejecución de las siguientes obras y acciones tendientes a intervenir o complementar un proyecto o actividad que constituyen cambios de consideración:

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 3.3.2e 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 gráfico 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”.

2. Por medio de la Res. Ex. N° 1786, de 12 de diciembre de 2019, se resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio Rol F-009-2018, sancionando a la titular con una multa de ocho mil ochocientos sesenta y dos Unidades Tributarias Anuales (8.862 UTA), respecto a la Infracción N°9 indicada en el considerando anterior, la cual corresponde a aquella establecida en artículo 35 literal b) de la LOSMA, tratándose de la ejecución, al margen del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (“SEIA”), de obras y actividades para las cuales la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella.

3. Respecto a la notificación de la Res. Ex. N° 1786/2019, ésta se practicó personalmente en el domicilio de la titular, con fecha 13 de diciembre de 2019, según consta en el Acta de notificación incorporada al expediente, en virtud del artículo 46 de la Ley N° 19.880.

4. Con fecha 20 de diciembre de 2019, Cecilia Urbina, en representación de la titular, presentó un escrito, por el cual en lo principal dedujo recurso de reposición en contra de la Res. Ex. N° 1786/2019, fundado en los antecedentes de hecho y de derecho que en él se indican; en el primer otrosí, acompañó documentos; y en el segundo otrosí, solicitó reserva de información. La empresa solicita acoger el recurso, dejando sin efecto la Res. Ex. N°1786/2019, o en su defecto, sustituirla por clausura temporal de la faena minera Cardenilla.

5. Con fecha 9 de enero de 2020, esta Superintendencia recibió el Of. Ord. N° 0093, del Consejo de Defensa del Estado, por el cual se acusó recibo del Ord. N° 3806 de 23 de diciembre de 2019 de esta Superintendencia que derivó el expediente Rol F-009-2018 a efectos de dar cumplimiento al artículo 17 del D.S. N° 20/2013 MMA.

6. Con fecha 23 de enero de 2020, los señores Richard Muñoz, Mauricio Aracena y Rodrigo Zamora, de la Directiva del Sindicato de Empresas de la Sociedad de Exploración y Desarrollo Minero, ingresaron un escrito en que señalan, en síntesis, que “(...) existe una relación de independencia entre las minas que opera

Explodesa y la Planta Amalia de Catemu que procesa los minerales. Ambas empresas emplean a más de 1.000 personas considerando empleo directo e indirecto (...)” y que Explodesa “(...) no tiene capacidad financiera para solventar el pago de la multa y además financiar las inversiones que aseguren la continuidad operacional de las minas, lo que pone en riesgo muchos puestos de trabajo de nuestro sindicato y los sindicatos de las empresas subcontratistas y proveedores locales (...)”. Por ende, solicitan se rebaje considerablemente la multa cursada.

7. Mediante la Res. Ex. N° 161 de 28 de enero de 2020, esta Superintendencia solicitó información a la titular, específicamente el Estado de Situación al mes de septiembre de 2019, con el objeto de determinar la procedencia de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, en la medida en que la información entregada con anterioridad carecía de dicho antecedente.

8. Con fecha 30 de enero de 2020, la titular ingresó un escrito por el cual solicitó tener presente ciertas consideraciones en relación a la reposición presentada con fecha 20 de diciembre de 2019.

9. Con fecha 4 de febrero de 2020, la titular ingresó un escrito, solicitando un aumento del plazo, en virtud de la necesidad de tener que recopilar antecedentes necesarios para dar por cumplida la solicitud de información de la Res. Ex. N°161/2020.

10. Mediante la Res. Ex. N° 228, de 5 de febrero de 2020, esta Superintendencia concedió un nuevo plazo de dos días hábiles, para presentar la información solicitada mediante la Res. Ex. N° 161/2020.

11. Con fecha 5 de febrero de 2020, la titular dio respuesta al requerimiento de información y solicitó reserva de información.

II. Admisibilidad del recurso de reposición interpuesto por el recurrente

12. El recurrente en su presentación indica estar dentro de plazo legal para interponer el recurso. Al respecto, el plazo contemplado para interponer un recurso de reposición en contra de una resolución emanada de la Superintendencia se encuentra regulado en el artículo 55 de la LOSMA: *“En contra de las resoluciones de la Superintendencia que apliquen sanciones, se podrá interponer el recurso de reposición, en el plazo de cinco días hábiles contado desde el día siguiente a la notificación de la resolución”.*

13. De esa forma, ya que la resolución impugnada se notificó con fecha 13 de diciembre de 2019, y el recurso fue presentado con fecha 20 de diciembre de 2019, este Superintendente estima que el recurso interpuesto por el titular se encuentra presentado dentro de plazo, en tanto el plazo fatal para su presentación vencía el día en que efectivamente fue presentado el recurso.

14. Por tanto, presentado el recurso dentro de plazo legal, corresponde pronunciarse a continuación respecto de las alegaciones formuladas por el recurrente.

I. **Análisis de las alegaciones formuladas por el recurrente respecto a la calificación de la infracción N° 9**

a. Alegaciones referidas a que los efectos derivados de la infracción imputada no tienen la magnitud suficiente para ser considerado daño ambiental, ni menos como daño ambiental “irreparable”

15. En primer lugar, la titular señala que los efectos derivados de la infracción imputada no tienen la magnitud suficiente para ser considerado daño ambiental, ni menos como daño ambiental “irreparable”, impugnando de esa forma la calificación jurídica realizada en la resolución sancionatoria, indicando *“que 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 dicha calificación jurídica- la misma tenga magnitud suficiente para ser considerado como un ‘daño no susceptible de reparación’”*. Señala a continuación tres requisitos para configurar daño ambiental, en virtud del artículo 2° literal e) de la Ley N° 19.300 *“(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”*, indicando que *“reconoce la concurrencia de los dos primeros elementos, al reconocer los hechos infraccionales que fundamentan la resolución sancionatoria”*, no obstante, agrega que *“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 [...]”*. A continuación, señala determinadas argumentaciones, que en síntesis corresponden a las siguientes:

- a) Las especies afectadas son objeto de medidas de reforestación/compensación.
- b) La reducción y fragmentación asociada al ecosistema forestal no es significativa.
- c) La disminución de la superficie de hábitat de la especie *Porlieria chilensis* no compromete la sobrevivencia de la especie en el sitio prioritario (disminución asciende a 0,067% de la especie en el sitio prioritario).
- d) 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 las medidas de protección; incluso habiéndose ejecutado

el proyecto en paralelo, como habría quedado demostrado en inspección de 30 de julio de 2019.

e) La extensión del daño debe ser considerado en el contexto espacial dentro del cual se encuentra, siendo la afectación en término de superficie solo de 0,042% del sitio prioritario para la conservación “Cordillera El Melón”.

f) La duración o persistencia del efecto sobre el suelo y la vegetación no puede ser considerado como permanente o indefinido, ya que ellos solo se manifiestan en el corto y mediano plazo y pueden durar y permanecer en el largo plazo solo si no se adoptan medidas de recuperación.

16. Al respecto, esta Superintendencia advierte que las alegaciones antes señaladas corresponden a una reiteración de las argumentaciones vertidas por la titular en el escrito de 3 de septiembre de 2019. Cada una de ellas fueron tratadas y descartadas en la resolución sancionatoria. No advirtiendo nuevos antecedentes que deban ser ponderados, se debe dar reproducido todo el razonamiento señalado entre los considerandos 156 y siguientes para la alegación a); considerandos 119 y siguientes para la alegación b) y c); considerandos 149 y siguientes para la alegación d); considerandos 108 y siguientes para la alegación e); y considerandos 127 y siguientes para la alegación f).

b. Alegaciones referidas a la calificación de la infracción

17. En segundo lugar, la empresa cuestiona la irreparabilidad del daño fundándose en interpretaciones normativas y criterios que propone. Así, la titular alega que aun en el caso en que esta SMA estime que el daño ambiental se configurara, éste no puede ser calificado como irreparable, indicando una serie de aspectos normativos que la llevan a interpretar que la Ley N° 19.300 “(...) *da 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 esa manera, continúa agregando que la reparación *in situ* o *en naturaleza*, no sería un elemento esencial para evaluar la reparabilidad, lo que sería contrario al espíritu del art. 2 letra s, de la Ley N° 19.300. De este modo, la empresa sostiene que “(...) *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 mas de sus componentes a una calidad similar*’(...) *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 podría ejecutarse mediante diversas acciones de reparación (...)*”.

18. Continúa indicando una serie de descripciones e interpretaciones entorno a las diferentes acciones, estatutos de responsabilidad y formas de reparación que contempla el ordenamiento jurídico ambiental vigente, señalando, en síntesis, 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 se persigue 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 (...)”. Pese ello, en el derecho ambiental dicha definición se ve moderada desde 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 a una calidad similar al medio ambiente dañado que jamás hará que retorne a su estado primitivo (...)”. De esa forma, a su parecer, el concepto que mejor recoge la idea de reparación en materia de derecho ambiental es el de *restituto in pristinum*, “(...) En ese sentido se sostiene que, a diferencia de la reparación in natura, la *restituto 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 lesiva (...)”.

19. A continuación, se refiere a la reparación por equivalencia, que ha sido rechazada en materia ambiental. Pero, indica la interpretación por la cual la reparación por equivalencia es entendida formando parte del ámbito de cumplimiento propiamente tal, en tanto “(...) las prestaciones que se ejecutan en dicha sede pueden implementarse a través de los distintos medios que dispone el legislador para su ejecución, sin expresar necesariamente en una suma de dinero (...)”. De esa forma, la reparación por equivalencia “(...) no se limita a la indemnización de perjuicios, por lo que, no se considera una vía [de] reparación netamente pecuniaria. Por ello, la reparación por equivalencia podría manifestarse como otro tipo de prestaciones materiales que sean alternativas al cumplimiento en naturaleza (...)”, concluyendo en esta parte que el “(...) cumplimiento por equivalencia puede tener un rol relevante como alternativa de reparación de daños (...)”.

20. Continúa sosteniendo su argumentación haciendo una referencia a las medidas de compensación contempladas en la Ley N° 19.300, señalando que ellas no pretenden restablecer de forma íntegra las mismas condiciones en que los elementos del medio ambiente se encontraban con anterioridad al daño y que ellas “(...) 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 al medio ambiente como sistema global, más que a la reducción a un sitio específico susceptible de afectación o daño (...)”. Así, afirma que la reparación por equivalencia estaría comprendida dentro del cumplimiento propiamente tal y no dentro de la indemnización de perjuicios, dado que no se considera como una vía de reparación netamente pecuniaria, pudiendo manifestarse como un tipo de prestación material alternativa al cumplimiento en naturaleza.

21. Concluye señalando que si bien el cumplimiento por equivalencia no se encuentra reconocido de forma expresa para la

reparación por daño ambiental, ella no es desconocida en la regulación de derecho ambiental general, mencionando los planes de mitigación, reparación y compensación exigidos por el art. 100, del Decreto Supremo N° 40/2012 del Ministerio de Medio Ambiente (“RSEIA”), en el SEIA para casos de proyectos ingresados por EIA; el PAS para corta de árboles y la propuesta de medidas de protección de especies que se pretenden cortar y la posibilidad de obligar al infractor por corta no autorizada de bosque nativo, a presentar un plan de corrección, lo que a su juicio serían ejemplos donde el ordenamiento general contempla alternativas para evitar o recuperar la pérdida de recursos o elementos del medio ambiente. De esa forma, solicita la modificación de la calificación de gravedad, descartando la existencia de daño ambiental irreparable, desde que “(...) necesariamente debe ponderarse desde el punto de vista de la “pérdida” del sistema global, (...), sino que se identifica con un hábitat particular en el contexto de un sitio prioritario, lo que -como se acreditó- no se ha dañado completa ni significativamente, pudiéndose recobrar los servicios ofrecidos por la misma área (...)”.

22. Al respecto, en relación a los argumentos e interpretaciones vertidos en torno a la clasificación de gravedad del hecho infraccional imputado a la titular, cuya alegación se resume en que la imposibilidad de efectuar una reparación *in situ*, no debiese implicar que se considere como irreparable el daño causado en la presente sede sancionatoria, dado que ésta no es un elemento de la esencia del concepto de reparación según lo dispuesto en el artículo N°2 letra s) de la Ley N°19.300, esta Superintendencia estima que la argumentación de fondo vertida en la reposición, bajo una diferente redacción, es la misma ponderada ya en la resolución sancionatoria.

23. De esa forma, se analizó la significancia del daño ocasionado, utilizando factores y criterios aplicables y comunes a las evaluaciones de impacto ambiental, a saber: la singularidad del medio afectado y servicios ecosistémicos asociados; la presencia de especies de relevancia o interés; la magnitud y alcance de los efectos; la fragmentación del hábitat y poblaciones; y la permanencia y duración de los efectos constatados hasta ahora; en los considerandos 76 al 134 de la resolución sancionatoria.

24. Por otro lado, en relación a la reparación *in situ* o *in natura* del medio ambiente dañado, puede adoptar cualquiera de las dos formas contempladas por el legislador en el artículo 2 letra s) la Ley N°19.300, vale decir, la reposición del medio ambiente dañado a una calidad similar a la que tenía con anterioridad al hecho dañoso, o bien el restablecimiento de sus propiedades básicas, en caso de no ser posible lo primero. Por lo tanto, la pregunta sobre la posibilidad de reparación del daño ambiental causado -y, en oposición, sobre su irreparabilidad- se vincula con la factibilidad de que el medio ambiente degradado recupere sus funciones, ya sea a una calidad similar a la que se encontraba en una etapa previa a la afectación o de no ser ello posible, deben, al menos, restablecerse sus propiedades básicas de modo que sus procesos funcionales retornen a su trayectoria, ya sea por medio de una recuperación natural o por acciones positivas de intervención, que la posibiliten o aceleren.

25. En la misma dirección se indicó que considera irreparable un daño, cuando se presenta una imposibilidad fáctica o física de reparación de éste, como ocurre por ejemplo en el caso de la pulverización de una pieza de valor arqueológico, y también en aquellos casos en que, si bien es posible visualizar una

posibilidad hipotética de reparación, esta no es realista por requerir tiempos que se alejan de la escala humana, recursos desproporcionados, o tener una probabilidad de éxito incierta o baja, a la luz de las experiencias internacionales o locales. En ese sentido, tal como se indicó en el considerando 141 de la Resolución Sancionatoria, se concluyó que las acciones efectuadas por la empresa al margen del SEIA, consistentes en excavaciones mineras, destinadas a la habilitación de nuevos sectores de extracción, a la ampliación del rajo principal (Open-Pit Mina Cardenilla), a la construcción de nuevos caminos (ambos aspectos que se aprecian en la figura 1 a continuación), a la disposición de material estéril y al cambio de ubicación del campamento, han significado cambios profundos en la geomorfología de la microcuenca afectada. Esta última, también ha perdido en el área de las obras sus pendientes naturales, eliminándose no solo el perfil de suelo, sino también capas profundas de subsuelo alcanzándose la roca madre, y generando muros verticales escalonados característicos de los *open-pit* mineros, tanto en la ampliación del rajo principal, como en los dos nuevos sectores de explotación. Por su parte, la geomorfología del sector de depósito de estériles ampliado al margen del SEIA, también se ha visto profundamente modificada, existiendo actualmente toneladas de material acumulado que obstruyen el cauce de la quebrada en una longitud de 494 metros y una superficie de 1 hectárea, a causa de la disposición de rocas y material pétreo más allá del límite norte del botadero de estériles, contraviniendo lo regulado expresamente en los considerandos 3.9.7 y 3.9.8 de la RCA N°242/2008. La expansión del botadero, también se puede observar hacia el límite sur de éste provocando el mismo tipo de modificaciones.

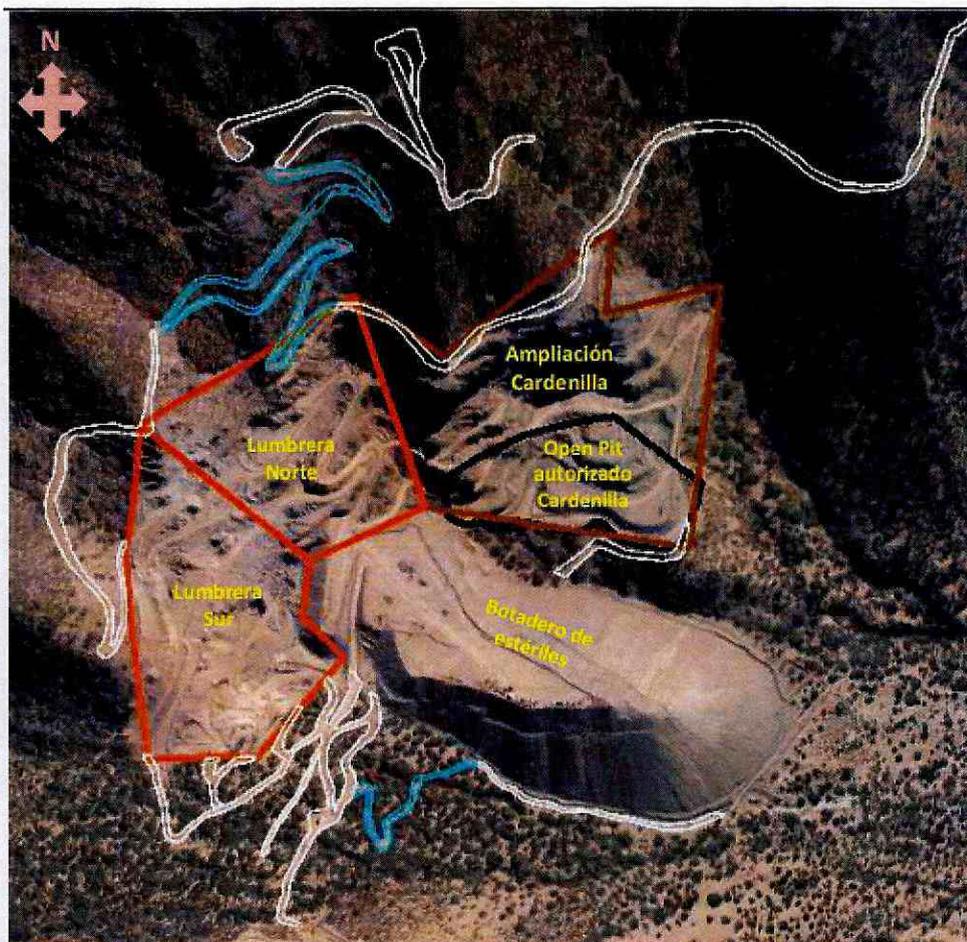


Figura N°1: Ampliación *Open-pit* y caminos (marcados en blanco) no contemplados en la RCA N°242/2008

Fuente: Figura 14 del informe de fiscalización DFZ-2017-177-V-RCA-IA

26. Para la determinación del daño ambiental irreparable, se tuvo en cuenta entre otros aspectos, la aplicación del Modelo hipotético de degradación de ecosistemas donde se concluyó, en el considerando 142 de la resolución recurrida, que el ecosistema dañado se encuentra en estado 4, dado que su recuperación requiere una modificación físico-química de los componentes abióticos y que se ha detectado en él la presencia de procesos primarios no funcionales, como lo es la pérdida total del componente suelo, sustento del ecosistema impactado.

27. A mayor abundamiento, se consideró como antecedente el Ord. SAG N°2290/2019, que concluye en síntesis que ***“Existe pérdida irreversible de recurso natural suelo por emplazamiento de obras, nivelación, habilitación de caminos, extracción de material mineral y cobertura por botadero. Dicho impacto es permanente e irreversible, ya que no es factible reponer el material extraído ni eliminar la cobertura existente sobre el suelo en el área del botadero”***. En el mismo sentido se pronunció CONAF a través de su oficio ORD. N°263/2019, señalando la irreversibilidad de los efectos generados por las obras, indicando: ***“Especialmente grave es el caso de las áreas donde se eliminó vegetación y se removió los horizontes del suelo, ya que se ha perdido toda posibilidad de que esas áreas sustenten vegetación en condiciones similares a las originales [...]”***.

28. Incluso se tuvo a la vista en la resolución sancionatoria lo indicado de forma expresa por el titular respecto de la irreparabilidad en su documento ***“Componentes para un Plan de Reparación”***, **ha reconocido expresamente** que la recuperación de la geomorfología, ***“resultaría extraordinariamente oneroso o técnicamente imposible”***¹.

29. Ahora bien, la posición planteada por la empresa como fundamento de su solicitud, consiste en que, a su juicio, la posibilidad de reparación *in situ* o *in natura*, no debe ser entendida como un elemento de la esencia a la hora de determinar la reparabilidad del daño ambiental, y que, por lo tanto, ***“(...) 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 (...)”***. Como se indicó en la resolución sancionatoria, el objetivo jurídico de evaluar la susceptibilidad del daño ocasionado en el marco de un procedimiento sancionatorio ante la SMA, es diverso a lo que se pretende en el derecho de daños o en el contexto de un plan de reparación, que es, en lo central, lograr restablecer un ecosistema dañado a una calidad lo más similar posible a la que tenía con anterioridad, por lo que, en caso de no ser eso posible, se acepta el restablecimiento de, al menos, sus propiedades básicas.

30. Encontrándonos en el ámbito y aplicación del derecho administrativo sancionatorio ambiental, en cambio, el objetivo jurídico de la evaluación y determinación de daños ocasionados por una infracción y su susceptibilidad de reparación, persigue constatar la severidad de las consecuencias que una infracción ha tenido,

¹ Anexo 1. Escrito presentado por la titular, de fecha 25 de julio de 2019.

en el lugar en que ésta se cometió, es decir, en un territorio determinado, ocasionado en el marco de un procedimiento sancionatorio, pues de ello se deriva la severidad de la respuesta sancionatoria que corresponda aplicar. Ampliar el concepto de reparación, más allá de los límites territoriales de la reparación *in situ*, es, por lo tanto, ajeno a la lógica jurídica que corresponde aplicar en esta instancia. Siendo así, se debe mantener el análisis y conclusiones realizadas entre los considerandos 135 y 171 de la resolución sancionatoria, sin perjuicio de los señalado en el considerando 170 de la misma.

II. **Alegaciones referidas a la desproporción y arbitrariedad de la sanción impuesta**

a. **Alegaciones referidas desproporción y arbitrariedad de la sanción impuesta en relación a la importancia del daño y del peligro ocasionado, considerando procedimientos sancionatorios similares resueltos por esta SMA**

31. La titular alega la desproporción en la sanción aplicada, haciendo alusión en primer término a la falta de significancia en relación al daño ocasionado, específicamente respecto de la reducción y fragmentación de hábitat, cuyos porcentajes de afectación serían mínimos y no significativos. Esta afirmación debe ser desde ya descartada, dado que no se aportan antecedentes nuevos a los ya ponderados en la resolución sancionatoria, en los considerandos 76 al 134. Asimismo, en la presente resolución, ya se ha ponderado esta circunstancia en el considerando 23, respecto a la clasificación de la infracción, reafirmando la ponderación de la resolución sancionatoria, y confirmando que los aspectos señalados por la titular se alejan de lo acreditado en el procedimiento. Específicamente, respecto a los porcentajes de afectación, se indicó en los considerandos 116 y 118 de la resolución sancionatoria, que dichos porcentajes carecen de sustento técnico desconociendo la singularidad de los sectores afectados, como que ciertas laderas por su pendiente y exposición son capaces de albergar mayor cantidad de especies vegetacionales, por ende, al ampliar la escala de análisis, la empresa persigue minimizar artificialmente la significancia de la superficie afectada.

32. En segundo lugar, alega falta de proporcionalidad de la sanción impuesta, comparando lo que a su juicio serían casos similares y más graves donde esta SMA impuso sanciones menos gravosas o multas más bajas, desde el punto de vista del daño causado y del peligro ocasionado, a saber, Minera Española Rol F-012-22014, cuya sanción consistió en clausura definitiva y Minera El Toqui Rol F-057-2015 donde se impuso una multa, para el cargo de elusión de 2.253 UTA.

33. Continúa señalando 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” (el destacado es nuestro).

34. Se hace necesario, en primer lugar, delinear lo que se debe entender respecto del principio de proporcionalidad, alcances y límites, en tanto la titular solo lo menciona pero no lo explica, cuestión fundamental, ello con el fin de decidir si la multa impuesta en este caso concreto vulnera o no dicho principio, poniendo además énfasis a la especial alegación de la titular en orden a vincular dicho principio con la decisión en casos anteriores dictados por esta Superintendencia, en relación con el daño y el peligro ocasionado.

35. Al respecto, en el ámbito nacional el principio de proporcionalidad ha sido definido como *“(...) un límite material de la actuación administrativa que persigue la existencia de un equilibrio o adecuación entre los medios y los fines que se persiguen mediante la decisión administrativa y cuya finalidad en definitiva es que la Administración, no adopte una decisión desproporcionada, inadecuada, excesivamente gravosa y por tanto arbitraria (...)”* (Saavedra, Rubén (2011) Discrecionalidad administrativa. Abedelo Perrot, Santiago de Chile, p. 24. Citado en: Excm. Corte Suprema, Rol 10.119-2013). También se ha definido como un *“(...) 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 (...)”* (Cordero, Eduardo (2014) Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno, Rev. Derecho PUCV, XLII, p. 425).

36. En términos más concretos, el Tercer Tribunal Ambiental se ha referido al principio, de la siguiente manera *“(...) Que la doctrina ha depurado diversos test de proporcionalidad [...] y en el presente caso avaluaremos (i) la adecuación, (ii) la necesidad o medida menos restrictiva, para terminar con (iii) un análisis estricto de proporcionalidad (...)”*².

37. Respecto del **juicio de adecuación** indica que *“(...) En cuanto a la adecuación del acto administrativo, el análisis busca determinar si éste corresponde a un medio coherente ‘(...) con el fin perseguido, y por tanto su adopción debe permitir alcanzar tal objetivo’ (...) A esta altura, corresponde sólo realizar un control sobre la totalidad de cada acto, sin detenerse en sus matices o dosimetría, toda vez que sólo interesa saber si cada medio (multa) es necesario para conseguir el fin. Dicho de otro modo, lo que el tribunal persigue es determinar si existe una manifiesta desproporción. Del mismo modo, el análisis no se refiere a comparar una decisión con respecto a otra, porque lo que se encuentra en juego es la adecuación de la medida con un fin (...)”*³.

38. En cuanto al **juicio de necesidad**, el tribunal señala que *“(...) En tanto, el juicio de necesidad o la medida menos restrictiva, el recurrente debe indicar al tribunal la existencia de una alternativa menos restrictiva, que consiga el mismo resultado que la medida recurrida, que ésta no suponga imponer cargas u*

² Tercer Tribunal Ambiental, Rol N° R-6-2014. Confirmada por la Corte Suprema, Rol N° 5838-2015.

³ Ibid.

obligaciones a tercero, que la medida sea legal, y que pueda graduarse (...) Aquí existe un juicio de comparación entre la medida recurrida y la alternativa menos restrictiva que pueda plantear el recurrente (...)”⁴.

39. Respecto del **juicio de proporcionalidad en sentido estricto**, el tribunal indica que *“(...) El último test es el juicio de proporcionalidad en sentido estricto (...) El acto impugnado además de ser adecuado y necesario, debe encontrarse en una relación de proporcionalidad con el fin al que aspira, una vez ponderados los fines públicos y los intereses sacrificados (...)”⁵.*

40. Por tanto, procede a continuación realizar un test de proporcionalidad respecto de la sanción impuesta en el caso concreto, para demostrar la ausencia de vulneración al mismo. En primer lugar, el **juicio de adecuación**, es decir determinar si el medio ha sido coherente para conseguir el fin perseguido. Se debe indicar que lo que se señala como **“medio”** corresponde al catálogo de sanciones señalados en el artículo 38 de la LOSMA, que contempla amonestación por escrito, multa, clausura temporal o definitiva y revocación de la RCA. Respecto de ellas, se puede advertir una graduación, que va desde la sanción menos gravosa como es la amonestación, hasta la revocación, entendido como el modo de extinción del acto administrativo autorizatorio del proyecto o actividad, es decir la sanción más gravosa contemplada en el ordenamiento. Lo anterior, se plasma en el apartado denominado sanciones no pecuniarias de las Bases Metodológicas de Determinación de Sanciones. Debido a que hay infracciones más o menos graves, ello debe ser reflejado en la sanción a aplicar, que pueden ser más o menos gravosas igualmente. De ese modo las mencionadas Bases Metodológicas, señalan, por ejemplo, que *“(...) la revocación de la RCA y la clausura -temporal o definitiva- pueden ser aplicadas a las infracciones graves y gravísimas, mientras que la amonestación por escrito sólo podrá ser impuesta en el caso de infracciones leves (...)”*. Otra manifestación de dicha gradualidad es la necesidad de contar con autorización judicial para imponer las sanciones más gravosas de clausura y revocación de la RCA⁶. Visto de este modo, la multa, dado su amplio rango de aplicación otorgado por la ley, que va desde una a diez mil unidades tributarias anuales, puede ser aplicada tanto a infracciones clasificadas a las infracciones leves, graves o gravísimas, sin hacer distinción.

41. Definido así el “medio”, se debe señalar el fin de la sanción, que también se encuentra determinado y anunciado de antemano por esta SMA en las Bases Metodológicas, donde se indica que *“(...) La imposición de sanciones tiene por finalidad orientar la conducta de los sujetos regulados hacia el cumplimiento, ejerciendo una función disuasiva respecto de la comisión de infracciones, es decir, desincentivando futuros incumplimientos. El poder disuasivo de las sanciones depende, entre otros factores, del impacto económico que estas conlleven para el infractor, de su adecuada fundamentación y coherencia, así como de la efectividad de su aplicación (...)”⁷*. Dicho desincentivo se manifiesta en que la resolución recurrida hace el ejercicio de aplicar un mayor componente disuasivo a las infracciones que causan un mayor perjuicio social, por lo que la coherencia interna de la resolución sancionatoria se materializa en la idea de que el componente disuasivo deje en peor

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

⁶ Artículo 57 de la LOSMA.

⁷ Bases metodológicas de determinación de sanciones, p. 7.

posición al sujeto que incumple, respecto de aquellos que cumplen con la normativa ambiental.

42. De esa forma, en el caso concreto se determinó que el “medio” correspondía a una multa, contemplada también para infracciones gravísimas, por haber causado daño ambiental no susceptible de reparación, que, por aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, dicho medio se graduó en una suma total de 8.862 UTA. Dicho medio, posee coherencia con el fin, en tanto la multa, en el presente caso, se presenta como el desincentivo de futuros incumplimientos, en tanto con ella se dejó en peor posición al sujeto que incumplió, respecto de aquellos que han cumplido con la normativa ambiental.

43. En segundo lugar, respecto del juicio de necesidad, es decir, la comparación entre la medida recurrida y la alternativa menos restrictiva se debe indicar que la sanción impuesta, en términos de severidad es desde luego la medida menos restrictiva para el titular, en comparación con una clausura o con la revocación de una RCA. La medida menos restrictiva respecto de la multa es, según la regla del artículo 38 de la LOSMA, la amonestación por escrito, improcedente en el presente caso desde que ella se reserva solo para infracciones de carácter leve. Sin embargo, el punto alegado por la titular se refiere no al análisis del principio de proporcionalidad, sino más llanamente, al monto de la multa impuesta. En ese sentido, la proporcionalidad se expresa en la necesidad de cobrar la ganancia ilícita obtenida con la infracción en el caso concreto.

44. Finamente, en relación con el juicio de proporcionalidad en sentido escrito, es decir, siendo la sanción adecuada y necesaria, debe encontrarse en una relación de proporcionalidad con el fin al que aspira o que la gravedad de la intervención ha de ser la adecuada al objetivo de la intervención. Si el objetivo de la intervención a través de la imposición de la multa busca, como indica la resolución sancionatoria, despojar al infractor del beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, específicamente la ganancia ilícita que está asociada al monto de la multa, llegamos a la conclusión que tanto los medios e instrumentos aplicados al caso, teniendo en cuenta el daño ambiental no susceptible de reparación sancionado, cumplen con este tercer juicio.

45. Ahora bien, descartada una vulneración al principio de proporcionalidad, resta referirse al argumento señalado por la empresa sobre el supuesto desigual tratamiento en relación con lo que a su juicio serían casos semejantes, lo que demostraría la desproporcionalidad de la sanción impuesta. Señala que dichos casos similares y más graves donde esta SMA impuso sanciones menos gravosas o multas más bajas, desde el punto de vista del daño causado y del peligro ocasionado, estos casos son: Minera Española Rol F-012-22014, cuya sanción consistió en clausura definitiva y Minera El Toqui Rol F-057-2015 cuya sanción fue una multa de 2.253 UTA. Sobre el punto, se debe señalar en primer lugar que tal como lo señala la Excm. Corte Suprema, el principio de proporcionalidad no se evalúa en relación a otros casos, sino en el mérito de las circunstancias del caso individual⁸.

⁸ Tercer Tribunal Ambiental, Rol N° R-6-2014. Confirmada por la Corte Suprema, Rol N° 5838-2015.

46. Por otro lado, corresponde descartar el argumento, desde que no existe un precedente administrativo que vincule a esta Superintendencia con los casos anteriormente resueltos, debiendo ésta resolver cada caso en concreto de acuerdo a su mérito y antecedentes concretos tenidos a la vista. Desde ese punto de vista, esta Superintendencia no se referirá ni procederá a discutir los pormenores de los dos casos que menciona el titular por encontrarse ellos ya resueltos, siendo resorte de este servicio decidir la estrategia a seguir en cada caso, teniendo en cuenta el marco legal dentro del cual le está permitido ejercer sus propias estrategias en el marco del margen de discrecionalidad otorgado por la ley. Solo cabe señalar finalmente, la incongruencia en que cae la titular al señalar el caso de Minera Española, desde que la sanción impuesta en dicho caso es sustancialmente más gravosa, habiéndose clausurado definitivamente.

b. Alegación referida a la supuesta falta de fundamentación sobre el beneficio económico

47. El titular alega una supuesta falta de fundamentación sobre el beneficio económico obtenido con la infracción, cuestión que infringiría el principio de proporcionalidad y de interdicción de arbitrariedad, dejándolo en un estado de indefensión. Indica que *“(...) 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 (...)”*. Lo anterior, redundaría en un incumplimiento de deber de motivación de la resolución recurrida.

48. Señala, que la forma en que el deber de fundamentación es supuestamente incumplido se traduce en 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’, 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 como llega a esa cifra, que el beneficio económico asciende a 4.662 UTA, es decir, 1.701 UTA adicionales en relación a éste componente. En ese 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 sino se consideran los antecedentes presentados con motivo del PdC aprobado en estos autos (...)”*. En este sentido, la empresa indica que no existe ningún otro antecedente que permita entender dicha cifra, o que esta haya sido explicada en la resolución sancionatoria.

49. Al respecto, se debe señalar que ya en los vistos de la Res. Ex. 1786/2019 se mencionó la Resolución Exenta N°85, de 22 de enero de 2018, que aprueba Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales – Actualización, además de toda una serie de fundamentos legales tenidos a la vista para resolver el caso. Lo anterior, no es banal, desde que dicha sección del acto administrativo impugnado forma parte de la motivación, en palabras del profesor Aróstica *“(...) entendemos por motivo las condiciones y circunstancias de hecho y de derecho que posibilitan y justifican la emisión de un [acto administrativo] en conformidad con el Ordenamiento Jurídico, y por*

motivación la expresión de esos motivos en el [acto administrativo] mismo, o en otras palabras, la consignación expresa y suficientemente explícita de los motivos en los 'vistos' y 'considerandos' de la decisión adoptada(...)"⁹. La finalidad del "Visto" es situar la cuestión que va a ser objeto del acto, en tanto que en los "Considerandos" en los que se desarrollan los fundamentos de derechos, las doctrinas aplicables, las razones de mérito y la finalidad perseguida. Siendo así, la Res. Ex. N°85/2018 de esta SMA, indicada en los vistos, forma parte integral de la resolución sancionatoria.

50. Por su parte, a partir del considerando 183 de la resolución sancionatoria, se lleva a cabo la motivación realizada por esta SMA en referencia al beneficio económico del caso:

"(...) 183° El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, debe ser analizado para cada cargo, partiendo en primer término por la identificación de su origen, es decir, si fue originado por el retraso o por el completo ahorro de costos, u originado a partir de un aumento de ingresos por motivo de la infracción. Estos costos o ingresos deben ser cuantificados, debiendo además configurarse los escenarios de cumplimiento –escenario hipotético, en el cual no se hubiera verificado la infracción– e incumplimiento –situación real, en la cual se configura la infracción–, identificado las fechas o periodos específicos, constatados o estimados, que definen a cada uno. Con tales antecedentes, es posible valorizar la magnitud del beneficio económico obtenido por motivo de la infracción, a partir del modelo de estimación que es utilizado por la SMA para tales fines, el cual se encuentra explicado en las Bases Metodológicas (...)".

51. La determinación del beneficio económico en el caso concreto se encuentra latamente explicado entre los considerandos 183 y 196 de la resolución impugnada. Por su parte, el párrafo que supuestamente generaría indefensión de la recurrente corresponde a los considerandos 193, 194 y 196. En el primero se concluye, luego de realizado el análisis la ganancia ilícita total obtenida por motivo de la infracción es de 2.961 UTA. Por parte, en el considerando 194, se descartó la ponderación de los antecedentes reportados por la empresa en relación con el eventual EIA asociado al cierre del proyecto, 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 según Res. Ex. N°12/Rol N°F-009-2018, de 12 de febrero de 2019.

52. Finalmente, el considerando 196, concluyó que *"acuerdo a lo anteriormente expuesto y a partir de la aplicación del método de estimación utilizado por esta Superintendencia, el beneficio económico estimado asociado a esta infracción asciende a 4.662 UTA"* (el destacado es nuestro). Dicha mención destacada no es baladí. El apartado 3.3.1 de las Bases se refiere a los "Fundamentos metodológicos para la estimación de beneficio económico". Asimismo, en el apartado 5.1 se indica la "Estimación del beneficio económico obtenido". Allí se expresan con detalle los diferentes elementos tomados en cuenta, de forma objetiva y caso a caso el método de estimación.

⁹ ARÓSTICA MALDONADO, Iván (1986): "La motivación de los actos administrativos en el derecho chileno", en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 10, p. 500.

53. El hecho que los criterios de estimación del beneficio económico se encuentren de antemano disponibles para los titulares y para el público en general en las Bases Metodológicas, es consistente con lo indicado por los Tribunales Ambientales sobre esta herramienta, señalando que corresponde a una *“(...) herramienta analítica cuyo objeto es la búsqueda de coherencia, consistencia y proporcionalidad en la fundamentación de las sanciones, potenciando el efecto disuasivo de las mismas (...)”* *“(...)Las bases metodológicas tienen también como finalidad transparentar con más detalle los criterios que ella ha usado para la determinación de sanciones pecuniarias (...)”*¹⁰.

54. Así, la variación en el monto del beneficio económico, desde 2.961 UTA a 4.662 UTA, se explica por los motivos ampliamente abordados en las Bases Metodológicas en el numeral 3.3.1., específicamente, debido al costo de oportunidad del dinero y al efecto tributario. Respecto al primer aspecto, en el caso de una organización con fines de lucro, el costo de oportunidad del dinero corresponde al rendimiento mínimo exigido para los proyectos de inversión de su negocio. En este sentido, se asume razonablemente que, tanto el dinero no destinado al cumplimiento normativo, como el obtenido a partir de una actividad no autorizada, son asignados a proyectos de inversión en su rubro de actividad. Desde esta perspectiva, el costo de oportunidad representa el valor del dinero en el tiempo para el infractor, al reflejar la rentabilidad sobre el dinero en cada período de tiempo en el cual éste se encuentra disponible. En consecuencia, el costo de oportunidad permite obtener el valor presente, a una determinada fecha, de flujos económicos en cualquier momento del tiempo (Bases Metodológicas, p. 54). La tasa de descuento utilizada en ese caso fue una tasa de descuento de referencia estimada en 11,7% para el rubro de la minería de cobre, tal como se explicita en el considerando 184 de la resolución sancionatoria. En el presente caso, se configuran ganancias ilícitas desde el año 2013, por lo que estas ganancias deben considerarse en valor presente al momento de la fecha estimada de pago de multa, la cual para efectos de la estimación se consideró al 30 de diciembre del 2019, como se indica en el considerando 184 de la resolución sancionatoria. Respecto del segundo aspecto, la estimación del beneficio económico considera asimismo el efecto tributario que pudieran haber generado las ganancias ilícitas, puesto que ellas forman parte de la base imponible y, por lo tanto, la parte de esas ganancias que fue destinada al pago de impuestos debe sustraerse para efectos de determinar el beneficio económico. Los detalles respecto de cómo operan matemáticamente estas variables pueden encontrarse en el acápite 5.1 de las Bases metodológicas.

55. Adicionalmente, no se puede dejar de destacar que el punto alegado obedece al ejercicio de la discrecionalidad que posee esta Superintendencia, dentro del marco legal, para determinar el beneficio económico, entregado en su aplicación a este servicio en virtud del literal c) del artículo 40 de la LOSMA, tal como ha sido reconocido por los Tribunales Ambientales:

“(...) Este tribunal no puede objetar el ejercicio discrecional de la SMA al determinar cómo pondera los elementos fácticos considerados en el procedimiento sancionador, pues actúa dentro de su competencia. A lo más, podría revisar si el

¹⁰ Tercer Tribunal Ambiental. Rol R-32-2015. Confirmada por la sentencia de la Excm. Corte Suprema. Rol N° 38.340-2016.

cálculo está o no bien hecho, pero esto transformaría al proceso sancionatorio ambiental en uno de tarificación ambiental. Esto sería, a juicio del Tribunal, apartarse del fin de la ley. En efecto, si un individuo pudiese tarificar ex-ante el costo de su infracción, entonces podría realizar un análisis costo-beneficio, y en el caso que el costo de pagar la multa sea menor al de contaminar, entonces la legislación ambiental encontraría su objetivo derrotado. De admitirse la alegación de ENDESA, esta sede judicial se transformaría en una instancia de revisión tarifaria, función que es ajena a la judicatura.

La circunstancia de que el legislador le haya entregado a la SMA la facultad discrecional de calcular la multa sin entregarle una fórmula, responde a que el posible infractor no pueda saber con antelación el beneficio de su conducta, aumentando de esta forma el poder disuasivo del sistema de protección ambiental. La no entrega de la fórmula, desde esta perspectiva, protege un interés general.

Entonces, a la pregunta de si el nivel de motivación de la Resolución Recurrída es suficiente para que la empresa no sufra indefensión, hay que responder que ésta aparece como adecuada, lógica y suficiente, a tal nivel que ENDESA ha podido cuestionar extensamente la Resolución Recurrída, por cuanto se le han puesto en conocimiento todos los antecedentes fácticos por los que se le sanciona, tornando intrascendente la inexistencia de fórmulas de cálculo (...)¹¹.

56. En virtud de todo lo anteriormente señalado, la alegación sobre este punto no puede prosperar.

c. Alegación referida al supuesto cálculo erróneo del beneficio económico obtenido de la infracción atendiendo las reglas de la prescripción

57. Al respecto la titular señala que el "(...) cálculo del beneficio económico debió limitarse al plazo de prescripción establecido en la misma LO-SMA (...)". Señala al efecto que "(...) la prescripción fue interrumpida con el acto de formulación de cargos, de fecha 23 de abril de 2018, notificada el 24 de abril del mismo año. Así, los únicos hechos que podían ser considerados por la SMA para los efectos del presente caso, 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) (...)" siendo a su juicio lo correcto que "(...)se consideraran los meses de mayo de 2015 en adelante (...)".

58. Al respecto, tal como se señala en la resolución sancionatoria:

"(...) Puesto que el incumplimiento se constata de manera previa a la fecha de entrada en funciones de esta Superintendencia, se considera esta última fecha -el día 28 de diciembre de 2012- como el inicio del periodo de incumplimiento para efectos de la estimación. Así, en el presente caso, se configuran ganancias ilícitas por

¹¹ Tercer Tribunal Ambiental. Rol R-6-2014. Centésimo primero.

producción de mineral por sobre el límite autorizado a partir del mes de enero del año 2013, hasta el mes de septiembre de 2016, mes en el cual debió haber finalizado la operación del proyecto. A partir del mes de octubre de 2016, desde el cual el proyecto no debió haber operado, se configuran ganancias ilícitas por la extracción no autorizada de mineral, en todos los meses en que ello ocurre, hasta el presente (...)”.

59. Al respecto, se debe recordar que la naturaleza del cargo formulado corresponde a una elusión, en tanto realización o ejecución de obras y acciones tendientes a intervenir o complementar un proyecto o actividad que constituyeron cambios de consideración de la mina Cardenilla. Siendo así, la prescripción de los periodos alegados por la titular para determinar el beneficio económico no es tal, desde que la infracción de elusión se sigue cometiendo durante todo el tiempo que se mantenga la contravención, la que continúa hasta hoy, pues los deberes de ingreso al SEIA por las causales de ingreso imputadas, se siguen defraudando, razón suficiente para que se despoje al infractor, de todo el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción por los periodos señalados en los considerandos 186 y 187 de la resolución sancionatoria.

60. Así, la infracción en comento se trata de una de carácter permanente, entendida como “(...) *una acción u omisión única crea una situación antijurídica, cuyos efectos permanecen hasta que el infractor cambia su conducta (...)*”.¹² Lo relevante de este tipo de infracciones, es que los efectos de la situación antijurídica creada permanecen hasta que el infractor cambie su conducta. Sobre el particular, Ángeles de Palma del Teso¹³ señala que las infracciones permanentes determinan la creación de una situación antijurídica que se prolonga durante el tiempo por voluntad de su autor, de tal forma que el ilícito se sigue consumando. Esta postura, ha sido confirmada por el Segundo Tribunal Ambiental, en el caso Rol R-206-2019, de 15 de julio de 2020, en que señala que la elusión al SEIA, es una infracción permanente. Por ende, los argumentos relativos al incorrecto cálculo del beneficio económico por causas de prescripción no pueden prosperar.

d. Alegación referida al supuesto error en la configuración de la causal de intencionalidad del artículo 40 de la LOSMA

61. La titular alega la falta de concurrencia de intencionalidad, como factor de incremento del valor de seriedad de la sanción aplicada. Reitera lo ya señalado en los descargos en relación a que “(...) *no existen antecedentes que permitan verificar que [la titular] ha actuado dolosamente en contravención a sus obligaciones jurídicas (...)*”. Indica que para la concurrencia de esta circunstancia “(...) *se requiere a lo menos, de la concurrencia de dolo eventual, no bastando para emitir este juicio un mero análisis de error o negligencia (...)*”. Continúa indicando que “(...) *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*

¹² NIETO GARCÍA, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador, 5ª Edición, Madrid, Editorial Tecnos, p. 493.

¹³ PALMA DEL TESO, Ángeles, *Las infracciones administrativas continuadas, las infracciones permanentes, las infracciones de estado y las infracciones de pluralidad de actos: distinción a efectos del cómputo de plazo de prescripción* en Revista Española de Derecho Administrativo N° 112, 2001 p. 557.

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 los proyectos sujetos a la regulación ambiental general, se puede desconocer el detalle de los alcances jurídicos de cada una de sus obligaciones y la aplicación concreta de las mismas (...). Finaliza señalando que no hay elementos probatorios que permitan a esta SMA acreditar la concurrencia de intencionalidad, solicitando el descarte en la aplicación de esta circunstancia en la determinación de la sanción aplicada.

62. Al respecto, en primer lugar, cabe rescatar para este análisis lo indicado por esta SMA en su resolución sancionatoria, en los considerandos 230 y 231, sobre esta circunstancia:

“(...) Cabe indicar que Explodesa es una empresa dedicada al rubro minero, que posee múltiples faenas de explotación y vasta experiencia en el rubro minero. Junto con lo anterior, muchas de las actividades y proyectos de Explodesa han sido sometidos al SEIA, al igual como lo fue el proyecto original de Mina Cardenilla, como es el caso de Proyecto Minero Uva, Proyecto Minero Manto de Agua Grande, Proyecto Minero Dominoceros y Proyecto Minero Santa Rosa. Por lo anterior, es posible señalar que Explodesa es una empresa dedicada al rubro minero que tiene vasta experiencia en realizar proyectos que por sus dimensiones han debido ser sometidos a evaluación ambiental, por lo que es un conocedor de dicho sistema y como éste regula la ejecución de proyectos, lo que lo convierte en un sujeto calificado.

Por otra parte, en el presente caso, Explodesa cuenta con la RCA N°242/2008 que autoriza el proyecto original de Mina Cardenilla, la cual, como aspecto central de su regulación ambiental, delimita el área de explotación minera, de una forma clara y evidente. Por esta razón, sumado al expertise de la empresa, no cabe, a juicio de este Superintendente, ninguna posibilidad de que Explodesa hubiese, por error o negligencia, sobrepasado involuntariamente los límites geográficos indicados en la RCA que autoriza el proyecto original, especialmente considerando la envergadura y magnitudes de la expansión del área de extracción efectuada al margen del SEIA, que se ha constatado en el presente procedimiento sancionatorio (...).”

63. Al respecto, los tribunales de justicia han respaldado el uso de la prueba indiciaria con el fin de dar por probada la circunstancia de intencionalidad, es su faz de dolo eventual, al indicar que *“(...) uno de los problemas fundamentales que se presenta respecto del dolo, es la dificultad para acreditarlo, debido a que su configuración requiere averiguar determinadas circunstancias de carácter subjetivas. Por esta razón, la Excelentísima Corte Suprema ha explicitado que "el medio probatorio por excelencia al que se recurre en la praxis para determinar la concurrencia de procesos psíquicos sobre los que se asienta el dolo no son las ciencias empíricas, ni la confesión autoinculpatoria del imputado, sino la llamada prueba indiciaria o circunstancial, plasmada en los denominados 'juicios de inferencia' (Ragües y Vallés, op. cit., pág. 238) (...).”*

64. Por su parte, dicha prueba indiciaria debe apuntar al objeto de la intencionalidad, que en palabras de la jurisprudencia corresponde al

conocimiento de la obligación: “(...) *la intencionalidad, en sede administrativa sancionadora, corresponde al conocimiento de la obligación contenida en la norma, así como de la conducta que se realiza y sus alcances jurídicos (...)*” (Excma. Corte Suprema, sentencia de 25 de octubre de 2017, Rol N°24.422-2016, considerando decimosexto)

65. Todo lo anterior, es decir, la prueba indiciaria del dolo eventual en tanto conocimiento de la obligación contenida en la norma, así como de la conducta que se realiza y sus alcances jurídicos, es condensada en la idea del sujeto calificado, que tal como se indica en las Bases Metodológicas, “(...) *en la evaluación de la intencionalidad, se considerarán las características particulares del sujeto infractor y el alcance propio del instrumento de carácter ambiental respectivo. Esto debido a que elementos como la experiencia, el grado de organización, las condiciones técnicas y materiales de operación, entre otros, influyen en la capacidad para adoptar decisiones informadas (...)*”.

66. Dentro de la gama de sujetos regulados por la normativa ambiental, se encuentran aquellos que se pueden denominar “sujetos calificados”, los cuales desarrollan su actividad a partir de una amplia experiencia en su giro específico, con conocimiento de las exigencias inherentes que en materia de cumplimiento de estándares medioambientales exige nuestra legislación. Normalmente este tipo de regulados dispondrá de una organización sofisticada, la cual les permitirá afrontar de manera especializada, idónea y oportuna su operación y eventuales contingencias. Respecto de estos regulados, es posible esperar un mayor conocimiento de las obligaciones a las que están sujetos y que se encuentren en una mejor posición para evitar infracciones a la normativa ambiental.

67. Siendo así, los elementos que se tuvieron a la vista para dar por configurada la circunstancia corresponden los señalados en los considerandos 230 y 231 de la resolución sancionatoria, en tanto la titular posee múltiples faenas de explotación y vasta experiencia en el rubro minero. Junto con lo anterior, muchas de las actividades y proyectos de Explodesa han sido sometidos al SEIA, al igual que el proyecto original de Mina Cardenilla, como es el caso de Proyecto Minero Uva, Proyecto Minero Manto de Agua Grande, Proyecto Minero Dominoceros y Proyecto Minero Santa Rosa; además que cuenta con la RCA N°242/2008 que autoriza el proyecto original de Mina Cardenilla, la cual, como aspecto central de su regulación ambiental, delimita el área de explotación minera, de una forma clara y evidente. Lo anterior sirve para descartar, además, la alegación de haber realizado el análisis de esta circunstancia en abstracto, como lo indica la titular.

68. Finalmente, la alegación referida a que en “(...) *la práctica los proyectos sujetos a la regulación ambiental general, se puede desconocer el detalle de los alcances jurídicos de cada una de sus obligaciones y la aplicación concreta de las mismas (...)*” tampoco puede prosperar, desde que la complejidad de la actividad económica realizada por la titular es una decisión privada y no forma parte de una supuesta causal de exculpación de responsabilidad administrativa en el campo del ejercicio de la potestad sancionadora, como lo pretende la titular.

e. Alegación referida a la supuesta arbitrariedad y desproporcionalidad atendiendo al objetivo de la sanción

69. La titular indica que la sanción impuesta en el procedimiento sería arbitraria y desproporcionada atendiendo al objetivo de la sanción. Señala dos casos, Minera Española y Agrícola frutícola Venero Ltda., para mostrar el supuesto desequilibrio que habría en comparación con el presente caso, indicando que *“(…) El mensaje, ante un titular que rehúye abiertamente sus obligaciones ambientales, es que cerradas las instalaciones objeto de infracción puede considera reinvertir su capital en un proyecto diverso, sin haber siquiera aportado a la reparación o restauración del daño o riesgo provocado (…)”* citando al efecto el Rol C-02-2013 del Segundo Tribunal Ambiental: *“(…) 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 cerrar el centro y trasladarse al lugar autorizado (…)”*.

70. Al respecto, esta Superintendencia debe indicar que la alegación debe ser descartada, en parte debido a las razones ya indicadas entre los considerandos 46 y siguientes de la presente resolución. Y en segundo lugar, desde que el titular no puede pretender sanciones iguales, ya que ello no se condice con los hechos concretos que cada caso contiene y del marco legal otorgado a esta SMA, dentro del cual se incluye un catálogo de sanciones a aplicar; lo anterior es especialmente cierto cuando es el mismo titular, citando una sentencia del tribunal ambiental, que indica que en cierto caso la sanción no pecuniaria aplicada no ha tenido el efecto de prevención especial ni disuasivo buscado, dable es concluir entonces que en el presente caso se tuvo en cuenta que el mejor efecto disuasorio corresponde a una sanción pecuniaria.

f. Alegación referida a la concurrencia de la cooperación eficaz del literal i) del artículo 40 LOSMA

71. La titular indica, en síntesis, que esta SMA habría mal aplicado la circunstancia del literal i) del artículo 40 de la LOSMA referida a la cooperación eficaz, dado que tal como se señala en la resolución sancionatoria, en su considerando 252, ella fue configurada de forma parcial como factor de disminución de la sanción.

72. Al contrario de lo resuelto por esta SMA, la titular alega la concurrencia de la cooperación eficaz de forma total, desde que *“(…) 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 (…)”*. Continúa indicando que *“(…) 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 requerimiento de información (…)* Por

lo que, no se le puede otorgar al allanamiento total de los hechos y calificación jurídica el monopolio de la cooperación eficaz total, como se desprende de la lógica de los [sic] resuelto en la Resolución Sancionatoria (...). Concluye su razonamiento señalando que *“(...) 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 este no es el fin último de esta causal de determinación de sanciones, sino que, busca generar incentivos que le permitan obtener información (...)”*.

73. Al respecto, dicha alegación no puede prosperar, desde que tal como lo señala la titular, ésta ha controvertido de manera parcial la clasificación de gravedad de la infracción, constituyendo en consecuencia un allanamiento parcial. Sin perjuicio que el allanamiento, total o parcial, no constituye la única causal de aplicación de la cooperación eficaz; así también se aplica por dar respuesta oportuna, íntegra y útil a los requerimientos y/o solicitudes de información; también, por aportar antecedentes útiles y oportunos para el esclarecimiento de la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA; entre otros. Por ende, no constituyendo un monopolio como lo indica la titular, no es menos cierto que cuando se configura algún tipo de allanamiento, cabe realizar el análisis respecto de si se refiere a todos los aspectos de la infracción o solo a algunos, para a su vez, dar por configurada total o parcialmente la circunstancia, es decir, se requiere de una graduación en su otorgamiento como factor de disminución, ya que de lo contrario se generaría un beneficio desproporcionado y más ventajoso si se aplicara totalmente su concurrencia a titulares que se allana parcialmente, sin dejar un margen de aplicación para casos donde el titular se allane totalmente, desincentivando en consecuencia este último escenario.

74. A mayor abundamiento la idea de graduación y la consideración del allanamiento total como la máxima expresión de la concurrencia de la circunstancia de cooperación eficaz, ha sido respaldada por los tribunales de justicia: *“(...) Por cierto que, por regla general, la incidencia que puede tener en la determinación de la sanción definitiva una cooperación eficaz sustentada en un allanamiento, será mayor que en aquellas situaciones en que no existe reconocimiento por parte del infractor, decisión que, en definitiva, dependerá de las circunstancias concretas del caso y de la fundamentación por parte de la SMA para reconocer o no la procedencia del comentado criterio (...)”*¹⁴.

75. Por las razones anteriormente señaladas, la alegación sobre este punto debe ser rechazada.

g. Alegación referida a la concurrencia de medidas correctivas del literal i) del artículo 40 LOSMA

76. La titular alega la concurrencia del literal i) del artículo 40 de la LOSMA en tanto configuración de medidas correctivas que tienden a corregir los hechos constitutivos de infracción y eliminar o reducir sus efectos, o para evitar que se generen nuevos efectos. Señala que *“(...) entre las acciones correctivas*

¹⁴ Segundo Tribunal Ambiental. R-128-2016. Quincuagésimo octavo.

desplegadas, se ha comprometido a 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 (...)”.

77. Indica que lo resuelto por esta SMA en la resolución sancionatoria sería incorrecto, dado que este servicio rechazó la medida de ingreso de un EIA al SEIA como medida correctiva en tanto se encontraba circunscrita en un programa de cumplimiento, no siendo efectivo, *“(...) aquello sostenido por esta Superintendencia, indicando que prácticamente mi representada comprometió un EIA de cierre al verse ‘obligada’ dentro del marco del programa de cumplimiento (...)*”.

78. Al respecto, dicha medida no podía ni puede ser considerada como medida correctiva, puesto que ella al encontrarse radicada en un programa de cumplimiento, que fue aprobado mediante la Res. Ex. N° 12/Rol F-009-2018 de esta SMA, abandona su carácter de voluntaria, perdiendo en consecuencia un requisito esencial para que una acción sea considerada como tal, no tanto porque el titular se halla visto “obligado” a presentarla, tal como se pretende en su escrito, sino que al estar aprobada mediante resolución, esta pasa a ser una obligación que debe ser cumplida, y por tanto adquiere el carácter de obligatoria, en tanto la consecuencia de su incumplimiento se encuentra radicado en el artículo 42 inciso 5° de la LOSMA: *“(...) Dicho procedimiento se reiniciará en caso de **incumplirse las obligaciones contraídas en el programa**, evento en el cual se podrá aplicar hasta el doble de la multa que corresponda a la infracción original dentro del rango señalado en la letra b) del artículo 38, salvo que hubiese mediado autodenuncia (...)*” (el destacado es nuestro). Ese es justamente el fundamento normativo por el cual la Bases Metodológicas excluye, entre otras circunstancias, las acciones comprometidas en este instrumento. Lo anterior no puede ser variado en este caso, por lo que, no existiendo nuevos argumentos, ni por lo demás, antecedentes que dicho EIA haya sido ingresado al SEIA, la alegación debe ser rechazada y mantenidas las razones indicadas entre los considerandos 253 y 262 de la resolución sancionatoria.

h. Alegaciones referidas a su capacidad económica como empresa de la mediana minería

79. En primer lugar, la titular alega la desproporción en la sanción en relación a su capacidad económica, en tanto Explodesa sería una empresa de mediana minería. Al respecto, señala que el criterio contenido en el literal f) del artículo 40 de la LOSMA, *“(...) posee 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 (...)*”.

80. Continúa argumentando 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 (...)”.

81. Asimismo, señala que “(...) 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) (...)”.

82. Por tanto, la titular sobre el punto concluye que “(...) 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 [sic] 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 (...)”.

83. Al respecto, esta Superintendencia debe desestimar la alegación anterior por las siguientes razones. En primer lugar, el criterio de tamaño económico utilizado por esta Superintendencia se basa en la clasificación de tamaño económico utilizada por el Servicio de Impuestos Internos (en adelante, “SII”), la cual es ampliamente reconocida y utilizada. Este se determina en base a los ingresos por venta anuales del infractor, permitiendo establecer una proporcionalidad entre el monto de la multa y una variable financiera indicadora de la capacidad económica, normalmente conocida al momento de determinar la sanción. Asimismo, permite otorgar un trato justo y equitativo a los infractores, al ser todos evaluados bajo este mismo parámetro, independientemente del sector económico al cual pertenezcan.

84. En segundo lugar, la empresa plantea la utilización, en este caso específico, de una clasificación basada en la variable producción y no en los ingresos por venta, aludiendo a que en base a este parámetro se efectúa la clasificación de tamaño utilizada dentro de la industria a la cual la empresa pertenece. Se argumenta que Explodesa se clasifica como empresa mediana dentro de la industria minera, en circunstancias que la clasificación utilizada por Servicio de Impuestos Internos la sitúa en la clasificación de empresa Grande N°3.

85. Este Superintendente desestimaré el argumento de la empresa, puesto que acogerlo implicaría: (i) basar la ponderación de

capacidad económica en un aspecto que no corresponde directamente un monto financiero o monetario; (ii) aplicar de manera injustificada un trato diferenciado para un caso o industria en particular, a través de la utilización de una clasificación de tamaño diferenciada para empresas de un determinado rubro; (iii) favorecer a un sector particular, en este caso el rubro de la minería, considerando que una empresa situada como Grande N°3 en la clasificación por ingresos, es catalogada como una empresa mediana dentro de la industria, basándose en sus niveles de producción.

86. A mayor abundamiento, cabe señalar, que lo propuesto por la empresa, tergiversa el sentido del criterio de flexibilidad en la aplicación de sanciones en atención a las circunstancias del caso específico, no siendo un argumento válido para solicitar transgredir el trato justo y equitativo en la aplicación de sanciones.

i. Alegaciones referidas a su capacidad económica, en tanto capacidad de pago

87. La titular alega la desproporción de la sanción aplicada en referencia a la capacidad de pago de la empresa, señalando que los antecedentes financieros acompañados en el proceso de sanción y los acompañados en esta presentación (Balances Tributarios a noviembre de 2019), permiten acreditar la situación financiera crítica en que se encontraría, y que merman significativamente su capacidad de pago.

88. Indica sobre el punto que *“(...) 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 (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(...)"*. Continúa indicando que *“(...) 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 requerida y entregada a la SMA, se procede a realizar el análisis de ratios financieros, calculando en base a 5 indicadores claves (...)"*.

89. Sobre los datos entregados en materia de ratios financieros históricos (calculados sin la multa impuesta por esta SMA), el titular concluye que *“(...) EXPLODESA se encuentra en una situación financiera crítica, sin flujo de caja ni capacidad de endeudamiento adicional a la actualmente existente (...)"*. Para luego indicar 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 (...)"*, indicando en el escrito los ratios financieros históricos (considerando la multa impuesta por esta SMA).

90. Al respecto la titular concluye que *“(...) 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 (...)" y que " (...) 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 (...)".

91. De esa forma, respecto de esta alegación esta Superintendencia debe relevar los siguientes aspectos. En primer lugar, la capacidad de pago corresponde a una circunstancia ponderada de forma eventual, excepcional y a solicitud expresa del infractor, quién debe proveer la información correspondiente para acreditar que efectivamente se encuentra en situación financiera que le dificulta en gran medida, o le imposibilita, hacer frente a la multa¹⁵. Es importante señalar que, en la ponderación de una eventual reducción de la multa por motivo de la capacidad de pago del infractor, esta Superintendencia debe considerar no solamente aspectos puramente económicos o financieros, sino también la seriedad de las infracciones y los efectos que estas generaron o pudieron generar, la intencionalidad en la comisión de las infracciones, entre otras circunstancias que concurran en el caso. La deficiente capacidad de pago del infractor no puede ser fundamento para imponer una sanción que no cumpla su fin preventivo, pues la respuesta sancionatoria debe generar un efecto disuasivo, de manera de prevenir futuros incumplimientos ambientales¹⁶.

92. En segundo lugar, para la evaluación de la capacidad de pago del infractor por parte de esta Superintendencia, fue necesario contar con información adicional a la presentada en el marco del procedimiento sancionatorio. En ese contexto, la empresa acompañó junto al recurso de reposición la siguiente información:

a) Los Estados Financieros al 31 de diciembre de 2018 y al 30 de septiembre de 2019.

b) Planilla Excel con datos de Estado de Situación y Estado de Resultados 2017, 2018 y 2019 al mes de septiembre, y cálculo de ratios financieros contemplados en el modelo ABEL utilizado por la US EPA.

Cabe señalar, que los Estados Financieros efectivamente presentados corresponden al Estado de Resultados, el Estado de Flujos de Efectivo, el Estado de Cambios en el Patrimonio Neto y las Notas a los Estados Financieros, no habiendo sido incorporado en el documento el Estado de Situación Financiera, el cual resulta fundamental en el análisis de capacidad de pago. La información correspondiente al Estado de Situación fue entregada únicamente en formato Excel. Por otra parte, no se presentó informe de auditores externos y se explicita que la información correspondiente al año 2019 no ha sido auditada.

93. Por otra parte, como es de público conocimiento, el país se encuentra atravesando una crisis sanitaria causada por la pandemia

¹⁵ "Bases Metodológicas para la determinación de sanciones ambientales, actualización 2017", páginas 44 y 74.

¹⁶ "Bases Metodológicas para la determinación de sanciones ambientales, actualización 2017", páginas 74 y 75.

de coronavirus (COVID-19). Al respecto, el Ministerio de Salud decretó alerta sanitaria por emergencia de salud pública de importancia internacional, mediante D.S. N° 4, de 5 de enero de 2020. Con fecha 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud calificó el brote de COVID-19 como una pandemia global. Luego, el 18 de marzo de 2020, el Ministerio del Interior declaró estado de excepción constitucional de catástrofe, mediante el D.S. N° 104, de 18 de marzo de 2020, modificado luego por el D.S. N° 106 de 19 de marzo del mismo año.

94. Es un hecho público y notorio que el manejo sanitario de la pandemia de COVID-19 ha generado restricciones a los derechos de las personas. Estas restricciones significan, en adición a las consecuencias inherentes a la crisis sanitaria, un impacto económico significativo, al afectarse la operación tradicional de las empresas, situación que está afectando transversalmente a los distintos actores de la economía nacional, aunque con distinta intensidad según el tamaño económico o giro de los mismos.

95. Así las cosas, resulta necesario que esta Superintendencia internalice los efectos económicos de la pandemia de COVID-19 al ejercer su potestad sancionatoria, en particular tomando en cuenta que conforme al artículo 40, letra i) de la LOSMA, para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerará "(...) *todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción (...)*". La circunstancia de la pandemia de COVID-19 y sus consecuencias para el normal funcionamiento de las empresas, resulta del todo relevante para determinar la sanción aplicable al caso concreto.

96. Al respecto, para efectos de cuantificar el impacto de la crisis sanitaria en la actividad de los diferentes actores económicos, se tuvo a la vista la Segunda Encuesta a Empresas ante COVID-19, efectuada por la Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de Chile en el mes de abril de 2020, conforme a la cual es posible observar la capacidad de funcionamiento promedio de las empresas, según su tamaño, respecto de su funcionamiento bajo condiciones normales. En base a una proyección de la capacidad de funcionamiento promedio por tamaño de empresa para el periodo abril-diciembre 2020, se establecieron factores de ponderación base para la determinación de las sanciones, los cuales, de acuerdo a la categoría de tamaño económico del infractor, resultan o no en una disminución de la sanción a aplicar. Conforme a lo anterior, se aplicará el factor correspondiente al infractor en el presente caso.

97. Se considerará para estos efectos el tamaño económico determinado con la información más reciente que dispone esta Superintendencia al día de hoy, el cual corresponde a Gran Empresa N°3¹⁸. Luego de la aplicación del ajuste señalado anteriormente, la multa total del caso asciende a **7.976 UTA**.

¹⁷ Disponible en <https://www.cnc.cl/wp-content/uploads/2020/04/Resultados-Segunda-Encuesta-Empresas-ante-COVID19-Abril.pdf> [fecha última visita: 21 de mayo de 2020].

¹⁸ De acuerdo al estado de resultados al 31 de diciembre de 2018, la empresa presenta ingresos de operación de US\$ 33.043.010. Dichos ingresos se encuentran en el rango de entre UF 600.000 y UF 1.000.000, al valor de la UF y tipo de cambio observado al 31 de diciembre de 2018, de \$ 27.566 y \$ 695,69, respectivamente. No se consideran los ingresos del año 2019, puesto que la información disponible no corresponde al año completo.

98. A partir de la información que se tuvo a la vista, con el objeto de evaluar la capacidad de pago de la multa impuesta, de **7.976 UTA** –equivalente a **M\$ 4.816.298**¹⁹ y **6.613.887 USD**²⁰-, la SMA efectuó un análisis de la situación de la empresa en base a los Estados Financieros (en adelante, “EEFF”) informados para los años 2018 al mes de diciembre y 2019 al mes de septiembre y la información presentada en formato Excel. En el caso del año 2019, dado que la información corresponde a los EEFF intermedios a septiembre, las partidas del Estado de Resultados se consideraron en base a una proyección de tipo lineal para estimar el valor anual de las cifras al 31 de diciembre de 2019²¹. De esta forma es posible efectuar un correcto análisis, así como también evaluar la evolución de las cifras respecto de años anteriores. Se realizó, en primer lugar, un análisis en base al método de ratios financieros²², el cual permite obtener una visión respecto de la liquidez y la solvencia de la empresa, dos aspectos determinantes en la capacidad de pago. Fue considerada también la información de ratios financieros acompañada por la empresa.

99. A partir del análisis, se observa que la empresa presenta un reducido déficit de liquidez en el año 2019, con indicadores de liquidez bastante positivos en los años 2017 y 2018. El ratio razón circulante -activos circulantes sobre pasivos circulantes- al 31 de diciembre de los años 2017 y 2018 es de 3,82 y 2,08 respectivamente, lo que indica que la empresa contaba con activos liquidables en el corto plazo que superaban con creces el monto necesario para para cubrir sus obligaciones de corto plazo con terceros. Al 30 de septiembre del año 2019, en cambio, se observa un déficit de liquidez, aunque reducido, con un ratio de 0,93, que indica que a esa fecha los activos de corto plazo no eran suficientes para cubrir en su totalidad las obligaciones de corto plazo de la empresa.

100. Respecto del nivel de endeudamiento de la empresa, a partir de los indicadores de solvencia se observa un nivel de endeudamiento moderado para los años 2017 y 2018, modificándose esta situación en el año 2019, en el cual se advierte un elevado nivel de pasivos en relación al patrimonio. El ratio deuda sobre patrimonio al 31 de diciembre de 2017 fue de 0,28 y el ratio de deuda sobre activos fue de 0,22, dando cuenta de un moderado nivel de apalancamiento de la empresa para la financiación de sus activos. Al 31 de diciembre de 2018, estos ratios se incrementan, encontrándose aún en rangos que indican que el nivel de endeudamiento no es particularmente elevado para la industria, con un ratio de deuda sobre patrimonio de 0,95 y de deuda sobre activos de 0,49. Sin embargo al mes de septiembre del año 2019, el nivel de endeudamiento de la empresa se incrementa drásticamente, presentando un ratio de deuda

¹⁹ Al valor de la UTA del mes de septiembre de 2020, de \$ 603.864.

²⁰ Al tipo de cambio observado utilizado por la empresa en sus EEFF al 30 de sept de 2019, de \$728,21 por USD. Véase página 7 de los EEFF. Se utiliza este tipo de cambio para efectos de la comparación de la multa con las cifras contenidas en los EEFF.

²¹ A diferencia de las cifras contenidas en el Estado de Situación, que dan cuenta del monto de los activos, pasivos y patrimonio en una fecha puntual determinada, las cifras del Estado de Resultados se expresan en forma acumulativa durante un periodo de tiempo.

²² El análisis en base a ratios financieros es una de las bases que sustenta el modelo utilizado por la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos para la evaluación de la capacidad de pago una multa impuesta por la agencia, denominado modelo ABEL. Véase Reitze, Arnold. Environmental Law Institute Washington, D.C. 2005. “Stationary Source Air Pollution Law”, pág 279. Véase también US-EPA. 2003. “Abel User’s Manual”, pág. 5, Capítulo 4. Disponible en <http://seneca-economics.com/ABEL%20USER'S%20MANUAL.pdf>. [Última consulta: 16 de septiembre de 2020]

sobre patrimonio de 2,57 y de deuda sobre activos de 0,72. En relación a los otros ratios utilizados por la empresa en el análisis acompañado en la reposición, cabe indicar lo siguiente:

- Ratios Beaver y Z-Altman: estos corresponden a indicadores utilizados para predecir una situación financiera de insolvencia en el futuro, entregando indicios de orden estadístico respecto de la ocurrencia de tal situación. No entregan certeza de una situación crítica futura ni de una situación crítica actual, debiendo ser considerados - como todos los ratios financieros- dentro del contexto específico y el análisis de las variables que los componen en mayor profundidad.
- En relación al resultado del modelo multivariable de Z-Altman, en el presente caso se encuentra dentro del rango que representa riesgo únicamente en el año 2019²³. Cabe señalar, que este ratio fue calculado por la empresa con información al mes de septiembre de 2019, en circunstancias en que el ratio incorpora partidas que deben considerarse con su valor acumulado anual²⁴, como son los ingresos por venta y el EBIT²⁵, lo cual implica una aún mayor imprecisión del indicador.
- En relación al ratio de Beaver, se consideró sólo el ratio utilizado por el modelo ABEL de la US-EPA, que corresponde a uno solo de los ratios del modelo de Beaver²⁶, y este no fue calculado de forma correcta, puesto que consideró el ratio como el flujo de caja total sobre pasivos, siendo que el ratio debe considerar únicamente el flujo de caja operacional²⁷. Además, se consideró el flujo de caja al mes de septiembre y no un valor acumulado (proyectado) anual. El resultado del ratio calculado por la empresa para el año 2019 es de 0,002, mientras que el ratio calculado considerando el flujo de caja operativo proyectado para el año 2019 es de 0,1²⁸ valor que no es concluyente respecto de una deficiente situación financiera²⁹.
- Ratio cobertura de intereses (*Times Interest Earned*), calculado como EBIT sobre intereses: este indicador presenta, en este caso, las siguientes debilidades: (i) no resulta procedente, puesto que la empresa no mantiene préstamos otorgados por entidades financieras que devenguen intereses, siendo en este caso calculado sobre otros gastos financieros. (ii) se evalúa la capacidad de cobertura de intereses por medio del EBIT, que incorpora las partidas de depreciación y amortización de los activos, las cuales no corresponden a montos de dinero desembolsables³⁰. En el caso

²³ De acuerdo a la información contenida en el modelo ABEL, el valor del indicador Z-Altman sobre el cual la empresa no presentaría riesgo de insolvencia futura, es de 1,23. De acuerdo al cálculo realizado por la empresa, este ratio es de 4,12 en 2017, de 1,66 en 2018 y de 0,49 en 2019 (con la información únicamente hasta septiembre de dicho año). En relación a los valores de referencia del indicador, véase US-EPA. 2003. "Abel User's Manual", Capítulo 4, página 8. Disponible en <http://seneca-economics.com/ABEL%20USER'S%20MANUAL.pdf>. [Última consulta: 16 de septiembre de 2020]

²⁴ Como todas aquellas partidas del Estado de Resultados, a diferencia de las partidas de activos y pasivos contenidas en el Estado de Situación Financiera.

²⁵ Beneficio antes de intereses e impuestos por sus siglas en inglés: *Earnings Before Interest and Taxes*.

²⁶ Véase Gokul Sinha. 2012. "Financial Statement Analysis", Second Edition. pág 547.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Considerando el valor de flujo de caja operacional de US\$3.929.069 proyectado a diciembre, y pasivos totales de US\$ 42.980.015.

²⁹ En relación a los valores de referencia del indicador, véase US-EPA. 2003. "Abel User's Manual", Capítulo 4, página 7.

³⁰ En el caso de la depreciación de los activos fijos, esta constituye una representación contable del menor valor de los activos fijos por el desgaste que ocasiona su uso, y que se reconoce en la contabilidad de la empresa para efectos tributarios. En efecto, en relación a la definición de depreciación, el Servicio de Impuestos Internos señala: "Corresponde a una parte del valor del bien, originada por su uso, el que es factible de cargar al resultado de la empresa y que se origina por el valor del bien reajustado y la vida útil de éste. La cuota de depreciación anual está

de Explodesa estas partidas son de una magnitud importante, generando una distorsión en el resultado del indicador.

101. Resulta relevante además analizar la información contenida en los Estados de Resultados del periodo 2017 a 2019, la cual permite evaluar el rendimiento de la empresa. Se observa que esta presenta resultados operacionales EBITDA³¹ positivos y crecientes durante todo el periodo, con un monto proyectado a diciembre de 2019 de 2,3 millones de USD, aumentando en un 45% respecto del año 2018. Lo anterior, da indicios de una situación y proyecciones positivas para la empresa a nivel operacional.

102. En el contexto de lo anteriormente descrito, cabe considerar en mayor profundidad los siguientes aspectos:

i.1. Análisis general en base a ratios financieros y rendimiento no resulta concluyente respecto de una situación crítica de dificultades financieras que pudiese impedir hacer frente a la multa en el presente caso, como afirma la empresa

103. El análisis en base a ratios financieros normalmente requiere indagar con mayor detalle el comportamiento de las variables financieras atinentes a los aspectos que se requiere evaluar, en particular cuando los resultados no son concluyentes, como en el presente caso, en el cual los ratios de solvencia y liquidez resultan en valores deficientes únicamente en el año 2019, y la empresa ha presentado resultados operacionales positivos y crecientes en el tiempo. Efectuando un análisis de las partidas que inciden en el detrimento de los indicadores de liquidez y solvencia de la empresa en el año 2019, respecto de los años anteriores, es posible advertir lo siguiente:

- En relación a los activos: los activos circulantes de la empresa presentan una reducida variación el año 2019 respecto del 2018, mientras que los activos no circulantes se incrementan en más de un 60%, principalmente debido al aumento de los activos fijos de la empresa, entre los cuales se cuentan nuevos activos fijos en Leasing por un valor neto de más de 9 millones de USD³².

El importante aumento de activo fijo por parte de la empresa es una indicación de las expectativas de proyección futura de esta y de su continuidad, las cuales difícilmente se tendrían de encontrarse en una situación financiera crítica que dificultara o imposibilitara obtener retornos sobre estas inversiones.

regulada en el artículo 31 de la Ley de la Renta.”³⁰. En el citado artículo 31 de la Ley de la Renta, se describe la forma en que se determina a cuota de depreciación y se señala la posibilidad de acogerse a diferentes regímenes de depreciación de su activo fijo. La cuota de depreciación que se determine para cada año, de acuerdo al régimen de depreciación al que la empresa se acoja, se reconoce como un gasto deducible de la renta para la determinación de la Renta líquida imponible, sobre la cual aplica el impuesto a la renta.

³¹ Beneficios antes de intereses, impuestos, depreciación y amortización, por sus siglas en inglés: *Earnings before interest, taxes, depreciation and amortization*.

³² Notas a los Estados Financieros de Explodesa, Nota N°11.

- En relación a los pasivos: el pasivo total de la empresa se incrementa en más del doble en el año 2019 respecto del año 2018, por motivo de un aumento tanto de los pasivos de corto plazo como de los pasivos de largo plazo –con un incremento de un 133% y 95% respectivamente-, lo cual explicaría el notable deterioro de los indicadores de liquidez y solvencia en este último año.

Analizando las partidas que inciden en este importante aumento del nivel de pasivos de la empresa en 2019, se observa que este se debe principalmente a un significativo incremento en las cuentas por pagar a entidades relacionadas, tanto de largo como de corto plazo: las cuentas por pagar a entidades relacionadas de corto plazo se incrementan en un 374% -de 2,2 a 10,3 millones de USD- y las de largo plazo en un 84% -de 9,3 a 17,1 millones de USD-.

Cabe indicar que el aumento en los pasivos de corto plazo que implicaría la obligación de pago de la multa impuesta por la SMA, sería significativamente menor en términos relativos, siendo el monto de la multa un 38% del pasivo de corto plazo a septiembre de 2019.

En relación al pasivo financiero de la empresa, es relevante señalar que este se explica en su totalidad por un contrato de arrendamiento Leasing con la empresa Sandvik por equipos mineros para el proyecto subterráneo de mina UVA firmado en febrero del año 2019³³, no observándose endeudamiento por préstamos provenientes de entidades bancarias 2019 ni en 2018, ni en 2017. En los años 2017 y 2018 la empresa no presenta ningún tipo de pasivo financiero.

i.2. Sobre una decisiva incidencia de empresas relacionadas en las partidas financieras que influyen en los indicadores de liquidez y solvencia de la empresa, así como en la capacidad de pago de la multa por parte de esta

104. En efecto, se observa que el año 2019 fue el único año en que los ratios de solvencia y liquidez presentaron valores que indican una situación desmejorada, explicándose este detrimento fundamentalmente por el gran aumento de los pasivos de corto y largo plazo de la empresa principalmente por el incremento de las obligaciones con empresas relacionadas.

105. Como fue señalado anteriormente, las cuentas por pagar de corto plazo a entidades relacionadas se incrementaron en un 374% en 2019 y las de largo plazo en un 84%. El pasivo de corto plazo aumentó en 9,8 millones USD, explicándose en un 82% por el aumento de cuentas por pagar a empresas relacionadas en 8,1 millones de USD³⁴, lo cual impacta de forma importante la liquidez. Este incremento se debe casi en su totalidad al aumento de las cuentas por pagar a la empresa relacionada Compañía Explotadora de Minas, CEMIN.

³³ En relación con el aumento del activo fijo señalado anteriormente.

³⁴ Notas a los Estados Financieros de EXPLODESA, Nota N°10.

106. Respecto del pasivo de largo plazo, este se incrementó en 12,5 millones de USD, explicándose en un 62% por el aumento de cuentas por pagar a empresas relacionadas en 7,8 millones de USD, específicamente a la empresa Minera e Industrial Quimpro Ltda. A partir de lo anterior, se evidencia que el drástico aumento del nivel de endeudamiento de la empresa en 2019, de 108% respecto del año anterior, se basa principalmente en el aumento de las obligaciones contraídas con empresas relacionadas. Esto se ve reflejado en el aumento del ratio deuda sobre patrimonio de 0,95 en 2018 a 2,57 en 2019.

107. Los activos liquidables en el corto plazo con que cuenta la empresa, los cuales pueden considerarse como susceptibles de ser destinados al pago de la multa, también se encuentran constituidos en gran parte por recursos provenientes de empresas relacionadas. En efecto, un 64% del activo circulante en 2019 corresponde a cuentas por cobrar a empresas relacionadas, ascendiendo estas a 10 millones de USD, de los cuales un 96% corresponde a cuentas por cobrar a Compañía Explotadora e Minas, CEMIN.

108. Cabe señalar que el monto de la multa impuesta por la SMA es significativamente menor al monto de las cuentas por cobrar a empresas relacionadas y al activo circulante total a septiembre de 2019, correspondiendo a un 66% y a un 41%, respectivamente.

109. En relación a la generación de ingresos de operación, también se es posible observar la incidencia de empresas relacionadas.

110. En efecto, más de la mitad de los ingresos operacionales de la empresa provienen venta de minerales, los cuales son generados principalmente a partir de los proyectos minera UVA y minera Cardenilla, con el objeto de ser comercializados para el abastecimiento de mineral a la Planta Catemu, tal como da cuenta el considerando N°3 de la RCA N°876/2006 que califica favorablemente el proyecto minero UVA y el considerando N°3 de la RCA N°242/2008 que califica favorablemente el proyecto mina Cardenilla. Por su parte, Catemu corresponde a una planta de procesamiento de mineral, de propiedad de Compañía Minera Amalia Ltda. hasta el término de giro de esta empresa en el año 2018, pasando a ser propiedad de Compañía Explotadora de Minas SCM (CEMIN), sucesora y continuadora legal de Compañía Minera Amalia Ltda. Ambas empresas corresponden a empresas relacionadas de Explodesa, teniendo la capacidad de influir en los ingresos obtenidos por venta de minerales, al establecerse entre ellas los precios de transferencia, que pudieran ser distintos a los precio del mercado.

111. Respecto del resto de los ingresos de operación, estos corresponden en su mayoría a ingresos por venta de servicios, de los cuales no se tienen antecedentes. Sin embargo, dado los objetivos primarios de los proyectos minera UVA y minera Cardenilla, es dable suponer que estos servicios también pudieran ser provistos a empresas relacionadas.

i.3. Conclusiones respecto de las alegaciones sobre la capacidad de pago

112. A partir del análisis anteriormente expuesto, no se colige que la empresa se encuentre en una situación de dificultades financieras, ni que la obligación de pago de una multa de multa de **7.976 UTA**, considerada como una obligación adicional con terceros a pagar en el corto plazo, pudiese comprometer su solvencia y viabilidad futuras, infiriéndose que la empresa podría contar con la capacidad de pago para hacer frente a esta.

113. Se estima que las restricciones de liquidez que pudiese tener al momento de enfrentar el pago de la multa, podrían ser solventadas a través de recursos provenientes de sus empresas relacionadas, pertenecientes al Holding Minero CEMIN, por medio de acuerdos con estas respecto del pago de cuentas por cobrar o pagar, o bien, a través de financiamiento proveniente de entidades bancarias, no habiendo elementos que permitan concluir que esto no es posible o que pudiera conllevar una situación de insolvencia de la empresa.

114. Además del análisis financiero descrito anteriormente y sus conclusiones, cabe destacar los siguientes elementos del caso: (i) se generó un daño irreparable al medio ambiente de gran magnitud; (ii) existió una vulneración al sistema jurídico de protección ambiental de importancia alta; (iii) existió intencionalidad en la comisión de la infracción.

III. Sobre el escrito presentado con fecha 23 de enero de 2020

115. Con fecha 23 de enero de 2020, los señores Richard Muñoz, Mauricio Aracena y Rodrigo Zamora, de la Directiva del Sindicato de Empresas de la Sociedad de Exploración y Desarrollo Minero, ingresaron un escrito mediante el cual señalan, en síntesis, que *“existe una relación de independencia entre las minas que opera Explodesa y la Planta Amalia de Catemu que procesa los minerales. Ambas empresas emplean a más de 1.000 personas considerando empleo directo e indirecto”* y que Explodesa *“no tiene capacidad financiera para solventar el pago de la multa y además financiar las inversiones que aseguren la continuidad operacional de las minas, lo que pone en riesgo muchos puestos de trabajo de nuestro sindicato y los sindicatos de las empresas subcontratistas y proveedores locales”*.

116. Al respecto, se debe indicar que las personas que han ingresado el escrito no son interesados en el procedimiento ni han acreditado dicho interés en su presentación. A mayor abundamiento, y según se ha concluido en los párrafos anteriores, la empresa sí posee capacidad financiera para solventar el pago de la multa, por lo que aún existiendo algún interés, la alegación no puede prosperar.

IV. Solicitud de reserva de información

117. En el escrito de fecha 20 de diciembre de 2019, la titular acompañó antecedentes respecto de los cuales solicitó la reserva de información, especialmente aquellos relacionados con los estados financieros y análisis de sus

ratios financieros, en base a que ella se trataría de “(...) información de carácter comercial sensible y estratégico [...] 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” por lo que “la publicidad de estos antecedentes afectaría derechamente las ventajas competitivas del titular frente a otros competidores que presten servicios equivalentes (...)”.

118. Por su parte, en el escrito de escrito de 5 de febrero de 2020, que dio respuesta al requerimiento de información de la Res. Ex. N°161/2020 de esta SMA, se solicitó en los mismos términos, la reserva de información acompañada.

119. Al respecto, esta Superintendencia concuerda con la titular en la reserva de información solicitada, en tanto ella se encuentra dentro de los criterios adoptados por el Consejo para la Transparencia en la materia, cumpliendo con los criterios de ser información que es objeto de razonables esfuerzos para mantener su secreto, no corresponde a información generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión y que posee un valor comercial por ser secreta o que su publicidad puede afectar significativamente su desenvolvimiento competitivo.

120. En virtud de todo lo anteriormente expuesto, estese a lo que se resolverá por este Superintendente.

RESUELVO:

PRIMERO: RECHAZAR el recurso de reposición interpuesto por Cecilia Urbina, representante de Sociedad de Explotación y Desarrollo Minero, con fecha 20 de diciembre de 2019, en contra de la Res. Ex. N° 1786, de 12 de diciembre de 2019, que resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio Rol F-009-2018. No obstante, considerando la actual situación de pandemia que atraviesa no solo el país sino el mundo entero, se aplicará la reducción de la sanción, en razón de lo dispuesto en los considerandos 93 al 96 de la presente resolución, reduciéndose la multa a un total de **siete mil novecientos setenta y seis Unidades Tributarias Anuales (7.976 UTA)**.

SEGUNDO: ACOGER la solicitud de reserva de información solicitada en el Capítulo V del escrito de 20 de diciembre de 2020; y la solicitud de reserva de la información señalada en el capítulo VII, del escrito de 5 de febrero de 2020.

TERCERO: TÉNGASE PRESENTE los documentos acompañados en los escritos de fechas, 20 de diciembre de 2019, 23 y 30 de enero de 2020 y 5 de febrero de 2020.

CUARTO: Recursos proceden en contra de la Res. Ex. N° 1786/2019. De conformidad a lo establecido en el párrafo 4° de los Recursos de la LOSMA, en contra de la Res. Ex. N° 1786/2019 procede el reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental, dentro del remanente del plazo de quince días hábiles, el cual fuera suspendido con ocasión de la presentación del recurso de reposición aludido, según lo establecido en los artículos 55 y 56 de la LOSMA.

Para el caso que el infractor no interponga reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental en contra de las resoluciones de la Superintendencia que impongan sanciones pecuniarias y pague la respectiva multa, dentro del plazo de cinco días hábiles, contado desde la notificación de la resolución, se le reducirá un 25% del valor de la multa. Dicho pago deberá ser acreditado en el plazo señalado, presentando copia de la consignación del valor de la multa reducida efectuado en la Tesorería General de la República. Para mayores detalles puede visitar el siguiente link: <https://portal.sma.gob.cl/index.php/portal-regulados/pago-de-multas/>.

SEXTO: Notifíquese por carta certificada la presente resolución, de conformidad al inciso tercero del artículo 46 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.

ANÓTESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE.


CRISTÓBAL DE LA MAZA GUZMÁN
SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE



PTB/CSS

Notifíquese por carta certificada:

- Cecilia Urbina Benavides. Calle Badajoz N° 45, piso N° 8, comuna de Las Condes, Región Metropolitana.

C.C.:

- Fiscalía, Superintendencia del Medio Ambiente.
- División de Sanción y Cumplimiento, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Oficina Regional de Valparaíso, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Oficina de Partes, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Equipo Sancionatorios

Rol F-009-2018

Expediente cero papel N°:26.124/2019