

PROCEDIMIENTO : Reclamación
MATERIA : Reclamación Art. 56 LOSMA
RECLAMANTE : Compañía Minera Nevada SpA
RUT : 85.306.000-3
REPRESENTANTE : Gonzalo Montes Astaburuaga
RUT : 9.959.890-5
PATROCINANTE Y
APODERADO 1 : Aldo Molinari Valdés
RUT : 10.820.420-6
APODERADO 2 : Felipe Meneses Sotelo
RUT : 12.825.725-K
APODERADO 3 : Tomás Darricades Solari
RUT : 15.640.295-8
RECLAMADO : Superintendencia del Medio Ambiente
RUT : 61.979.950-K
REPRESENTANTE : Cristian Franz Thorud
RUT : 10.768.911-7

En lo principal, interpone reclamación contra resolución de la Superintendencia del Medio Ambiente; **en el primer otrosí**, se tenga presente en relación con el trámite de consulta; **en el segundo otrosí**, acompaña documentos; **en el tercer otrosí**, solicita forma de notificación que indica; **en el cuarto otrosí**, acredita personería; y, **en el quinto otrosí**, patrocinio y poder.

ILUSTRE PRIMER TRIBUNAL AMBIENTAL

Gonzalo Montes Astaburuaga, abogado, en representación, según se acreditará en un otrosí de esta presentación, de **COMPAÑÍA MINERA NEVADA SpA** -en adelante "CMN" o "la Compañía"- sociedad del giro de su denominación, ambos con domicilio para estos efectos en Avenida Ricardo Lyon N° 222, piso 8, comuna de Providencia, Santiago, al Ilustre Primer Tribunal Ambiental respetuosamente digo:

Dentro de plazo y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 56 de la Ley



Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente –en adelante la “LOSMA”-, y del número 3 de los artículos 17 y 18 de la Ley 20.600 que crea los Tribunales Ambientales -en adelante “LTA”- deduzco reclamación judicial en contra de la Resolución Exenta N° 72 de fecha 17 de enero de 2018 y notificada a esta parte con esa misma fecha, la que resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio rol A-002-2013 (acumulado D-011-2015) seguido en contra de CMN, –en adelante la “RE 72/2018” o la “Resolución Sancionatoria”- dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente –en adelante “SMA”- la que se encuentra debidamente representada por su Superintendente don Cristian Franz Thorud, abogado, o por quien lo reemplace o subrogue, ambos domiciliados en calle Teatinos 280, pisos 8 y 9, comuna de Santiago.

Solicitamos a este Ilustre Tribunal Ambiental se sirva tener por presentada la reclamación y, en su mérito y conforme a lo dispuesto por el artículo 30 de la LTA acogerla, anulando o dejando sin efecto la RE 72/2018 por tratarse de una resolución que ha sido pronunciada en contravención a la legislación vigente, causando un serio agravio a mi representada, lo cual será detallado en el petitorio correspondiente. Todo ello conforme a los antecedentes de hecho y de derecho que a continuación paso a exponer:

Para efectos de orden, hacemos presente a SS Ilustre que este escrito consta de cinco capítulos. El capítulo primero, presenta a Pascua Lama y su historia como primer proyecto binacional de explotación minera en el mundo. El capítulo segundo explica las razones generales por las cuales la RE 72/2018 constituye un acto ilegal en cuanto a las sanciones que aplica. El capítulo tercero analiza y demuestra las ilegalidades cometidas en la imposición de las sanciones de clausura definitiva. El capítulo cuarto hace lo mismo en relación con las sanciones pecuniarias que han sido reclamadas, objetando además la tasa de descuento aplicada. El capítulo quinto, finalmente, se refiere al exceso de competencias en que ha incurrido la SMA, en relación con la forma en que pretende se implemente la clausura.

Por otra parte, hacemos presente también que, atendida la extraordinaria extensión de la resolución sancionatoria y la necesidad de concentrarse en aquellas sanciones que afectan la continuidad del proyecto minero y que resultan,

como veremos, en extremo ilegales e injustas, mi representada, sin perjuicio de objetar la resolución en su integridad, ha decidido enfocar la presente reclamación en las cinco sanciones de clausura definitiva impuestas y en aquellas sanciones pecuniarias que tienen incidencia directamente en las primeras y que dejan en evidencia la desproporción y arbitrariedad manifiesta de la RE 72/2018 en su conjunto, como ocurre también con la medida urgente y transitoria que se reclama, y la forma de hacer el cálculo del beneficio económico en las sanciones de multa.

Ahora bien, y en detalle, el escrito será desarrollado de conformidad con el siguiente índice:

I. LA RE 72/2018 HA CONDENDADO -5 VECES- A LA CLAUSURA TOTAL Y DEFINITIVA DE LA PARTE CHILENA DEL PRIMER PROYECTO BINACIONAL DE EXPLOTACIÓN MINERA EN EL MUNDO. 8

II. LAS SANCIONES IMPUESTAS POR LA RE 72/2018 QUE POR ESTE ACTO SE RECLAMAN, CONSTITUYEN UN ACTO ILEGAL Y CONTRARIO A DERECHO. 16

(i) La RE 72/2018 no cumple con el estándar de fundamentación legal necesario - que establecen entre otros los art. 53 y 54 de la LOSMA- para justificar la imposición de 5 sanciones de clausura definitiva al proyecto pascua lama. 17

1. La RE 72/2018 revela en general una grave falta de fundamentación: de los hechos que enuncian no se siguen las conclusiones que la resolución pretende sostener. 19

2. La SMA ha impuesto las cinco sanciones de clausura definitiva en base a una aplicación arbitraria y desproporcionada de sus propios criterios administrativos. 24

(ii) Las clausuras definitivas que la RE 72/2018 impone a CMN y las sanciones de multa reclamadas, constituyen una sanción desproporcionada, innecesaria e inidónea que revela una grave discriminación en contra del proyecto pascua lama. 27

(a) Las cinco sanciones de clausura definitiva no son idóneas para contribuir a los fines de la sanción ambiental desde que condenan irremediablemente al Proyecto a su cierre total y definitivo. 28

(b) Las cinco sanciones de clausura definitiva cursadas no son necesarias pues existen disponibles como alternativas menos gravosas para lograr los mismos objetivos. 30

(c) La desproporción de las sanciones impuestas queda en evidencia en el hecho que la SMA al aplicar sanciones en otros casos, por hechos más graves que los que se imputan a CMN, no ha aplicado la misma sanción, afectando también con ello al principio de igualdad. 31

(iii) Las clausuras definitivas y las sanciones de multa que se reclaman que la RE 72/2018 pretende imponer a CMN después de más de 4 años de ocurridos los hechos que dieron lugar a la formulación de cargos, revelan completa falta de oportunidad e ineficacia en el ejercicio de la potestad sancionatoria. 35

(a) El tiempo transcurrido desde la formulación de cargos hasta el pronunciamiento de la resolución sancionatoria deja en evidencia la falta de oportunidad e inutilidad de las sanciones que se pretenden imponer. 35

- (b) La demora en el ejercicio de la potestad sancionatoria ha producido necesariamente el decaimiento del procedimiento administrativo. 40
- (c) La SMA reconoce la falta de oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionatoria al tratar de justificarlo de cualquier modo. 46
- (iv) La RE 72/2018 ha infringido abiertamente el principio del non bis in ídem en relación con el principio de proporcionalidad al negarse a establecer alguna forma de agregación de infracciones en los casos que se indica. 50**
- (a) La SMA aplica equivocadamente los conceptos “fundamento jurídico” y “hecho” para desconocer la aplicación del principio non bis in ídem: la jurisprudencia ya ha señalado en qué consiste su alcance 53
- (b) El Segundo Tribunal Ambiental no ha ordenado a la SMA ninguna actuación en particular en la selección de las conductas que imputa, ni podría hacerlo. 57
- (c) La SMA debió agrupar los cargos de manera de evitar sanciones redundantes y desproporcionadas. 59
- (d) Lo anterior, demuestra que la SMA ha actuado de manera ilegal al descartar toda forma de agrupación de infracciones, infringiendo el artículo 60 de la LOSMA, la motivación del acto administrativo y la necesaria proporcionalidad de la sanción. 61

III. ILEGALIDADES COMETIDAS EN LA RE 72/2018 RESPECTO DE LAS SANCIONES DE CLAUSURA DEFINITIVA DE LAS FAENAS APLICADAS A CINCO DE LOS CARGOS FORMULADOS. 61

- (i) Ilegalidades cometidas en la sanción de clausura definitiva aplicada al cargo N° 23.2 del sancionatorio A- 002-2013. 61**
- (a) La SMA ha calificado erróneamente esta infracción como gravísima ignorando por completo, y sin justificación alguna, una serie de antecedentes probatorios que daban cuenta de la inexistencia de daño ambiental irreparable en el presente caso. 64
1. La información aportada por el Servicio Agrícola y Ganadero da cuenta de falta de significancia y reparabilidad del impacto causado a las Vegas. 64
2. Existe prueba aportada por esta parte que reafirma la conclusión del SAG, pero que fue inexplicablemente ignorada por la SMA 66
- (b) El análisis de la SMA respecto a la calificación de gravedad de esta infracción carece de sustento fáctico pues se basa en una realidad supuesta respecto de lo que podría haber existido en dicha zona. 71
1. La SMA determinó que, los eventos de remoción en masa ocurridos entre diciembre de 2012 y enero de 2013 habían sepultado 1,8 ha de ladera rocosa y estepa, asumiendo determinados impactos que habrían ocurrido en la zona en cuestión, impactos no discutidos durante el presente procedimiento: 71
2. En consecuencia, el análisis realizado por la SMA respecto a la singularidad del supuesto medio afectado se extiende a ecosistemas no afectados y adolece de inexactitudes. 76
3. El daño ocasionado, producto de los eventos de remoción en masa, ocurridos en diciembre de 2012 y enero de 2013, no puede considerarse como ‘irreparable’. 79
- (c) La SMA ha vulnerado el principio del non bis in ídem al clasificar la gravedad de la infracción. 82
- (d) La SMA califica erróneamente esta infracción como gravísima alterando la carga de la prueba. La SMA pretende sostener la existencia de daño ambiental irreparable, sobre una supuesta falta de “*certeza científica*” y otros prejuicios respecto al éxito, tiempo y costos en la aplicación de medidas de reparabilidad de la zona afectada. 84
- (e) La SMA impuso la clausura definitiva como sanción en consideración a elementos ajenos a la clasificación de la infracción (art. 36 LOSMA) o a las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA. 87
- (f) La SMA termina aplicando una sanción de clausura definitiva que carece de la fundamentación adecuada y que conduce a una sanción evidentemente desproporcionada. 88

1. La SMA, en el presente caso, ha destinado un acápite especial con argumentos en favor de la clausura definitiva, que escapan a la legalidad vigente. 89
2. En definitiva, la SMA ha impuesto una sanción por un riesgo futuro incierto, contra-fáctico y, sobre todo, imposible materialmente de controvertir. 90
3. Conclusión: Existe una evidente falta de proporcionalidad en la sanción aplicada a la infracción del cargo 23.2 91

(ii) Ilegalidades cometidas en la sanción de clausura definitiva aplicada al cargo N° 23.9 del sancionatorio A-002-2013. 93

- (a) La resolución sancionatoria N° 72/2018 desconoce la validez de la metodología empleada por CMN, contenida en la Consulta de Pertinencia que culminó con la dictación del Ord. 120941 de la Dirección Ejecutiva del SEA. 95
- (b) LA SMA incurre en excesos metodológicos al incluir los “efectos acumulativos” en el cálculo de excedencias. 99
- (c) LA SMA no cumple con aplicar el artículo 60 de la LOSMA sancionando dos veces a CMN por los mismos hechos. 100
- (d) La SMA califica el hecho infraccional como grave por cuanto habría generado “riesgo significativo para la salud de la población”, lo que debe ser descartado. 101
- (e) La SMA califica el hecho como grave ignorando numerosos antecedentes y abundantes pruebas rendidas durante el procedimiento sancionatorio que confirman el cumplimiento de los parámetros DAR y la idoneidad de la metodología utilizada. 104
 1. Errada configuración circunstancias Art. 40 LOSMA. 107
 2. Intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma (letra d) del Art. 40). 109
- (f) La sanción de clausura definitiva aplicada carece de justificación adecuada, es desproporcionada, discriminatoria y abiertamente inidónea. 110
 1. La sanción de clausura es abiertamente desproporcionada y revela un trato discriminatorio hacia CMN. 111

(iii) Ilegalidades cometidas en la sanción de clausura definitiva aplicada al cargo N° 23.11 del sancionatorio A- 002-2013. 115

- (a) La SMA ha reclasificado ilegalmente el cargo por cuanto no existe el riesgo significativo a la salud de la población, así como el incumplimiento grave de las medidas para eliminar o minimizar efectos adversos del proyecto, que ella pretende sostener. 116
- (b) La SMA ha errado en la aplicación de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA tanto en relación con el supuesto peligro ocasionado así como respecto del supuesto número de personas cuya salud pudo afectarse y en la intencionalidad que atribuye a CMN. 118
- (c) La SMA termina aplicando una sanción de clausura definitiva que carece de la fundamentación adecuada, que aplica criterios que ni siquiera fueron establecidos en la ley, cuyos fines podrían haberse cumplido igualmente con una clausura parcial y que conducen a una sanción evidentemente desproporcionada. 120

(iv) Ilegalidades cometidas en la sanción de clausura definitiva aplicada al cargo N° 4 del sancionatorio D- 11-2015. 122

- (a) La SMA, para poder configurar la infracción ha incurrido en errores manifiestos sobre la normativa infringida y la ponderación de la prueba rendida. 124
 1. La SMA sancionó a mi representada, desconociendo los límites de afectación de vegas autorizados ambientalmente. 124
 2. La SMA realiza una errónea ponderación de la prueba rendida respecto a las áreas de vegas intervenidas por CMN 127
- (b) La calificación de gravedad de la SMA es errada: los efectos y el medio afectado por la infracción carecen de la significancia necesaria para configurar un daño ambiental 135
 1. El daño en cuestión carece de significancia en relación al medio afectado 135
- (c) La imposición de la sanción de clausura definitiva respecto de esta infracción es notoriamente desproporcionada e infundada. 144

1. La RE 72/2018 carece de fundamento que permita justificar razonablemente la imposición de la sanción de clausura definitiva en relación con el presente cargo. 145
2. La sanción se basa en una errónea ponderación de circunstancias del artículo 40 de la LOSMA. 146

(v) Ilegalidades cometidas en la sanción de clausura definitiva aplicada al cargo N° 7 del sancionatorio D- 11-2015. 153

- (a) La SMA sancionó a mi representada por infracciones no configuradas: el cumplimiento parcial en todos estos casos logra el objetivo ambiental perseguido por las autorizaciones ambientales. 156
 1. El cumplimiento parcial se debe a circunstancias de fuerza mayor, ajenas a la voluntad de esta parte. 156
 2. En los siguientes cargos, los antecedentes del expediente malamente pueden dar por acreditada la infracción 159
 3. Pese a que existió una falta de información puntual, el cumplimiento del PMGv3 alcanzado logra el objetivo ambiental en cuestión. 162
- (b) La sanción de clausura definitiva se funda en una arbitraria e ilegal clasificación de la infracción. 162
 1. En primer lugar: las medidas de monitoreo de glaciares y glaciaretos no corresponden a medidas “de mitigación”, como lo sostiene la SMA, sino que a medidas “de seguimiento”. 163
 2. En segundo lugar, las supuestas infracciones no pueden ser calificados como “incumplimientos graves de medidas”, por cuanto no cumplen con los requisitos de “centralidad” que ha definido la propia SMA para hacer aplicable la causal del artículo 36 N°2 letra e). 167
- (c) La SMA ha ponderado las circunstancias del art. 40 LO-SMA con infracción manifiesta de derecho. 175
 1. La SMA ha infringido el principio del non bis in ídem en el presente caso al considerar el mismo hecho como infracción y como circunstancia agravante 175
 2. En la medida que el supuesto incumplimiento del PMGv3 no es significativo, no corresponde que la SMA aplique la circunstancia del art. 40 letra i. 176
 3. La SMA efectúa una exagerada ponderación de la circunstancia del literal d) del artículo 40. 177
 4. La SMA efectúa una exagerada ponderación de la circunstancia del literal e) del artículo 40, de modo de construir un criterio de contumacia que no procede en razón de los antecedentes que constan en el proceso de sanción. 178
- (d) Finalmente, la SMA ha impuesto una sanción irracional, completamente desproporcionada a los antecedentes del expediente 179

IV. ILEGALIDADES COMETIDAS EN LA RE 72/2018 RESPECTO DE LA SANCIÓN DE MULTA APLICADA AL RESTO DE LOS CARGOS FORMULADOS. 181

(i) Ilegalidades cometidas en la sanción de multa aplicada al cargo 23.8 del sancionatorio A-002-2013. 181

- (a) La SMA desconoce que la consulta de pertinencia de ingreso al SEIA, al momento de cometerse la supuesta infracción imputada, era un mecanismo reconocido por la jurisprudencia administrativa y su respuesta, un acto administrativo dictado por la autoridad ambiental en el ámbito de sus competencias. 182
- (b) La SMA desconoce que frente a la consulta de pertinencia efectuada, la autoridad ambiental emitió una respuesta favorable. De haber estimado que la modificación era de consideración pudo haber dispuesto su ingreso al SEIA e incluso, iniciado de oficio la revisión de la RCA. 186
- (c) La SMA pretende justificar tal desconocimiento siguiendo la errada interpretación manifestada por el Segundo TA en la sentencia R-6- 2014 en cuanto a que la pertinencia se aplicaría a la fase de operación pero no a la de construcción. 187

(d) El hecho que el pronunciamiento del SEA respecto de la consulta de pertinencia efectuada haya sido posterior al inicio del prestripping no implica una infracción a la normativa ambiental, toda vez que el acto que resuelve una consulta de pertinencia no es una autorización. 188

(e) De esta manera la SMA desconoce que CMN actuó bajo la confianza legítima en que el cambio en la metodología de cálculo de los niveles de alerta y que por lo tanto se encontraba amparada en el pronunciamiento otorgado por la autoridad competente. 190

(f) La SMA tampoco aprecia que la intencionalidad no puede ser tomada en consideración como circunstancia para determinar la sanción en virtud del artículo 40 letra d) de la LOSMA, toda vez que CMN obtuvo la visación de la autoridad competente antes de efectuar el cambio en la metodología de cálculo. 192

(g) La afirmación de la SMA de que habría existido una vulneración al sistema de control de la SMA es errada, puesto que CMN jamás incumplió el programa de monitoreo de calidad del agua superficial, y fueron estas mediciones las que llevaron a consultar al SEA respecto de la pertinencia de ingresar la metodología de cálculo al SEIA. 193

(ii) Ilegalidades cometidas en la sanción de multa aplicada al cargo N° 6 del sancionatorio D- 11-2015 194

(a) La SMA no considera que el Plan de Monitoreo contiene medidas de monitoreo, y no de mitigación, compensación o reparación. 195

(b) La interpretación de la SMA sobre el alcance de la obligación resulta aberrante, pues reconoce que el plan está orientado a evaluar la “eventual ocurrencia de impactos no previstos”; en tanto que las medidas destinadas a minimizar efectos adversos están siempre referidas a impactos detectados y evaluados durante los procesos de evaluación ambiental. 195

(c) No corresponde que la SMA interprete la RCA 24/2006 al punto de desfigurar el contenido de la obligación contenida en ella. 196

(d) El Comité de Seguimiento Ambiental que debe sesionar es un órgano distinto y ajeno al control de CMN. La obligación supuestamente infringida no goza de ejecutoriedad inmediata sino que está sujeta al consentimiento de dicho Comité, como consta en distintas cartas enviadas por CMN a la autoridad ambiental. 197

(e) La Compañía ha dado cumplimiento a la obligación de implementar un programa de educación ambiental para representantes de las organizaciones sociales, como se acredita en el procedimiento. 199

(f) Aun cuando este Ilustre Tribunal estime que existe infracción en el presente caso, deberá considerar que la que se ha impuesto es completamente desproporcionada. 200

(iii) Ilegalidades cometidas en la definición de todas las sanciones de multa al establecer un criterio de tasa de descuento que es muy superior al de las empresas similares. 201

V. LA SMA SE HA EXCEDIDO EN SUS COMPETENCIAS RESPECTO DE LA MANERA EN QUE PRETENDE QUE SE IMPLEMENTE LA CLAUSURA. 209

(a) La SMA busca dirigir la forma en que debe realizarse la fase de cierre del proyecto aprobado ambientalmente, sobrepasando las competencias legales del SEA y del SERNAGEOMIN. 211

(b) Las MUT decretadas en el Resuelvo Quinto no se encuentran justificadas, en atención a que no existe la hipótesis de riesgo inminente y transitorio que exige el artículo 3 letra g) para su procedencia. 214

(c) Como resultado de un procedimiento sancionatorio, la SMA ha interpretado la RCAs de mi representada, imponiéndole condiciones y exigencias que exceden el fin del mismo. 215

I. LA RE 72/2018 HA CONDENDADO -5 VECES- A LA CLAUSURA TOTAL Y DEFINITIVA DE LA PARTE CHILENA DEL PRIMER PROYECTO BINACIONAL DE EXPLOTACIÓN MINERA EN EL MUNDO.

1. La RE 72/2018, en forma adicional a las sanciones pecuniarias cursadas que exceden de los 7 mil millones de pesos, ha impuesto a CMN cinco sanciones simultáneas de clausura definitiva de su Proyecto Pascua Lama -en adelante el Proyecto-. Tales clausuras definitivas constituyen -en los hechos- la sanción más grave que la potestad sancionatoria ambiental puede imponer en nuestro país, pues conducen al cierre total del proyecto, en los términos que fuera aprobado por sus respectivas autorizaciones ambientales.

2. Como demostraremos a lo largo de la presente reclamación, la RE 72/2018 y la decisión que contiene de imponer tales sanciones, es ilegal. En efecto, la resolución contraviene los artículos 35, 36, 38, 39 y 40, 53, 54 y 60 de la Ley Orgánica Constitucional de la Superintendencia del Medio Ambiente -en adelante "LOSMA"- en relación con el ejercicio de la potestad sancionatoria que le confiere a la SMA. Adicionalmente, y entre otras, la RE 72/2018 vulnera normas y principios básicos de la Ley 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado -en adelante "LBGPA"- fundamentalmente, los de imparcialidad y proporcionalidad.

3. Antes de desarrollar cada uno de los capítulos de ilegalidad que se anuncian, consideramos necesario SS Ilustre, señalar brevemente el contexto en que las referidas sanciones han sido aplicadas a CMN.

4. Pascua Lama -en adelante, el "Proyecto"- constituye el primer proyecto de desarrollo minero binacional del mundo, nacido al amparo del marco legal establecido en el "*Tratado de Integración y Complementación Minera*", celebrado entre Chile y Argentina en diciembre de 1997, y ratificado por ambos países el año 2000, en su "*Protocolo Complementario*" y en el denominado "*Protocolo Adicional Específico*", que define el área donde son aplicables sus disposiciones, suscrito por ambos países en agosto del año 2004.

5. Pascua Lama se encuentra ubicado a más de 5.000 metros de altura y considera una inversión de aproximadamente USD 8.500 millones en obras e instalaciones en Chile y Argentina. La parte chilena, denominada Pascua, se encuentra localizada en la provincia de Huasco en la región de Atacama, mientras que su parte argentina, Lama, se ubica en la provincia de San Juan, en Argentina.

6. El Estudio de Impacto Ambiental -en adelante "EIA"- presentado por CMN para su implementación, fue calificado favorablemente el día 25 de abril de 2001 mediante Resolución de Calificación Ambiental N°39/2001 de la Comisión Regional del Medio Ambiente de Atacama -en adelante "RCA 39/2001"- . Como la iniciativa fue postergada hasta el año 2004, CMN presentó un nuevo EIA que fue aprobado a mediados de febrero del año 2006, mediante la RCA 24/2006. Como es lógico, las proyecciones del proyecto Pascua Lama generaban importantes expectativas para ambos países, sus gobiernos y su población¹.

7. En efecto, tal como se indicaba en el EIA, el desarrollo del Proyecto contemplaba la explotación a rajo abierto de un yacimiento minero polimetálico, de oro, plata y cobre, y su beneficio para producir metal doré (oro-plata) más concentrado de cobre, oro y plata, a un ritmo de proceso promedio de 45 mil toneladas/día de mineral. Inédito para ambos países.

8. Como SS Ilustre tendrá la oportunidad de comprobar a lo largo del presente procedimiento de reclamación, las dificultades del Proyecto Pascua Lama comenzaron durante su etapa de construcción, cuando con fecha 22 de enero del año 2013 CMN presentó ante la SMA una autodenuncia donde se informaba a la autoridad que, como consecuencia de dos eventos climáticos extremos, ocurridos los días 22 de diciembre de 2012 y 1º de enero de 2013, que arrastraron y depositaron gran cantidad de material coluvial, se había afectado el Sistema de Manejo de Aguas del Proyecto y en particular, las obras del Canal Perimetral Norte Inferior.

¹ Así por ejemplo en el boletín digital de SONAMI se indicaba a más de un año de la construcción de Pascua Lama, ya se comienza a protagonizar una nueva etapa en la minería del oro, tanto para Chile como para Argentina [...] La puesta en marcha está programada para el primer trimestre de 2013, lo que traerá consigo una mano de obra aproximada de 6 mil personas. "Por el lado de Argentina se esperan unos 3 mil trabajadores dedicados a este proyecto" [...]. Además este es el primer proyecto binacional del mundo, producto del Tratado de Integración y Complementación Minera de Chile y Argentina. Gracias a eso se pudo vencer la normal resistencia fronteriza y se fijaron protocolos. Ahora es posible transitar libremente para poder explorar y explotar como corresponde a un proyecto de esta magnitud". http://www.sonami.cl/digital/boletin/1246_2010_12/files/1246_2010_12.pdf.

9. Habiéndose practicado una serie de actividades de fiscalización, mediante la RE 105/2013 de 31 de enero de 2013, la SMA declaró no ha lugar a la autodenuncia, por no cumplir con los requisitos legales para ser aceptada y acto seguido, mediante el Ord. UIPS 58 de fecha 27 de marzo de 2013, formuló 23 cargos a CMN, dando inicio al procedimiento sancionatorio A-002-2013². No

² El detalle de los cargos es el siguiente: **23.1** La construcción de la Obra de Arte de Salida del Canal Perimetral Norte Inferior en un lugar no adecuado, al no ser construida al final de una extensión de dicho canal. Asimismo, la construcción de obras de alivio, asociadas a las obras de arte Ws 1 y S del Canal Perimetral Norte Inferior, las cuales no fueron aprobadas en la RCA, ni en el proyecto de modificación de cauce aprobado por la Dirección General de Aguas mediante Resolución DGA W 163, de marzo de 2008, de la Dirección Regional de Aguas de la Región de Atacama. Las aguas conducidas por dichas obras de alivio van dirigidas al sistema de aguas de contacto, específicamente, al depósito de estériles nevada norte, y no aseguran la conductividad hidráulica del sistema de aguas de no contacto.

23.2 En la quebrada 9, lugar de descarga de la Obra de Arte de Salida del Canal Perimetral Norte Inferior, se constató que está cubierta por una capa de material coluvial, la cual se ha erosionado debido a la bajada de flujos que ocurre en dicho sector. En razón de lo anterior, se evidenció que el cauce naturalmente no estaba labrado en roca, y por ende, era necesario protegerlo mediante el uso de enrocados y geotextil como se estableció en la RCA, cuestión que el titular no realizó.

23.3. La construcción de un canal auxiliar no autorizado dentro del sistema de aguas de contacto, que capta las aguas provenientes de la obra de arte W 6 del Canal Perimetral Norte Inferior, y que las dirige hasta la quebrada 9, lugar de descarga original de la Obra de Arte de Salida del Canal Perimetral Norte Inferior.

23.4 No haber construido la unidad de oxidación mediante peróxido de hidrógeno en la Planta de Tratamiento de Drenaje Ácido.

23.5 No haber construido la Planta de Osmosis Inversa o Tratamiento Secundario Alternativo.

23.6 No haber construido el Sistema de Evaporación Forzada.

23.7 La descarga, no justificada, al río Estrecho proveniente de la Planta de Tratamiento de Drenaje Ácido. Asimismo, dicha descarga no fue declarada ni monitoreada de conformidad al Decreto Supremo N° 90, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia que establece la norma de emisión para la regulación de contaminantes asociados a las descargas de residuos líquidos a aguas marinas y continentales superficiales ('DS 90').

23.8 La utilización de una metodología de cálculo de niveles de alerta de calidad de aguas no autorizada, que utiliza niveles más permisivos que los contemplados en la RCA.

23.9 No activar el Plan de Respuesta de calidad de aguas en el mes de enero de 2013, habiéndose constatado niveles de emergencia, según los niveles de alerta de calidad de aguas determinados en la RCA.

23.10 La construcción de una Cámara de Captación y Restitución ("CCR") no autorizada en la RCA. Dicha obra desvía las aguas sin tratar hacia las piscinas de acumulación o al río Estrecho, incumpliendo el sistema de manejo de aguas de contacto aprobado, puesto que éste contemplaba que la totalidad de las aguas de contacto debían ser dirigidas a las piscinas de acumulación para tratar las aguas y/o recircularlas una vez determinado si cumple con los objetivos de calidad de agua.

23.11 La descarga de aguas de contacto al río Estrecho que no cumplen con los objetivos de calidad de aguas. Además, cabe agregar que en la obra señalada en el numeral 23.10 precedente, se toma la decisión de descargar al río Estrecho, según medición in situ de dos parámetros de calidad (pH y conductividad eléctrica), siendo que la RCA dispone que la descarga al río Estrecho debe cumplir con el DS 90.

23.12 No contar con un sistema de captación de aguas ácidas infiltradas asociado a una batería de pozos de aguas subterráneas, que permita siempre contar con uno en operación y otro e stand-by."

23.13 La falta de captación de aguas ácidas infiltradas provenientes del depósito de estériles Nevada Norte durante el mes de enero de 2013.

23.14 No haber profundizado la zanja Cortafugas habiéndose verificado la superación de los valores de calidad de aguas subterráneas en 5 pozos monitoreados aguas abajo de dicha zanja.

24.1 La limpieza ordenada en el numeral 1 del punto 1 del Resuelvo Primero de la Resolución 107 concluyó fuera de plazo. Asimismo, la referida medida ordenaba que un experto debía supervisar la ejecución de ésta, informando a la Superintendencia diariamente del estado de avance, particularmente, del estado en que se encontraban las especies que conforman las vegas afectadas, cuestión que no sucedió, dado que el experto no informó sobre las especies de flora presentes en dichas vegas.

24.2 El plan temporal ordenado en el numeral 2 del punto 1 del Resuelvo Primero de la Resolución 107 no cumple con el objeto de conocer la calidad de las aguas que ingresan a la CCR, con un desfase máximo de 48 horas con respecto a su eventual descarga al río Estrecho. En efecto, los resultados de monitoreos propuestos se entregaron en un plazo posterior a 48 horas.

24.3 No presenta el plan de contingencia ordenado en el numeral 3 del punto 1 del Resuelvo Primero de la Resolución 107. En efecto, los antecedentes entregados por Compañía Minera Nevada SpA, bajo el título de plan de contingencia, proponían una modificación de las condiciones establecidas en la RCA, no correspondiendo a esta Superintendencia pronunciarse sobre éstas. Asimismo, dichas obras no implicaban un reforzamiento inmediato a la Obra de Salida del Canal Perimetral Norte Inferior, y su extensión hasta la Piscina de Sedimentación Norte.

24.4 Los monitoreos ordenados en el numeral 1 del punto 11 del Resuelvo Segundo de la Resolución 107 no se realizaron en los puntos ahí indicados, y las muestras no fueron realizadas por entidades especialistas en la materia que no tengan relación contractual con el titular ni su matriz en los últimos dos años. No se acompaña acreditación del laboratorio que realizó el análisis de las muestras. Por último, los monitoreos no

podemos dejar de mencionar SS Ilustre que, desde ese momento, con la clara intención de corregir los errores que se habían cometido, y la finalidad de superar la situación de incumplimiento, CMN aceptó 22 de los 23 cargos cursados, si bien con ciertos matices, reconociendo de esta manera los hechos constitutivos de infracción. Así y desde entonces CMN no desconocía sus errores, demostrando voluntad de solucionarlos.

10. Ahora bien, el referido procedimiento sancionatorio terminó con la dictación de la RE 477/2013 de 24 de mayo de 2013 que determinó una sanción de UTA 16.000 y en la aplicación del artículo 3 transitorio de la LOSMA, la SMA ordenó una serie de medidas urgentes y transitorias, entre las cuales se encontraba la paralización de las actividades de construcción, mientras no se construyeran las obras definitivas del Sistema de Manejo de Aguas.

11. La RE 477/2013 fue reclamada por terceros interesados ante el Segundo Tribunal Ambiental, dando origen a tres procedimientos de reclamación que siendo acumulados dieron lugar -el día 3 de marzo de 2014- a la sentencia R-6-2013. El Segundo Tribunal Ambiental declaró la ilegalidad de la RE 477/2013, básicamente por una serie de vicios relativos a la falta de motivación de la resolución respectiva en los que habría incurrido la SMA, y ordenó,

se realizaron diariamente entre los días 2 de febrero y 3 de marzo, ambos del año 2013, período en que estaban vigentes las medidas.

24.5 Las muestras de los monitoreos ordenados en los numerales 2 y 3 del punto 11 del Resuelvo Segundo de la Resolución 107, no fueron realizadas por entidades especialistas en la materia que no tengan relación contractual con el titular ni su matriz en los últimos dos años. No se acompaña acreditación del laboratorio que realizó el análisis de las muestras. Por último, los monitoreos no se realizaron diariamente entre los días 2 de febrero y 3 de marzo, ambos del año 2013, período en que estaban vigentes las medidas.

24.6 La caracterización inicial de Flora, Vegetación y Fauna silvestre afectada que se ordenó realizar en el numeral 5 del punto 11 del Resuelvo Segundo de la Resolución 107, no cumple con criterios básicos de metodología para realizar dicha caracterización, y sus resultados en general no pueden ser validados por esta Superintendencia, toda vez que son incompletos, improbables, no están georreferenciados ni con representación espacial, entre otros problemas identificados.

25. En relación a la Resolución 574, cabe señalar que la Unidad de Atención Ciudadana ha informado a la Unidad de Instrucción de Procedimientos Sancionatorios, mediante Memorándum W 34/2013, de 19 de marzo de 2013, que la sociedad Compañía Minera Nevada SpA no ha dado cumplimiento al requerimiento de información en la forma y modo instruidos, ya que no ha entregado a esta Superintendencia una copia del formulario debidamente firmada por su representante legal. Asimismo, este Fiscal Instructor analizó la información entregada contrastándola con la información disponible en el Servicio de Evaluación Ambiental, constatando que ésta estaba incompleta, toda vez que no fue entregada la totalidad de la información requerida.

26. En relación a la Resolución 37, una vez examinados los antecedentes que conforman el presente expediente administrativo, en especial, el Informe de Fiscalización Ambiental, se pudo constatar que los resultados de monitoreos presentados ante esta Superintendencia en respuesta a los antecedentes solicitados en la inspección ambiental del día 29 de enero de 2013, no fueron acompañados de las respectivas acreditaciones de los laboratorios ni los certificados originales de dichos resultados.

27. El incumplimiento al requerimiento de información realizado por funcionarios de esta Superintendencia en la inspección ambiental realizada al Proyecto el 29 de enero de 2013 ("Requerimiento de Información"), ya que fueron solicitados, tal como consta en el punto 9 del Acta de Inspección Ambiental, los monitoreos de nivel y calidad de pozos ubicados aguas abajo de la zanja cortafuga y de las piscinas de acumulación de los últimos seis meses, habiendo entregado el titular sólo el respectivo al mes de enero de 2013.

adicionalmente, mantener las medidas ya decretadas de paralización, manteniendo la obligación de construir las obras transitorias que allí se indicaban.

12. Con fecha 22 de abril de 2015 y luego de que, por una parte la SMA hubiera decidido no defender su resolución ante la Excma. Corte Suprema, conformándose con la decisión del Tribunal Ambiental y, por la otra, la Excma. Corte Suprema se negara a conocer el recurso de casación deducido por mi representada, anulando la comparecencia de CMN en el procedimiento de reclamación (por haber comparecido como tercero y no como parte), la autoridad ambiental dictó la RE 696/2015 por medio de la cual ordenó la reapertura del procedimiento sancionatorio. El mismo día 22 de abril del año 2015, mediante la RE 1/2015 la SMA formuló 10 cargos adicionales dando lugar al procedimiento sancionatorio D-011-2015³. Por razones de economía procedimental SS Ilustre, ambos procedimientos sancionatorios fueron acumulados y fallados finalmente por la RE 72/2018, que por este acto se reclama.

13. Como SS Ilustre podrá observar, un largo camino ha transitado el Proyecto Pascua Lama desde los aluviones que debió enfrentar a fines del año 2012 y comienzos del año 2013.

3 El detalle de los cargos es el siguiente: **1.** Desde el inicio de la fase de construcción hasta la fecha, CMNSpA no ha construido la "Zona de Estacionamiento Temporal" en la ruta C-489, la cual se encuentra destinada a evitar molestias a las comunidades aledañas.

2. Desde el 28 de diciembre de 2012 a la fecha, CMNSpA no ha enviado a esta Superintendencia, reportes asociados al monitoreo freático de las vegas emplazadas en el punto NE-5.

3. CMN no ha presentado estudios completos y suficientes que den cuenta a cabalidad del cumplimiento de todos los objetivos contemplados en el estudio "Dinámica de corto y largo plazo de los bofedales del proyecto Pascua - Lama: Implicaciones para su manejo, impidiendo entonces conocer a la autoridad si éstas están o no siendo efectivamente protegidas, ya que no se están monitoreando todos los componentes necesarios para ello.

4. Producto de la construcción de ciertas obras del proyecto minero Pascua Lama, tales como, caminos, campamento barriales, sistema de drenaje- ácido dueto, otras obras y áreas removidas, CMN habría intervenido aproximadamente un total de 13,832 hectáreas de la especie Azorella Madrepórica por sobre lo autorizado en la RCA N° 24/2006, así como también habría intervenido un total de 2,16 hectáreas de vegas altoandinas por sobre lo autorizado en el mismo permiso ambiental.

5. Se han registrado niveles por sobre los límites determinados para el efluente de la planta de tratamiento de aguas ácidas de contacto, según lo establece la Resolución Exenta N° 746, de 17 de diciembre de 2014, de esta Superintendencia.

6. CMN, ha incumplido sus compromisos asociados al Plan de Monitoreo Social.

7. CMN SpA ha cumplido parcialmente su compromiso de monitorear los glaciares y glaciaretos emplazados en el área de influencia del proyecto minero Pascua Lama.

8. Las campañas del año 2013 y 2014 correspondientes a los monitoreos anuales de anfibios (*Rhinella atacamensis* (sapo de atacama), no se han realizado durante el horario de mayor actividad de estas especies (21:00-23:00 horas), careciendo entonces de representatividad, tal como consta en los Informes denominados: "Estudio Monitoreo y Actualización de Línea de Base de los Recursos Bióticos (Fauna): Área de Influencia del Proyecto Pascua Lama (2011-2013)" y; "Estudio Monitoreo y Actualización de Línea de Base de los Recursos Bióticos (Fauna): Área de Influencia del Proyecto Pascua-Lama (2011-2014)

9. CMN SpA no realizó la captura de individuos de micromamíferos (roedores) durante la campaña correspondiente al año 2014, tal como consta en el Informe denominado "Estudio Monitoreo y Actualización de Línea de Base de los Recursos Bióticos (Fauna): Área de Influencia del Proyecto Pascua-Lama (2011-2014)

10. Durante el año 2013, CMNSpA monitoreó a la especie Lama guanicoe (Guanaco), sólo en el período de Otoño de aquel año, incumpliendo su compromiso de monitorear en las temporadas de Primavera y Verano, tal se constata en el Informe Consolidado - Año 2013, denominado "Monitoreo de Guanacos Río del Estrecho - Quebrada Los Barriales.

14. Cabe destacar Ilustre Tribunal que, si bien, durante todo este tiempo la construcción del Proyecto se ha encontrado paralizada en cumplimiento de lo ordenado por la RE 477/2013⁴, importantes acciones se han llevado a cabo en aras de la continuidad del Proyecto Pascua Lama. Lo anterior SS Ilustre trabajando conjuntamente con la autoridad ambiental.

15. En efecto, cabe destacar -en primer lugar- que la propia RE 477/2013 impuso como medida urgente y transitoria, cuestión que fue ratificada por el Tribunal Ambiental, la obligación de construir transitoriamente todas las obras de captación, transporte y descarga al estanque de sedimentación, así como todas las obras asociadas y necesarias para ejecutar el seguimiento de las variables ambientales, todo lo cual se ha ido progresivamente cumpliendo hasta la fecha.

16. Adicionalmente Ilustre Tribunal, cabe destacar también que durante el año 2012, la I. Corte de Apelaciones de Copiapó pronunció sentencia en el recurso de protección, autos rol 300-2012, deducido por un grupo de comunidades de Alto del Carmen. Como consecuencia de las imputaciones de contaminación de las aguas efectuadas por los recurrentes, la referida Corte, encontrando sentido a las alegaciones de mi representada respecto de la necesidad de actualizar la línea de base del proyecto en relación con la calidad de las aguas, ordenó dar inicio al procedimiento de revisión respectivo, en los términos que dispone el art. 25 quinquies de la Ley 19.300 -en adelante "LBGMA"-

17. SS Ilustre, el referido proceso de revisión, luego de más de tres años de tramitación por parte de las autoridades técnico-ambientales, culminó positivamente para CMN con la dictación de la RE 94/2016, de la Comisión de Evaluación de Atacama, reconociendo el cambio en la línea de base de calidad de las aguas y validando como consecuencia de ello la nueva metodología de cálculo de los niveles de alerta. Presentadas reclamaciones administrativas por terceros en contra de dicha resolución, el Comité de Ministros, mediante la RE 1385/2016, las rechazó categóricamente. Desde entonces SS Ilustre, el Sistema de Manejo

⁴ La que fue confirmada por el por el Segundo Tribunal Ambiental. La paralización se produjo también como consecuencia de la sentencia dictada en el recurso de protección rol 300-2012 Confirmado por la Excma. Corte Suprema en sentencia dictada con fecha 25 de septiembre de 2013 en los autos rol 5339-2013 que resolvió mantener paralizada la construcción del proyecto hasta que se adoptasen todas las medidas establecidas en la RCA N° 24/2006 para el adecuado manejo de las aguas.

de Aguas de Pascua Lama demuestra la existencia de resultados eficientes, estables en el tiempo y sin afectación a la calidad de las aguas.

18. De esta manera, Ilustre Tribunal mi representada, en un esfuerzo serio y constante de superación de los errores cometidos en el pasado y con el propósito de llevar adelante este proyecto minero binacional, se encuentra desde hace varios años desplegando un enorme esfuerzo humano y técnico e invirtiendo enormes recursos financieros para la optimización de este Proyecto.

19. Como es lógico y atendido el tiempo transcurrido, ha sido necesario implementar todas las condiciones que permitan el desarrollo de este importante proyecto minero con el menor impacto posible, tanto para el medio ambiente como la población aledaña a Pascua Lama. Esta optimización ha implicado entre otros, estrechar lazos con las comunidades, ejecutar acuerdos con las juntas respectivas, así como evaluar y desarrollar nuevas formas y tecnologías para la explotación del proyecto que conlleven un desarrollo aún más sustentable.

20. Todos estos esfuerzos han sido de conocimiento público y también de la autoridad ambiental SS Ilustre.

21. Frente a estos hechos SS Ilustre, la RE 72/2018 no solo impone estas sanciones -como ya analizaremos en detalle a lo largo de este escrito- de manera ilegal, aplicando criterios legales inexistentes o simplemente torciendo los hechos para lograr subsumirlos en los criterios existentes de manera desproporcionada y afectando el principio de igualdad, sino además, aplicando -cinco veces- el equivalente a una condena de muerte, que conduce al cierre irremediable del actual Proyecto Pascua Lama aprobado por las RCA y que trunca no solo el derecho de llevarlo adelante, sino todo el esfuerzo material y humano efectuado los últimos años. Esfuerzo que también ha involucrado a la administración de nuestro país y a sus organismos más representativos.

22. SS Ilustre nuestro país tiene una institucionalidad medioambiental y ha sido un ejemplo de respeto al estado de derecho. La RE 72/2018, amén de causar un enorme agravio al titular del proyecto Pascua Lama, se aparta y vulnera esa institucionalidad y ese estado de derecho, lo que requiere ser enmendado por este Ilustre Tribunal.

23. En efecto, como tendremos oportunidad de observar SS Ilustre, la RE 72/2018 ha sido redactada yazona de tal manera, que deja en evidencia un profundo quiebre entre las innumerables y aparentes argumentaciones que pretenden sostenerla y las decisiones sancionatorias que se adoptan en la parte resolutive.

24. El ejemplo más patente lo constituye sin duda el párrafo 7608 en el que la RE 72/2018 aparece cargada de prejuicios y en el que realiza afirmaciones que distan considerablemente de los deberes que la ley le impone a la SMA en el ejercicio de la potestad sancionatoria:

“7608. De este modo, es posible concluir que una sanción no pecuniaria resulta más expresiva del reproche a la conducta del sujeto y gravedad de los incumplimientos en el caso que una multa para cada uno de los cinco cargos señalados. En cada uno de ellos, individualmente considerados, se estima que no resulta admisible la continuidad del proyecto minero, en función del daño o riesgo que cada una de las infracciones ha implicado, principalmente en materias de vegas y manejo de aguas de contacto, lo que también supone un alto riesgo asociado a la continuidad del proyecto en su conjunto, así como también por la contumacia en la comisión de infracciones, referida al Plan de Monitoreo de Glaciares. Lo anterior pues, las situaciones acaecidas y constatadas en este procedimiento sancionatorio, que motivan la adopción de sanciones no pecuniarias, fácilmente podrían volver a ocurrir, pues no existen garantías suficientes que el infractor, a lo largo de todo este tiempo, haya adquirido un convencimiento de que es su deber observar cabalmente las licencias ambiental que autorizan el proyecto minero”. (El destacado es nuestro)

25. Así, y sin perjuicio de lo que se dirá en detalle más adelante, la RE 72/2018 pretende justifica las clausuras definitivas en una supuesta conducta “*contumaz*” y “*displicente*”⁵ por parte de CMN, agregando sobre la base de meras presunciones o conjeturas que “*las situaciones acaecidas y constatadas en este procedimiento sancionatorio [...] fácilmente podrían volver a ocurrir*”,⁶ pero al mismo tiempo estima que “*ha existido una cooperación eficaz por parte de CMN*”.⁷ En la misma línea, la SMA acusa a CMN de haber generado “un riesgo significativo a la salud de las personas”⁸ pese a que en otros procesos judiciales -actualmente afinados- se ha descartado la contaminación del río Estrecho, la superación de parámetros de la línea de base exigibles según las autorizaciones ambientales y, en definitiva, la “necesidad urgente de cautela”.⁹

⁵ Resolución Sancionatoria, párrafo 7605 (pág. 2078). En el mismo sentido, párrafo 7608 (pág. 2079) (donde habla de “contumacia en la comisión de infracciones”).

⁶ Resolución Sancionatoria, párrafo 7608 (pág. 2079).

⁷ Resolución Sancionatoria, párrafo 7575 (pág. 2067-2068).

⁸ Resolución Sancionatoria, párrafos 7603 y 7604 (pág. 2078).

⁹ Cfr., el proceso de protección seguido en contra de la SMA y CMN ante la C. Ap. de Antofagasta, Rol N° 4147/2016 y luego ante la C. Suprema, Rol N° 9318/2017. Las citas son del informe de protección evacuado por la SMA en primera instancia, en especial, págs. 9-10.

26. Todo esto nos lleva a sostener, de manera enfática, que la clausura definitiva del proyecto Pascua Lama y varias de las sanciones pecuniarias que se le aplican constituyen sanciones excesivas e inadecuadas, que -a pesar de la extensión hipertrófica de la RE 72/2018- no cumplen con el estándar de fundamentación indispensable como para imponer, de la forma en que lo hace, sanciones tan graves. En efecto, la fundamentación de un acto administrativo es una cualidad del mismo que debe ser analizado conforme al mérito de la resolución y no a su número de páginas, como ocurre en este caso.

27. SS Ilustre, esta parte no comprende las razones por las cuales la SMA ha actuado de esta manera, las que, no solo no se explican en la resolución sancionatoria ni aparecen de los hechos descritos, sino que resultan contradictoria con todos los todos los esfuerzos hechos durante los últimos años en aras de la continuidad del Proyecto.

28. Ante la ausencia de razones, lo que sí podemos afirmar Ilustre Tribunal es que el tiempo que la administración se ha tomado en la tramitación y finalización de los procedimientos sancionatorios, la cantidad de prejuicios, contradicciones y fundamentos errados que muestra la RE 72/2018, no obstante sus más de 2000 páginas, no dejan más que en evidencia una decisión preconcebida y deliberada de cerrar el proyecto, completamente al margen del procedimiento sancionatorio y, por cierto, del debido proceso.

II. LAS SANCIONES IMPUESTAS POR LA RE 72/2018 QUE POR ESTE ACTO SE RECLAMAN, CONSTITUYEN UN ACTO ILEGAL Y CONTRARIO A DERECHO.

29. Sin perjuicio de que, a partir del capítulo III de la presente reclamación se acusan y desarrollan las actuaciones ilegales que en particular ha cometido la SMA en el establecimiento e imposición de cada una de las sanciones que en este acto se reclaman, a continuación nos referimos a las causas de ilegalidad que se aplican en general y transversalmente a todas ellas.

30. En efecto, como SS Ilustre podrá observar la RE 72/2018 **(i)** no cumple con el estándar de fundamentación legal necesario -que establecen entre otros los artículos 53 y 54 de la LOSMA- para justificar la imposición de sanciones tan

graves, como ocurre con las cinco clausuras definitivas al Proyecto Pascua Lama; **(ii)** las sanciones impuestas son desproporcionadas, innecesarias e inidóneas, y constituyen una grave discriminación en contra del Proyecto Pascua Lama. Adicionalmente, la RE 72/2018, **(iii)** es inoportuna y constituye un ejercicio ineficaz del ejercicio de la potestad sancionatoria pues impone sanciones extraordinariamente graves después de más de 4 años de ocurridos los hechos; y, **(iv)** infringe gravemente el principio del non bis in ídem en relación con el principio de proporcionalidad.

(i) LA RE 72/2018 NO CUMPLE CON EL ESTÁNDAR DE FUNDAMENTACIÓN LEGAL NECESARIO -QUE ESTABLECEN ENTRE OTROS LOS ART. 53 Y 54 DE LA LOSMA- PARA JUSTIFICAR LA IMPOSICIÓN DE 5 SANCIONES DE CLAUSURA DEFINITIVA AL PROYECTO PASCUA LAMA.

31. La motivación de acto administrativo constituye una obligación legal, más aún cuando se trata del ejercicio de la potestad sancionatoria y particularmente cuando la sanción que se aplica es la más grave que en los hechos contempla el ordenamiento jurídico ambiental.

32. En efecto, el artículo 11, inciso 2°, de la LBPA, señala en relación al acto administrativo que *“los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos”*. Por su parte, el artículo 41 de la misma ley señala en su inciso cuarto que las resoluciones que pongan fin al procedimiento administrativo *“contendrán la decisión, que será fundada”*.

33. Así lo dispone también y de manera particular el art. 53 de la LOSMA cuyo inciso segundo establece claramente la obligación de contener *“la relación de los hechos investigados y la forma como se ha llegado a comprobarlos”*. Otro tanto indica el artículo 54 en cuanto impone al Superintendente la obligación de resolver *“dictando una resolución fundada”*.

34. Por su parte y como ha señalado la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, *“lo que se impone a la autoridad administrativa es que debe explicar las*

*razones que originan su determinación en el caso de que se trata*¹⁰. En opinión del máximo Tribunal, a través del deber de motivación se busca *“permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llega la sentencia”*¹¹.

35. En el mismo sentido, el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, en la sentencia recaída en la causa R-6-2013, tantas veces citada por la SMA para justificar sus decisiones, señala que *“la motivación es la expresión formal de los antecedentes de hecho y de derecho que le sirven de fundamento [al acto administrativo]”*¹², lo que resulta *“esencial para hacer posible el control judicial de los actos administrativos”*¹³, y para lo cual *“no será suficiente referirse en términos genéricos a los fundamentos de lo decidido o enunciar la normativa aplicable sin realizar el debido análisis de cada una de las circunstancias consideradas al momento de establecer una sanción específica”*¹⁴.

36. En lo que se refiere específicamente a la imposición de sanciones a los administrados, la motivación del acto es mucho más estricta, pues en virtud de los principios que rigen la actuación sancionatoria ella no solo debe exponer razones que permitan reproducir la conclusión alcanzada, sino que además, agrega la Excma. Corte Suprema, que debe la Administración estar en condiciones de *“demostrar de manera cabal que el actor incurrió verdaderamente en la infracción que se le reprocha”*, para lo cual es indispensable que *“agotar los medios disponibles para verificar si dicha transgresión fue, efectivamente, cometida, de qué modo ocurrió y quién es el responsable de su realización”*¹⁵.

37. En efecto y tal como lo señala el profesor BERMÚDEZ la imposición de sanciones no solo requiere de la indagación y determinación de los hechos y la interpretación del contenido de la norma, sino además de la ***“subsunción de las circunstancias de hecho previstas en los hechos acaecidos (ajuste entre hechos y norma)”***¹⁶.

¹⁰ SCS Rol N° 3.096-2012, de 28 de diciembre de 2012.

¹¹ SCS Rol N° 1208-2009, de 22 de abril de 2009.

¹² Sentencia del Ilustre Segundo Tribunal Ambiental de 3 de marzo de 2014, causa Rol N° R-6-2013, considerando vigésimo octavo. El mismo criterio se ha reproducido, entre otras, en las sentencias recaídas en las causas R-32-2014, R-35-2014, R-95-2016, R-22-2014 y R-103-2016.

¹³ *Ibíd.* Considerando trigésimo segundo.

¹⁴ *Ibíd.* Considerando trigésimo sexto.

¹⁵ Sentencia de la Excma. Corte Suprema en causa Rol N° 38.817-2017, de 8 de enero de 2018.

¹⁶ Bermúdez Soto, Jorge. *Ob.cit.* p. 480.

38. Por eso SS Ilustre el problema esencial que presenta la RE 72/2018 es que no existe en ella un correlato coherente entre hechos y sanción que permita establecer conclusiones que deban seguirse en relación necesaria y directa de los hechos que expone. Por eso aunque la RE 72/2018 aparezca aparentemente motiva, dicha motivación se anula cuando la misma no realiza el trabajo de subsunción que la ley le impone.

39. Ese estándar, como se verá en la siguiente parte general y más tarde al referirnos en específico a cada una de las infracciones que en este acto se reclaman, ha sido claramente incumplido por la SMA, lo que es especialmente grave si se repara en que la sanción en contra de CMN es la más intensa que ese órgano haya impuesto nunca en contra de un sujeto regulado, lo que exige ocupar un estándar especialmente estricto para fundamentar sus decisiones sancionatorias, lo que evidentemente, y como se demostrará, no ocurrió en el presente caso.

1. La RE 72/2018 revela en general una grave falta de fundamentación: de los hechos que enuncian no se siguen las conclusiones que la resolución pretende sostener.

40. Pues bien, como SS Ilustre podrá comprobar de la lectura de la RE 72/2018, la SMA destina cerca de 14 páginas para intentar justificar cómo es que en este caso correspondería aplicar sanciones no pecuniarias, consistentes en la clausura definitiva del proyecto.

41. Para eso, ofrece una argumentación que aparenta ser abundante en motivos para cumplir con los estándares que exige la jurisprudencia para la motivación del acto, pero que en realidad **las conclusiones que contienen no se siguen de manera razonable, necesaria y directa de los hechos que en ella se exponen.**

42. Se trata, de esta manera, de lo que en doctrina se denomina “**falsa motivación**”, que cruza toda la resolución, pero que es especialmente grave pues realmente no explica ni justifica la clausura definitiva de todo el proyecto, develando con ello un actuar sesgado y parcial por parte de la Administración. En efecto y como se verá enseguida La RE 72/2018 simplemente “*asume*” que debe

aplicarse una sanción de clausura repitiendo una supuesta “*magnitud de los efectos*” pero que escasamente detalla y concreta.

43. En efecto, la resolución comienza su análisis sobre el particular estableciendo que corresponde aplicar sanciones no pecuniarias “*para el caso en que las sanciones pecuniarias no [sean] suficientes para cumplir el objetivo de disuasión o el objetivo del adecuado resguardo del medio ambiente y la salud de las personas, siendo los efectos de la infracción de una magnitud tal que se hace necesario tomar acciones para el resguardo del bien jurídico protegido*” -párrafo 7594-.

44. Ahora bien, ¿cuándo los efectos de la infracción son de esa “*magnitud tal*” que justificaría una sanción no pecuniaria? La RE 72/2018 lo contesta en el mismo párrafo: “*un criterio principal en el presente caso para la aplicación de una clausura o la revocación de una Resolución de Calificación Ambiental, es la importancia del daño causado o del peligro ocasionado, especialmente cuando la magnitud de ellos hace necesario el cese temporal o definitivo de la operación o actividad involucrada*”.

45. El error es evidente: una sanción no pecuniaria se justificaría en presencia de infracciones de magnitud tal que hacen necesario tomar acciones de resguardo. ¿Y cuándo tiene lugar una infracción de esa magnitud tal? De acuerdo con la RE 72/2108, cuando “*la magnitud de ellos hace necesario el cese temporal o definitivo de la operación o actividad involucrada*”.

46. Como salta a la vista este tipo de argumentaciones no cumple con el estándar legal de fundamentación mínimo, donde la palabra *magnitud*, base angular de la justificación que se realiza, se transforma en un concepto vacío y de aplicación circular. Las sanciones no pecuniarias se justificarían para infracciones *de magnitud*, lo que ocurre cuando *la magnitud* de la infracción hace necesario el cese de la actividad.

47. Por el contrario y lo que la SMA debía hacer SS Ilustre era satisfacer el silogismo. Subsumir debidamente los hechos ocurridos a las normas legales correspondientes, demostrando una conexión que permitiera observar como de tales hechos se seguían determinadas conclusiones que llevaban, como hemos

dicho -de manera necesaria y directa- a la aplicación de específicas sanciones legales.

48. En efecto, en ninguna parte de este capítulo la SMA demuestra, de manera concreta, por qué las infracciones tendrían la magnitud que les atribuye, ni por qué ello implicaría la necesidad de una sanción no pecuniaria, en relación a los hechos específicos que lo justificarían. Simplemente asume que es así, repitiendo que *“resulta relevante la magnitud del reproche que se ha realizado en relación a las infracciones gravísimas y graves”*, lo que *“consta en el desarrollo específico de las circunstancias del art. 40 para cada una de ellas”* -párrafo 7597-.

49. Es decir, **las razones que justificarían la magnitud que se atribuye a las infracciones y por qué a partir de ellas debiéramos asumir que una sanción pecuniaria no es bastante, no se desarrollan ni motivan aquí**, que es el único lugar en que la RE 72/2018 se refiere a la necesidad de una clausura, sino que constarían en el análisis de las circunstancias del artículo 40, en particular, en la *importancia del daño causado o del peligro ocasionado*. Pero esto es falso. En el capítulo en que la SMA analiza las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, de ninguna manera “consta” la necesidad de una sanción no pecuniaria, y menos una que suponga la clausura definitiva del proyecto en su totalidad , lo que en esta ocasión, y de manera inédita para el sistema sancionatorio ambiental, se ha multiplicado por 5.

50. Como se advierte de lo expuesto en esta presentación al analizar la aplicación de las circunstancias del artículo 40, sobre todo la de su letra a), de ninguna manera la remisión a ese capítulo que realiza la RE 72/18 permitiría alcanzar la conclusión que en éste caso se da por sentada. En efecto, la resolución realiza una incorrecta aplicación de tales circunstancias, sobre todo en lo que respecta al daño causado o peligro ocasionado, y en ninguna parte entrega razones que permitirían vincular su supuesta gravedad con la necesidad de la sanción impuesta. Esa justificación debía estar en este capítulo, y simplemente no se ofrece de manera concreta ni aquí ni en ninguna parte.

51. En los párrafos siguientes, la resolución se hunde todavía más en estos defectos argumentativos cuando se refiere sucesivamente a las razones que justificarían la imposición de una sanción no pecuniaria para cada una de las

infracciones en que se aplicó. Para todos los casos, con una sola excepción que se comentará después, la SMA justifica la sanción repitiendo que *“la magnitud de la infracción justifica por sí sola la aplicación de una medida no pecuniaria”* - párrafos 7600, 7601, 7603, 7604-.

52. El argumento es, a estas alturas, desconcertante: ni las infracciones son de la magnitud que se les atribuye, ni se encuentran en la resolución las razones que efectivamente lo justifiquen.

53. En este estado de cosas, no es difícil apreciar el déficit argumentativo exhibido por la RE 72/2018 al tiempo de pretender fundamentar las graves sanciones que ha impuesto. Los ejemplos sobran a lo largo de la RE 72/2018. Se trata de una resolución llena de conjeturas, presunciones y consideraciones que carecen de base legal.

54. En efecto, y sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, al analizar cada cargo, desde ya observamos a SS Ilustre cómo en el cargo 23.2 y así consta en párrafo 7600, la resolución sancionatoria pretende justificar la tantas veces mencionada *“magnitud”* no solo a través de conjeturas y proyecciones inciertas sino además y derechamente atribuyendo supuestos efectos que ni siquiera formaron parte del cargo formulado.

55. En efecto, en los hechos descritos en el Ord. U.I.P.S. N° 58/2013, jamás se mencionó un efecto sobre el ecosistema altoandino producido por esta infracción. Sin embargo, la SMA justifica de todos modos desde allí la supuesta magnitud de la infracción, que no se cansa en repetir una y otra vez.

56. Lo mismo ocurre con el cargo N° 4 que se refiere a la intervención de ciertas especies vegetales¹⁷, -párrafo 7601- en el que la SMA establece nada menos que una presunción de reincidencia, que consiste en suponer, sin explicitar fundamento alguno, que en caso de desarrollarse el proyecto mi representada va a seguir *“expandiendo la construcción de obras en lugares no autorizados, afectando vegetación en su paso”*. ¿De dónde obtiene que tal cosa vaya a ocurrir? La argumentación es arbitraria, al punto que, unos párrafos más delante,

¹⁷ Cargo 4. Producto de la construcción de ciertas obras del proyecto minero Pascua Lama, tales como, caminos, campamento barriales, sistema de drenaje- ácido dueto, otras obras y áreas removidas, CMN habría intervenido aproximadamente un total de 13,832 hectáreas de la especie Azorella Madreporica por sobre lo autorizado en la RCA N° 24/2006, así como también habría intervenido un total de 2,16 hectáreas de vegas altoandinas por sobre lo autorizado en el mismo permiso ambiental.

la RE 72/2018 dice que para evitar la infracción era tan sencillo como tener personal calificado. ¿Cómo puede entonces asegurar que existe riesgo de reincidencia?. Esta presunción es grave e inaceptable.

57. Lo mismo puede observarse en el cargo 23.9, referido a la supuesta falta de activación de los planes de respuesta cuando para pretender justificar la sanción se acude al concepto de “*desidia de cumplir*” tal como se observa en el párrafo 7603, circunstancias que no solo no ha sido contemplada por la LOSMA en el artículo 40 sino que además resulta contradictoria con todas las imputaciones de intencionalidad que contiene la resolución. El mismo razonamiento puede apreciarse, en el párrafo siguiente -7604- respecto de la infracción 23.11 referido a las descargas de aguas en el Río Estrecho.

58. Este tipo de acusaciones es inaceptable y revela un sesgo con el que RE 72/2018 razona al ordenar las clausuras definitivas: intenta sostenerla sobre la razón que sea, con independencia que contradiga abiertamente lo que unas mil páginas antes señaló.

59. Finalmente y por ahora, citamos también el caso del cargo número 7 en que la SMA motiva su decisión a través de una injustificada e inaceptable presunción, sosteniendo que bastaría la reiteración de una sanción para acusar al regulado de observar una conducta “*contumaz*”, lo que sería suficiente para “*entrevé que una sanción pecuniaria no resultaría disuasiva en el caso concreto, producto de la displicente conducta de la empresa*”. Así en lugar de exponer antecedentes específicos y concretos que reflejaran esta supuesta conducta, la SMA sencillamente entrevé, conjetura, presume, lo que en ningún caso puede constituir la razón de tan graves sanciones.

60. Por último cuando la RE 72/2018 se pregunta cuál sanción no pecuniaria correspondería aplicar, se limita en un párrafo -7612- a contraponer la clausura definitiva a la revocación, pero dejando de lado y omitiendo el análisis de cualquier otra solución, como podría haber sido la clausura parcial o temporal sujeta a condición. Esta forma de razonar pone en evidencia una predisposición de la autoridad en orden a dirigir y adecuar sus razones para que, al menos en apariencia, la clausura definitiva de todo el proyecto parezca justificada.

61. Sin embargo, ya antes había tomado postura, asegurando sin fundamento plausible, y antes de haberse planteado las demás alternativas sancionatorias disponibles en la LOSMA, en el párrafo 7608- que “no resulta admisible la continuidad del proyecto”. Insólito. Esa es la forma en que la SMA ha fundamentado sus decisiones. Juzgue usted SS Ilustre.

2. La SMA ha impuesto las cinco sanciones de clausura definitiva en base a una aplicación arbitraria y desproporcionada de sus propios criterios administrativos.

62. Según lo señalado por la propia SMA en la RE 72/2018 existen tres criterios para la imposición de una sanción no pecuniaria (“SNP”). El primero, que la SMA califica como “*principal*”, es “la importancia del daño o el peligro de daño ocasionado”.¹⁸ Los otros dos criterios, que la SMA denomina como “*supletorios*”, corresponden a (i) la reincidencia en la infracción cometida, en el sentido de que la sanción previa no ha logrado un efecto disuasivo y; (ii) al hecho de que el beneficio económico obtenido por motivo de la infracción haya sobrepasado en forma significativa los límites establecidos para una sanción pecuniaria.¹⁹ Estos tres criterios vuelven a ser señalados por la SMA al final de la RE 72/2018 en los párrafos 7594 y 7595.

63. Estos criterios responden, en definitiva, a algunos de aquellos que la misma LOSMA recogió en su artículo 40. De hecho, la SMA así lo reconoce en forma expresa en los mencionados párrafos de la RE 72/2018.

64. Así, el criterio principal de la “*importancia del daño o el peligro de daño ocasionado*” responde a las circunstancias agravantes del artículo 40, letra a); en tanto que los criterios “*supletorios*” corresponden a las circunstancias de las letras e) y c) del mismo artículo. Ello, con la salvedad de que la reincidencia, si bien tiene una importancia en la circunstancia del artículo 40, letra e) de la LOSMA, no cualquier “*conducta anterior*” puede ser considerada como “*reincidencia*” para

¹⁸ Resolución Sancionatoria, párrafo 297 (pág. 92) (“En particular, el **criterio principal** para la aplicación de una clausura o la revocación de una resolución de calificación ambiental, **es la importancia del daño o el peligro de daño ocasionado**, especialmente cuando la magnitud de ellos hace necesario el cese temporal o definitivo de la operación o actividad involucrada en la infracción, con el objetivo de detener, eliminar o minimizar los efectos sobre el medio ambiente y/o la salud de las personas”. Lo remarcado es del original).

¹⁹ Resolución Sancionatoria, c. 298 (pág. 92) (“Otros criterios que, de forma supletoria, fundamentan la aplicación de estas sanciones, son los siguientes: (i) la reincidencia en la infracción cometida, bajo el supuesto de que el efecto disuasivo de una sanción previa no ha sido suficiente para lograr el efecto preventivo requerido [...]; y el (ii) beneficio económico obtenido por motivo de la infracción sobrepasa de forma significativa los límites establecidos para una sanción pecuniaria”).

efectos de la imposición de sanciones no pecuniarias. Ello responde a lo evidente: para que una sanción previa pueda ser considerada como “reincidencia” se requiere que se trate de sanciones impuestas por la misma SMA en contra del mismo titular y, por la misma infracción cometida en la misma instalación fiscalizada.

65. La SMA vuelve nuevamente –como consta en los párrafos 7577 y siguientes- sobre los tres criterios al final de la RE 72/2018 en un último capítulo titulado “Propuesta de Sanción o Absolución”. Más allá de lo discutible del título usado por la SMA,²⁰ lo cierto es que la resolución reitera una vez más los tres criterios en el párrafo 7697, en los mismos términos de los párrafos antes referidos.

66. El problema surge en el párrafo inmediatamente siguiente, cuando la SMA señala especialmente para este caso, apartándose de sus tres criterios generales, un “cuarto criterio” consistente en la “intencionalidad y relevancia de la infracción” (sic):

“[...] a partir del carácter retributivo de las sanciones no pecuniarias es que se considera que los criterios para determinar que procede su aplicación no se refieren únicamente al riesgo o daño causados por la infracción, sino que también a otros elementos como la intencionalidad y relevancia de la misma”.²¹

67. Por si esto fuera poco, la SMA, en un salto argumentativo, concluye luego que “los criterios relevantes a considerar en relación a las infracciones objeto de los procedimientos sancionatorios para el presente caso” no corresponden a los tres señalados anteriormente, sino que son los siguientes: **(a)** “magnitud del daño o riesgo ocasionado al medio ambiente y/o a la salud de las personas; **(b)** riesgo ambiental asociado a la continuidad en la construcción u operación del proyecto Pascua Lama; **(c)** conducta anterior de CMN y reiteración o contumacia de infracciones; y **(d)** conducta displicente y/o intencional de CMN con el cumplimiento, incluso en obligaciones elementales del proyecto Pascua Lama.”²²

²⁰ Porque, precisamente, según la LOSMA, el Superintendente no “propone”, sino que “aplica” la sanción que en derecho corresponda, según la “propuesta” que haga el fiscal instructor del caso. Cfr., al respecto, los artículos 53 y 54 de la LOSMA. Este defecto es expresivo de la ausencia de contrapesos reales en las decisiones que adopta la SMA: el dictamen que propone el fiscal instructor termina siendo simplemente reproducido por el Superintendente en su resolución sancionatoria.

²¹ Resolución Sancionatoria, c. 7596 (pág. 2076).

²² Resolución Sancionatoria, c. 7597 (pág. 2076).

68. Nótese, pues, SS Ilustre la abierta arbitrariedad en la que ha incurrido la SMA respecto de nuestro caso. Si al comienzo de la RE 72/2018 -en los párrafos 297 y ss.- la SMA había señalado que los criterios en atención a los cuales eran procedentes las sanciones no pecuniarias eran tres (uno principal y otros dos supletorios); más tarde, en dicha resolución, la SMA modifica estos criterios generales para el caso en análisis, inventando cuatro criterios que (i) no guardan ninguna relación directa con los primeros –los del párrafo 7597 y ss.- ni (ii) tampoco encuentran un asidero al 100% en las circunstancias del artículo 40 LOSMA, especialmente, en lo que se dice al “*riesgo asociado a la operación del proyecto*”.

69. SS Ilustre, lo anterior implica que la RE 72/18 ha establecido un criterio sancionatorio ad-hoc en contra de mi representada, para imponerle sucesivamente las sanciones más graves que nuestra legislación ambiental prevé. Ello es en Derecho inaceptable, y tenemos la convicción que este Ilustre Tribunal sabrá ponerle remedio.

70. Como si lo anterior no bastara, agrega la SMA –en el párrafo 7595- que estos “*criterios no requieren ser copulativos, ya que inclusive con uno solo de ellos podría ser necesaria la aplicación de una sanción no pecuniaria*”. Es decir, enlista una serie de criterios no previstos en la legislación, les otorga un contenido arbitrario y enseguida agrega que no necesitan ser todos ellos consistentes, porque en realidad le basta uno solo para justificar la sanción. Como se ve, SS Ilustre, la RE 72/18 propone un camino argumentativo arbitrario y carente de justificación, con tal que le permita llegar de todos modos a la sanción que ya de antemano decidió imponer.

71. Finalmente, la aplicación de estos criterios conduce al resultado lamentable, desde el punto de vista de la motivación del acto que, como hemos señalado, se expresa en el párrafo 7608 de la RE 72/2108 en que, a base a puras conjeturas y suposiciones se afirma que “*habría*” un alto riesgo asociado a la continuidad del proyecto, nada menos que en su conjunto, afirmando livianamente que las situaciones acaecidas “*podrían*” volver a ocurrir, terminando con una imputación subjetiva incompatible con el ejercicio de la potestad sancionatoria como lo es sostener que no habría garantías suficientes de que CMN haya

adquirido un “convencimiento” de cumplir con sus licencias ambientales. Lo anterior en los términos siguientes:

“7608. De este modo, es posible concluir que **una sanción no pecuniaria resulta más expresiva del reproche a la conducta del sujeto y gravedad de los incumplimientos en el caso que una multa para cada uno de los cinco cargos señalados**. En cada uno de ellos, individualmente considerados, se estima que no resulta admisible la continuidad del proyecto minero, en función del daño o riesgo que cada una de las infracciones ha implicado, principalmente en materias de vegas y manejo de aguas de contacto, lo que también supone un alto riesgo asociado a la continuidad del proyecto en su conjunto, así como también por la contumacia en la comisión de infracciones, referida al Plan de Monitoreo de Glaciares. Lo anterior pues, las situaciones acaecidas y constatadas en este procedimiento sancionatorio, que motivan la adopción de sanciones no pecuniarias, fácilmente podrían volver a ocurrir, pues no existen garantías suficientes que el infractor, a lo largo de todo este tiempo, haya adquirido un convencimiento de que es su deber observar cabalmente las licencias ambiental que autorizan el proyecto minero.”

72. SS Ilustre, CMN se ve en la necesidad de rechazar categóricamente las infundadas acusaciones de la SMA, que en su afán de *castigar* a mi representada a cualquier costo, realiza un juicio de carácter infundado y contradictorio con sus propios criterios. **Lo que hace derechamente la SMA es establecer criterios ad-hoc con el fin de justificar una clausura de la totalidad de una faena minera debido a infracciones que, si se analizan objetivamente, no reúnen estos requisitos**. El párrafo 7608 de la RE 72/2018 es en este sentido la manifestación evidente de la arbitrariedad en el ejercicio de la potestad administrativa sancionatoria en contra de un sujeto regulado.

(ii) LAS CLAUSURAS DEFINITIVAS QUE LA RE 72/2018 IMPONE A CMN Y LAS SANCIONES DE MULTA RECLAMADAS, CONSTITUYEN UNA SANCIÓN DESPROPORCIONADA, INNECESARIA E INIDÓNEA QUE REVELA UNA GRAVE DISCRIMINACIÓN EN CONTRA DEL PROYECTO PASCUA LAMA.

73. Como SS Ilustre sobradamente conoce la proporcionalidad constituye un principio fundamental del ejercicio de la potestad sancionatoria. Así lo reconoce la doctrina en general²³. El profesor BERMÚDEZ, por su parte, señala que “*la proporcionalidad consiste en que la sanción que se va a aplicar producto de una infracción administrativa sea adecuada a la entidad o cuantía que ha tenido la infracción*”²⁴. Otros autores han señalado que una sanción deja de ser

²³ ARNOLD, Reiner; MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio; ZÚÑIGA URBINA, Francisco. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En: Estudios Constitucionales, Año 10, Nº 1, 2012, pp. 65 - 116. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.

²⁴ BERMÚDEZ SOTO, Jorge. *Derecho Administrativo General*. Editorial Thomson Reuters, tercera edición, 2014. Página 346.

proporcional cuando la misma resulta **inidónea** para contribuir a un fin legítimo, o bien es **innecesaria**, por la existencia de otras alternativas menos costosas, o bien, **desproporcionada** en sentido estricto, cuando el sacrificio de imponerla es superior a los beneficios que dicha medida reporta²⁵.

74. Ahora bien, en este sentido y sin perjuicio del análisis que se hace más adelante respecto de la ilegalidad de cada sanción que se reclama en particular, por ahora hacemos presente a este Ilustre Tribunal que tales sanciones son desproporcionadas, en términos generales, porque: **(a)** las cinco sanciones de clausura definitiva no son idóneas para contribuir a los fines u objetivos que debe perseguir la sanción ambiental desde que condenan irremediamente al proyecto a su cierre total y definitivo; y, **(b)** las cinco sanciones de clausura definitiva cursadas tampoco son necesarias pues existían disponibles otras alternativas menos gravosas para lograr los mismos objetivos. Finalmente, **(c)** la injustificada desproporción de las sanciones impuestas queda en evidencia en el hecho que la SMA al aplicar sanciones en otros casos, por hechos más graves que los que se imputan a CMN, no ha aplicado la misma sanción, afectando también con ello al principio de igualdad.

(a) Las cinco sanciones de clausura definitiva no son idóneas para contribuir a los fines de la sanción ambiental desde que condenan irremediamente al Proyecto a su cierre total y definitivo.

75. Como SS Ilustre sobradamente conoce, el Derecho Administrativo sancionador tiene un enfoque prospectivo²⁶, a diferencia, por ejemplo, del Derecho Penal y del ejercicio de la jurisdicción que corresponde a los jueces, en el sentido que lo importante de la respuesta sancionatoria administrativa no es tanto el reproche que se pueda hacer al afectado por hechos del pasado, sino la **necesidad de dirigir su actuación a la superación de la situación infraccional en el futuro.**

²⁵ MESA LOPERA, Gloria. *Principio de proporcionalidad y control de constitucionalidad de las leyes penales: Una comparación entre las experiencias de Chile y Colombia*. EN: *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, 2011, vol 24 N° págs. 115y ss.

²⁶ PANTOJA BAUZÁ, Rolando. *El Derecho Administrativo. Concepto, características, sistematización, prospección*. Editorial Jurídica de Chile, p. 109. En el mismo sentido, CORDERO QUINZACARA, Eduardo. Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la doctrina y jurisprudencia. En: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Núm., 20-1, Enero 2013, págs. 79 y 103. Para este autor: "nuestro legislador aspira a encontrar en manos de la Administración del Estado una actuación que puede ser más oportuna y eficaz para disciplinar dichos comportamientos, reservando a la actuación de los Tribunales de Justicia la represión de hechos de mayor gravedad, respetando el carácter subsidiario y de última ratio que se reconoce al Derecho penal".

76. En efecto y tal como se explica en las Bases Metodológicas para la determinación de sanciones ambientales emitida por la propia SMA, entre los criterios orientadores que deben regir el ejercicio de la potestad sancionatoria ambiental se encuentra -de manera primordial- **cambiar el comportamiento del infractor**. En este sentido, las referidas Bases señalan expresamente que *“la sanción debe ayudar a cambiar ese comportamiento de manera permanente y estable. Ello requiere que el al momento de decidir qué sanción debe ser impuesta frente al incumplimiento, se privilegia aquella que más garantiza el cambio de comportamiento buscado”*²⁷.

77. Ahora bien, sin perjuicio de lo que diremos más adelante en cuanto a que la SMA busca dirigir la forma en que debe realizarse la fase de cierre del proyecto aprobado ambientalmente, es indudable que la sanción de clausura definitiva condena a mi representada precisa e irremediamente al cierre del proyecto Pascua Lama y en estas condiciones, necesariamente, al decaimiento práctico de su permiso ambiental.

78. No hay, en ese sentido, ninguna intención de reencausar a mi representada en el cumplimiento de sus obligaciones ambientales, que es precisamente en lo que ha venido trabajando intensamente desde que el proyecto se encuentra paralizado. Antes bien, la actuación de la autoridad sugiere que la decisión de clausurar el proyecto de manera definitiva estaba tomada de antemano, y que la resolución trata inútilmente de justificarlo ex post.

79. De cualquier manera y como es evidente, las cinco sanciones de clausura definitivas y totales que han sido impuestas al proyecto Pascua Lama -ejercicio inédito de la potestad sancionatoria en nuestro país- hacen imposible que CMN pueda orientar su comportamiento hacia el cumplimiento de la normativa ambiental. En este sentido, la SMA ha desconocido que la sanción de clausura definitiva constituía -indudablemente- la *“ultima ratio”* de la potestad sancionatoria ambiental, dejándolo en una situación irremontable, en circunstancias que, como veremos a la luz del análisis particular de cada uno de los cargos así sancionados, ninguno de ellos ameritaba la aplicación de una clausura definitiva.

²⁷ Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales. Superintendencia del Medio Ambiente. Actualización, diciembre 2017. Págs. 21 y ss.

(b) Las cinco sanciones de clausura definitiva cursadas no son necesarias pues existen disponibles como alternativas menos gravosas para lograr los mismos objetivos.

80. La desproporción de las cinco sanciones de clausura definitiva impuestas a CMN se manifiesta también en el hecho de que cerrar definitiva y totalmente el Proyecto tampoco era necesario, en el sentido que adoptar dicha decisión hubiere sido la única alternativa aplicable por parte de la SMA para lograr los objetivos que la misma RE 72/2018 plantea a partir del considerando 7592.

81. Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante respecto del errado análisis de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA que hace la SMA en relación con los hechos concretos del caso Pascua Lama y la verdadera extensión de sus efectos -lo que deja en evidencia la errada fundamentación que la SMA pretende sostener, lo cierto es que tampoco explica -en lo absoluto- las razones por las cuales habría descartado otras sanciones no pecuniarias.

82. Todo lo que en esta materia dice, la RE 72/2018 -en particular en el considerando 7612- es limitarse a sostener por qué se habría preferido la aplicación de una sanción de clausura definitiva antes que una revocación, pero la misma no razona ni explica por qué los supuestos motivos o fines que le atribuye a la clausura definitiva no podrían haber sido igualmente logrados por ejemplo, con una clausura parcial o temporal y sujeta al cumplimiento de condiciones, en lugar de una clausura total y definitiva.

83. Prueba de lo anterior es que todo el razonamiento que, como hemos dicho se contiene a partir del considerando 7592- solo hace referencia a las sanciones “no pecuniarias” en general y sin distinción. Por lo mismo, todo lo que se dice en dichos considerandos resulta igualmente aplicable y sin distinción a la clausura, sea esta total o bien sea definitiva. **Ello deja en evidencia que no solo se razonó arbitrariamente al descartar la imposición de multas en estos casos, sino que también al suponer que la clausura definitiva era la única opción aplicable en el ejercicio de la potestad sancionatoria** y, la existencia de otras alternativas menos extremas que sirven de igual modo al cumplimiento de los fines de la sanción lo muestra con claridad. Esto, SS Ilustre, muestra la manifiesta falta de necesidad de la clausura y la desproporción de estas sanciones.

(c) La desproporción de las sanciones impuestas queda en evidencia en el hecho que la SMA al aplicar sanciones en otros casos, por hechos más graves que los que se imputan a CMN, no ha aplicado la misma sanción, afectando también con ello al principio de igualdad.

84. Una de las formas en que se revela con toda claridad la abierta desproporción de la sanción que ha impuesto la SMA a mi representada -que consiste nada menos que en 5 sanciones consecutivas de clausura definitiva de toda la faena minera, más multas cercanas a los 7.000 millones de pesos-, es revisando los pocos casos en que la SMA ha aplicado esta misma sanción.

85. Dicho ejercicio permite establecer si la gravedad de los hechos que las justificaron en cada ocasión se pueden considerar de algún modo equivalentes al contenido de la sanción impuesta a CMN.

86. Como consta en el Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental ("SNIFA") que mantiene la SMA²⁸, ha habido dos casos de procedimientos sancionatorios ambientales que han terminado con una sanción de **clausura definitiva** impuesta por la Administración, y otros dos que han terminado con una **clausura sujeta a alguna condición**.

87. En ninguno de ellos, sin embargo SS Ilustre, se ha impuesto sucesivamente esa misma sanción en un mismo proceso, como ocurrió en la especie, en circunstancias que se trataba de proyectos que se encontraban en operación y que habían producido un efecto grave en el medio ambiente, que había sido indudablemente demostrado en el proceso, nada de lo cual ha ocurrido con el proyecto Pascua Lama.

88. En el caso seguido en contra de Compañía Minera Maricunga por su proyecto minero Refugio, tramitado bajo el Rol D-014-2015, con fecha 17 de marzo de 2016, la SMA impuso una sanción consistente en la *"clausura definitiva del sector de pozos de extracción de agua de la aludida Sociedad (pozos RA-1, RA-2 y RA-3), ubicados en el Corredor Biológico Pantanillo-Ciénaga Redonda, de modo que el proyecto Minero Refugio no pueda utilizar en su operación futura aguas que recarguen el acuífero del cual dependen los humedales de aquel*

²⁸ Disponible en www.snifa.sma.gob.cl.

Corredor Biológico". ¿Qué hizo el titular del proyecto para merecer esta sanción? De acuerdo con la SMA, **fue responsable de provocar un daño ambiental irreparable consistente en el “deseccamiento de al menos 70 hectáreas de humedales ubicados en el Complejo Lacustre del Negro Francisco y Laguna Santa Rosa, y el riesgo inminente de expansión del área afectada a aproximadamente 73 hectáreas adicionales de humedales”**. SS Ilustre, estas 70 hectáreas correspondían, nada menos, que a un sitio protegido por el tratado internacional Ramsar²⁹.

89. Observe SS Ilustre que en dicho caso, la sanción –no obstante la gravedad de los hechos imputados- si bien definitiva, lo fue única y exclusivamente del sector de pozos, pero no de toda la faena minera, como ha ocurrido con el proyecto Pascua Lama.

90. En segundo lugar, en el caso seguido en contra de Minera Española Chile Limitada, Rol D-12-2014, la SMA investigó la **explotación clandestina** de una faena minera en la comuna de Maipú **que produjo daño ambiental**, con uso de maquinaria pesada, apertura ilegal de caminos y movimientos de tierras en un sitio declarado como prioritario para la conservación en la Región Metropolitana, y en que se hacía uso de explosivos y se contaba con presencia de guardias armados, que además impidieron en varias ocasiones el acceso de los fiscalizadores de la SMA a la faena.

91. Se trataba de una explotación minera completamente ilegal, que no contaba con permiso alguno, de ninguna autoridad ambiental o sectorial y que entorpecía constantemente las actividades de fiscalización que se le dirigían. En otras palabras, se trataba de una actividad cuasi criminal, con gravísimas consecuencias para el medio ambiente, que merecía una respuesta sancionatoria severa. ¿Cuál fue ella? La misma que se aplicó al proyecto Pascua Lama, pero sin multiplicarla. En efecto, con fecha 1 de junio de 2015 se aplicó a Minera Española una única sanción consistente en la **“clausura definitiva de las instalaciones y faenas desarrolladas por la empresa en el sector Quebrada de La Plata, comuna de Maipú”**. Por lo demás, no se le aplicó multa alguna.

²⁹ Tratado internacional aprobado el 2 de febrero de 1971 en la ciudad Iraní de Ramsar (de ahí su nombre) relativo a la conservación y protección de los humedales de interés internacional.

92. Adicionalmente, en el caso seguido en contra de Anglo American Sur por su proyecto Los Bronces, tramitado bajo el Rol F-054-2014, se sancionó al titular con la clausura del “*Depósito de Estériles Donoso*”, pero ello se hizo, única y exclusivamente hasta que se implementara una solución definitiva que permitiera el manejo adecuado de los drenajes ácidos generados por este proyecto.

93. En efecto, la empresa había sido sancionada por haberse constatado la presencia de drenaje ácido de roca que se filtraba desde el depósito de estériles escurriendo al exterior, con lo que se produjo un daño ambiental irreparable sobre vegas que se encuentran en el sector. La respuesta sancionatoria de la SMA consistió en clausurar el depósito, pero **permitiendo a la empresa que presentara una solución definitiva al drenaje** para que, eventualmente, pudiera volver a operar.

94. Por último, el caso tramitado en contra de la empresa Tecnorec S.A. por su proyecto Planta de Reciclaje de Baterías Emasa tuvo por objeto investigar una serie de 18 incumplimientos a su RCA, así como elusiones al sistema de evaluación de impacto ambiental que afectaban a aspectos muy sensibles del proyecto, en particular, a su sistema de abatimiento de emisiones, que no contaba con autorización ambiental alguna.

95. Asimismo, se habían constatado emisiones con presencia de plomo por sobre lo autorizado y niveles de ese metal pesado en los suelos circundantes a la planta que superaban los valores contenidos en la RCA para establecer contaminación y adoptar acciones de remediación. La planta, además, colindaba con un sector densamente poblado de la comuna de San Antonio, con gran presencia de niños, principales expuestos a los riesgos de contaminación por plomo. ¿Cuál fue la respuesta sancionatoria de la SMA? Mediante resolución de 24 de diciembre de 2014, se sancionó a la empresa con multas que alcanzaron apenas las 175 Unidades Tributarias Anuales, así como **con la clausura temporal de su sistema de abatimiento de emisiones, mientras no contara con una RCA favorable**. Una vez más, la sanción no fue la clausura total ni definitiva de las instalaciones.

96. En todos estos casos, como se observa fácilmente, la SMA se enfrentaba a situaciones especialmente graves, pero con respuestas sancionatorias relativamente armónicas y coherentes: cuando constató un daño ambiental

irreparable de una extensión extrema, como la desecación de 70 hectáreas de humedales Ramsar, clausuraba la obra o actividad que específicamente provocaba el daño; cuando se enfrentó a un proyecto minero clandestino e ilegal que se desarrollaba en un sitio prioritario para la conservación en la Región Metropolitana, lo clausuró definitivamente; cuando observó filtración de drenajes ácidos desde un Depósito de Estériles, lo clausuró hasta que se encontrara una solución definitiva; y cuando fiscalizó una planta recicladora de plomo sin su sistema de abatimiento ambientalmente evaluado, lo clausuró hasta que se sometiera al SEIA.

97. Por el contrario, cuando tuvo que tramitar el proceso en contra del proyecto Pascua Lama, que se encontraba en una etapa de construcción incipiente, que jamás ha provocado un impacto significativo sobre el medio ambiente -como quedará claramente establecido en capítulos siguientes-, y cuya principal infracción consiste en que el Sistema de Manejo de Aguas del proyecto sería, en opinión de la SMA, distinto que el descrito en la RCA, la respuesta sancionatoria de la Administración, justificada en más de 2.000 páginas de resolución y otros cientos en anexos, consistió en **una serie de multas que sumadas superaban los 7.000 millones de pesos, más la imposición redundante de nada menos que cinco sanciones de clausura definitiva, cada una de ellas extendida sobre todas las obras y faenas del proyecto.**

98. SS. Ilustre, como podrá observar con toda claridad, mi representada ha sido objeto de un trato desigual y desproporcionado por parte de la Administración, que ha destinado en la tramitación del proceso sancionatorio no solo un esfuerzo inédito, como se verá en el apartado siguiente, sino que además ha aplicado sanciones injustificables, sin que concurren sus requisitos e imposibles de vincular con la real magnitud de las infracciones imputadas y que además no guardan ninguna relación con las respuestas sancionatorias que en otros casos han justificado la imposición de clausuras.

99. Lo anterior SS Ilustre, debiera ser suficiente para estimar que la resolución reclamada es ilegal y que no se encuentra ajustada a derecho. En efecto, es de recordar que la Administración debe guiar la tramitación de sus procedimientos con sujeción estricta al principio de imparcialidad, que le obliga a actuar con objetividad y que, en ese sentido, le prohíbe aplicar un trato desigual y

desproporcionado a sus regulados. Lo anterior SS Ilustre ha sido claramente infringido en el presente caso.

(iii) LAS CLAUSURAS DEFINITIVAS Y LAS SANCIONES DE MULTA QUE SE RECLAMAN QUE LA RE 72/2018 PRETENDE IMPONER A CMN DESPUÉS DE MÁS DE 4 AÑOS DE OCURRIDOS LOS HECHOS QUE DIERON LUGAR A LA FORMULACIÓN DE CARGOS, REVELAN COMPLETA FALTA DE OPORTUNIDAD E INEFICACIA EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONATORIA.

100. Para que una sanción sea legal, eficaz y justa debe ser el resultado de un proceso previo, racional y también justo, tramitado en tiempos y con procedimientos adecuados, que eviten la arbitrariedad y las consecuencias de la incerteza para el afectado. La dilación indebida de los procedimientos administrativos es en ese sentido incompatible con su adecuada tramitación, como la legislación positiva expresamente reconoce.

101. Sin embargo, y como veremos a continuación, en el presente caso **(a)** el tiempo transcurrido desde la formulación de cargos hasta el pronunciamiento de la resolución sancionatoria deja en evidencia la falta de oportunidad e inutilidad de las sanciones que se pretenden imponer; **(b)** esta demora en el ejercicio de la potestad sancionatoria ha producido necesariamente el decaimiento del procedimiento administrativo.

(a) El tiempo transcurrido desde la formulación de cargos hasta el pronunciamiento de la resolución sancionatoria deja en evidencia la falta de oportunidad e inutilidad de las sanciones que se pretenden imponer.

102. La oportunidad de la respuesta sancionatoria de la Administración, es también la medida de su utilidad: sus esfuerzos deben estar dirigidos a obtener un remedio pronto a la situación de hecho que justifica su intervención, encausando nuevamente a sus regulados en la observancia del derecho.

103. Lo anterior es coincidente con las normas y principios que establecen los artículos 3° y 5° de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales

de la Administración del Estado³⁰ –LOCBGAE–, a partir de los cuales la doctrina se ha referido a la necesidad de que el derecho administrativo sancionador se aplique mediante “*el diseño de una política represiva que garantice un equilibrio entre una acción oportuna y eficaz de los órganos públicos y los derechos de las personas imputadas*”³¹. De acuerdo con esta misma opinión, la justificación del derecho administrativo sancionador, y su separación del derecho penal, descansa justamente en esa necesidad de actuación “*oportuna y eficaz*”. Así, señalan que:

“[El Estado] debe adoptar todas las medidas y ejercer las atribuciones que el ordenamiento jurídico le confiere destinadas a cumplir un rol de conformación social que responda a estos valores y bienes constitucionales. Estas exigencias han llegado a un crecimiento exponencial frente a una sociedad que se ha hecho más compleja desde la revolución industrial llegando a lo que se ha denominado la moderna sociedad del riesgo. Todo lo anterior ha demandado una intervención decidida del Estado mediante una acción oportuna y eficaz, la que muchas veces no se encuentra en la naturaleza, dinámica y ritualidad propia de los procesos judiciales y que exige, por lo tanto, asumir tal función a través de sus órganos administrativos, dejando para una segunda fase el control jurisdiccional”³².

104. Es decir, la razón para contar con un derecho sancionador en que sea la propia Administración la que fiscalice y aplique sanciones, en lugar de entregarle su conocimiento a los Tribunales de Justicia, **nace de la necesidad de obtener respuestas oportunas y eficientes**. En ausencia de esa oportunidad y eficiencia, la actuación de la Administración pierde legitimidad y sentido y deviene en ilegal.

105. Como resulta evidente, las sanciones de clausura definitiva impuestas al proyecto Pascua Lama aparecen como claramente inoportunas, y actualmente incapaces de vincular a CMN (o a cualquier titular en su lugar) con los hechos que supuestamente las justificarían, pues ya han sido largamente superados, o se refieren a aspectos que ya carecen de toda vigencia y que, por lo mismo, resultan inútiles o redundantes.

30 El artículo 3º, inciso segundo establece que “la Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica, en conformidad con la Constitución Política y las leyes”. A su vez, el artículo 5º de la misma Ley agrega que “las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública”.

31 CORDERO QUIZACARA, Eduardo; ALDUNATE LIZANA, Eduardo. *Las Bases Constitucionales de la Potestad Sancionadora de la Administración*. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXIX. 2012, pp. 337-361.

32 Ídem.

106. En efecto, la RE 72/2018 fue dictada con fecha 17 de enero de 2018. En ella se sancionó a mi representada por hechos constatados por funcionarios de la SMA mediante actividades de fiscalización que tuvieron lugar, principalmente, entre el 22 de diciembre de 2012 y el 18 de enero de 2013, a partir de eventos climáticos de importancia que produjeron disposición de material aluvional en la zona del proyecto, dando lugar posteriormente al proceso sancionatorio Rol A-002-2013, de acuerdo con la autodenuncia presentada por la propia empresa.

107. Posteriormente, se realizaron inspecciones en terreno los días 4 y 5 de diciembre de 2013, 27 y 28 de mayo de 2014, 2 y 3 de junio del 2014, y 2 y 3 de diciembre de mismo año, dando lugar al proceso sancionatorio Rol D-011-2015, que sería acumulado y tramitado conjuntamente con el proceso A-002-2013.

108. Desde entonces, con la emisión de la RE 477/2013 y con el fallo de la I. Corte de Apelaciones de Copiapó en los autos rol 300-2012, la incipiente fase de construcción del proyecto se ha encontrado totalmente paralizada, manteniéndose vigentes únicamente las obligaciones de **seguimiento, monitoreo y control** que, de acuerdo con las instrucciones de la autoridad, son necesarias para evitar una afectación al medio ambiente.

109. Como ha sido expuesto precedentemente, **son casi 5 años los que han transcurrido bajo un régimen de paralización**, que la RE 72/2018 ha venido a transformar en definitiva, tiempo durante el cual los esfuerzos de CMN se han dirigido en mejorar su proyecto y en cumplir con la normativa ambiental aplicable, para lo que ha estado en estrecha coordinación con la órganos de la Administración con competencia ambiental.

110. Es del caso recordar que el Resuelvo II de la RE 477/2013, ordenó, como medida urgente y *transitoria*, *“paralizar la totalidad de las actividades de la fase de construcción del proyecto mientras no ejecute el sistema de manejo de aguas en la forma prevista en la Resolución de Calificación Ambiental”*, en la medida que *“la falta de construcción de las obras asociados al sistema de manejo de aguas es un riesgo para el medioambiente en sus componentes agua, suelo y biodiversidad presente en el área”*, por lo que *“es dable sostener que a consecuencia de las infracciones se puede generar un inminente daño para el medio ambiente”*.

111. Por su parte, la clausura definitiva impuesta como sanción mediante la RE 72/2018 ha sido justamente argumentada a partir de la necesidad de *“detener, eliminar o minimizar los efectos sobre el medio ambiente y la salud de las personas”* que este proyecto –detenido en su etapa de construcción- sería capaz de producir (párrafo 7607). Lo anterior, pues *“las situaciones acaecidas y constatadas en este procedimiento sancionatorio, que motivan la adopción de sanciones no pecuniarias, fácilmente podrían volver a ocurrir, pues no existen garantías suficientes que el infractor, a lo largo de todo este tiempo, haya adquirido un convencimiento de que es su deber observar cabalmente las licencias ambiental (sic) que autorizan el proyecto minero”* (párrafo 7608).

112. En efecto, *a lo largo de todo este tiempo* la etapa de construcción del proyecto ha seguido detenida, sin que se entienda entonces la pertinencia de referirse al *“convencimiento”* que debió haber mostrado mi representada durante este período, **ni cómo es que fueron necesarios todos estos años para advertirlo**. Ello demuestra tanto la arbitrariedad de las razones expuestas por la SMA, como la inutilidad e ineficiencia de las sanciones que actualmente se pretenden cursar, las que no guardan ninguna relación con el estado del proyecto y con la conducta observada por CMN durante este tiempo

113. Por el contrario, lo que ese transcurso de tiempo muestra es que CMN se ha encontrado en observancia de la normativa aplicable al proyecto en su estado de paralización, lo que ha sido expresamente reconocido por la SMA ante la Illma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, lo que ahora contradice abiertamente en la RE 72/2018.

114. En efecto, SS. Ilustre, al evacuar el informe que le fue requerido en los autos de protección Rol N° 4147-2016, la SMA señaló, sobre la necesidad de imponer medidas urgentes y transitorias que resultaran más graves durante este tiempo, que ello no era procedente, porque fue posible descartar la existencia de todo riesgo inminente, así como comprobar que el sistema de manejo de aguas funcionaba con normalidad:

*“[D]e las actividades de fiscalización realizadas no se acreditó la existencia de una hipótesis de riesgo ambiental (daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas) que ameritara su dictación. En efecto, la SMA, si bien no ha descartado posibles incumplimientos a instrumentos de carácter ambiental a propósito de los eventos de las avalanchas, **sí ha podido descartar que exista una necesidad urgente de cautela**. En*

efecto, en virtud de las fiscalizaciones realizadas, se ha podido concluir que casi la totalidad de las afirmaciones vertidas por los recurrentes **no son efectivas**, y responden a temores infundados generados a partir de rumores o de estudios que no tienen ningún sustento técnico ni científico. En efecto, las fiscalizaciones permitieron concluir, por ejemplo, **que la planta de tratamiento de aguas de contacto está actualmente operando, que no hay riesgo de contaminación nuclear, y que no existe ningún antecedente concreto que haga a lo menos presumir que se han afectado las garantías constitucionales que se reclaman como vulneradas.**" (Páginas 9 a 10. Destacado de origen).

115. En el mismo informe, la propia autoridad insistió en que otros órganos con competencia ambiental llegaron a una conclusión semejante, descartando afectación de las aguas del río Estrecho como consecuencia de algún funcionamiento defectuoso del sistema de manejo de aguas.

"La DGA también estudió la calidad de las aguas, tomando muestras que posteriormente fueron enviadas a sus propios laboratorios para su análisis. Los resultados de las muestras tomadas se encuentran en una etapa de validación final, sin embargo podemos adelantar que ellas **han arrojado resultados que se encuentran dentro de los parámetros de la línea de base exigibles de acuerdo a lo establecido por la Res. Ex. N° 94.**

(...)

En consecuencia, de los análisis realizados por la SMA, los muestreos realizados por la DGA y los re-muestreos realizados por CMNSpA, se concluyó que los parámetros establecidos en la Res. Ex. N° 94 no fueron superados, por lo que es posible descartar afectaciones a la calidad de las aguas en razón de ese evento." (Lo remarcado es de la SMA)". (Páginas 12-13. Destacado de origen)

116. Por esas razones, expuestas por la propia autoridad ambiental, fue que la ltima. Corte de Apelaciones de Antofagasta rechazó el recurso de protección interpuesto en contra de CMN. Más tarde, conociendo por vía de apelación, la Excma. Corte Suprema arriba al mismo entendimiento, afirmando que los resultados sobre calidad de aguas muestran que no se han sobre pasado los parámetros aplicables. Para ello, tomó en consideración los análisis de la DGA y la Seremi de Salud.

"Décimo: Que la decisión de la sentencia apelada en lo relativo a la contaminación de las aguas del río Estrecho, se basa en los análisis de las muestras y contra muestras que descartan la contaminación al estar ajustados sus resultados a la línea de base establecida en la RCA N° 94-2016, lo cual es reconocido por los apelantes, en los términos que se explicitan en el fundamento 7° de esta sentencia.

La pretensión sustentada por los apelantes de aplicar al efecto la RCA N° 24-2006 o la Norma Chilena 409 de Agua Potable, por una parte no valida el reproche que efectúan relativo a la valoración de la prueba, como tampoco permite, dada la vigencia de la RCA N°94-2016, calificar como atentatoria a las garantías constitucionales que denuncian como vulneradas la medición de la calidad del agua en base al resultado de las mencionadas muestras y contra muestras.

Undécimo: Que cobra relevancia en la sustentación de lo decidido por los sentenciadores de primer grado el Oficio Ordinario N°551 de 13 de octubre de 2016 emitido por el

Director Regional de la Dirección General de Aguas de Atacama, y el Oficio de la Seremi de Salud N°1689 de fecha 19 de agosto de 2016.

En el primero, se señala en sus conclusiones que “los registros de la estación de muestreo de emergencia rotulada EST-INF (ubicada inmediatamente aguas abajo de la estación de muestreo regular NE-3) no evidencian una alteración hidroquímica de las aguas superficiales de la zona de cabecera del Río Estrecho con cargo al proyecto.”³³

117. Por lo anterior, es inaceptable que la misma autoridad que ha reconocido que CMN ha observado un comportamiento posterior conforme con la normativa vigente, descartando además la existencia de riesgo o peligro, se permita afirmar ahora que los hechos sancionados “*fácilmente podrían volver a ocurrir, pues no existen garantías suficientes que el infractor, a lo largo de todo este tiempo, haya adquirido un convencimiento de que es su deber observar cabalmente las licencias ambiental (sic) que autorizan el proyecto minero*”.

118. Por el contrario, lo que “*todo este tiempo*” revela, como se mostrará enseguida, es que la sanción administrativa ha perdido los fines que se esperan obtener con ella, en la medida que la Administración ha incumplido, de manera injustificada, con todos los plazos aplicables a la tramitación del procedimiento sancionatorio.

(b) La demora en el ejercicio de la potestad sancionatoria ha producido necesariamente el decaimiento del procedimiento administrativo.

119. En nuestro país, en lo que respecta al derecho administrativo sancionador, no es discutido ni en la doctrina ni en la jurisprudencia que los procedimientos que tramita la Administración se encuentran sujetos a plazos específicamente previstos en la legislación, que buscan impedir su dilación indebida, y que se han establecido precisamente para que los procesos se resuelvan dentro de términos específicos y razonables.

120. Junto con estos plazos, la ley ha establecido también ciertos principios jurídicos que rigen la actuación de la Administración y que vinculan el desarrollo de los actos procesales con el fin de asegurar un procedimiento expedito, sin trabas, dirigido de manera eficiente a la obtención de una decisión final. El tiempo

³³ Sentencia de la Excm. Corte Suprema de 12 de diciembre de 2017, en causa Rol N° 9318/2017.

en que se tramite un procedimiento sancionatorio, de esta manera, es un elemento esencial de su regulación y validez.

121. En efecto, así lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema:

“[...] en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador se ha señalado que para que se esté frente a un procedimiento racional y justo, la resolución que lo concluye debe ser oportuna. Para asentar tales decisiones se ha considerado especialmente el principio de la eficacia y eficiencia administrativa, consagrado en diversas disposiciones de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado”³⁴.

122. El derecho positivo consagra este deber para la Administración de manera expresa. Junto con la LOCBGAE, cuyos artículos 3° y 5° ya mencionados se refieren a la eficacia y eficiencia que debe guardar la administración en sus actuaciones, la introducción en nuestro derecho 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 – en adelante “LBPA”-, constituye un esfuerzo normativo de importancia para someter al control del Derecho la actuación procedimental de la Administración en la dictación de actos administrativos, incluidos los de contenido sancionatorio. En ese sentido, como ha destacado la doctrina, *“no cabe olvidar que el cumplimiento de los plazos por la administración fue un objetivo primordial en el proyecto y dictación de la LBPA, la que en buena parte vino a poner término a la abusiva situación de la dilación administrativa”³⁵.*

123. De esta manera, y en lo que respecta a su sustanciación oportuna, la LBPA consigna que todo procedimiento debe tramitarse con celeridad y dirigirse siempre a la dictación de un acto terminal, *“haciendo expeditos los trámites que debe cumplir el expediente y removiendo todo obstáculo que pudiere afectar a su pronta y debida decisión”* (art. 7°), para lo cual la Administración *“debe responder a la máxima economía de medios con eficacia, evitando trámites dilatorios”* (art. 9°), desarrollando el procedimiento con *“sencillez y eficacia, de modo que las formalidades que se exijan sean aquéllas indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado”* (art. 13).

³⁴ Sentencia de la Excma. Corte Suprema de 3 de agosto de 2017, en causa Rol N° 38.340-2016.

³⁵ VERGARA BLANCO, Alejandro. *El mito de la inexistencia de plazos fatales para la Administración y el 'decaimiento' en los procedimientos administrativos*. En: Estudios Públicos, 148 (primavera 2017). 79-118.

124. Lo anterior es importante, en la medida que *“todo el procedimiento administrativo está destinado a que la Administración dicte un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese su voluntad”* (artículo 8°), acto que para ser eficaz, debe también ser oportuno. En síntesis, debe tratarse de un proceso expedito y dirigido sin trabas a la dictación de un acto terminal que resuelva el asunto sometido a decisión de la Administración.

125. Como una forma de concretar estos principios, la LBPA es incluso más específica, señalando en su artículo 23, titulado *“obligación de cumplimiento de plazos”* que *“los términos y plazos establecidos en ésta u otras leyes obligan a las autoridades y personal al servicio de la Administración en la tramitación de los asuntos”*, mientras que el artículo 27 de la LBPA, de manera perentoria, dispone un límite temporal para la tramitación de un procedimiento, señalando que *“salvo caso fortuito o fuerza mayor, el procedimiento administrativo no podrá exceder de 6 meses, desde su iniciación hasta la fecha en que se emita la decisión final”*³⁶.

126. Para resolver estas dilaciones indebidas, en un contexto doctrinal escéptico sobre la obligatoriedad de los plazos que corren contra la Administración, la jurisprudencia ha recurrido reiteradamente a la figura del “Decaimiento” del procedimiento administrativo. Conforme a esta jurisprudencia, en un procedimiento racional y justo la sentencia debe ser oportuna y la vulneración de estos principios debe necesariamente producir un efecto en el procedimiento, comportándose así como un hecho sobreviniente que hace decaer sus fines, tornándolo ineficaz e ilegítimo³⁷.

³⁶ En este sentido, es cierto que la opinión más tradicional de la doctrina -aunque no unánime [VERGARA BLANCO, ob. cit.] ha estimado que este plazo no es fatal para la Administración, y que sólo traería como consecuencia directa una eventual responsabilidad funcionaria -lo que la doctrina más reciente califica como un simple “mito jurídico”³⁶-. Pero incluso esos autores destacan que la existencia del plazo, a la luz de los demás principios citados, confirma que el procedimiento sancionatorio debe tener una tramitación expedita y eficaz, sin dilaciones injustificadas, debiendo por tanto encontrarse sujeto a algún límite temporal específico³⁶. Así CORDERO VEGA, quien sin perjuicio de rechazar que la Administración se encuentre sujeta a un plazo fatal para el ejercicio de su potestad sancionatoria, se refiere explícitamente a **“lo intolerable que resulta para un administrado estar sujeto indefinidamente en el tiempo a la ausencia de resolución de un procedimiento administrativo que le puede imponer un acto de gravamen como la sanción”**. CORDERO VEGA, Luis. *El Decaimiento del Procedimiento Administrativo Sancionador. Comentarios a las sentencias de la Corte Suprema del año 2010*. En: Anuario de Derecho Público UDP. 2011.

³⁷ “Primer: Que la Superintendencia de Electricidad y Combustibles dejó transcurrir cuatro años, dos meses y veintiocho días sin resolver los descargos formulados por la empresa reclamante, plazo que excede todo límite de razonabilidad, contrariando diversos principios del derecho administrativo obligatorios para la Administración, los que además tienen consagración legislativa. Así, en efecto, la tardanza inexcusable de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles afectó en primer término el principio del debido proceso, pues resulta indudable que para que nos encontremos ante un procedimiento racional y justo la sentencia debe ser oportuna”. [...] Cuarto: Que lo anterior significa que no obstante el plazo de 30 días establecido en el artículo 17 de la Ley N° 18.410 que crea la

127. Así, nuestra jurisprudencia ha sido clara en identificar, por una parte, que el transcurso excesivo de tiempo sin que el procedimiento se resuelva afecta gravemente principios elementales del debido proceso administrativo y, por otra, produce la pérdida de eficacia y validez de la sanción.

128. En lo que concierne al plazo que se deba tomar como base para determinar cuándo es que se produce el decaimiento, tomando en cuenta que en la jurisprudencia todavía tiene vigencia la idea –o el “mito”, para algunos autores³⁸ de que a la Administración no le corren plazos fatales, esta corriente jurisprudencial ha señalado lo siguiente en un fallo muy reciente del mes de agosto del año 2017 pronunciado en el caso de “Exportadora Los Fiordos con Superintendencia del Medio Ambiente”:

*“Décimo octavo: Que, la exposición de la normativa resulta trascendente, toda vez que es a partir de aquella que se ha construido por la jurisprudencia el ‘decaimiento del procedimiento administrativo sancionatorio’. Esto es, su extinción y pérdida de eficacia, que se ha aplicado al constatar el transcurso de un tiempo excesivo para la declaración de responsabilidad y la consecuente decisión terminal sobre la imposición de una sanción. Así, en la búsqueda de un criterio rector para dar por establecido el decaimiento del procedimiento administrativo por el transcurso del tiempo, **se consideran como referencia los plazos que el derecho administrativo contempla para situaciones que puedan asimilarse.** Así, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 53 inciso primero de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos el plazo que tiene la Administración para invalidar sus actos administrativos es de dos años, **resulta válido sostener que si transcurre un lapso de tiempo superior entre el inicio y término del procedimiento, injustificado, produce el decaimiento del procedimiento administrativo y la extinción del acto administrativo sancionatorio, perdiendo por lo tanto su eficacia pues tal demora en la decisión afecta el contenido jurídico del procedimiento administrativo transformándolo abiertamente en ilegítimo**”³⁹.*

129. Por lo tanto, tomando como referencia el plazo para la invalidación de actos administrativos que señala el artículo 53 de la LBPA, la Excma. Corte Suprema considera que cuando entre el inicio y el término del procedimiento transcurre injustificadamente un plazo superior a 2 años, entonces se produce la extinción del acto administrativo sancionatorio por el decaimiento del procedimiento que le precedió, *“perdiendo por tanto su eficacia”*.

Superintendencia de Electricidad y Combustibles, y el plazo de seis meses mencionado en el artículo 27 de la Ley N° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos no son plazos fatales, y que en principio su incumplimiento sólo genera las responsabilidades administrativas correspondientes, la vulneración abierta de los principios señalados en los considerandos anteriores ha de tener un efecto jurídico en el procedimiento administrativo. Quinto: Que el efecto jurídico aludido precedentemente, no puede ser otro que una especie de ‘decaimiento del procedimiento administrativo sancionatorio’, esto es su extinción y pérdida de eficacia. El elemento de hecho sobreviniente en el caso de autos, es el tiempo excesivo transcurrido desde la evacuación oportuna de los descargos” (destacados agregados).

Sentencia de la Excma. Corte Suprema en causa Rol N° 8682/09, de 28 de diciembre de 2009. En idéntico sentido las sentencias de la Excma. Corte en las causas Rol N° 7284/09, N° 7502/09; N° 7284/09; N° 4923/2010; N° 4922/10; y N° 5228/10.

³⁸ VERGARA BLANCO, Alejandro. Ob. Cit.

³⁹ Sentencia de la Excma. Corte Suprema de 3 de agosto de 2017, en causa Rol N° 38.340-2016.

130. Este fallo, idéntico a sus predecesores, es también fundamental por otro motivo: en él **la Excma. Corte revisa por vía de casación en el fondo un procedimiento sancionatorio tramitado por la Superintendencia del Medio Ambiente en que entre la denuncia presentada por un órgano de la Administración y la dictación de la resolución sancionatoria reclamada transcurrieron más de dos años y ocho meses**. Sin embargo, desde la formulación de cargos hasta la resolución de término, había transcurrido un plazo mucho menor. Por lo tanto, correspondía discutir desde cuándo debía contarse el plazo para efectos del decaimiento.

131. En esta ocasión, la Excma. Corte tuvo oportunidad de volver a pronunciarse sobre los efectos de una tramitación excesivamente extensa de los procedimientos sancionatorios, en términos que resultan reveladores para el presente caso, pues se encuentran específicamente vinculados con los plazos y etapas del procedimiento sancionatorio ambiental. Señala así la Excma. Corte:

“Décimo séptimo: Que, asimismo, la ineficiencia administrativa demostrada con la tardanza vulnera el principio de celeridad consagrado en el artículo 7 de la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, que dispone: ‘El procedimiento, sometido al criterio de celeridad, se impulsará de oficio en todos sus trámites. Las autoridades y funcionarios de los órganos de la Administración del Estado deberán actuar por propia iniciativa en la iniciación del procedimiento de que se trate y en su prosecución, haciendo expeditos los trámites que debe cumplir el expediente y removiendo todo obstáculo que pudiere afectar a su pronta y debida decisión’.

También conculca el principio conclusivo establecido en el artículo 8 de la Ley N° 19.880, pues desvirtúa el fin último del procedimiento administrativo que consiste en que ‘la Administración dicte un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese su voluntad’. Asimismo infringe el principio de la inexcusabilidad establecido en el artículo 14 de la citada ley sobre procedimientos administrativos, que prescribe que: ‘La Administración estará obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla, cualquiera que sea su forma de iniciación. Requerido un órgano de la Administración para intervenir en un asunto que no sea de su competencia, enviará de inmediato los antecedentes a la autoridad que deba conocer según el ordenamiento jurídico, informando de ello al interesado’.

(...)

“Décimo noveno: Que, asentadas las ideas anteriores, cabe consignar que el elemento de hecho sobreviniente en el caso de autos, esgrimido para configurar el decaimiento del proceso administrativo, es el tiempo excesivo transcurrido desde el inicio del procedimiento administrativo y la dictación de la resolución que impone la multa.

*Así, atendido los términos del recurso, en relación a lo decidido en la sentencia impugnada, el quid del asunto **radica en determinar si el procedimiento administrativo que origina la multa reclamada en autos se inició con la realización de la denuncia, tesis sostenida por el recurrente o, por el contrario, aquello ocurrió con la formulación de cargos, como se decide en la sentencia***. En este punto del análisis, interesa destacar que tal como lo sostienen los sentenciadores, se debe distinguir entre procedimiento sancionatorio y el procedimiento de fiscalización. En efecto, tal como se refirió en el fundamento octavo la LO-SMA, distingue claramente entre ambas etapas.

Así, lo expuesto en el fundamento octavo antes referido permite descartar la argumentación sostenida por la reclamante relacionada con que el procedimiento administrativo se inició con la denuncia realizada por SERNAPESCA, toda vez que tal como

*se expuso, el procedimiento administrativo, en rigor, siempre se instruye de oficio, pues es la Administración quien debe adoptar la decisión de iniciarlo. Con la sola denuncia, no surge el procedimiento sancionatorio, toda vez que, en virtud de las facultades de las que está revestida la Administración, puede decidir no iniciarlo, cuestión que se ve ratificada en el artículo 47 de la LO-SMA, que expresamente faculta a la SMA para archivarla por resolución fundada. (...) En consecuencia, no es factible atribuir a los sentenciadores el error de derecho que se les imputa en el capítulo en estudio, **toda vez que al atender a la fecha de formulación de cargos para establecer el plazo aplicable para declarar el decaimiento del procedimiento administrativo sancionador, han realizado una correcta interpretación de la normativa que rige la materia**".*

132. De esta manera, la única razón que tuvo la Excma. Corte en el caso de Exportadora Los Fiordos para desestimar que se había producido el decaimiento fue que entre el inicio y el término del procedimiento sancionatorio ambiental no habían transcurrido más de dos años, pues éste comienza con la respectiva formulación de cargos y no con la denuncia, como pretendía el recurrente. Pues bien, no es ello lo que ocurre en el presente caso, en que se han superado con creces todos los tiempos de referencia para que se reconozca que el procedimiento sancionatorio ha decaído, perdiendo la resolución sancionatoria toda su eficacia y validez.

133. En efecto, es indiscutible que el procedimiento sancionatorio tramitado en contra de CMN bajo el Rol A-002-2013 -al que se acumuló el proceso Rol D-011-2015- comenzó con la Formulación de Cargos efectuada mediante Ord. U.I.P.S. N° 58, de 27 de marzo de 2013, y terminó con la dictación de la RE 72/2018, de 17 de enero de este año. Es decir, el proceso tuvo una duración total de **4 años, 9 meses y 16 días**. Por lo tanto, se ha producido el decaimiento del procedimiento de administrativo y la consecuente ineficacia de la resolución que, tan tardíamente, ha venido a ponerle término.

134. Si quisiéramos adoptar un criterio *pro administración* y no consideráramos como tiempo de tramitación del procedimiento el lapso en que la causa estuvo suspendida con motivo de las acciones contencioso administrativas dirigidas contra la resolución de término (¡impugnada por los defectos que la propia Administración cometió en ella!), entonces el retraso seguiría siendo de **2 años, 11 meses y 10 días**.

135. Por último, si pudiera suponerse que el plazo transcurrido se cuenta desde la Resolución Exenta N° 696, de 22 de abril de 2015, que reinició el procedimiento sancionatorio (el mismo día en que además se formularon los cargos del

procedimiento D-011-2015), entonces el retraso habría sido de **2 años, 8 meses y 24 días**.

136. De esta manera, incluso en un escenario favorable a la Administración es evidente que en el procedimiento sancionatorio ha incumplido con su deber de resolverlo de manera rápida, eficaz y legítima, infringiendo en cambio las reglas y principios que la ley ha establecido para evitar las dilaciones indebidas, más allá de todo límite razonable.

137. Así, no existe forma, SS. Ilustre, de entender que **el plazo que se ha tomado la SMA para resolver el presente procedimiento pueda considerarse razonable, pues ha excedido todos los límites de referencia aceptados por el Derecho chileno**, así como los principios que lo rigen.

138. En efecto, y como corolario del presente capítulo, ha quedado establecido que a consecuencia de los injustificados plazos con que la Administración resolvió el procedimiento A-002-2013, han resultado gravemente infringidos los principios de celeridad, conclusivo, eficacia y eficiencia, de inexcusabilidad, economía procedimental y no formalización que rigen los procedimientos que tramita la Administración, todo lo cual, junto con ser jurídicamente inaceptable, tiene una sanción específica que ha sido reconocida reiteradamente por nuestra jurisprudencia, y que consiste en el decaimiento del procedimiento administrativo sancionatorio, cuyos requisitos se han cumplido sobradamente en el presente caso, razón por la cual solicitamos a SS. Ilustre que así lo declare y reconozca al resolver los presentes autos.

(c) La SMA reconoce la falta de oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionatoria al tratar de justificarlo de cualquier modo.

139. En una actuación inédita y reveladora, la SMA se ha visto obligada a justificar en la RE 72/2018, sin que nadie lo haya alegado durante todo el proceso administrativo, que no se ha producido su decaimiento. Pareciera que la Administración es aquí consciente de la grave dilación en que ha incurrido al resolver el presente caso y ha decidido defenderse de ello de antemano. Para eso, se centra en un único argumento, a partir de la jurisprudencia sobre decaimiento que ha desarrollado la Corte Suprema y que en buena parte hemos comentado.

140. Dice la SMA, en el párrafo 182 de su resolución, “*que la Excm. Corte Suprema ha determinado la aplicación de la figura [del decaimiento] solo en aquellos casos donde la tardanza o demora sea injustificada y carente de razonabilidad*”⁴⁰. Enseguida, trata de explicar cómo es que esto no habría ocurrido en el presente caso.

141. En específico, todos estos años que duró el proceso estarían justificados, de acuerdo con el párrafo 183, pues, por una parte, “*estuvo constantemente en tramitación hasta su acto conclusivo*” (como si su suspensión fuera un requisito del decaimiento), y, por otra, porque “*ha sido objeto de múltiples diligencias, destinadas a dar cumplimiento a los mandatos judiciales y a dictar un acto conclusivo del procedimiento*” (como si un procedimiento en el que nada ocurriera fuera de algún modo aceptable).

142. La SMA concluye su punto señalando en el párrafo 185 que, en el presente caso, ha tenido lugar “*un transcurso del tiempo legítimo y razonable, con asentado fundamento, en orden a dictar un acto terminal del Rol A-002-2013 (acumulado D-011-2015)*”⁴¹.

143. Pero la verdad es que, revisado el proceso sancionatorio SS Ilustre, salta a la vista que se ha tramitado con un formalismo extremo e injustificado, que contraría los deberes de celeridad, eficiencia y desformalización que guían el actuar de la Administración en esta materia. A su vez, la SMA se ha tomado todo el tiempo y los recursos necesarios para resolver las solicitudes que se le han presentado, con infracción a los plazos que rigen su propia actuación procesal.

144. Como contrapartida, en múltiples ocasiones ha dirigido a mi representada requerimientos de información, bajo apercibimiento de sanción, en que solicita la generación de antecedentes complejos, concediendo para ello plazos perentorios y brevísimos, con lo que desatiende todo sentido de realidad.

145. Los ejemplos se multiplican en el expediente, pero hay uno que resulta elocuente. Mediante la Resolución Exenta N° 895, de 10 de agosto de 2017, la fiscal instructora del procedimiento sancionatorio solicitó a CMN, en un plazo de 5 días hábiles, una serie de antecedentes relacionados con el proceso

⁴⁰ El destacado es de origen.

⁴¹ El destacado es de origen.

sancionatorio tramitado bajo el rol A-002-2013 (acumulado Rol D-011-2015), así como con las actividades de fiscalización que le precedieron.

146. A pesar que para entonces el proceso ya llevaba 4 años, 4 meses, y 9 días de tramitación, la SMA consideró que la información solicitada resultaba indispensable para dictar un acto conclusivo, justificándolo en virtud de lo dispuesto en el artículo 40 de la LOSMA, que se refiere a las circunstancias que sirven para determinar la sanción específica que corresponda aplicar en la resolución de término.

147. El problema es que, como consigna expresamente el requerimiento en el párrafo 10 de su parte considerativa, la necesidad de la información nació del siguiente modo: *“tras la revisión de cierta documentación que ha acompañado CMNSpA al procedimiento sancionatorio Rol A-002-2013 (acumulado Rol D-011-2015), esta Fiscal Instructora ha advertido que en algunos de ellos, se citan o extractan Anexos o Tesis de Investigación, que no han sido debidamente acompañados al procedimiento sancionatorio, aun cuando tienen relación con el cargo N° 3 detallado en la Tabla contenida en el Resuelvo I de la Res. Ex. N° 1/Rol D-011-2015”*.

148. La documentación acompañada por CMN a que se refiere el párrafo anterior, corresponde al Informe de Dinámica de Bofedales presentado a la SMA a través del Sistema de Seguimiento Ambiental el día 29 de julio de 2016. En el capítulo I se realizan referencias a documentos públicos que constan en el proceso y a distintos trabajos académicos que sirven de base para la elaboración del modelo teórico desde el que se realizan los análisis.

149. De esta manera, **recién un año después que mi representada entregara el Informe de Dinámica de Bofedales, la SMA “advierde” que deben acompañarse los “Anexos o Tesis de Investigación” que en ese informe se citan**. En específico, requirió que, dentro de 5 días hábiles y bajo apercibimiento de sanción, se le presentaran los siguientes antecedentes precisos:

“1. En relación al cargo N° 3 de la Tabla contenida en el Resuelvo I de la Res. Ex. N° 1/Rol D-11-2015:

a) Acompañar al presente procedimiento sancionatorio, copia fiel de la tesis denominada “A hidrogeologic study of high altitude peatlands in the central Andes, Chile. University of Waterloo”, del autor Madrid, elaborada el año 2009. Deberá remitir el

documento, en formato digital con algún documento de respaldo de la casa de estudios del alumno que elaboró el documento.

b) De igual modo, deberá acompañar al presente procedimiento sancionatorio, copia fiel de la tesis denominada “Integrated hidrogeogyc modelling of a high altitude pleatland in the Centra Andes, Chile, University of Waterloo”, del autor Edwards, elaborada el año 2010. Deberá remitir el documento, en formato digital con algún documento de respaldo de la casa de estudios del alumno que elaboró el documento.

c) Finalmente, en relación al estudio de Whitehead, del año 2010, denominado “Geochemical and hydrogeological control son the quality of peatland wáter and Surface wáter in high altitude Andean wayersheds, Chile, University of Waterloo”, deberá de igual modo acompañarse en autos, en format digital con algún documento de respaldo de la casa de estudios del alumno que elaboró el documento”.

150. Como salta a la vista, la resolución comienza por requerir “*copia fiel*” de las publicaciones que se citan, las que fueron publicadas entre 2009 y 2010, además de exigir “*algún documento de respaldo de la casa de estudios del alumno que elaboró el documento*”. Es decir, no sería bastante acompañar las copias de las publicaciones (que por ser tales no tienen una auténtica “*copia fiel*”), sino que además **haría falta un certificado de autenticidad emanado desde la University of Waterloo, en que realizaron sus estudios los autores.**

151. Todavía más: se requirió también, **y dentro del mismo plazo, que estas copias se presentaran en idioma castellano.** Esto implicaba la traducción de cerca de 400 páginas de estudios técnicos sobre aspectos de hidrología, hidroquímica e hidrogeología que son complejos y pueden requerir de la revisión de especialistas.

152. Con todo, como fue la forma de proceder que caracterizó a CMN durante la larga tramitación del procedimiento, la empresa se abocó a dar respuesta al requerimiento tan pronto fue notificado de él, sin cuestionar su idoneidad, oportunidad o razonabilidad. Después de esfuerzos ingentes, y de la colaboración de universidades extranjeras, fue posible obtener lo que se requería en tan breve tiempo, **presentándolo a la SMA con fecha 22 de agosto de 2017,** mediante carta PL-85/2017.

153. La SMA, por su parte, se tomó **3 meses y 14 días** para “*tener presente las respuestas otorgadas*” y “*por acompañada la documentación anexa*”, como consta en el resuelvo III de la Resolución Exenta N° 1456, de 7 de diciembre de 2017.

154. Como parece obvio, la SMA ha incumplido así su deber de impulsar de oficio todos los trámites del procedimiento, con economía procedimental, celeridad y eficiencia, dirigiéndose siempre a la dictación de un acto conclusivo

que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual se exprese su voluntad. En cambio, ha tramitado un proceso formalista, imponiendo a los regulados exigencias draconianas para obtener información compleja en plazos brevísimos, información que además era dudosamente indispensable para resolver el procedimiento. Para peor, se permite ella misma resolver estas solicitudes y presentaciones dentro de cualquier plazo.

155. Todo ello ha provocado que se excedan con creces los plazos legales que rigen la tramitación de todo procedimiento administrativo, y también aquellos que le ha impuesto la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema para efectos del decaimiento del proceso sancionatorio.

156. Por último, es interesante observar que, en apoyo de su tesis sobre la justificación del plazo que se ha tomado para resolver el procedimiento administrativo, la SMA cita el fallo Rol N° 38.340-2016 (párrafo 184 de la RE 72/18), al que ya hemos hecho referencia, pero sin señalar su consecuencia más importante en relación con el decaimiento.

157. Vale la pena repetirla aquí: la razón por la que la Corte Suprema desestimó el decaimiento alegado por el recurrente en aquella oportunidad, se debió exclusivamente a que el plazo superior a 2 años de tramitación se contabilizó desde la denuncia y no desde la formulación de cargos, que es el hito que en realidad da comienzo al procedimiento y desde el cual puede terminar decayendo.

158. Ya hemos dicho que no es eso lo que ocurre en nuestro caso, donde contando desde la Formulación de Cargos, se observa que ese plazo ha transcurrido largamente, en cualquiera de sus supuestos escenarios. La SMA simplemente ha decidido omitir esa obvia conclusión, confirmando así que el modo en que ha tramitado este proceso, es simplemente injustificable y excede el marco de la legalidad.

(iv) LA RE 72/2018 HA INFRINGIDO ABIERTAMENTE EL PRINCIPIO DEL NON BIS IN ÍDEM EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD AL NEGARSE A ESTABLECER ALGUNA FORMA DE AGREGACIÓN DE INFRACCIONES EN LOS CASOS QUE SE INDICA.

159. El artículo 60 de la LOSMA se refiere a la prohibición que pesa sobre la Administración al tramitar un proceso sancionatorio, impidiéndole sancionar a un infractor dos veces por una misma infracción, lo que constituye un reconocimiento normativo del principio *non bis in ídem*, que el inciso segundo del mismo artículo 60 recoge del siguiente modo: “*en ningún caso se podrá aplicar al infractor, por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, dos o más sanciones administrativas*”.

160. Según reconoce la doctrina, “*el fundamento específico de la prohibición de punición múltiple por un mismo hecho se encuentra en la prohibición de exceso que se deriva del principio de proporcionalidad*”⁴². En el mismo sentido, la propia SMA comienza su análisis sobre el punto caracterizando al *non bis in ídem* como un “*principio general del derecho y garantía fundamental del debido proceso, de amplio reconocimiento normativo y doctrinario, y que en términos generales impide que una misma persona sea juzgada y/o sancionada dos veces por un mismo hecho*” -párrafo 2448-.

161. Sin embargo, aunque así lo reconoce, las razones que expone para desconocer su aplicación e insistir en la sanción de cada hecho que fue descrito en el Ord. U.I.P.S. N° 58/2013 como si se tratara de infracciones que pueden sancionarse de manera independiente sin infringir el principio, es a estas alturas inexplicable, habida cuenta sobre todo que, en el tiempo transcurrido desde entonces, los pronunciamientos de la jurisprudencia al respecto han sido claros y categóricos, y la RE 72/2018 ha decidido simplemente desoírlos.

162. Como cuestión previa se debe tener presente que una particularidad de la aplicación del principio de *non bis in ídem* al régimen sancionatorio ambiental se relaciona con la ausencia de un tipo infraccional establecido claramente en la ley o los reglamentos: es la propia Administración la que identifica el *tipo* y lo imputa en la Formulación de Cargos, a partir del conjunto de descripciones y mandatos que se establecen en una Resolución de Calificación Ambiental, seleccionando las partes que en conjunto puedan estimarse que constituyen una misma “*condición, norma o medida*”, en los términos del artículo 35 de la LOSMA.

⁴² MAÑALICH, Juan Pablo. “*El principio ne bis in idem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio*”. En: Política Criminal, Volumen 9, N° 18 (diciembre 2014), www.politicacriminal.cl.

163. Esto implica, entre otras cosas, que es la propia resolución la que debe ofrecer algún criterio que resulte razonable y mediante el cual explique cómo es que se realiza esa selección, pues es un hecho indesmentible que una RCA, como instrumento normativo complejo, es habitualmente ambigua en lo que respecta a la división entre las distintas obligaciones, precisamente porque, como reconoce la SMA, “*en faenas o proyectos de gran envergadura, las instalaciones y procesos, fruto de los cuales pueden generarse infracciones de acuerdo a los compromisos adquiridos en una RCA, tienden a coordinarse unos con otros*” - párrafo 2443-.

164. Por ese motivo es que resulta indispensable que sea la propia Administración la que explicita con qué criterio va a efectuar la selección que dará como resultado la “*norma, condición o medida*” que se estima infringida. Es justamente su exposición la que permite el control del acto administrativo bajo los requisitos de su motivación, y es en ese sentido indispensable para evaluar si el órgano ha ajustado su potestad sancionatoria limitándola por la proporcionalidad que guía la aplicación del principio *non bis in ídem*.

165. Por eso es que resulta tan abusivo que la SMA, entre los párrafos 2437 y 2441 de la RE 72/2018, descarte las argumentaciones de CMN al respecto con la simple constatación de “*contradicciones*”, entre las distintas alternativas de acumulación que se le ofrecieron a lo largo de la tramitación del procedimiento, como si fuera el propio sujeto sancionado, y no la SMA, quien tuviera que desarrollar la motivación que es necesaria al respecto. Con ello, la SMA muestra que está dispuesta a dar un trato distinto a CMN, insistiendo en un criterio ya largamente superado por la jurisprudencia ambiental reciente, por las actuaciones de la propia SMA en otros casos, y que es a todas luces injusto y desproporcionado.

166. Para ilustrar lo anterior, tomando como punto de partida las argumentaciones que expone la SMA a partir del párrafo 2453 de la RE 72/18, vamos a mostrar que **(a)** la SMA aplica arbitraria y equivocadamente los conceptos “fundamento jurídico” y “hecho” para desconocer la aplicación del principio *non bis in ídem*: la jurisprudencia ya ha señalado en qué consiste su alcance; **(b)** el Segundo Tribunal Ambiental no ha ordenado a la SMA ninguna actuación en particular en la selección de las conductas que imputa, ni podría

hacerlo; **(c)** la SMA debió agrupar los cargos de manera de evitar sanciones redundantes y desproporcionadas; y **(d)** lo anterior, muestra que la SMA ha actuado de manera ilegal al descartar toda forma de agrupación de infracciones, infringiendo el artículo 60 de la LOSMA, la motivación del acto administrativo y la necesaria proporcionalidad de la sanción.

(a) La SMA aplica equivocadamente los conceptos “fundamento jurídico” y “hecho” para desconocer la aplicación del principio non bis in ídem: la jurisprudencia ya ha señalado en qué consiste su alcance

167. A partir de la regla artículo 60 de la LOSMA, inciso segundo, la SMA asegura que, en el presente caso, existen “*fundamentos diferentes*”, para los hechos imputados en el proceso, lo que justifica sancionarlos de manera independiente, y tratarlos así como “*hechos distintos*”. A ello dedica largos párrafos, en que introduce un desarrollo teórico sobre el contenido de la expresión “fundamento jurídico” y la refutación de la “unidad de acción” como criterio unificador de las infracciones, a los que apenas vale la pena referirse.

168. No es habitual en la práctica sancionatoria que la Administración se sienta invitada a desarrollar sus propias doctrinas sin vincularlas adecuadamente con los hechos del caso, y más allá de lo que es necesario para justificar en derecho una sanción; pero no es necesario rebatir ahora ese planteamiento. Lo que importa observar, es que todo ese análisis teórico prescinde por completo de los hechos del caso y, sobre todo, contradice la jurisprudencia reciente que se ha desarrollado específicamente sobre el punto.

169. En efecto, la SMA se refiere al “*bien o interés jurídico protegido*” -párrafo 2455- como criterio para agrupar las infracciones y determinar si corresponden a un “mismo fundamento”, descartando en lo sucesivo que la protección al medio ambiente o la consideración del componente ambiental protegido sean criterios suficientes para tal efecto. Así, afirma la SMA entre los párrafos 2458 y 2461, que:

2458. Dada la amplitud del concepto de medio ambiente, se considera que el mismo, en el contexto del análisis que aquí se realiza, no basta a modo de invocación para efectos de aplicar el requisito de ‘mismo fundamento’ de la triple identidad. Ello pues, cada elemento natural y artificial corresponde a la particularización del bien jurídico medio ambiente, así, la protección del agua, suelo o aire tienen atributos particulares, pero que no se alejan de la protección del medio ambiente.

2459. A su vez, la mera protección de un componente particular del medio ambiente, constituye aún una categoría altamente abstracta. Ello pues, dada la dispersión normativa en materia ambiental, no es extraño que concurra una diversidad de normas, medidas y condiciones, diferentes entre sí, que se vinculan a un mismo componente ambiental. Lo cual no obsta a que cada una de ellas guarde una lógica o fundamento particular.
(...)

2461. Por lo anterior, si se estima que la protección de un componente ambiental, configura un fundamento suficiente, una alta gama de infracciones diversas entre sí terminarían por observarse como iguales, pasándose por alto diferencias importantes”.

170. A partir de lo anterior, la SMA concluye en el párrafo 2471 que “en consecuencia, no es posible para efectos sancionatorios aludir a consideraciones sistémicas o unidades respecto de indeterminadas instalaciones de un proyecto, clasificando e identificando infracciones administrativas en supuestas unidades conceptuales basadas en el bien jurídico o fundamento seleccionados de forma arbitraria, en tanto, dependiendo de las consideraciones del momento, será posible atribuir **un hecho, un conjunto de hechos o toda la RCA** a un solo fundamento determinado, llegando a la ilógica conclusión de asimilar una RCA bajo **una** unidad de acción, en tanto el bien jurídico es el medio ambiente, siendo toda la unidad fiscalizable parte de una ‘unidad de propósito’, **impidiendo el ejercicio real, efectivo y disuasorio de la potestad sancionadora de esta Superintendencia**, lo que es precisamente lo que la sentencia del Ilte. Segundo Tribunal Ambiental ordenó subsanar a través de la sanción independiente de los hechos constitutivos de infracción que resulten debidamente configurados”.

171. Con esto, la SMA pretende dar por justificada la improcedencia de agrupar bajo una misma sanción hechos que se refieran a un mismo objeto de protección (el componente ambiental que pueda resultar afectado, de la manera en que lo haya previsto la RCA), pues solo mediante la “*particularización de las obligaciones*” (párrafo 2470) se podría asegurar la protección al medio ambiente y cumplir así el mandato del Ilustre Segundo Tribunal Ambiental. Cualquier otra alternativa, impediría **el ejercicio “real, efectivo y disuasorio de la potestad sancionadora”** de la SMA.

172. Sin embargo, como ha dicho con toda claridad la jurisprudencia reciente de la Excma. Corte Suprema, la imposición de multas es un medio y no un fin en sí misma:

“Específicamente, el procedimiento administrativo sancionador en materia ambiental tiene como objetivo último el resguardo del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección al medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la

*conservación del patrimonio ambiental (artículo 1° de la Ley N° 19.300) **para cuyo efecto la imposición de multas es un medio y no un fin en sí misma.***

*Siguiendo este orden de ideas, la formulación de cargos que da inicio a un procedimiento administrativo sancionador en materia ambiental, debe contener una descripción de los hechos que se imputan de manera clara y precisa, en términos que permitan una adecuada defensa y sea posible diferenciar las circunstancias objeto de la infracción de otras posteriores, aunque se refieran a la misma área de un proyecto determinado. Sin embargo, **tampoco puede llegarse a un nivel de detalle que implique perder de vista la finalidad perseguida en el procedimiento administrativo, cual es, como se dijo, la protección del medio ambiente que, en este caso en particular, se logra por la vía de exigir de manera eficiente y global que los titulares cumplan en su actividad con la normativa sectorial y las condiciones impuestas en sus respectivas RCA, de manera de asegurar el correcto funcionamiento de los proyectos en esta materia***

***Vigésimo segundo:** Que, de lo hasta ahora razonado, surge que para un adecuado entendimiento de los hechos que se reprochan a ATI en cada uno de los procedimientos y **la forma en que éstos tienen sus efectos en el medio, imperativo resulta recurrir a las Resoluciones de Calificación Ambiental**⁴³ (destacado agregado).*

173. Este es justamente el entendimiento que la SMA rechaza de plano, sin ninguna justificación verdadera: de acuerdo con ella, la consideración de los efectos de la infracción a partir de la descripción de la RCA del proyecto, no sería un criterio suficiente para entender que nos encontramos ante una misma infracción para fines sancionatorios, tampoco que pueda identificarse un mismo objeto de protección (o “bien jurídico protegido”), ni que se refieran a un mismo “sistema o unidad”. La única alternativa, para la SMA, consistiría en sancionar todos los hechos que se puedan “*particularizar*” en la actividad de fiscalización respectiva.

174. Sin embargo, la misma jurisprudencia precedentemente citada es enérgica en descartar un razonamiento semejante, lo que vuelve incomprensible la insistencia de la SMA al respecto. En efecto:

*“**Vigésimo cuarto:** Que otro tanto ocurre con el cargo A.2 del primer proceso y los cargos i) y iv) del segundo, puesto que todos ellos revelan la existencia de orificios en el techo, paredes y entrada a los galpones que componen este sistema de acopio y embarque de sustancias. Es así como los cargos A.2 y i) se sustentan ambos en la infracción del motivo 6.4.1 de la RCA N° 131/2003 que se refiere a la medida de presurización negativa del galpón.*

*Sobre este punto, la autoridad ambiental señala que la primera formulación de cargos refería solamente la existencia de aperturas, pero no la fuga de material particulado, que sólo se incluye en la imputación posterior, en tanto no pudo ser acreditada por los fiscalizadores sino hasta esa fecha. Sin embargo, **tal distinción se torna artificiosa cuando se tiene presente que todas las medidas de sellado y hermeticidad que las Resoluciones de Calificación Ambiental exigen a cada una de las etapas de este proyecto, tienen por objeto justamente prevenir la liberación de polvo al ambiente**, en tanto este proviene del transporte de zinc, plomo y cobre.*

(...)

⁴³ Sentencia de la Excm. Corte Suprema en causa Rol N° 88.948-2016, de 6 de diciembre de 2017. Considerando vigésimo primero.

Respecto al galpón SAC, como se dijo, forma parte también del mismo sistema de almacenamiento de minerales, de modo que eventuales fisuras o aberturas en su portón de ingreso también debieron ser consideradas como parte de un mismo riesgo ambiental. Sobre este punto, tal como se razonara en los motivos anteriores, la formulación de cargos no puede llegar a un nivel de especificidad tal de referirse a una grieta en particular, para luego tener por configurada una segunda infracción –y, por ende, iniciar un nuevo procedimiento administrativo– por la constatación de otra falla en un lugar distinto, en tanto ambas participan, en este caso, de un mismo riesgo ambiental, como es la posible liberación de material particulado a la atmósfera” (destacado agregado).

175. Es decir, para la Excma. Corte, que se trate de hechos que se refieran a un mismo “sistema”, relacionados con la protección de un solo componente o la evitación de un mismo riesgo ambiental, son criterios suficientes para entender que es improcedente su sanción independiente, cumpliendo así con la prohibición que establece el principio *non bis in ídem*.

176. Asimismo, en esa oportunidad la Corte no dudó en calificar de “artificiosa” la explicación de la SMA para intentar justificar, como en el presente caso, que las infracciones que sancionó de manera independiente consistían en hechos con “fundamento jurídico distinto”. Es la misma explicación con la que ahora trata de dar por sentado que es posible establecer una distinción sustancial entre los distintos elementos que forman las infracciones que imputa, en particular en el Ord. U.I.P.S. N° 58/2013.

177. En ese sentido, y en una insistencia que a la luz de la jurisprudencia comentada no resulta justificable, la SMA llega a concluir que:

“2469. Sin embargo, cierto es que existe la idea de un sistema o sistemas en la RCA N° 24/2006 (por ejemplo, el sistema de aguas de contacto, de no contacto, de tratamiento de drenajes ácidos, de alerta de aguas superficiales, entre otros). Dichos sistemas están formados por partes que se pueden, y en términos sancionatorios se deben, distinguir material y jurídicamente. Materialmente en términos de fases, partes, obras que se construyen consecencialmente hasta lograr un todo. Jurídicamente, dichas partes y obras se expresan en la RCA”.

178. Es absurdo suponer que “las partes” de un sistema deban dar lugar a una norma, condición o medida de infracción independiente: la jurisprudencia ha descartado semejante particularización precisamente cuando, a la luz de la RCA, pueda concluirse que esas partes están destinadas a un mismo objeto de protección ambiental, que es el criterio que, en definitiva, debe guiar la acumulación o desacumulación de hechos que proponga la SMA al imputar una infracción en la Formulación de Cargos.

179. Afortunadamente, una postura semejante a la expuesta por la SMA en la RE 72/18 ya fue censurada por la Excma. Corte Suprema en el caso comentado, debiendo aplicarse a los presentes autos un criterio análogo, tal como ha hecho la SMA en casi todos los procedimientos sancionatorios que tramita.

(b) El Segundo Tribunal Ambiental no ha ordenado a la SMA ninguna actuación en particular en la selección de las conductas que imputa, ni podría hacerlo.

180. Como argumento de respaldo para su capítulo sobre *non bis in ídem*, la SMA insiste en que, cuando rechaza toda posibilidad de acumular las infracciones que imputa, se encuentra acatando las instrucciones del Ilustre Segundo Tribunal Ambiental en la sentencia Rol R-6-2013, de 3 de marzo de 2014.

181. Se trata de un argumento falso: jamás se le ha ordenado a la SMA la aplicación de un criterio sancionatorio específico para decidir cuándo los antecedentes disponibles en el procedimiento deben dar lugar a una o varias infracciones. Como la SMA bien lo sabe, una instrucción semejante sería imposible de acatar por contravenir lo dispuesto en el artículo 30, inciso segundo, de la Ley N° 20.600, conforme al cual *“el Tribunal [Ambiental] no podrá determinar el contenido específico de un precepto de alcance general en sustitución de los que anulare en el caso de los actos de los números 1) y 7) del artículo 17, así como tampoco podrá determinar el contenido discrecional de los actos anulados”*.

182. En cambio, lo que el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental hizo en esa oportunidad fue objetar la falta de motivación con que la SMA había sustentado el criterio sancionatorio específico de ese entonces, al que llamaba *“curso infraccional imperfecto”*, que hoy está en completo desuso, y conforme al cual las infracciones eran agrupadas según el instrumento jurídico al que se referían, **aplicando directamente para ello la regla del concurso ideal que se encuentra en el artículo 75 del Código Penal, conforme al cual, en presencia de varias infracciones, se debe sancionar solamente por la más grave, teniendo a las demás como circunstancias agravantes.**

183. Eso es lo que el Tribunal rechazó, de manera que prescindir de la aplicación del “concurso infraccional” a partir de las reglas del concurso ideal del Código Penal, constituye el “mandato” que le impuso el Segundo Tribunal a la SMA, tal y como consta desde el considerando trigésimo séptimo de esa sentencia.

184. En la medida que hoy no es la aplicación directa de las normas o instituciones del Código Penal lo que se discute, sino el reconocimiento de algún criterio de agrupación que resulte razonable y proporcional, no tiene sentido insistir en que es la sentencia de 3 de marzo de 2014 la que obliga a la SMA a desconocer las relaciones que puedan existir entre los hechos que imputa, y que puedan obligarla a sancionarlos de manera independientemente.

185. En efecto, como el establecimiento de la sanción y su cuantía son facultades para cuyo ejercicio la SMA cuenta con discrecionalidad, el control de legalidad que realiza el Tribunal Ambiental al respecto tiene como base la motivación expuesta en la resolución sancionatoria, sobre la que se analiza la correcta exposición de las razones que justifican la decisión, con sujeción estricta al principio de proporcionalidad. Fueron esos motivos los que, defectuosamente expuestos por la SMA, derivaron en la anulación parcial de la RE 477/2013, y son esos motivos los que ahora debe justificar adecuadamente para sostener su decisión sancionatoria, cuestión que, esta vez por razones distintas, ha vuelto a fallar.

186. Por lo demás, desde la dictación de esa sentencia y hasta hoy, *mucha agua ha corrido bajo el puente*, pero la SMA sigue presentando esa decisión como fuente de un mandato que se encuentra obligada a cumplir y que implica desconocer que las infracciones imputadas (o al menos algunas de ellas) tienen una conexión tal que no es posible sancionarlas independientemente sin infringir el principio *non bis in ídem*.

187. Tal mandato no existe en los términos que supone la SMA y, en todo caso, no podría producir la consecuencia obligada que el órgano le asigna, pues implicaría renunciar así a una facultad discrecional que es responsabilidad de ella misma ejercer y sostener conforme a derecho.

(c) La SMA debió agrupar los cargos de manera de evitar sanciones redundantes y desproporcionadas.

188. De acuerdo con las consideraciones anteriores, no es posible que subsista la manera en que la SMA ha dirigido su pretensión sancionatoria en los presentes autos. De las alternativas que se le han expuesto como razonables a la luz de la prohibición de *non bis in ídem*, y considerando los pronunciamientos jurisprudenciales comentados precedentemente, es importante hacer las siguientes precisiones:

189. La Formulación de Cargos del Ord. U.I.P.S. N° 58/2013 tiene una estructura que resultaba coherente con el criterio sancionatorio que en ese entonces usaba la SMA y que se comentó en los párrafos precedentes. De acuerdo a tal estructura, en el capítulo II de la Formulación se exponían los *“hechos, actos u omisiones que se estiman constitutivos de infracción”*, tal y como habían sido constatados en las actividades de fiscalización. Por su parte, recién en el capítulo IV la SMA se refería a las *“Normas, medidas y/o condiciones infringidas”*, las que sin embargo se limitaba a enumerar, sin vincularlas precisamente con ninguno de los hechos que habían sido precedentemente expuestos. Por lo tanto, en la formulación de cargos no se hacía ninguna relación entre una cosa y la otra.

190. Esto resultaba razonable pues la SMA consideraba que cada instrumento debía dar lugar a una sola infracción. Pero una vez descartado ese criterio, la estructura del Ord. U.I.P.S. N° 58/2013 presenta el problema de dejar desconectados los hechos constatados del contenido del instrumento infringido.

191. Pues bien, ocurre en el presente caso que los cargos formulados con los números 23.1, 23.2, 23.3, 23.10, 23.11, 23.12 y 23.13⁴⁴ se obtienen todos de la infracción de un mismo considerando de la RCA, el que por supuesto tiene un mismo objeto de protección: la calidad de las aguas del río Estrecho, evitando la descarga en él de aguas contactadas, para lo que dispone de un sistema de interceptación y manejo de drenajes ácidos con ciertos requisitos y componentes.

⁴⁴ Los cargos han sido detallados en las notas 2 y 3.

192. En efecto, es desde el considerando N° 4.3.1, letra a), de la RCA 24/2006 que se obtienen las infracciones asociadas a la construcción de las obras de interceptación y manejo de drenajes ácidos y es también ese considerando el que explicita los fines de tales medidas y lo que se busca evitar con ellas, criterios que, de acuerdo con la jurisprudencia precedentemente comentada, deben guiar la aplicación del principio *non bis in ídem* en materia ambiental.

193. En ese sentido, de acuerdo con el considerando 4.3.1, las obras e instalaciones de manejo y tratamiento de los drenajes ácidos tienen como fin específico “evitar el ingreso de aguas de no contacto al depósito de estéril” y “recolectar los flujos superficiales como subterráneos que pudieran generarse”. Por lo tanto, las acciones u omisiones que el titular hubiera efectuado en desmedro de tales fines, son capaces de generar “un mismo riesgo ambiental”, criterio que debiera llevar a sancionarlos bajo un solo título y con una sola sanción, conforme a lo señalado por la Excma. Corte Suprema.

194. Una alternativa razonable que la SMA tenía a su alcance, y que resultaba compatible con la jurisprudencia comentada, consistía en imputar varias infracciones a partir del mismo considerando 4.3.1 de la RCA, pero reconociendo al menos que **en él se mencionan 4 sistemas distintos**, los que no pueden subdividirse arbitrariamente sin afectar con ello el principio *non bis in ídem*. Esos subsistemas son: (1) los canales de interceptación y desvío de aguas de no contacto alrededor del depósito de estéril; (2) las zanjas y pozos de captación de los drenajes al pie del depósito de estéril; (3) la tubería de conducción y piscinas de almacenamiento de los drenajes recolectados; y (4) la planta de tratamiento de los drenajes ácidos.

195. La infracción a cada uno de ellos bien pudo ser también un criterio sancionatorio más adecuado que la extrema particularización y detalle con que la SMA terminó dividiendo las sanciones.

196. Por ese motivo, al considerar como una infracción independiente a cada uno de los hechos tal y como fueron constatados en las actividades de fiscalización, siguiendo la estructura que era propia de los fines sancionatorios del Ord. U.I.P.S. N° 58/2013, la SMA ha terminado por aplicar sanciones redundantes que han resultado en un tratamiento desproporcionado y desigual en contra de CMN, que SS. Ilustre debe corregir y enmendar conforme a Derecho.

(d) Lo anterior, demuestra que la SMA ha actuado de manera ilegal al descartar toda forma de agrupación de infracciones, infringiendo el artículo 60 de la LOSMA, la motivación del acto administrativo y la necesaria proporcionalidad de la sanción.

197. Como ha quedado en evidencia, la SMA descartó de manera ilegal la aplicación del artículo 60 de la LOSMA, otorgando un contenido arbitrario y carente de justificación a los conceptos “mismo fundamento jurídico” y “mismo hecho”. Como resultado, la SMA particularizó las infracciones hasta el extremo de desvincularlas de su objeto de protección y de la regulación que expresamente establece la RCA al respecto, desoyendo así, los mandatos perentorios que le ha dirigido la Excma. Corte Suprema.

198. Todo lo anterior, implica la infracción de un principio fundamental del debido proceso y piedra angular del principio de proporcionalidad, como es la prohibición de *non bis in ídem* que pesa sobre la Administración, lo que ha llevado a la aplicación redundante de 5 sanciones de clausura definitiva, mediante una forma de imputar y sancionar infracciones que ya ha sido ampliamente superada por la práctica sancionatoria ambiental.

III. ILEGALIDADES COMETIDAS EN LA RE 72/2018 RESPECTO DE LAS SANCIONES DE CLAUSURA DEFINITIVA DE LAS FAENAS APLICADAS A CINCO DE LOS CARGOS FORMULADOS.

199. Nos referimos a continuación, a cada una de las actuaciones ilegales cometidas por la SMA en el establecimiento e imposición de cada una de las sanciones que en este acto se reclaman, partiendo con las de clausura definitiva que corresponden a los cargos 23.2; 23.9; 23.11, 4 y 7; y, continuando luego con las sanciones de multa que corresponden a los cargos 23.8 y 6.

(i) ILEGALIDADES COMETIDAS EN LA SANCIÓN DE CLAUSURA DEFINITIVA APLICADA AL CARGO N° 23.2 DEL SANCIONATORIO A- 002-2013.

200. En el procedimiento sancionatorio A-002-2013 la SMA, bajo el N° 23.2, formuló el siguiente cargo: *“En la quebrada 9, lugar de descarga de la Obra de*

Arte de Salida del Canal Perimetral Norte Inferior, se constató que está cubierta por una capa de material coluvial, la cual se ha erosionado debido a la bajada de flujos que ocurre en dicho sector. En razón de lo anterior, se evidenció que el cauce naturalmente no estaba labrado en roca, y por ende, era necesario protegerlo mediante el uso de enrocados y geotextil como se estableció en la RCA, cuestión que el titular no realizó”.

201. En el párrafo 2872, la SMA estimó que el presente cargo se había configurado y que dicha obra se habría construido en forma diferente a lo expresado en su evaluación ambiental. Sin embargo -adicionalmente- la SMA decidió reclasificar el cargo en cuestión, el que pasó de ser considerado como grave, en virtud del artículo 36 N° 2, letra a), a gravísimo en atención al artículo 36 N° 1, letra a) de la LOSMA. Lo anterior se debió a que la SMA, de forma insólita consideró –como consta en el párrafo 3127- que esta clasificación “*resulta ser más comprensiva de la realidad, en el que en un mismo lugar concurren hipótesis de reversibilidad y de irreparabilidad a la vez*”.

202. El daño ambiental irreparable en cuestión, según la SMA, ocurrió en un área de, al menos, 1,9 há., los cuales se compondrían, en lo esencial, por la pérdida por remoción de 490 m² en la Vega Norte y 477 m² de menoscabo de la misma (alrededor de 0,1). Adicionalmente también, habría un menoscabo de cojines *Oxichloe Andina*, en la Vega Sur. Las restantes 1,8 hectáreas afectadas consisten en ambiente de estepa y ladera rocosa, estructurado de la forma en que se señala en dicha resolución, y que justificarían su hipótesis de pérdida de hábitat.⁴⁵ Esto último se funda en el cono de chaejón que habría dejado los eventos de remoción en masa producidos por los aluviones de 2012 y 2013.

203. En el párrafo 3086 la SMA señala que esta afectación de 1,9 há habría “*implicado cambios negativos permanentes de la disponibilidad y aprovechamiento futuro de los recursos naturales, con la consecuente afectación de la flora y fauna que se sustentaba del humedal*”, y que, en adición -párrafo 3087- ello habría también “*implicado cambios negativos en la capacidad de regeneración y disponibilidad del recurso, en la medida en que por un lado se han eliminado condiciones básicas fundamentales para que el hábitat pueda regenerarse y recuperarse; y por otro se han afectado el estado de los*

⁴⁵ Al respecto ver considerando Considerando 3.062, página 887 de la Resol. N°72.

componentes bióticos y abiótico actualmente presentes, mermando en consecuencia los servicios propios del ecosistema altoandino”.

204. SS Ilustre, en base a lo anterior, la SMA señaló que, en el presente caso, el daño ambiental sería irreparable debido a que, tanto la factibilidad técnica de las acciones de reparación, el tiempo como variable de evaluación para determinar la posibilidad de revertir el daño producido y los costos asociados a la reparación de los elementos del medio ambiente intervenido, harían que las probabilidades de éxito de las medidas de restauración serían bajas, al menos a escala humana -lo que en realidad no es más que una presunción sin base-.

205. Agrega, en el párrafo 3089, que la irreparabilidad del daño ambiental para aquellos casos en que, *“si bien es posible visualizar una posibilidad hipotética de reparación, ésta no es realista por requerir tiempos que se alejan de la escala humana, recursos desproporcionados, o tener una probabilidad de éxito incierta o baja.”*

206. Así, la SMA aplicó la sanción de clausura definitiva de la totalidad de la faena minera. Tal como señalamos en su oportunidad, en el párrafo 7600, la SMA ha pretendido esbozar una justificación de dicha sanción haciendo referencia a la magnitud de la infracción y a la probabilidad de que el ecosistema altoandino dañado, *“pudiera”* -entendemos, eventual e hipotéticamente- verse expuesto a situaciones que incrementen el deterioro, dificultando procesos de reversibilidad natural de una sección de Vega Norte, en el lugar en que se llevaron a cabo labores de limpieza del material detrítico del aluvión.

207. Como demostraremos en este procedimiento de reclamación SS Ilustre, para arribar a esta conclusión, la SMA ha incurrido en una serie de infracciones de ley. En efecto, **la SMA ha calificado erróneamente esta infracción de gravísima porque:** **(a)** ha ignorado por completo, y sin justificación alguna, una serie de antecedentes probatorios que daban cuenta de la inexistencia de daño ambiental irreparable en el presente caso; y **(b)**; el análisis realizado por la SMA carece de sustento fáctico; **(c)** la SMA ha infringido el principio del non bis in ídem por razones adicionales a las indicadas en el capítulo anterior; y, **(d)** ha alterado gravemente la carga de la prueba. En efecto, la SMA pretende sostener la existencia de daño ambiental irreparable sobre una supuesta falta de *“certeza*

científica” y otros prejuicios respecto al éxito, tiempo y costos en la aplicación de medidas de reparabilidad de la zona afectada.

208. En adición, **en lo que respecta a las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA**, la SMA **(d)** no consideró la presentación de una autodenuncia por parte de mi representada como una circunstancia atenuante en el caso y, lo que resulta más grave aún **(e)** impuso la clausura definitiva como sanción en consideración a elementos ajenos a la clasificación de la infracción (i.e., art. 36 LO-SMA) o a las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA. Finalmente, todas estas ilegalidades, **(f)** la SMA impuso una sanción que infringe considerablemente el principio de proporcionalidad que debe inspirar cualquier actividad punitiva por parte del ente regulador.

209. A continuación, se analizará separadamente, en primer lugar, cual es la magnitud del daño en las Vegas indicadas, y, en segundo lugar, se tratará el supuesto impacto en el ambiente de estepa y ladera rocosa.

(a) La SMA ha calificado erróneamente esta infracción como gravísima ignorando por completo, y sin justificación alguna, una serie de antecedentes probatorios que daban cuenta de la inexistencia de daño ambiental irreparable en el presente caso.

210. Como se muestra a continuación, la SMA ha llegado a la conclusión de la irreparabilidad del daño ambiental respecto de las Vegas a través de una visión sesgada, que ignora por completo **(1)** los informes del Servicio Agrícola y Ganadero -en adelante “SAG”- y **(2)** la prueba presentada por esta parte; que, en ambos casos, acreditaban de manera categórica el alcance de la afectación en cuestión y la reparabilidad del daño en el presente caso.

1. *La información aportada por el Servicio Agrícola y Ganadero da cuenta de falta de significancia y reparabilidad del impacto causado a las Vegas.*

211. Como SS Ilustre podrá comprobar, la SMA ha decidido simplemente ignorar el Ordinario N° 664, del 29 de septiembre de 2015 del SAG que da cuenta de la falta de significancia del daño y de su actual reparabilidad.

212. En lo que toca a la **vulnerabilidad** de las vegas, el SAG señala que ellas cumplen servicios ecosistémicos de reguladores de flujo; retención de sedimentos, nutrientes y tóxicos; hábitat clave para la vida silvestre; importancia paisajística y estética; y, por sobre todo, contribución para la mantención de procesos existentes en ecosistemas naturales.

213. En cuanto a la **importancia ecológica** de las vegas, el SAG señala que ellas aportan a la alimentación de la fauna silvestre del lugar, tales como a los guanacos, así como lugar en donde se refugian, nidifican y alimentan especies de aves silvestre existentes en dicha área.

214. Sobre el **valor social**, el SAG señala que, si bien las vegas se consideran un recurso escaso en la región, el área afectada de las vegas 1 y 2 *“no es de gran consideración, respecto al total de vegas existentes en el Proyecto Pascua Lama y que, además, éstas se encuentran ubicadas en área industrial.”*⁴⁶

215. Finalmente, en lo referente a la **recuperabilidad** del daño, el SAG descartó la afectación de la Vega Sur en su extremo norte. Posteriormente agrega que, respecto de la Vega Norte, parte de ella se había limpiado y *“se pudo ver un inicio de recuperación por el rebrote de las estructuras de plantas que quedaron al estado de rastrojo, como es el caso de *Oxychloe andina*, aunque en un porcentaje de cubrimiento muy bajo”*. Se reconoce por la autoridad que en estos rebrotes ha habido actividad fotosintética. Respecto a lo anterior, el mismo SAG señala que, en un plazo no conocido, pudiera haber alguna recuperación de dichas áreas de vega, dada la mantención del aporte hídrico a dichas áreas.

216. En el mismo sentido, unos meses más tarde, el mismo SAG, mediante el Ordinario N° 842, del 25 de febrero de 2016, en su calidad de organismo sectorial e informando las labores de apoyo de la inspección personal decretada por la SMA para determinar la superficie total de vega altoandina afectada, señala respecto a la transecta realizada en sección afectada de la Vega Norte que un 12% de ésta corresponde a vegetación que identifica como **renuevos** de *Oxychloe Andina*.

⁴⁶ Ord. N° 664/2015 del SAG.

217. Lo anterior es de especial importancia, Ilustre Tribunal, porque dentro de la Administración del Estado, el organismo técnico con competencias sobre flora y fauna nativa es precisamente el SAG. Por esta razón es que la propia SMA solicita informes a dicha entidad y la cita para ser parte de las diligencias probatorias relativas a este cargo. En este orden de ideas, fue el propio Servicio Agrícola y Ganadero, el que **no** otorgó un especial valor social y que el área afectada de las Vegas no es de gran consideración según se demostró unos párrafos más arriba.

218. Como SS Ilustre sabe, conforme a las normas de la Ley 19300, cualquier daño, para que pueda ser calificado de ambiental, debe necesariamente ser significativo. Desde esta perspectiva, sin perjuicio que hubo daños a alrededor de 0,1 há de vegas es complejo considerar como significativo, y en caso que así lo hiciera la autoridad, es más complejo aún que ello pueda ser fundamento para la clausura definitiva de un proyecto, máxime, cuando fue producto de un hecho puntual, y que a diferencia de otros casos en donde se ha señalado la concurrencia de daño de vegas, dichos efectos se seguían manteniendo sobre esta en directa relación de causalidad con la instalación que en el caso fue clausurada. Sería interesante que se hiciera un catastro de actividades que generan daños en vegas de 0,1 hectáreas producto de actividades, construcción, o mantención de caminos hechas por la autoridad en el altiplano chileno o en la zona central (p. ej., por el Ministerio de Obras Públicas) que, sin intención alguna, tuviesen la aptitud para afectar una cantidad tan menor..

219. A mayor abundamiento mi representada, usando las mismas transectas que se usaron en la inspección personal a la que concurrió el SAG, analizó el nivel de mejoramiento y recuperación de las Vegas afectadas, dando cuenta con ello que el proceso que se manifestó muy incipientemente el 2015, mejora el 2016, sigue recuperándose el 2017 -y como se acreditará más adelante- mejora el 2018.

2. Existe prueba aportada por esta parte que reafirma la conclusión del SAG, pero que fue inexplicablemente ignorada por la SMA

220. Adicionalmente Ilustre Tribunal, para llegar a las conclusiones que en esta materia livianamente sostiene, la SMA ha tenido que ignorar no solo la opinión de

los organismos sectoriales competentes sino también y de manera inexplicable, las diversas pruebas que en este sentido fueron debidamente aportadas por esta parte.

2.1. *Sin justificación alguna, la SMA no consideró las observaciones y conclusiones contenidas en el informe Pericial “Respuesta ORD. N° 755, de 2015”, de septiembre de 2015, elaborado por BIOMA Consultores.*

221. El Informe Pericial “Respuesta ORD. N° 755, de 2015”, de septiembre de 2015, elaborado por BIOMA Consultores,⁴⁷ establece que la zona en cuestión es recuperable. El informe sustenta dicha conclusión en estudios realizados donde se señala que los aluviones son fenómenos que se estiman “reguladores naturales” del ecosistema altoandino.

222. Más aun, este informe expone el experimento realizado por Squeo et al (2006), en la vega El Tambo, asociada al Proyecto Minero El Indio, donde se comprobó que la revegetación incrementa en cobertura desde $1,7 \pm 1,3\%$ hasta $37,7 \pm 11,2\%$ en cinco años, con ciertas metodologías utilizadas.

2.2. *SMA tampoco consideró las observaciones y conclusiones contenidas en el Informe “Inspección Personal-Cía. Minera Nevada SpA, Causa Rol A-002-2013 Informe Pericial, de fecha 20 de enero de 2016, elaborado por BIOMA Consultores Ambientales.*

223. El Informe “Inspección Personal-Cía. Minera Nevada SpA, Causa Rol A-002-2013 Informe Pericial”, de fecha 20 de enero de 2016, elaborado por BIOMA Consultores Ambientales,⁴⁸ concluye que la Vega Sur tiene una extensión de 0,777 ha y la Vega Norte alcanza una superficie de 0,238 ha, de la cual 0,047 ha corresponden a la superficie afectada por el aluvión.

224. Adicionalmente, se acompaña evidencia fotográfica de musgos entre rebrotes de *Oxychloe andina* y, lo que es más determinante aún para la

⁴⁷ Acompañado por CMN al expediente también mediante la Carta PL-0146/2015, de fecha 9 de octubre de 2015.

⁴⁸ Acompañado por CMN al expediente mediante Carta PL-18/2016, de fecha 10 de febrero de 2016.

recuperabilidad de la vega, bajo el mantillo. Lo anterior denota claramente el inicio de un proceso de recuperación natural de la vega.

225. Resulta inexplicable que toda esta prueba, si bien fue citada por la SMA en el párrafo 848 de la resolución, no haya sido considerada por ella para determinar el alcance de los efectos de la infracción y la reparabilidad del daño sin entregar fundamentación alguna al respecto. Esto es inconsistente, SS Ilustre, con otros casos en que la SMA ha aplicado ciertos criterios con el fin de determinar el mérito del informe de expertos presentado por el sujeto contra el cual está dirigida la actividad sancionatoria. Así, por ejemplo, en el procedimiento Rol D-011/2015, en que se presentó informe pericial, la SMA aplicó una matriz exigente a objeto de determinar si se puede calificar como un informe de experto y así su fiabilidad. Para este caso, sin embargo, se pasó por alto incluso tal estándar. .

2.3. La SMA también ignora las observaciones y conclusiones contenidas en El Informe Técnico "Seguimiento Transecta SAG 2016 Recuperación Vega Norte Causa Rol A-002-2013" de marzo de 2017, elaborado por BIOMA Consultores

226. En este informe denominado "*Informe Técnico Seguimiento Transecta SAG 2016 Recuperación Vega Norte Causa Rol A-002-2013*" de marzo de 2017, elaborado por BIOMA Consultores, que demuestra la evolución de las vegas, se replicó el método Point-Quadrat y la transecta realizada por el SAG en la visita inspectiva realizada conjuntamente con funcionarios de la SMA el día 20 de enero de 2016. Este informe, para lo que aquí interesa, concluye que:

- Si bien el mantillo sigue siendo el principal componente en la sección de vega afectada, la cobertura vegetal se duplicó de un año a otro.
- Las plantas vasculares registradas corresponden principalmente a *Oxychloe andina* Phil. Y *Zameioscirpus gaimardiodes* (E. Desv.).
- Se identifican nuevas especies: *Poaceae* y *Halerpestes exilis* (Phil.) Tamura.
- La zona afectada y la zona no perturbada de la vega no presentan diferencias significativas en la riqueza o número de especies encontradas, lo que indica que en la zona afectada se están desarrollando, o rebrotando, las especies que presenta el sistema de forma natural.

227. De lo señalado anteriormente es posible concluir con certeza que **existe prueba suficiente en el expediente para afirmar que, la extensión y magnitud de la afectación de las vegas es de una entidad menor y que la zona afectada se encuentra actualmente en recuperación.**

228. En consecuencia, de haberse ponderado los antecedentes presentados por el SAG y los informes periciales y técnicos presentados por mi representada, se podría haber llegado a la conclusión que la zona afectada es de menor magnitud (0,1 ha), y que se ha evidenciado capacidad de recuperación, de forma natural.

229. Por último, S.S. Ilustre, hacemos presente que, una vez notificados de la presente resolución, se le ha pedido a los expertos contratados que vuelvan a subir a terreno para analizar la misma transecta que analizó el SAG en el año 2016, y que BIOMA revisó a inicios del año 2017, con el fin de tener una muestra comparable a inicios del 2018. A continuación, se acompaña la fotografía que da cuenta de dicha comparación, que da muestras claras de la recuperación, lo cual confirma la argumentación que en su momento CMN entregó en los descargos evacuados en el proceso sancionatorio.





Registro fotográfico de fecha 30 de enero de 2018 en donde se observa la recuperación del área afectada de la Vega Norte y de guanacos en actividades de forrajeo en ella.

230. Al respecto, cabe hacer presente que la cobertura vegetal de la transecta ha mostrado un sostenido aumento que va desde un 15,1%, de recuperación, registrada por el SAG en el año 2016, a un 49,2% según los datos registrados en esta temporada 2018 por BIOMA Consultores. A continuación, se presenta una tabla en donde se muestra la composición porcentual de los diferentes sustratos a lo largo de la transecta de seguimiento en la Vega Norte realizada por el SAG

Tabla. Composición porcentual de los diferentes sustratos a lo largo de la transecta. (SR: Sin Registro, SR*: Sin Registro, pero presente en áreas aledañas).

Especies/sustrato	2016	2017	2018	referencia
<i>Oxychloë andina</i>	12,3	13,16	14,1	62,8
<i>Zameioscirpus gaimardiodes</i>	SR	11,40	17,2	30,6
Musgo	2,8	5,26	14,1	SR*
Mantillo	55,7	43,86	30,5	SR*
Suelo desnudo	11,3	0,88	SR*	SR*
Piedras	9,4	5,26	5,5	SR*
Agua	8,5	17,54	14,8	4,1
<i>Conf. Deyeuxia</i>	SR	0,88	1,6	2,5
<i>Halerpestes exilis</i>	SR	1,75	2,3	SR*

231. Como se aprecia en la Tabla, si bien existen diferencias en la composición de la transecta de la zona afectada entre los datos obtenidos el 2017-2018, en relación a la transecta de referencia, efectuada en el 2017 en la misma vega y

utilizando la misma metodología utilizada por el SAG, la presencia de las especies *Conf. Deyeuxia*, *Halerpestes exilis* y musgos, se registran de manera natural en la zona sin perturbación. La mayor presencia de musgo en la zona perturbada se debe a la colonización de estos organismos.

232. Esto, pues, solo refrenda lo señalado en este capítulo respecto a la recuperabilidad del sistema que fue alegada y demostrada durante el procedimiento sancionatorio

(b) El análisis de la SMA respecto a la calificación de gravedad de esta infracción carece de sustento factico pues se basa en una realidad supuesta respecto de lo que podría haber existido en dicha zona.

233. Como SS Ilustre podrá observar a continuación, el análisis de la SMA respecto a la calificación de gravedad de esta infracción carece de sustento factico por dos razones **(1)** La SMA determinó que, los eventos de remoción en masa ocurridos entre diciembre de 2012 y enero de 2013 habían sepultado 1,8 ha de ladera rocosa y estepa, asumiendo determinados impactos que habrían ocurrido en la zona en cuestión, impactos no discutidos durante el presente procedimiento; y **(2)** el análisis realizado por la SMA respecto a la singularidad del supuesto medio afectado se extiende a ecosistemas no afectados y adolece de inexactitudes.

1. La SMA determinó que, los eventos de remoción en masa ocurridos entre diciembre de 2012 y enero de 2013 habían sepultado 1,8 ha de ladera rocosa y estepa, asumiendo determinados impactos que habrían ocurrido en la zona en cuestión, impactos no discutidos durante el presente procedimiento:

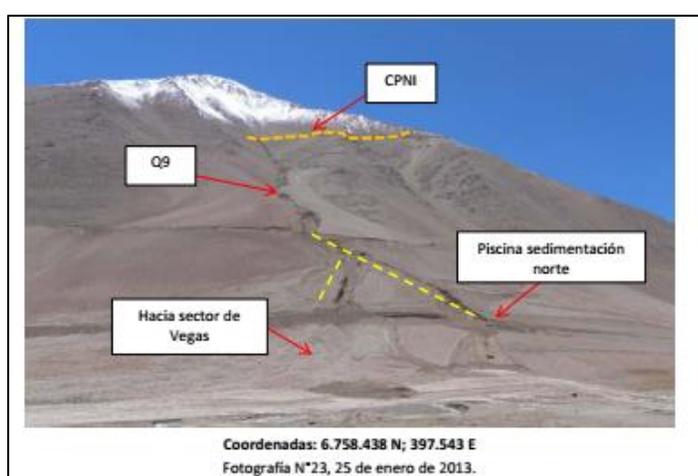
234. Tal como lo señaló el Informe de Fiscalización Ambiental de la SMA⁴⁹, los fenómenos de remoción en masa, ocurridos en diciembre de 2012 y enero de 2013, generaron un socavón por el cual se habría deslizado el material aluvional. Este socavón, de acuerdo a lo que se observa en las imágenes antes

⁴⁹ fotografías 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25 y 25 de DFZ-2013-63-III-RCA-IA

mencionadas, y que abajo se reproducen, se dividió en dos, tomando diferentes direcciones.

235. Una masa que se redireccionó hacia el sur, compuesta por piedras de distinto tamaño y agua, la cual fue detenida, en gran porcentaje, por la piscina de sedimentación norte. El resto, no depositado en la piscina de sedimentación norte, se deslizó hacia la parte baja, llegando al río y al límite de la vega identificada como "Vega Sur". A partir de este punto, el remanente es arrastrado por la caja del río, de sur a norte, en el sentido de la pendiente.

236. El otro brazo se habría redireccionado hacia el norte, llegando a la caja del río en un punto intermedio entre ambas vegas, deslizándose a partir de este punto hacia el norte, también siguiendo la pendiente y dirección del flujo del río. Esta fue la masa de material que, parte de ella, se depositó sobre la Vega Norte.



Registro fotográfico, y esquema, realizado durante las actividades de inspección en enero de 2013 por la SMA. Fuente: Figura N°23 del Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2013-63-III-RCA-IA.

237. Lo anterior, es de suma relevancia pues permite realizar ciertas precisiones respecto a la supuesta zona de afectación establecida por la SMA. En ese sentido, en primer lugar, la fuerza con la que llegó el material aluvional a la caja del río no fue capaz de arrancar parte de la estructura de la vega afectada (vega norte) y, en segundo lugar, se descartó la sepultación de una formación de vega ubicada al norte de la Vega Sur, tal como se demostró en el procedimiento con otras pruebas y se analizó en el capítulo respectivo al tratar el impacto sobre las Vegas.

238. Comprobado lo anterior, la afirmación de la SMA, en donde señala que “hubo sepultación de aproximadamente 1,8 ha de ladera rocosa y estepa (hábitat de vegetación zonal); se generó afectación de vegetación zonal compuesta por individuos de *Chaetanthera acheno-hirsuta*, *Senecio segethii* y *Azorella madreporica*, la pérdida de fauna en individuos de baja movilidad como *Liolaemus robertoi*; y la pérdida de hábitat para diversos tipos de fauna que ocupaban los lugares afectados como sitios de nidificación, lugar de provisión de alimento o hábitat propiamente tal⁵⁰” es totalmente especulativa y falta de fundamento pues no guarda relación con lo expresado por sus mismos funcionarios en el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2013-63-III-RCA-IA, respecto de la trayectoria del aluvión.

239. Por otra parte, y en relación con lo anterior, la SMA afirmó en la Resolución Reclamada que las especies *Chaetanthera acheno-hirsuta*, *Senecio segethii* y *Azorella madreporica* se encuentran en el área del proyecto. Sin embargo, de acuerdo a la información recopilada en el proceso de evaluación ambiental del proyecto “Modificaciones Pascual Lama”, específicamente en su Adenda 2, y de conformidad a la misma literatura técnica citada por la misma SMA, tales especies se encuentran confinadas a pequeñas poblaciones en sectores puntuales.

240. Por consiguiente, éstas se distribuyen de acuerdo a los requerimientos ecológicos de cada una de ellas. Por ejemplo, para *Chaetanthera acheno-hirsuta* Arroyo et al 2004 establece: “In Chile *C. acheno-hirsuta* inhabits consolidated high-elevation fell field habitats of gentle slope between 3500 and 4000 m.a.s.l.”⁵¹. Estos corresponderían a pedregales consolidados con pendiente suave entre las altitudes mencionadas.

241. En consecuencia, si bien existen registros de la presencia de poblaciones cercanas de *Chaetanthera acheno-hirsuta* y *Senecio segethii* en la zona perturbada, tal como lo señala la Figura 15 de la Resolución Reclamada, no se puede asumir una distribución uniforme de estas especies en el área, en atención a los requerimientos de hábitats que necesitan estas especies.

⁵⁰ Resolución Sancionatorio, párrafo 3.029 (pág. 876)

⁵¹ Arroyo MTK , A. Davies & I Till-Bottraud (2004). *Chaetanthera Acheno-Hirsuta* (Tombesi) Arroyo, A.M.R.Davies & Till-Bottraud Elevated To Species, New For The Flora Of Chile. *Gayana Botánica* 61(1): 27-31, 2004. ARROYO MTK, F SQUEO, JJ ARMESTO & C VILLAGRAN (1988) Effects of aridity on plant diversity on the northern Chilean Andes: Results of a natural experiment. *Annals of the Missouri Botanical Garden* 75:55-78.

242. En otras palabras, si bien existen poblaciones cercanas de estas especies, las condiciones de terreno (pendiente, inestabilidad de terreno), no permiten aseverar inequívocamente que estas especies se encuentran en **toda** el área afectada. De estar presentes, su distribución en la zona estaría restringida a zonas puntuales según los requerimientos de hábitat de las especies y no en toda el área de afectación. Por lo tanto, la descripción del medio afectado realizado por la SMA, sobreestima la magnitud de los efectos causados.

243. Para el caso de *Azorella madreporica*, que es la planta en cojín que alcanza las mayores elevaciones en los Andes centrales de Chile (Armesto et al. 1980⁵², Cavieres et al. 2000⁵³) de acuerdo a Teiller et al. (2012)⁵⁴, esta especie es localmente abundante y crece en sitios con buena humedad producto de una buena cobertura de nieve en invierno. Es decir, esta especie no se encuentra en zonas de pendientes muy abruptas donde no se acumule nieve (Lab. Ecobiosis: Grupo de Investigación en Ecología y Biogeografía de la Facultad de Ciencias Naturales y Oceanográficas de la Universidad de Concepción, Chile, comunicación personal), por lo que tampoco podría afirmarse que su distribución se encuentra de manera uniforme en toda el área afectada

244. Lo anterior es especialmente relevante porque este punto no fue discutido, ni probado durante el procedimiento sancionatorio. En efecto, la SMA cuando abrió un periodo de prueba, en virtud de la resolución 1191/2015, y en ella definió como punto prueba N°2: *Superficie total de vega altoandina afectada.*” Precisamente respecto de dicho punto rondó la discusión de la afectación, tanto en relación a la Vega misma, la existencia de un espejo de agua en la sección norte de la Vega Sur, y por lo tanto que no existía remoción de dicha Vega, y respecto de la recuperabilidad de la Vega.

245. Como se puede apreciar el punto de prueba no se refiere en nada a la ladera que se indica en la resolución sancionatoria. Por lo tanto, todas las afirmaciones de la SMA, se basan en información que no ha sido contradicha, ni discutida, dado que no estuvo presente en los cargos, ni la prueba misma. Sin

⁵² ARMESTO J.J., ARROYO M.K. & C. VILLAGRÁN (1980). Altitudinal distribution, cover and size structure of umbelliferous cushion plants in the high Andes of central Chile. *Acta Oecologica* 1(4): 328-332

⁵³ CAVIERES L.A., PEÑALOZA A. & M.T.K. ARROYO (2000). Altitudinal vegetation belts in the high-Andes of central Chile (33°S). *Revista Chilena de Historia Natural* 73: 331-344.

⁵⁴ TEILLIER S., MARTICORENA A. & H. NIEMEYER (2012). *Flora Andina de Santiago, Guía para la Identificación de las especies de las Cuencas del Maipo y del Mapocho*. Editorial Universidad de Chile. Santiago, Chile

perjuicio que mi representada reconoció que existía afectación en la zona del cono de deyección, jamás se planteó una discusión o imputación respecto de este punto.

246. Lo anterior, es especialmente grave, en la medida que debe existir una correlación entre la formulación de un cargo y la sanción administrativa impuesta. Esto implica, asimismo, que el deber de congruencia también debe existir respecto lo alegado y sus pruebas con lo finalmente resuelto por el órgano administrativo, toda vez que debe existir, al menos, una instancia donde el presunto infractor pueda defenderse y desvirtuar los cargos formulados. Limitarse a lo debatido en procedimiento implica que el presunto infractor no sea “sorprendido” con hechos o alegaciones y pruebas sobre las que no ha podido defenderse.

247. Así lo ha entendido la Corte Suprema al señalar que: *“En general la congruencia es la debida correspondencia entre las partes que componen un todo. Jurídicamente se puede decir, que es el principio conforme al cual debe existir conformidad entre todos los actos del procedimiento, aisladamente considerados, que componen el proceso. Si bien se pone énfasis por la doctrina en resaltar los nexos entre las pretensiones sostenidas por el actor y la sentencia, no se puede desconocer que tiene igualmente aplicación en relación con la oposición, la prueba y los recursos, según se ha expresado, pero encuentra su mayor limitación en los hechos (...) Se sanciona la transgresión de la congruencia por cuanto constituye una garantía para las partes, un límite para el juez, que otorga seguridad y certeza a las partes e interviene la posible arbitrariedad jurídica. Por lo mismo la congruencia es un presupuesto de la garantía del justo y racional procedimiento, que da contenido al derecho a ser oído o a la debida audiencia de ley. Estos derechos y garantías fundamentales no sólo se vinculan con la pretensión y oposición, sino con la prueba y los recursos (...).”*⁵⁵

248. Por último, es bastante contradictorio, y llama profundamente la atención, que la SMA considere como supuestas especies afectadas aquellas identificadas en el “Informe de línea de base biológica afectada por el alud en sector Río Estrecho Proyecto Pascua Lama, Febrero 2013”, informe que según la misma autoridad consideró que “no cumple con los criterios de metodología para realizar

⁵⁵ Corte Suprema Causa Rol 2659-2010.

dicha caracterización, y sus resultados en general no pueden ser validados (...) toda vez que son incompletos, incomprobables, no están georreferenciados ni con representación espacial, en otros problemas identificados⁵⁶, situación que generó el cargo 24.6 del Ordinario U.I.P.S. N° 58, de 27 de Marzo de 2013 y por el cual ya fue sancionado con multa.

2. En consecuencia, el análisis realizado por la SMA respecto a la singularidad del supuesto medio afectado se extiende a ecosistemas no afectados y adolece de inexactitudes.

249. Ahora bien, respecto al análisis de significancia del daño, previo a ahondar respecto al análisis de singularidad del medio afectado realizado la autoridad administrativa, es preciso aclarar que el término “ecosistema altoandino” utilizado por ésta corresponde a una serie de ecosistemas que se encuentran por sobre el límite arbóreo en el gradiente altitudinal tales como los ecosistemas azonales (vegas y bofedales), ecosistemas zonales de ladera (estepa altoandina, matorral subandino), entre muchos otros. En términos simples, se entiende como ecosistema al conjunto de comunidades de organismos que interactúan con su medio físico como una unidad. Por consiguiente, en el área afectada se vieron perturbados puntualmente algunos ecosistemas entre los que se incluyen las formaciones de ladera y vegas o bofedales.

250. Aclarado lo anterior, es importante exponer que, respecto a la **singularidad** que el ente fiscalizador atribuye a los sistemas perturbados en la zona del proyecto, se debe tener en cuenta que las vegas y bofedales, pese a tener una distribución discontinua, su composición florística es sorprendentemente similar a lo largo de los Andes desérticos y mediterráneos de Chile como lo han demostrado las comparaciones de floras andinas entre los 18° y 33°S (Villagrán et al. 1983⁵⁷, Arroyo et al. 1988⁵⁸, Moreno et al. 1994⁵⁹, RUTHSATZ 1993⁶⁰). No obstante, en cuanto a la vegetación zonal la situación es diferente,

⁵⁶ Ordinario U.I.P.S. N° 58, de 27 de marzo de 2013, 24.6

⁵⁷ VILLAGRAN C, MTK ARROYO & C MARTICORENA (1983) Efectos de la desertización en la distribución de la flora andina de Chile. Revista Chilena de Historia Natural 56:137-157.

⁵⁸ ARROYO MTK, F SQUEO, JJ ARMESTO & C VILLAGRAN (1988) Effects of aridity on plant diversity on the northern Chilean Andes: Results of a natural experiment. Annals of the Missouri Botanical Garden 75:55-78

⁵⁹ MORENO PI, C VILLAGRAN, PA MARQUET & LG MARSHALL (1994) Quaternary paleobiogeography of northern and central Chile. Revista Chilena de Historia Natural 67: 487-502.

⁶⁰ RUTHSATZ, B. (1993): Flora und ökologische Bedingungen hochandiner Moore Chiles zwischen 18°00' (Arica) und 40°30' (Osorno) südl. Br. Phytocoenplogía 23: 157-199. Berlin, Stuttgart

producto de la dependencia a condiciones mesoclimáticas de las comunidades, se puede encontrar comunidades y ecosistemas de amplia distribución y otros restringidos a zonas particulares, condición que, como se dijo anteriormente, no fue considerada en el cargo inicial por la autoridad.

251. En consecuencia, dado que el área afectada en la cuenca del Río Estrecho se encuentra circunscrita espacialmente a una zona en particular en donde se vieron perturbadas algunas de las unidades o ecosistemas, cuyo principal efecto recae sobre algunos de los componentes de dichas unidades (por ejemplo el arrastre de material sobre ladera y depositación del mismo sobre algunos sectores de vegas), el análisis de daños debe centrarse en los componentes afectados y no sobre los ecosistemas altoandinos como una totalidad.

252. Luego, la flora de la vega afectada (Vega Norte), al igual que todas las formaciones de vega de iguales características en el área del proyecto, se encuentra dominada por hierbas perennes de crecimiento cespitoso, que determinan en gran medida la fisionomía de estas formaciones. Las especies que forman una cubierta vegetal compacta, y prácticamente continua en esta formación, son: *Oxychloë andina* y especies del género *Zameioscirpus*. El crecimiento compacto de estas especies se adapta al microrelieve y pendiente de las formaciones conformando, en algunos casos, crecimientos globosos de gran talla.

253. La morfología y la forma de crecimiento de estas especies modulan en gran medida el comportamiento y funcionamiento de la vegetación en estos humedales. Las especies antes mencionadas presentan un crecimiento clonal⁶¹, con tallos de diferentes dimensiones, orientados verticalmente, los cuales mantienen las láminas y vainas de las hojas muertas de temporadas anteriores. Las condiciones propias del humedal hacen que la descomposición de esta materia muerta sea lenta y que a su vez funcione como sustrato para el establecimiento de nuevos individuos y el resto de las especies.

254. Por otra parte, el crecimiento de estas especies se basa en gran medida en el desarrollo de raíces adventicias que nacen de la base de los tallos superiores, las que se arraigan en este material en descomposición, las cuales a su vez

⁶¹ La clonalidad implica que haya conexión entre "ramets" (modulo/individuo clonal), que en este tipo de especies pueden estar bastante alejados unos de otros, pero con interconexiones entre sí.

contribuyen a la mantención de esta estructura y evitan el arrastre del material en descomposición contribuyendo a la formación y retención de la turba y modulan gran parte de los flujos hídricos al interior del sistema (Earle et al., 2003)⁶².

255. Adicionalmente, en cuanto a las bases hidrológicas que sustentan el funcionamiento de las vegas en el área del Proyecto, se observa que la SMA desconoce totalmente las mismas al señalar que *“la presencia del río, sustenta a su vez la vegetación y fauna del lugar, como los servicios ecosistémicos presentes en la cuenca”*⁶³. Pues bien, producto del estudio *“Dinámica de corto y largo plazo de los bofedales en el Proyecto Pascua-Lama: Implicancias para su manejo”*, del cual la SMA tiene pleno conocimiento de sus versiones preliminares, se determinó que el sistema de vegas en la cuenca no está relacionado con aportes del río.

256. En esta área se verifican relaciones directas de los flujos desde las vegas hacia el río, y no en sentido inverso ya que los afloramientos de aguas subterráneas que alimentan tanto a los ríos como a las vegas presentan diferentes dinámicas. Adicionalmente, se debe considerar que es imposible la mantención de estos sistemas azonales y la diversidad asociadas a ellos a partir del agua del Río del Estrecho en esa zona, dadas las condiciones físico-químicas del mismo. El pH ácido y la presencia natural de minerales en las aguas del río poseen un efecto beneficioso sobre especies de la vega, el que ha sido posible apreciar tras los eventos del 2013 que desviaron el curso del río sobre la vega, alterando gradualmente el borde sobre el cual el río tomó contacto con la vegetación.

257. En consecuencia, respecto lo señalado por la SMA en el considerando 3064 de la Resolución Reclamada, en donde señala que *“debe tenerse en consideración, que el hecho de que el sector norte de la vega Sur no correspondiere a vegetación propia de la vega sino más bien a un cuerpo de agua intermitente, no implica de modo alguno que no se haya generado un daño sobre el Ecosistema Altoandino, sino que sólo cambia el componente afectado, en este caso el cauce del Río Estrecho”* es preciso aclarar que este cuerpo de agua intermitente se alimenta de agua subterránea y no del cauce del río.

⁶² EARLE, L.R., B.G. WARNER & R. ARAVENA. 2003. Rapid development of an unusual peat-accumulating ecosystem in the Chilean Altiplano.

⁶³ Resolución Sancionatoria, c. 3.046, (pág.882-883)

258. En cuanto a la modificación del cauce del Río Estrecho, mediante Carta PL-097/2013, de 9 de mayo de 2013, se informó a la SMA del re-encauzamiento del Río Estrecho para lo cual fue necesario la labor de maquinaria pesada en conjunto con tareas manuales, retomando “*de manera exitosa el curso original del flujo hídrico*”⁶⁴.

259. Finalmente, en cuanto a los servicios ecosistémicos que prestan las vegas y/o bofedales, éstos corresponden a recursos y/o procesos que los ecosistemas naturales proveen al hombre (bienes y servicios) producto del funcionamiento e interacción de todos sus componentes (Chapin et al. 2000)⁶⁵. En atención a ello, la SMA no debió visualizar la merma de servicios a través de la pérdida de individuos dentro de una comunidad.

260. Para ser más claros, la pérdida de algunos individuos puede que disminuyan procesos como la captura de carbono por fotosíntesis o el ciclaje de nutrientes, pero en tanto haya otros individuos y el resto de los componentes del ecosistema, estos servicios podrán ocurrir y eventualmente recuperar sus niveles iniciales si es que las perturbaciones cesan. Por lo tanto, la perturbación de una parte de los ecosistemas de la cuenca del Río del Estrecho en un área delimitada, y no a la unidad en su totalidad, producto del evento de arrastre de material, no determina la pérdida total de los servicios ecosistémicos de la cuenca.

3. *El daño ocasionado, producto de los eventos de remoción en masa, ocurridos en diciembre de 2012 y enero de 2013, no puede considerarse como ‘irreparable’.*

3.1. *Existe evidencia suficiente para estimar que los componentes de la Vega Norte se encuentran en un proceso de regeneración.*

261. En relación a la capacidad de recuperación de la Vega Norte, cabe afirmar que, como se dijo anteriormente, la afectación ocurrió sobre la superficie de la vegetación de la vega compuesta principalmente por una carpeta continua de

⁶⁴ “Informe final recuperación zona afectada por el alud en sector río Estrecho proyecto Pascua Lama” (pág.17) adjuntado a Carta PL-097, de fecha 9 de mayo de 2013

⁶⁵ CHAPIN FS , ZAVALETA ES, EVINER VT, NAYLOR RL, VITOUSEK PM, REYNOLDS HL, HOOPER DU, LAVOREL S, SALA OE, HOBBIIE SE, MACK MC & DÍAZ S. (2000) Consequences of changing biodiversity. Nature: 405(6783):234-42.

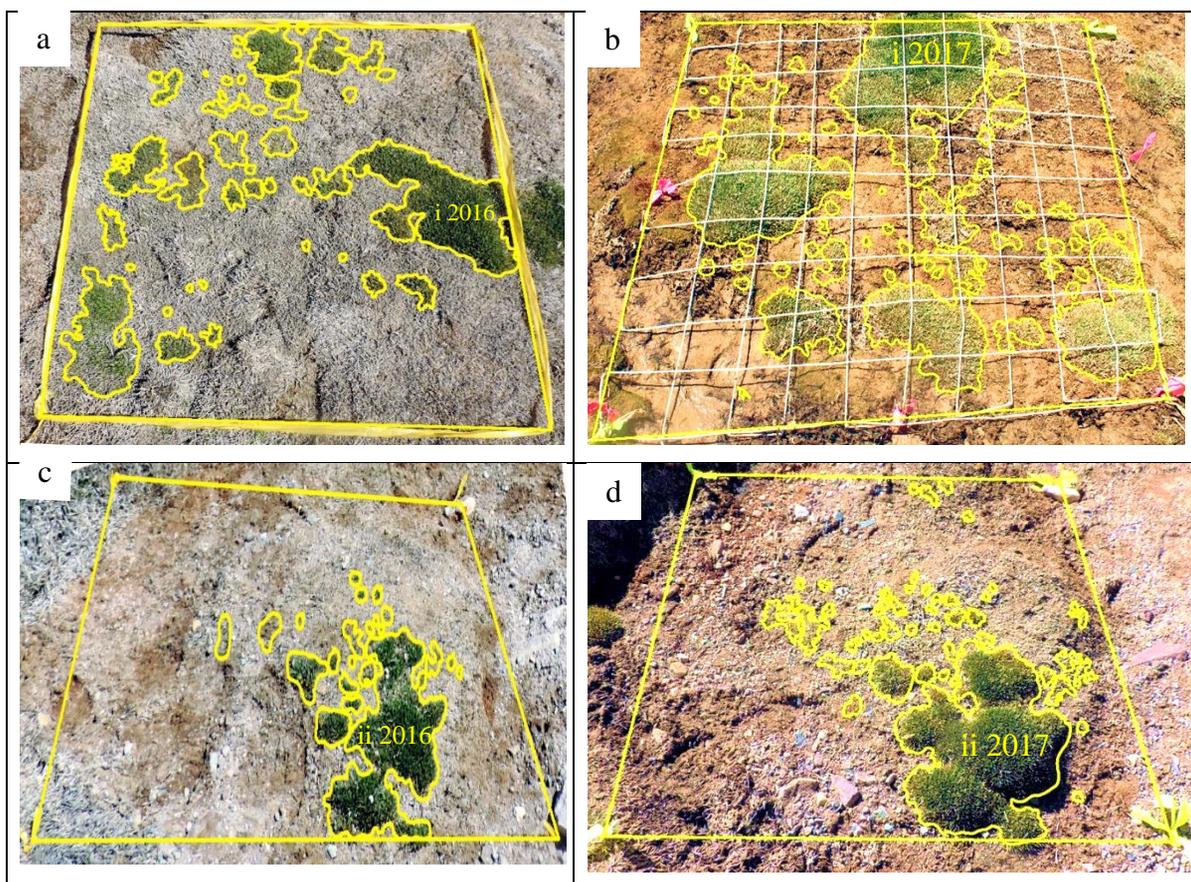
Oxychlöe andina, la cual ha presentado evidente regeneración tras la perturbación. Muestra de ello es el registro fotográfico.



Rebrote de *Oxychlöe andina*. Fuente: Figura 9 Informe Técnico Seguimiento Transecta SAG Recuperación Vega Norte, marzo 2017, Bioma Consultores S.A.

262. Como se observa, existen rebrote de los individuos afectados por la perturbación. Esto se explica en función de las características intrínsecas de las especies afectadas, como es la capacidad de acumulación de nutrientes en tallos/raíces subterráneas. Las plantas de alta-montaña en general, acumulan una gran cantidad de recursos durante la época productiva (verano) para el rebrote tras la nieve acumulada en invierno (Körner 2003).

263. Por lo tanto, la vegetación de la vega norte, si bien vio interrumpido su período de acumulación de recursos (fotosíntesis) tras la perturbación debido a que las plantas perdieron su follaje fotosintético, aun cuenta con recursos de períodos anteriores en sus tallos, raíces y yemas que permiten el rebrote, lo cual se ve reflejado no necesariamente al año siguiente. Lo anterior es claramente evidente en los registros fotográficos presentados y de la figura siguiente , en donde se evidencia la presencia de rebrotes de *Oxychloe andina*, especie dominante en la zona sin perturbación de la vega. Además, en la secuencia de imágenes es posible apreciar el crecimiento progresivo de los individuos, denotando una recuperación paulatina en cuanto a la cobertura vegetal de las parcelas.



Fuente: Figura 8 modificada del “Informe Técnico Seguimiento Transecta SAG Recuperación Vega Norte, marzo 2017 y complementada con campaña de terreno realizada por Bioma Consultores S.A. en enero 2018.

264. En consecuencia, tras la limpieza del material depositado que cubrió un área de la vega, se puede verificar, a partir de fotografías, que los componentes esenciales de la vega no fueron removidos, por tanto, la aseveración de la autoridad no se ajusta a los hechos tal como puede apreciarse en terreno. Nuevamente estos antecedentes implican una sobrevaloración del daño en los sistemas por parte de la autoridad.

265. El material en descomposición (turba) se mantiene en la unidad verificándose el daño sobre la capa superficial de vegetación hidrófila (principalmente conformada por *O. andina*). En las mismas fotografías se puede constatar fehacientemente la continuación de un proceso de regeneración natural en donde la especie dominante de la formación presenta rebrotes de los individuos afectados por el evento antes descrito. La serie de imágenes fue

obtenida en la Vega Norte con fechas 20/01/2016, 09/03/2017, 24/01/2018 y 30/01/2018.

		
20 de enero 2016 Fiscalización SMA	9 marzo 2017 Informe seguimiento Transecta SAG Recuperación Vega norte Bioma Consultores S.A.	30 de enero 2018 Informe seguimiento Transecta SAG Recuperación Vega norte Bioma Consultores S.A.
		
30 de enero 2018, Informe seguimiento Transecta SAG-Recuperación Vega norte Bioma Consultores S.A.		

266. Así, la SMA a través de un razonamiento integrado de variadas inexactitudes llegó a la conclusión que el daño ocasionado se trataba de un daño ambiental irreparable, lo que no puede ser aceptado por mi representada, dada la realidad actual de las vegas y de la información ya expuesta.

(c) La SMA ha vulnerado el principio del non bis in ídem al clasificar la gravedad de la infracción.

267. Como S.S. Ilustre sabe, según la SMA, el Cargo N° 3 del sancionatorio D-011-2015 consiste en que CMN “no ha presentado ante esta Institución, estudios completos y suficientes que den cuenta a cabalidad del cumplimiento de todos los objetivos contemplado en el estudio ‘Dinámica de corto y largo plazo de los bofedales del proyecto Pascua – Lama: Implicaciones para su manejo’, impidiendo entonces conocer a la autoridad si están o no siendo efectivamente protegidas, ya que no se están monitoreando todos los componentes necesarios para ello”.⁶⁶ Esta infracción fue sancionada con una multa de 1.029 UTA.⁶⁷

⁶⁶ Cargo N° 3, Resolución Exenta N°1/Rol D-011-2015 (pág. 16).

⁶⁷ Resolución Sancionatoria, Resuelvo 1.9 (pág. 2083).

268. Sin embargo, en el cargo 23.2 que nos convoca, la SMA invoca como fundamento para calificarla como gravísima exactamente la misma infracción que ya había sancionado por separado. En efecto, se lee en la resolución que *“en lo que respecta a las formaciones vegetacionales de vegas altoandinas, la empresa incumplió su obligación de presentar un Estudio de Dinámicas, completo y suficiente, cuyo fin último, tal como se indicó en el párrafo 3124 de la RE 72/2018, era precisamente asegurar la conservación y no afectación de las vegas emplazadas en el área de influencia del proyecto a través de un adecuado manejo de las misma”*. Según la SMA, -párrafo 3124- este Estudio *“le hubiese servido a la empresa, de información de referencia”*.

269. Esto, como SS Ilustre podrá concordar, importa una vulneración al principio *non bis in ídem*. De este modo, la infracción de este principio, aparte de la alegación general referida a cada cargo en función de lo señalado anteriormente, es absolutamente clara en este caso donde se sanciona con clausura por este cargo 23.2, pero se agrava en virtud del cargo 3 del segundo sancionatorio.

270. En efecto, de la exposición anterior queda de manifiesto que la autoridad está infringiendo este principio al considerar un mismo hecho para imponer dos sanciones distintas. Así lo expone el máximo tribunal de este país, el cual, citando al profesor Mañalich, establece que *“el principio ‘ne bis in ídem’ no representa más que una concreción de la prohibición de exceso que se deriva del principio (general) de proporcionalidad: considerar dos veces un mismo hecho- o más exactamente, la misma propiedad de un hecho- para fundamentar o agravar la sanción a ser impuesta sobre una persona, constituye una contravención de esa prohibición de exceso.”*⁶⁸

⁶⁸ Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental; Rol N° R-58-15, c. 16.

Decimosexto. Que, tal como se indicó, el argumento utilizado por la SMA para absolver por las infracciones 1, 2 y 3 fue la aplicación del principio *non bis in ídem*. Si bien dicho principio se manifiesta en distintas instituciones jurídicas, como por ejemplo el concurso aparente, real o ideal, lo que esencialmente persigue es el evitar que una persona sea sancionada por un hecho que ya fue reprochado en una sanción diversa. En efecto, en la doctrina nacional, específicamente en materia penal, se ha señalado que “el principio *ne bis in ídem* está constituido por la prohibición de que una misma persona sea juzgada y/o sancionada dos veces por un mismo hecho. [...] En tanto estándar de adjudicación, el principio *ne bis in ídem* se traduce en una prohibición de consideración o valoración múltiple de un mismo ‘hecho’ –o más técnicamente: de una misma circunstancia o aspecto (de uno o más hechos)- en la fundamentación judicial de la sanción a ser impuesta sobre una misma persona.” (MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “El principio de *ne bis in ídem* en el Derecho Penal Chileno”, Revista de Estudios de la Justicia, N° 15, año 2011, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 140). A mayor abundamiento, el profesor Mañalich agrega que “el principio ‘*ne bis in ídem*’ no representa más que una concreción de la prohibición de exceso que se deriva del principio (general) de proporcionalidad: considerar dos veces un mismo hecho –o más exactamente, la misma propiedad de un hecho- para fundamentar o agravar la sanción a ser impuesta sobre una persona, constituye una contravención de esa prohibición de exceso.” (MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “El principio de *ne bis in ídem* en el Derecho Penal Chileno”, p. 142-143).

271. Sobre el resto de los fundamentos para la procedencia de la agrupación de cargos, nos remitimos a lo ya señalado en el capítulo II de esta presentación.

(d) La SMA califica erróneamente esta infracción como gravísima alterando la carga de la prueba. La SMA pretende sostener la existencia de daño ambiental irreparable, sobre una supuesta falta de “certeza científica” y otros prejuicios respecto al éxito, tiempo y costos en la aplicación de medidas de reparabilidad de la zona afectada.

272. Como hemos señalado, la SMA pretende sostener que, en virtud de los antecedentes que constarían en el procedimiento sancionatorio, se habría generado daño ambiental irreparable. Lo anterior sobre la base de un criterio que carece de asidero legal, vinculado a la supuesta falta de certeza científica que implicaría realizar labores exitosas de reparabilidad para el ecosistema dañado, que, según dice, sean en tiempo y costos a su vez “razonables” y que aquella incertidumbre se daría “ante el vacío de tal información [Estudio de Dinámica de Vegas], y ante la incertidumbre existente a nivel nacional sobre la restauración de ecosistemas altoandinos”. Así consta en el párrafo 3089.

273. Como SS Ilustre podrá fácilmente observar, el problema de la argumentación de la SMA en este caso es que ella es inconsistente con la práctica de diversos organismos estatales e incluso con su propio criterio.

274. En efecto, el hecho que la reparación pudiera involucrar largos tiempos de seguimiento no implica que se trate de un daño irreparable, como la práctica del Consejo de Defensa del Estado, el que demanda la reparación con independencia del tiempo necesario para ella.⁶⁹ Muestra de ellos es el fallo dictado por el 21° Juzgado Civil de Santiago, seguido en contra de Anglo American Sur S.A. donde se estableció una obligación de reparar el medio ambiente dañado en zonas de ladera y fondo de quebrada, y además un plazo de 20 años para ejecutar un plan de monitoreo y seguimiento ambiental respecto de un ecosistema de bosque nativo de 8,65 ha. Con especies en categoría de conservación, el cual se

⁶⁹ Ver, al respecto, la sentencia del 21° Juzgado Civil de Santiago; Rol: C-22.916-2012 (Fisco de Chile con Anglo American). Sentencia que, con modificaciones menores respecto de la obligación de reparar, fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago.

obligaron a recuperar.⁷⁰ Otro caso similar es el 1° Juzgado Civil de Puerto Montt, a propósito de la corta de un número indeterminado de alerces que generó un plan de reparación con medidas que sobrepasaron los 15 años de ejecución.⁷¹

275. Por otra parte, ha sido la propia SMA la que ha calificado como daño ambiental “reparable” daños que pueden tardar un tiempo extenso de recuperación. Así lo reconoció expresamente en el procedimiento sancionatorio seguido contra Minera Candelaria, en donde se le imputó daños al acuífero de Copiapó y se estimó que “(...) *una eventual recuperación significativa en los niveles estáticos de aguas subterráneas en el sector N° 4 puede tardar en el mejor de los casos (Explotación=0) décadas o incluso siglos.*” y que “*para que exista una probabilidad elevada de que las acciones de reparación permitan una recuperación a escala humana, se requiere de una intervención antrópica adicional a la disminución e incluso a la eliminación del consumo de agua fresca por parte de una empresa o usuario importante en un determinado sector del acuífero.*”

276. En este caso debemos hacer presente que ha existido intervención de medidas de reparación, incluso ordenado por la propia SMA y estas han permitido la recuperación respectiva.⁷²

277. No obstante los precedentes indicados -en el presente caso- la SMA, sin dar cuenta de que el daño es irreparable, sino que utilizando criterios contradictorios a los de los tribunales de justicia y a los de la propia entidad, procedió a calificar el daño en la especie como irreparable.

278. Lo anterior, SS Ilustre, constituye una alteración flagrante de la carga de la prueba en perjuicio de mi representada. Se ha reconocido extensamente por la doctrina⁷³ y jurisprudencia⁷⁴ que la presunción de inocencia es aplicable al procedimiento administrativo sancionador. De lo anterior se colige que la carga de la prueba corresponde a quien alegue la comisión de la infracción, es decir, a la autoridad administrativa.

⁷⁰ Ver, al respecto, la resolución sancionatoria de la SMA dictada en el procedimiento sancionatorio Rol D-018-2015.

⁷¹ Primer Juzgado Civil de Puerto Montt, causa Rol N; C-70.433-2002, Caratulada “Fisco de Chile con Soc. Forestal Candelaria Río Puelo S.A. y otros.

⁷² Ver, al respecto, la resolución sancionatoria de la SMA dictada en el procedimiento sancionatorio Rol D-018-2015.

⁷³ Ver Garberí, José y Buitrón, Guadalupe (2016), p.1148

⁷⁴ Ver Tribunal Tributario y Aduanero de Antofagasta, Rit ES-03-00003-11; Tribunal Tributario y Aduanero de Valdivia, rol N° 15-9-0001458-6.

279. De este modo, es la SMA quien debe configurar los elementos de la eventual infracción. En este caso debe probar que el daño es irreparable y hacerse cargo de los argumentos de mi representada para señalar que esta eventual reparación no es posible. Para ello, incluso, la SMA cuenta con facultades de investigación consagradas legalmente en la LOSMA.

280. En consecuencia, el ente fiscalizador es quien debe indagar y acreditar la irreparabilidad del daño ambiental, pues es él quien postula tal hipótesis. En este caso la descarta, en base a prejuicios, que no tienen fundamentos técnicos concretos, y sin considerar la realidad de la propia Vega, que ha mostrado una tendencia a la reparación.

281. Asimismo, es totalmente contrario a derecho imputar la irreparabilidad del daño ambiental a CMN por no haber realizado un Estudio de Dinámicas de Vegas que eventualmente podría haber contribuido a la SMA a determinar la reparabilidad de una zona afectada. Lo anterior, en primer lugar, porque tal como se señaló en el acápite anterior, tal infracción ya fue sancionada, y en segundo lugar, el fundamento de la irreparabilidad debe tener alguna relación directa con el daño ocasionado. En este caso, como es evidente, el daño ocasionado no se identifica en lo absoluto con la omisión de la realización del Estudio de Dinámica de Vegas.

282. Consecuentemente, calificar el daño ambiental de irreparable, y responsabilizar a mi representada de tal, simplemente debido a *“la incertidumbre existente a nivel nacional”* como se dice en párrafo 3125- es una vulneración abierta del ordenamiento jurídico, más aun, considerando que, tal como se expuso más arriba, esta parte presentó pruebas contundentes que demuestran la reparabilidad de la vega norte, y que, inexplicablemente no fueron valoradas por la SMA.

283. Por último, en el caso de autos, la Autoridad Administrativa debió llegar a la conclusión que el daño ambiental es reparable. La SMA afirma -párrafo 3089- que *“son mayores los antecedentes referidos a la irreparabilidad del daño ambiental ocasionado, que a los de su reparabilidad”*. Sin embargo, no señala qué antecedentes fueron los considerados, ni qué razonamiento la hizo llegar a tal aventurada conclusión. Por consiguiente, en virtud de la falta de motivación de

esa afirmación y, en consecuencia, la no prevalencia o preponderancia de alguna prueba sobre otra, no debió haber dado por acreditada la irreparabilidad del daño.

(e) La SMA impuso la clausura definitiva como sanción en consideración a elementos ajenos a la clasificación de la infracción (art. 36 LOSMA) o a las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA.

284. Como SS Ilustre sobradamente conoce, en virtud del artículo 40 letra i) de la LOSMA, para la determinación de una sanción específica, se debe considerar cualquier criterio que, a juicio fundado de la SMA sea relevante para su determinación. En atención de lo anterior, la SMA en su guía de Bases Metodológicas establece que la presentación de una autodenuncia constituye uno de los criterios que debe considerarse en favor del infractor a la hora de determinar la sanción.⁷⁵

285. Pues bien, SS Ilustre, la verdad de las cosas es que, por razones que desconocemos, la SMA sencillamente decidió no aplicar esta circunstancia atenuante en el caso que nos convoca, pese a ser aplicable.

286. Primero, como es de público conocimiento, con fecha 22 de enero de 2013, CMN presentó una autodenuncia ante la SMA, de conformidad con la LOSMA. En ella, se exponía justamente la relación del presente hecho infraccional. Con fecha 31 de enero de 2013, la autodenuncia fue rechazada por “*no cumplir los requisitos impuesto en el inciso tercero del artículo 41 de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Medio Ambiente*”, esto es, no haber suministrado información precisa, verídica y comprobable respecto de los hechos que constituyen infracción.⁷⁶ Por otra parte, CMN nunca presentó -ni tampoco podía presentar- programa de cumplimiento.

287. En consecuencia, en la especie se cumplen plenamente los supuestos establecidos por la SMA en la Guía para que la autodenuncia hubiese sido considerada como factor de disminución en este cargo. Con todo, revisado el título 12.2.4 de la RE 72/2018, en donde se hace la ponderación de las

⁷⁵ En particular, la Guía indica que el hecho de haber presentado una autodenuncia será considerado como un factor de disminución de la sanción cuando la SMA no haya iniciado investigación sobre los mismos hechos que son motivos de la infracción y no se haya presentado programa de cumplimiento o; el programa no fue aprobado por la SMA o; la autodenuncia no cumple con los requisitos establecidos en la LOSMA.

⁷⁶ Resuelvo Primero, Res Ex N° 105/2013 de la SMA.

circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, nada se dice sobre la presentación de autodenuncia como factor de disminución de la sanción. Más aún, en su título 14 se vuelve a ignorar este factor de disminución..

288. Esto es relevante, porque mi representada no está reclamando que ella deba obtener los beneficios derivados de la eventual aceptación de una autodenuncia en virtud de lo señalado en el artículo 41 y 42 de la LOSMA. Sólo está señalando que, dado que fue su autodenuncia la que permitió a la autoridad dar inicio el procedimiento de fiscalización que culminó finalmente en la dictación de la RE 72/2018, resulta evidente que sea esa una circunstancia que debe considerarse específicamente respecto de este cargo, que fue la médula del hecho autodenunciado.⁷⁷

289. En vez de ello, la SMA derechamente omite esta circunstancia de responsabilidad en la RE 72/2018, lo que implica un trato ilegal, injusto y discriminatorio.

(f) La SMA termina aplicando una sanción de clausura definitiva que carece de la fundamentación adecuada y que conduce a una sanción evidentemente desproporcionada.

290. Tal como hemos señalado en diversas oportunidades, la LOSMA considera dos grandes elementos para la determinación de las infracciones ambientales. El primero corresponde a la clasificación de las sanciones en leves, graves y gravísimas (arts. 36 y 38, LOSMA). El segundo, en tanto, deriva en las circunstancias de determinación de la sanción específica que corresponda en cada caso, y que se encuentran enlistadas taxativamente en el artículo 40 de la LOSMA. La idea que subyace en la LOSMA es que, a través de este doble análisis, se determine la sanción que, en específico, debe aplicar la SMA en un caso en concreto.

291. Esto, como SS Ilustre podrá concordar, resulta una garantía para los administrados en tanto contarán con la certeza de que la sanción, que en definitiva se aplique, dependerá de ciertos factores conocidos con anterioridad a la comisión de la infracción en cuestión.

⁷⁷ Al respecto ello debía necesariamente ponderarse al tenor de la letra i) del artículo 40 de la LOSMA.

292. La SMA pareciera reconocer lo anterior en la RE 72/2018 cuando analiza la clasificación de la infracción que motiva el presente Cargo N° 23.2 (Acápites 12.2.3.5.4. pp. 896y ss.), y luego, las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA que, en su concepto, concurrirían en este caso (Acápites 12.2.4., pp. 1905 y ss.).

293. En estas, en particular, se hace cargo de la importancia del daño causado o del peligro ocasionado (Acápites 12.2.4.1.), el número de personas cuya salud pudo haberse afectado (Acápites 12.2.4.2.), el beneficio económico obtenido con la infracción (Acápites 12.2.4.3.), la intencionalidad y el grado de participación en el hecho, acción u omisión (Acápites 12.2.4.4), y la aplicación de medidas correctivas como conducta positiva posterior por parte de CMN (Acápites 12.2.4.5).

294. Ahora bien SS Ilustre, de conformidad con la legalidad vigente, uno esperaría que la imposición de la sanción de clausura se agotara en el análisis de estos elementos. Sin embargo, si se lee en detalle la RE 72/2018, la situación es diametralmente opuesta, como se demuestra a continuación.

1. La SMA, en el presente caso, ha destinado un acápite especial con argumentos en favor de la clausura definitiva, que escapan a la legalidad vigente.

295. La RE 72/2018 contiene un capítulo final titulado “Propuesta de Sanción o Absolución” (Cap. 14, pp. 2068 y ss.). Más allá de lo discutible del solo título de este capítulo,⁷⁸ lo cierto es que en él la SMA se consulta a sí misma sobre una serie de interrogantes identificadas en el párrafo 7592.

296. Tal como lo hemos señalado y para lo que aquí interesa, la primera de estas preguntas dice relación con la eventual procedencia de sanciones no pecuniarias; mientras que la segunda se refiere a la determinación de las infracciones imputadas respecto de las cuales sería procedente la clausura definitiva de la faena minera⁷⁹.

⁷⁸ Porque, precisamente, según la LOSMA, el Superintendente no “propone”, sino que “aplica” la sanción que en derecho corresponda, según la “propuesta” que haga el fiscal instructor del caso. Cfr., al respecto, los artículos 53 y 54 de la LOSMA.

⁷⁹ Resolución Sancionatoria, c. 7592 (pág. 2074) (“Así, en los párrafos siguientes se dará respuesta a las interrogantes, que se detallan a continuación: (i) si a la luz de los antecedentes del procedimiento]sancionatorio [...] y en razón de los principios aplicables al caso en concreto, procede o no la aplicación de sanciones no pecuniarias, indicando los criterios susceptibles de ser utilizados en el análisis; (ii) una vez resuelta la primera interrogante, se deberá determinar para cuáles de las infracciones imputadas que hayan sido clasificadas de graves o gravísimas [...], resultarían aplicables este tipo de sanciones...”)

297. Respecto a la primera de estas preguntas, y a partir del párrafo 7594, la SMA identifica diversos criterios que fundamentan la aplicación de sanciones no pecuniarias, los que correspondería a *“la importancia del daño o el peligro de daño ocasionado, la reincidencia en la infracción cometida, bajo el supuesto de que el efecto disuasivo de una sanción previa no ha sido suficiente; el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción; y, la intencionalidad y relevancia de la infracción”*. Estos criterios son reiterados y sintetizados más adelante en el párrafo 7597.

298. La sorpresa salta a la vista, sin embargo, cuando la SMA se hace cargo de la segunda pregunta, es decir, de la determinación de la sanción específica que corresponde para cada infracción -a partir del párrafo 7599-. Así, para la infracción que nos compete, señala la SMA que la sanción no pecuniaria consistente en la clausura definitiva estaría justificada por el hecho de *“que la magnitud de la infracción justifica por sí sola, la aplicación de una sanción no pecuniaria”*. A ello, agrega la SMA -en el párrafo 7600- que *“debe añadirse que es probable que con la ejecución del proyecto, el ecosistema altoandino ya dañado, podría verse expuesto a deterioros que profundicen la situación en la que actualmente se encuentra el sector, dificultando a su vez, los procesos de reversibilidad natural de la pequeña sección de la vega Norte”*.

299. Nótese SS Ilustre lo grave de la última argumentación ofrecida por la SMA. Más allá de lo escueta, el factor al que ella se refiere, en efecto, no puede encasillarse en ninguna de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA.

300. Así, lo que ha hecho, en definitiva, la SMA para imponer la sanción de clausura definitiva de la faena minera es crear una especie de *“supra-circunstancia”* no considerada expresamente en la ley con el fin de pretender justificar lo injustificable. Juzgue SS Ilustre.

2. *En definitiva, la SMA ha impuesto una sanción por un riesgo futuro incierto, contra-fáctico y, sobre todo, imposible materialmente de controvertir.*

301. Lo importante, para lo que aquí interesa, es que, por regla general, todas las circunstancias que un ente administrativo fiscalizador utiliza para imponer una

sanción importan ciertos efectos o características que rodean a la infracción ambiental que se configuran *ex ante*, esto es, con anterioridad a la imposición de la infracción y, más importante, antes de la correspondiente formulación de cargos.⁸⁰

302. En efecto, tanto los hechos que configuran la infracción como las circunstancias modificatorias de la responsabilidad infraccional deben ocurrir antes de la iniciación del sancionatorio que en derecho corresponda. Ello es evidente: la idea es que el sujeto en contra del cual se dirige la actividad administrativa sancionatoria tenga posibilidad de defensa respecto de estas circunstancias, en especial, cuando ellas son agravantes.

303. El problema de legalidad de la circunstancia considerada por la SMA resulta entonces evidente.

304. La SMA ha impuesto una sanción de clausura definitiva fundando su decisión **no en hechos sino en riesgos que ni siquiera son ciertos**: la posibilidad de que mi representada pudiese incurrir en nuevas infracciones en el futuro. Nótese lo problemático de esta argumentación. Uno de los principios fundantes de la responsabilidad en materia jurídica es que ella debe fundarse en hechos ocurridos, no en hechos inciertos.

305. La razón de ello es evidente: el sujeto en contra del cual se hace efectiva la responsabilidad debe tener oportunidad de defenderse de todas las imputaciones que se hacen en su contra. ¿Cómo defenderse de hechos o suposiciones que ni siquiera se sabe que ocurrirán? ¿Qué argumento plausible esgrimir ante aquello? La ilegalidad salta a la vista. Juzgue SS Ilustre.

3. *Conclusión: Existe una evidente falta de proporcionalidad en la sanción aplicada a la infracción del cargo 23.2*

306. Como ya se dijo anteriormente, la sanción aplicada a este cargo fue la clausura total y definitiva del proyecto debido a la supuesta magnitud de la infracción y al riesgo ambiental asociado a la continuidad de la ejecución del

⁸⁰ Esto, desde luego, podría reconocer como excepción cuando la circunstancia sea atenuante de la responsabilidad del infractor, caso en el cual podrá ocurrir durante la tramitación del sancionatorio en cuestión.

proyecto. La SMA sostuvo que existiría la probabilidad de que el ecosistema altoandino, ya dañado, se vea expuesto a situaciones que incrementen el deterioro, dificultando además los procesos de reversibilidad natural de una sección de Vega Norte, en caso de la continuidad de la ejecución del proyecto.

307. Respecto a la calificación de la infracción como gravísimas, la SMA cometió sendas ilegalidades, a saber: (i) no valoró la prueba presentada por CMN y tampoco consideró los informes entregados por organismos públicos; (ii) fundamenta la calificación de la infracción en hechos ya sancionados anteriormente en esta misma resolución y (iii) no comprobó su hipótesis de daño ambiental irreparable, trasladando la carga de la prueba a mi representada, actuando incluso contra los criterios de tribunales y el CDE en esta materia y la propia SMA. Por su parte, respecto a las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, la SMA no consideró la presentación de autodenuncia como factor de disminución de la sanción.

308. Lo que se viene diciendo es más grave aún si se considera que la sanción aplicada ha sido total y completamente desproporcionada. De no haberse cometido tales ilegalidades, la infracción no habría sido calificada como daño ambiental irreparable, ni sancionada con la arbitraria sanción de la clausura total de la faena minera de CMN.

309. Probablemente lo más grave en el caso que nos convoca es la manifiesta vulneración del principio de igualdad en desmedro de nuestra representada. La SMA, en casos similares o incluso de mayor magnitud, de daño ambiental irreparable, ha actuado de forma menos severa pues jamás ha impuesto una clausura total y definitiva del proyecto que sanciona tal como lo hemos ya señalado para los casos de Anglo American Sur S.A.- Los Bronces y Compañía Minera Maricunga – Kinross Refugio.

310. En consecuencia, SS Ilustre, todas las ilegalidades cometidas en relación con el presente cargo han llevado a que la SMA haya aplicado una sanción desproporcionada, arbitraria y, lo que resulta más inaceptable aún, que no se condice con la práctica administrativa que la misma SMA ya ha aplicado en otros casos similares o, incluso, más graves que el presente. Esta situación es la que creemos, con convicción, que este Ilustre Tribunal debe enmendar.

(ii) ILEGALIDADES COMETIDAS EN LA SANCIÓN DE CLAUSURA DEFINITIVA APLICADA AL CARGO N° 23.9 DEL SANCIONATORIO A-002-2013.

311. En el procedimiento sancionatorio A-002-2013 bajo el N° 23.9, la SMA formuló el siguiente cargo *“No activar el Plan de Respuesta de calidad de aguas en el mes de enero de 2013, habiéndose constatado niveles de emergencia, según los niveles de alerta de calidad de aguas determinados en la RCA”*.

312. La SMA ha clasificado el cargo como grave, pues en su concepto el hecho infraccional habría generado de un riesgo significativo para la salud de la población (Art. 36 N° 2 b) LOSMA) y envolvería el incumplimiento grave de las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad (Art. 36 N° 2 e) LOSMA).

313. Como es de conocimiento de SS Ilustre, el presente cargo se funda en la falta de activación del Sistema de Alerta Temprana y Plan de Respuesta (“PATR”) que, según la SMA, debió haberse implementado en el mes de enero de 2013 en la medida que para entonces se habrían superado los umbrales de calidad de aguas del Río Estrecho fijados para los 9 parámetros de drenaje de ácido de rocas (“DAR”), según la metodología establecida en la RCA 24/2006, con lo que se habrían generado niveles de alerta.

314. **En su contestación de abril de 2013, CMN aceptó, con limitaciones, los hechos infraccionales a que da lugar el presente cargo.** En efecto, CMN aceptó que la autorización de la modificación metodológica por parte de la autoridad competente que daba lugar a la activación de los PATR, no fue informada a la SMA; sin embargo rechazó haber incurrido en cualquier otro incumplimiento.

315. Así también lo entendió la SMA en la resolución sancionatoria 72/2018. En efecto, en el párrafo 4404 la SMA descartó el planteamiento efectuado por las comunidades diaguitas y las empresas agrícolas Agrícola Dos Hermanos Ltda. y Agrícola Santa Mónica Ltda. referido al presunto allanamiento de CMN⁸¹.

⁸¹ El Considerando citado señala que *“la empresa reconoció el hecho, en los mismos términos que el Cargo 23.8, es decir, que el pronunciamiento de la D.E. del SEA, de 07 de junio de 2012 (Carta D.E. N° 120941), no había sido informada por la empresa, en el sistema de pertinencias de la SMA, de conformidad a lo ordenado en la entonces vigente Res. Ex. N° 574/2012, de la SMA”*.

316. Según lo indica la SMA en los párrafos 4012 y 4354 de la RE 72/2108, a propósito de los análisis de los cargos 23.8 y 23.9, el PATR se encuentra destinado a determinar cualquier cambio en la calidad de las aguas a consecuencia del desarrollo del Proyecto, considerando todas las fases del mismo. El Plan de Respuestas, por su parte, busca adoptar medidas oportunas en caso de la detección de alguna alteración.

317. Ello, pues, como indica el considerando 4.3.1 a) de la RCA N° 24/2006, el titular del proyecto indicó que: “(...) *la construcción de las obras e instalaciones de manejo y tratamiento de drenajes ácidos del depósito de estéril Nevada Norte se llevará a cabo de manera tal que estén **operativas antes de iniciar la remoción de sobrecarga y estéril de la mina**, lo cual implicará su disposición en el depósito. De esta forma se asegura que el Proyecto no afectará la calidad de las aguas del Río del Estrecho en ninguna de sus etapas, incluida la fase de construcción*”. Este considerando debe entenderse en armonía con el considerando 4.4.2 b) de la misma licencia ambiental, que señala que el drenaje ácido se genera principalmente debido a la geoquímica de los materiales del depósito de estériles Nevada Norte.

318. En cuanto a la oportunidad en la cual el PATR debía activarse, tanto CMN como la SMA en su resolución sancionatoria N° 72/18, concuerdan en que ello debía ocurrir al momento de inicio del prestripping.

319. En consecuencia, la SMA concuerda con la empresa en que el PATR no es aplicable a toda la fase de construcción del proyecto, ya que de una lectura armónica de la RCA N° 24/2006 se advierte que se requería que ciertas obras se encontrasen operativas para dar curso a algunas de las acciones definidas para las situaciones de Pre-emergencia o Emergencia, según correspondiente.

320. Por otra parte, resulta pertinente recordar lo indicado por la Compañía desde el comienzo del procedimiento de sanción, en el sentido de que si bien la metodología de cálculo de niveles de alerta de calidad de aguas aplicada por CMN (al momento de iniciar el prestripping) no se encontraba explícitamente detallada en la RCA, sí se encontraba aprobada por la DGA y, es más, la propia Dirección Ejecutiva del SEA había emitido un pronunciamiento que respaldó el proceder de CMN.

321. La aplicación de la metodología establecida en la RCA 24/2006 mostró, de forma previa al inicio de la construcción del proyecto (octubre de 2009), valores que superaban los umbrales establecidos para la activación del PATR. Es decir, antes de que CMN ejecutara cualquier obra de construcción, los parámetros máximos permitidos en la metodología ya se encontraban superados. De esta manera, en teoría, el PATR debiera haber sido activado antes de que – irónicamente- CMN iniciara la ejecución del proyecto.

322. Ante esta evidente contradicción, se hizo innegable la necesidad de acordar con las autoridades competentes (SEA y DGA) una nueva metodología que fuera coherente con el desarrollo del proyecto y, a su vez, permitiera distinguir entre: (i) las causas naturales que pudieran haber afectado la calidad de las aguas del Río Estrecho sin intervención del proyecto (como la sequía prolongada) y (ii) aquella afectación de la calidad de las aguas del Río Estrecho que eventualmente podría haberse generado con motivo del proyecto.

323. Ahora bien y como se demuestra a continuación SS Ilustre, en el establecimiento de la sanción de clausura definitiva aplicable al siguiente cargo la SMA ha incurrido en las siguientes actuaciones ilegales: **(a)** desconoce la validez de la metodología empleada por CMN, contenida en la Consulta de Pertinencia que culminó con la dictación del Ord. 120941 de la Dirección Ejecutiva del SEA; **(b)** incurre en excesos metodológicos al incluir los “*efectos acumulativos*” en el cálculo de excedencias; **(c)** infringe el artículo 60 de la LOSMA sancionando dos veces a CMN por los mismos hechos; **(d)** La SMA califica el hecho como grave ignorando numerosos antecedentes y abundantes pruebas rendidas durante el procedimiento sancionatorio que confirman el cumplimiento de los parámetros DAR y la idoneidad de la metodología aplicada; **(e)** agrava, también ilegalmente, la infracción. Como resultado de todo lo anterior **(f)** la sanción de clausura carece de justificación adecuada, es desproporcionada, discriminatoria y abiertamente inidónea.

(a) La resolución sancionatoria N° 72/2018 desconoce la validez de la metodología empleada por CMN, contenida en la Consulta de Pertinencia que culminó con la dictación del Ord. 120941 de la Dirección Ejecutiva del SEA.

324. Para efectos de aplicar una metodología que hiciera posible distinguir aquellas causas naturales que impactaban la calidad de las aguas (posteriormente reconocido en el procedimiento de revisión de la RCA 24/2006 según Art. 25 quinquies de la LBGMA) de aquellas que eventualmente podrían haberse generado con ocasión del proyecto, CMN presentó al SEA una consulta de pertinencia.

325. En relación con el procedimiento mediante el cual se introdujeron modificaciones a la metodología de cálculo de niveles de alerta, el que finalizó con la dictación del Ord. 120941 de la Dirección Ejecutiva del SEA por el que se declaró que tales modificaciones no revestían consideración y, en consecuencia, no debían ingresar al SEIA, nos remitimos a lo ya expresado a propósito del cargo 23.8.

326. Ahora bien SS Ilustre, el punto es que, al ignorar la resolución de la Dirección Ejecutiva del SEA -que dispuso que el cambio metodológico propuesto por CMN no debía someterse al SEIA- y considerar la establecida originalmente en la RCA 24/2016, **la SMA estimó que el PATR resultaba aplicable en el mes de enero de 2013.**

327. Pero la consulta de pertinencia ha sido solo una de las actuaciones de CMN en relación a la metodología de seguimiento de los parámetros DAR.

328. El yerro en que incurre la SMA –que sirve de fundamento de este cargo- consiste así en omitir que, bajo la metodología aplicable en ese momento, la activación del PATR no se hizo necesaria desde el inicio del prestripping (mayo de 2012), ni a la fecha de formulación de cargos por parte de la SMA (enero de 2013) ya que mostraba valores por debajo de los umbrales de activación de las situaciones de pre-emergencia y emergencia del proyecto. De esta manera, CMN actuó confiada en que estaba en cumplimiento de las obligaciones relativas al PATR establecidas en la RCA 24/2006⁸².

⁸² Como se ha expuesto latamente en el escrito y durante todo el procedimiento sancionatorio, para los efectos de poder aplicar una metodología en virtud de la cual fuera posible distinguir aquellas causas naturales que impactaban la calidad de las aguas (posteriormente reconocido en el procedimiento de revisión de la RCA 24/2006 25 quinquies) de aquellas que eventualmente podrían haberse generado con ocasión del proyecto, CMN presentó al SEA una consulta de pertinencia dirigida a cambiar la metodología en virtud de la cual el PATR debía activarse. El SEA resolvió, en el Ordinario N° 120941, que el cambio de metodología descrito no constituía una modificación de consideración y que, por ende, no requería ingresar al SEIA.

329. Pero el contexto general es todavía más elocuente para explicar cómo la metodología de seguimiento de los parámetros DAR ha sido una materia abordada constantemente por CMN ante las autoridades ambientales correspondientes, las que han validado las conclusiones alcanzadas por la empresa, para lo que se debe tener especialmente presente lo siguiente:

- Para el año 2012, los parámetros DAR comparados contra la data de la línea base ampliada hasta abril de 2012, no evidencian un comportamiento anómalo con excedencias que hubieran permitido gatillar los niveles de alerta y con esto, la activación de los planes de respuesta.
- El Titular actuó bajo la legítima confianza de que se encontraba amparado bajo el pronunciamiento de la Dirección Ejecutiva del SEA contenido en la Carta 120941 de 7 de junio de 2012.
- Frente a los nuevos antecedentes que derivaron en el proceso de revisión de la RCA 24 respecto de la variable de calidad del agua, no resulta pertinente que el comportamiento de los parámetros DAR previo al inicio del prestripping y con posterioridad al inicio de la fase de construcción en octubre de 2009, se evalúe en comparación con la línea de base fijada para el año 2005.
- En razón de lo anterior, se ha utilizado la línea de base que resulta de la información recopilada hasta antes del inicio de la fase de construcción (2009) para contrastarla con el comportamiento de los parámetros DAR, respecto de las obras y actividades ejecutadas desde el comienzo de dicha fase. Pero como se ha indicado, este es un análisis ex post, después de revisar en detalle la Resolución N°477 de esta SMA, luego el fallo del Tribunal Ambiental y por último los informes de los Servicios Públicos dentro del proceso de revisión de la RCA, porque previamente y especialmente cuando ocurrieron los hecho investigados, se actuó bajo el legítimo convencimiento que correspondía aplicar la línea base 2012.
- De la información revisada, es posible observar que las concentraciones de estos parámetros aumentan desde antes del comienzo de la construcción del Proyecto (octubre 2009).
- Como se ha dicho, esta situación es la que motiva la consulta de pertinencia de ingreso presentada por mi representada en el año 2011, y el actual proceso de revisión de la RCA 24 en relación con la variable calidad del agua.

- Sin perjuicio de esta alza previa al inicio de la ejecución del Proyecto, se puede apreciar que durante el proceso de construcción se observan superaciones puntuales para ciertos parámetros de calidad de las aguas, situación que es más evidente durante el período que coincide con la construcción de las obras del sistema de manejo de aguas en particular la zanja cortafugas.
- Con posterioridad al término de la construcción de dichas obras, la mayoría de los parámetros de calidad de las aguas muestran una tendencia a la disminución de las concentraciones, hacia niveles similares a los existentes antes del comienzo de la construcción.
- Respecto de las conclusiones arriba indicadas, el Proyecto no establecía para el titular ninguna obligación de activación de medidas ni actividades, por cuanto las obras destinadas a la mitigación de estos efectos (sistema de manejo de aguas) así como las actividades operacionales diseñadas para dicho fin (sistema de alerta de calidad de agua), estaban concebidas para la última etapa de la fase de construcción en adelante (prestripping y posterior Operación). Ni la RCA ni el proceso de evaluación ambiental contemplan obras o medidas para hacerse cargo de los eventuales impactos o efectos que la construcción y/o implementación de las obras y medidas del sistema de manejo de aguas pudiera generar.
- De este modo, para el período comprendido entre el inicio de la fase de construcción en octubre de 2009 y el inicio de la depositación de material de sobrecarga en el depósito Nevada Norte en mayo de 2012, la superación de las concentraciones comparadas con la línea de base de calidad de las aguas (sea 2005 o 2009) para cualquiera de los parámetros DAR, constituyó –en el peor escenario- un efecto no previsto en la evaluación ambiental.
- Ahora bien, y sin perjuicio de la calificación que se le quiera dar a la superación de ciertos parámetros DAR para algunos períodos de tiempo, la evidencia muestra que dichos efectos se encuentran acotados tanto desde el punto de vista espacial (respecto de tramos) como temporal.

330. De esta manera, es claro que CMN ocupó la metodología que estaba en conocimiento de las autoridades ambientales, y cuyos fundamentos ya han sido

ampliamente reconocidos por ella, como consta en el resultado del proceso de revisión de la RCA 24/2006 conforme al artículo 25 quinquies de la Ley 19.300.

(b) LA SMA incurre en excesos metodológicos al incluir los “efectos acumulativos” en el cálculo de excedencias.

331. La SMA decidió ir más lejos. No sólo ignoró la resolución del SEA que sirve de respaldo al cambio metodológico para la activación del PATR, y el pronunciamiento del SEA en la RE 94/2016, sino que, además, escogió su propia manera de efectuar los cálculos para los efectos de configurar el presente cargo. Para ello, consideró los **efectos acumulativos** que se habrían presentado durante la etapa de construcción del proyecto, los que, evidentemente, no son recogidos en la evaluación ambiental del proyecto ni en la RCA 24/2006 como supuesto base para la activación del PATR.

332. En efecto, la SMA estima que los eventuales efectos acumulativos que se habrían generado con motivo de la ejecución de las obras de la etapa de construcción del proyecto habrían sido determinantes para la configuración del presente cargo.

333. Lo anterior, no obstante que en la RCA 24/2006 el único presupuesto válido para efectos de gatillar la obligación de activar el PATR es la afectación de la calidad de las aguas del Río Estrecho derivado de la generación de DAR del Botadero Nevada Norte y la única manera válida de constatar lo anterior consiste en ocupar una metodología capaz de distinguir entre las causas naturales que pudieran haber afectado la calidad de las aguas del Río Estrecho y aquella afectación de la calidad de las aguas del Río Estrecho que eventualmente podría haberse generado con motivo del proyecto, considerando como hito para ello el inicio del prestripping.

334. Pues bien, fue la propia autoridad ambiental quien reconoció a lo largo de la tramitación y aprobación del proceso de revisión de la RCA (mediante procedimiento del art. 25 quinquies de la LGBMA), el que culminó con la dictación de la resolución exenta 94/2016 del SEA de Atacama, que la variable calidad del agua superficial había variado sustantivamente de modo natural en relación con lo proyectado (Considerando 13 de la RE 94/2016).

335. En la RE 94/2016 se estableció así que la línea base de calidad del agua del Río Estrecho debe ser extendida hasta el mes de septiembre de 2009 (Considerando 16), que corresponde al inicio de la construcción del proyecto, modificando, entre otros, el sistema de alerta, su metodología y de las acciones que contempla el PATR, para de esa manera poder identificar las causas naturales de impacto en la calidad del agua del Río Estrecho de aquellas que podrían eventualmente haber sido causadas con ocasión del proyecto.

336. De este modo, la interpretación de la SMA desconoce abiertamente el contenido de la RCA 24/2006 en la materia, así como del proceso de revisión que se le efectuó bajo el artículo 25 quinquies de la Ley 19.300, cometiendo una evidente ilegalidad al someter a CMN al cumplimiento de obligaciones no descritas en el acto administrativo, vulnerando el principio de tipicidad e incurriendo en una abierta ilegalidad.

(c) LA SMA no cumple con aplicar el artículo 60 de la LOSMA sancionando dos veces a CMN por los mismos hechos.

337. Como se analizó largamente en el escrito de Evacúa Traslado fechado el 14 de mayo de 2015 presentado a la SMA, y como se mencionó en general en el capítulo II de esta presentación, los hechos incluidos bajo los numerales 23.8 y 23.9 no pueden ser sancionados de forma independiente, toda vez que el segundo de ellos es consecuencia necesaria del primero: los planes de respuesta se deciden activar o desactivar en función de ciertos niveles de alerta de calidad de aguas superficiales, todo ello con arreglo a una cierta metodología que, en ese entonces, nadie puso en duda.

338. La propia SMA así lo reconoce, al menos implícitamente. En efecto, la Res. Ex. D.S.C./P.S.A. N°00356 de fecha 25 de abril de 2016, que requiere información que indica a Compañía Minera Nevada SpA, en el Resuelvo I, literal d, los trata también de manera conjunta. En ella se lee: *“d) en relación a los cargos detallados en los numerales 23.8 y 23.9 del Ordinario U.I.P.S. N°58, ya individualizado, se requiere que CMN SpA indique los costos asociados a la implementación en tiempo y forma del Plan de Respuesta de calidad de aguas en el mes de enero de 2013, en los términos fijados por la RCA N°24/2006”*.

339. Por medio de esta resolución, la SMA solicita los antecedentes mencionados, agrupando ambos hechos bajo un mismo requerimiento formulado como si se tratara de infracciones independientes, de lo que se desprende que la SMA también interpreta que los hechos 23.8 y 23.9 no se entienden separadamente.

340. Sobre el resto de las argumentaciones respecto de la ilegalidad incurrida por la SMA al negarse a aplicar un criterio de agregación de sanciones, nos remitimos a lo ya expuesto en el capítulo primero de esta presentación.

(d) La SMA califica el hecho infraccional como grave por cuanto habría generado “riesgo significativo para la salud de la población”, lo que debe ser descartado.

341. Si bien la SMA descarta la existencia de riesgo extra de cáncer por exposición al Arsénico en el periodo de la infracción, en lo que respecta al riesgo por exposición de agentes no cancerígenos, señala que habría constatado que el cociente de peligro del Manganeso (Mn) excedería la unidad y por ende los umbrales aceptables de exposición, para casi todos los periodos definidos en la Minuta Técnica DFZ, lo que la llevaría a inferir que se cumpliría con las condiciones establecidas en el artículo 36, N°2 letra b).

342. De esta manera, la SMA concluye que los únicos efectos asociados al proyecto que pondrían en riesgo la salud de la población se relacionarían con la exposición crónica a Mn.

343. Contrariamente a las conclusiones a las que llega la SMA, la infracción en análisis no ha generado un riesgo significativo para la salud de la población por las siguientes razones:

- (i) **Utiliza un criterio de evaluación de riesgo errado.** De acuerdo a la SMA, los únicos riesgos a la salud de la población identificados por la exposición a Mn se producirían por una exposición crónica. Los principales organismos de salud pública en el mundo, como la ATSDR, la EPA y la OMS, definen como “exposición crónica” a toda exposición

sostenida por un año y más (365 días continuos y más).⁸³ Sin embargo, la propia SMA, conforme consta en el considerando 4436, figura 10 (que corresponde a la figura 11.5, Memorandum DFZ N° 107), reconoce que el número de excedencias identificadas dentro del periodo móvil de los 12 meses previos a la presunta infracción (enero 2013) sólo alcanzaría un total de 8 excedencias. Lo anterior, significa que la población habría estado expuesta a umbrales superiores a los establecidos para el punto NE-8 únicamente en 8 meses, con lo cual no se configuraría el supuesto de exposición crónica, ya que éste exige un mínimo de 365 días y más de exposición continua.

La SMA, contrariamente a lo expuesto, concluye que existió exposición crónica en circunstancias que el aumento por sobre parámetros se manifestó durante un período de 8 meses (240 días) y que aún más, fue discontinuo.

Adicionalmente, en enero de 2013 (mes en el cual la SMA imputa el presente cargo) los valores de Mn en el punto NE-8 se encuentran muy por debajo (0,653 mg/lit) de los valores de línea base para el punto indicado (1,7 mg/lit).

(ii) **Mezcla de metodologías.** La SMA vuelve a cometer un error, al mezclar metodologías (criterio utilizado por ATSDR y EPA en relación a los tiempos de exposición y dosis de referencia) lo cual nuevamente llevaría a sobreestimar los eventuales efectos que habría generado la exposición analizada. No se trata de utilizar criterios más o menos conservadores, sino la importancia de ser consistentes en la metodología de evaluación de riesgo a utilizar, consistencia en la definición de dosis de exposición que va a utilizar para el análisis (RfD o MRL) y los tiempos de exposición que cada metodología utiliza para validar que se trata de efecto crónico (365 y más o durante toda la vida).

⁸³ La EPA, define la dosis de referencia (RfD) segura por ingesta de una sustancia para efectos crónicos como una exposición oral diaria durante toda la vida. Para el caso de los efectos no cancerígenos (que es el caso del Manganese), en el caso de sitios contaminados, se define efecto crónico como una exposición por 30 años. Finalmente la ATSDR, agencia norteamericana que realiza los estudios de salud pública para enriquecer el registro de enfermedades y sustancias tóxicas que pueden generar riesgo a la salud, establece la definición más restrictiva para definir un efecto a la salud crónico, señalando que debe ocurrir durante 365 días y más.

(iii) **No existe riesgos agudos ni subcrónicos asociados al Manganeso.** Descartados los efectos de exposición crónica al no cumplirse con el tiempo mínimo de exposición necesaria, ninguna de las Agencias Regulatorias (EPA, OMS, ATSDR) ha descrito efectos sobre la salud humana con exposiciones intermedias o subcrónicas.

(iv) **La OMS no considera riesgo para la salud porque los efectos organolépticos, que hacen el agua no bebible, están muy por debajo de los límites a los cuales se observa riesgo para la salud.** Aun cuando la SMA reconoce lo indicado por la OMS respecto de los efectos organolépticos del Manganeso, concluyen que no es un criterio a incluir en el análisis de riesgo. Así, mientras la OMS sí incluye la aceptabilidad en el análisis de riesgo de este elemento (de manera que ha descartado definir un valor guía de Manganeso en el agua de beber, es decir, ha considerado que la presencia de Mn en el agua no es una preocupación para la salud de las personas en razón a que el agua se torna inaceptable con niveles de Mn muy inferiores a aquellos que pudieran generar algún potencial efecto), la SMA no lo acepta, evidenciando una intención positiva destinada a rechazar cualquier antecedente provisto por la compañía, aunque éste sea sostenido por la principal autoridad mundial en materias de salud pública.

(v) **La SMA no considera el análisis y conclusiones de su propia División de Fiscalización, que descarta establecer una relación de causalidad entre el proyecto y los mayores niveles de elementos no cancerígenos presentes en el agua.** De hecho, la SMA desecha este análisis señalando que el aumento de los niveles coincide con la época de inicio de ejecución del Proyecto Pascua Lama, omitiendo en la resolución el hecho que el índice HQ (que emplea para concluir riesgo, aunque metodológicamente no corresponde) evidencia un aumento no solo en la red de monitoreo asociada al PAT, sino que también en los puntos de control (VIT8), medidos en otra cuenca, en la cual se determinaron HQ muy superiores a los registrados en el Río Estrecho.

(vi) **La exposición a Mn constituye un riesgo natural presente.** El valor de línea base para Mn en NE-8 es de 1,7 (mg/l), lo que significa que si una persona consume 2 litros de agua al día directa del río, está ingiriendo 3,4 mg/día de Mn, por debajo del valor de riesgo identificado por la OMS.

(vii) **No existe riesgo incremental asociado al proyecto.** Los valores registrados demuestran que las variaciones en el punto de control NE-8 se relacionan con eventos puntuales y acotados, insuficientes para generar un efecto crónico en la salud de la población. Asimismo, los valores registrados en el punto indicado se encuentran dentro de los rangos históricos de línea de base.

344. De esta manera, como SS Ilustre podrá concluir el análisis que en esta materia efectúa la SMA es completamente errado y así la fundamentación sobre la que pretende sostener la sanción inadecuada, conduciendo a un resultado abiertamente ilegal.

(e) La SMA califica el hecho como grave ignorando numerosos antecedentes y abundantes pruebas rendidas durante el procedimiento sancionatorio que confirman el cumplimiento de los parámetros DAR y la idoneidad de la metodología utilizada.

345. En este punto, es importante señalar que si CMN actuó -como lo hizo- aplicando una metodología que fue, al menos, conocida y visada por la autoridad ambiental, entonces no puede hacerse un reproche por no haber activado el PATR y, mucho menos, podría considerarse que incumplió gravemente obligaciones destinadas a eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto o actividad.

346. En este punto conviene recordar que la modificación metodológica introducida tenía como antecedente las excedencias naturales en la calidad del agua y no fue consecuencia de un capricho de CMN. En efecto, la tramitación y aprobación del proceso de revisión de la RCA (25 quinquies) que culminó con la dictación de la resolución 94/2016 del SEA de Atacama, tomó detallada razón de aquello, determinando que la variable calidad del agua superficial había variado

sustantivamente de modo natural en relación con lo proyectado (Considerando 13 de la RE 94/2016).

347. Por otro lado, en opinión de la SMA, el proyecto habría generado impacto sobre el agua subterránea en la parte alta de la cuenca. Dicho impacto, se estima que tendrá de un carácter permanente pero que no reúne condiciones para ser calificado como significativo. De esta manera, la SMA estima que el referido impacto se transmitirá a las aguas superficiales pero de modo localizado y con baja magnitud.

348. Sin perjuicio que CMN no está de acuerdo en el alcance permanente de los cambios que concluye la SMA, por cuanto los monitoreos y registros posteriores a la finalización de la etapa de construcción demuestran una estabilización de los registros dentro de los rangos históricos de la Línea de Base del Río del Estrecho. Esto ratifica la opinión de CMN respecto de que las superaciones registradas en la etapa de construcción del proyecto fueron acotadas y puntuales y no generaron riesgo ni daño ambiental alguno.

349. En efecto, la imputación de incumplimiento grave de medida pierde toda lógica, máxime resultan errados los elementos fundantes de la eventual configuración de la infracción, y las circunstancias que incidirían en la calificación de gravedad de la misma, toda vez que la propia SMA ha indicado que la afectación de la calidad de las aguas subterráneas de la parte alta de la cuenca del Río Estrecho no reúne las condiciones para estimarse como significativa y, que en mérito de ello, la afectación de la calidad de las aguas superficiales dentro del área del proyecto se estima localizada y de baja magnitud.

350. Asimismo, y considerando que el plan de alerta está concebido para hacerse cargo de situaciones de eventual acidificación de las aguas que entren en contacto con el BNN, mal podría haberse activado el PATR tomando en cuenta que no existe evidencia alguna de que el BNN haya generado aguas de contacto, como la misma SMA lo ha indicado expresamente la resolución sancionatoria N° 72 (Anexo 4, Tabla 4. “Efectos en las aguas subterráneas y superficiales esperables de la ejecución de ciertas obras o acciones asociadas al proyecto”, cita al pie de página número 9: “El objetivo de esta Tabla es presentar los

impactos que teóricamente podrían esperarse de la ejecución de ciertas obras/acciones del proyecto”.

351. Por lo tanto no representa necesariamente la realidad, puesto que existen ciertas obras/acciones que no se han ejecutado (por ejemplo, este es el caso de la Línea N°1 de pozos, o de la Línea N°2 que fue energizada en enero del año 2015), o bien habiéndose ejecutado no existe evidencia de la generación de impactos (este es el caso de la generación de aguas de contacto en el botadero Nevada Norte)”

352. Lo anterior, nuevamente, es de vital importancia toda vez que, considerando que el sistema de alerta del proyecto y su consecuente PATR se encuentra ligado directamente a la producción de drenaje ácido de roca derivado del BNN (prestripping marca hito de la obligatoriedad de aplicación de la metodología de cálculo y posterior PATR debido al inicio de depositación en el botadero), y por ende constituye la medida de mitigación principal del proyecto que buscaba evitar y contener cualquier alteración en la calidad de las aguas del río Estrecho y de la Biota existente en el mismo; no habiéndose evidenciado la generación de impactos derivado de aguas de contacto del BNN, resulta total y absolutamente desproporcionada la estimación de incumplimiento grave, al no cumplirse los supuestos necesarios en este caso que obligarían al proyecto a la implementación de la medida.

353. De la misma forma, la SMA, al efectuar el análisis respecto del eventual daño o peligro a la calidad de las aguas derivado de los hechos investigados, llega a la conclusión que se debe descartar la aplicación del artículo 36 N° 1, letras a) y d) y artículo 36 N° 2, letra a), toda vez que no fue posible determinar eventual daño ambiental, afectación o peligro a la biota presente en el Río Estrecho, descartando asimismo eventuales efectos en turbidez de las aguas bajo la estación de monitoreo NE-3 y riesgos por ingesta de alimento y afectación de cultivos.

354. Señala la propia SMA en el considerando 4755 que: “(...) a juicio de este Superintendente, los antecedentes que constan en el procedimiento sancionatorio, no son determinantes para estipular que se haya producido una alteración a la calidad de las aguas de tal magnitud, que impliquen un daño

ambiental a las mismas, ni así tampoco a los componentes que el recurso hídrico sustenta, por las razones antes expresadas (...)"

355. Por último, hacemos presente que CMN monitoreó de manera permanente y en todas las estaciones de monitoreo que correspondía los nueve parámetros indicadores de DAR que la evaluación ambiental del proyecto identificó como representativos de una eventual afectación de la calidad de las aguas del Río Estrecho. Es más, CMN cotejó estos valores con aquellos de Línea de Base y metodologías de NA, desde, incluso, antes del inicio de la construcción del proyecto (2009), con los resultados que ya se han explicado.

356. Existen numerosos antecedentes y abundantes pruebas rendidas durante el procedimiento sancionatorio que confirman el cumplimiento de los parámetros DAR y confirmar la idoneidad de la metodología que fue modificada mediante la resolución de la Dirección Ejecutiva del SEA⁸⁴, incluyendo el Ordinario 426 de la Dirección General de Aguas, cuyo contenido reviste la mayor relevancia en cuanto deja en evidencia una serie de conclusiones extraordinariamente importantes para este procedimiento sancionatorio, entre ellas, que el efecto en la calidad de las aguas fue puntual, acotado y ha demostrado recuperación.

357. Las figuras siguientes dan cuenta del estado de cumplimiento del proyecto respecto a dichos parámetros considerando la metodología utilizada:

1. Errada configuración circunstancias Art. 40 LOSMA.

358. En relación con la errada configuración que realiza la SMA en el presente cargo es posible observar:

-
- a) ⁸⁴ documento acredita la opinión conforme del órgano sectorial competente con la propuesta de cambio metodológico planteado por CMN en la consulta de pertinencia.
 - b) Carta N°120941 de la Dirección Ejecutiva del SEA, de fecha 7 de junio de 2012, que acoge parcialmente la solicitud de reconsideración de pronunciamiento sobre consulta de pertinencia, estimando que de acuerdo a los antecedentes tenidos a la vista se concluía que el cambio en la modificación de la metodología (cambio que implicaba que la base de cálculo para determinar los niveles de alerta emplearía registros de calidad de agua superficial hasta el mes de abril de 2012), no constituía un cambio de consideración por lo que no se encontraba obligado a ingresar al SEIA.
 - c) Documentos del proceso de revisión de la RCA 24/2006, específicamente (i) Res. Ex. N°266 de la CEA de la Región de Atacama, de 9 de diciembre de 2013, que dispone iniciar proceso de revisión según lo dispuesto en Art. 25 quinquies de la Ley 19.300; (ii) ORD. N°278 del Ministerio de Medio Ambiente, de 29 de mayo de 2014 que concluye que existen antecedentes suficientes para proceder a la revisión de la RCA 24/2006 para adoptar medidas necesarias frente a comportamiento de la variable calidad del agua superficial del Río del Estrecho; (iii) ORD N°335 DGA Atacama, de 9 de mayo de 2014, manifiesta conformidad sobre la ampliación de los registros de la línea base de la componente ambiental hidroquímica; (iv) Res. 094/2016 que reconoce línea de base de 2009 y cambio en la metodología y sistema de alerta.

359. En cuanto a la importancia del daño causado o del peligro ocasionado. La SMA ha centrado su análisis e la importancia del daño causado o del peligro ocasionado al riesgo sobre la salud de las personas, en circunstancias de que esta parte ha demostrado que no existe un riesgo adicional a la salud de la población con motivo de las presuntas infracciones al sistema de manejo de aguas del proyecto.

360. En cuanto al número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción (letra b) del Art. 49). Según se ha explicado en forma precedente CMN ha descartado los riesgos a la salud de la población por exposición crónica al Mn por las siguientes razones: (i) utiliza un criterio de evaluación de riesgo errado; (ii) mezcla de metodologías; (iii) no existe riesgos agudos ni subcrónicos asociados al Manganeso; (iv) la OMS no considera riesgo para la salud porque los efectos organolépticos, que hacen el agua no bebible, están muy por debajo de los límites a los cuales se observa riesgo para la salud; (v) la SMA no considera el análisis y conclusiones de su propia División de Fiscalización, que descarta establecer una relación de causalidad entre el proyecto y los mayores niveles de elementos no cancerígenos presentes en el agua; (vi) la exposición a Mn constituye un riesgo natural presente; y (vii) no existe riesgo incremental asociado al proyecto.

361. Aun descartándose generación de riesgo, también se descarta aplicación de esta circunstancia debido a los siguientes argumentos:

(i) La SMA caracteriza la exposición para una población humana asumiendo que ésta consume toda el agua que bebe a razón de 2 litros diarios para los adultos, directamente del río, a la altura del punto de monitoreo NE-8.

(ii) Esta situación es un escenario hipotético elaborado en razón de la información proporcionada en el año 2005 en el EIA (usando información censal del año 2002), sin embargo sin asidero en la realidad pues ha quedado demostrado (Minuta Técnica DFZ N° 107; informe Comentarios a Minuta Técnica elaborado por los expertos Dra. Soledad Ubilla y Dr. Claudio Vargas y Ord. N°0368⁸⁵, de la I.

⁸⁵ En dicho oficio se señala que aquellas personas de la localidad de Chollay que se encuentran fuera del radio del Sistema de Agua Potable Rural (esto es, a una distancia entre 500 mts a 1,5 kilómetros), y que

Municipalidad de Alto del Carmen, de fecha 27 de abril de 2016, acompañado por esta parte mediante Carta PL-060/2016 de 17 de mayo de 2016) que la población del área de Chollay no consume el agua en dichas condiciones ni en dicho lugar, sino que son abastecidos mediante sistemas de APR (agua de pozo) y/o mediante camiones aljibes.

(iii) En segundo lugar, la información analizada por la Minuta Técnica DFZ N° 107, incluye datos recabados con anterioridad a la ejecución del proyecto, de acuerdo a los que se concluye que la cuenca del río Del Estrecho-Chollay ya mostraba características de alta presencia de metales.

(iv) Finalmente, la propia Minuta Técnica DFZ N° 107 reconoce que la metodología no está diseñada para identificar relaciones de causalidad entre los niveles de riesgo que pudieran identificarse y la presencia de un proyecto específico en el territorio, por tanto *impide confirmar o descartar que el proyecto Pascua Lama, por sí solo, haya generado aportes adicionales al nivel riesgo pre-existente en el territorio.*

2. Intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma (letra d) del Art. 40).

362. La intencionalidad debe entenderse como el dolo o voluntad deliberada, que supera la simple inobservancia de las exigencias que se estiman infringidas. En dicho sentido, no se ha producido ninguna prueba que permita concluir que por parte de CMN haya existido una voluntad específica, consciente y voluntaria de infringir las exigencias cuyo incumplimiento se imputa en los Cargos N°23,8 y 23.9.

corresponden a aproximadamente 7 familias, son abastecidas de agua potable mediante camión aljibe municipal.

363. Es más, todos los antecedentes que obran en el proceso permiten arribar a la conclusión contraria: la falta de activación del sistema de alerta se debió a que, durante el período de la infracción supuesta, CMN se encontraba actuando bajo la legítima confianza que le proporcionaba el encontrarse amparada por el pronunciamiento favorable de la DE del SEA.

364. Citamos en este sentido el siguiente testimonio de don Manuel Tejos quien prestó declaración ante el fiscal instructor del procedimiento con fecha 29 de enero de 2016, quién específicamente respondiendo a las preguntas reformuladas bajo el N°9⁸⁶, ilustra la convicción y el proceder transparente de CMN:

“P: a) Ud. comentó dentro de sus labores que participaba también en permisos, dentro de ese rol Ud. estuvo en conocimiento de las pertinencias que se presentaron en relación a la metodología de cálculos.

Respuesta: “Sí, yo estaba a cargo.”

“P: b) Y por qué se piensa en una nueva metodología, en relación a lo que estaba contemplado en la evaluación ambiental.

Respuesta: “Es súper relevante, tal vez explicarlo porque en el expediente a lo mejor no quedó muy claro. El trabajo respecto a la metodología de cálculo de los niveles de alerta es un trabajo que Pascua Lama parte al año siguiente de haber obtenido la RCA, estamos hablando 2007, con la DGA Nacional, entendiéndose justamente que, al no haber años de período del Niño, existían isoconcentraciones de los metales en forma natural y el proyecto que parte la construcción en octubre de 2009, antes de iniciar cualquier obra, no se cumplía con los parámetros de calidad producto de este efecto y así lo entendía la DGA y se trabajó durante muchos años con la DGA, primero nacional, en entender cuál era la mejor metodología de cálculo de los niveles de alerta, dado que la aprobada ambientalmente no permitía dirimir si los efectos de calidad del agua son producto del proyecto o naturales.

“P: c) Qué se requiere para tener una metodología más acabada, en términos de datos, se requieren más datos para tener una metodología más acertada.

Respuesta: “Lo que buscaba este trabajo, en realidad en qué se centró este trabajo con la DGA nacional, después la regional, esto se expuso en la COREMA de la III Región, lo que buscaba era poder determinar en una primera instancia, cuál eran los efectos de la condición natural de las calidades del río, entendiéndose que estamos en una zona con altos contenidos de metales y cuáles eran las condiciones que podían atribuirse al proyecto.

Y respecto al permiso, fueron muchos años los que se conversaron con la DGA nacional, DGA regional, se presentó ante la COREMA de la III Región y luego esto se ingresó vía una pertinencia de ingreso, no recuerdo si era CONAMA o SEA en esa altura de III Región, emitió informes la DGA (...).”

(f) La sanción de clausura definitiva aplicada carece de justificación adecuada, es desproporcionada, discriminatoria y abiertamente inidónea.

⁸⁶ Según transcripción anexa a Res. Ex. N°00355 de 25 de abril de 2016.

365. Como hemos señalado, las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales publicada por la SMA en diciembre de 2017 destina las páginas 80 y 81 para identificar los criterios que justifican la aplicación de una sanción no pecuniaria.

366. Al referirse específicamente a la concurrencia de estos criterios en relación con la infracción 23.9, se señala en el párrafo 7603 que *“En este caso y al tenor de los antecedentes que constan en el procedimiento sancionatorio, se estima que la magnitud de la infracción justifica por sí sola la aplicación de una sanción no pecuniaria, principalmente por haber expuesto a niños, adolescentes y a adultos a un riesgo producto de su actuar, junto con que, este incumplimiento refleja la desidia de cumplir obligaciones que resultan elementales para el funcionamiento de la faena minera.”*

367. Tal como se ha señalado en esta presentación, no es efectivo que el proyecto haya incrementado los niveles de riesgo a la salud de la población, motivo por el cual esta hipótesis debe descartarse.

368. El segundo de los criterios empleados por la SMA para fundamentar esta sanción consiste en la “desidia” de CMN. En efecto, la SMA señala que el incumplimiento de mi representada refleja **“desidia de cumplir”**, una categoría que no es legal ni reglamentaria y que no ha sido siquiera recogida en la Guía Metodológica de Sanciones; su existencia no ha sido materia de prueba alguna y, por lo tanto, no puede considerarse como fundamento para la imposición de una sanción tan gravosa.

1. La sanción de clausura es abiertamente desproporcionada y revela un trato discriminatorio hacia CMN.

369. Como ya lo hemos hechos para otros cargos, consideramos necesario ilustrar la enorme desproporción y el trato manifiestamente discriminatorio que se ha dado a CMN mediante la sencilla comparación entre la respuesta sancionatoria por la que se ha optado en estos autos y aquella que se dio tanto a la empresa Tecnorec S.A. (Rol D-014-2013), como a Angloamerican – Los Bronces (Rol F-054-2014), esta última, en relación con el Depósito de Estériles Donoso.

370. Acerca de la sanción de clausura contra Tecnorec S.A. En las **136 páginas** de la R.E. N°695/2014, la SMA evalúa, pondera y sanciona a esta empresa en relación con 18 infracciones: 16 corresponden a incumplimientos de una resolución de calificación ambiental; 1 a un incumplimiento de instrucciones de la SMA y la última consistió en la ejecución de 7 actividades para los que la ley exige resolución de calificación ambiental sin contar con ella, las que, conjuntamente, fueron calificadas como infracción gravísima, en tanto se constató la generación de riesgo para la salud de la población.

(i) Del total de infracciones, 17 fueron sancionadas con multa. Entre ellas el cargo N°13, consistente en la emisión de plomo en concentraciones que superaron los límites establecidos en la RCA. Esta infracción fue clasificada por la SMA como **grave** en virtud de lo dispuesto en los artículos 36 N°2 literales a) y e), es decir, se trató de una infracción que **habría generado riesgo para la salud de la población**, así como habría importado el incumplimiento grave de medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad. Para el primer caso, se determinó que el riesgo ocasionado fue de **carácter alto**; que el **número de personas cuya salud pudo verse afectada fue de aproximadamente 520. Esta infracción fue sancionada con una multa de 132 UTA**, atendido el hecho de que la empresa tenía una capacidad económica reducida.

(ii) La infracción N°18 consistente en la ejecución de diversas obras (7) destinadas a modificar el proyecto original aprobado sin contar con RCA, fue calificada como **gravísima** en atención a que generó un riesgo **alto** para la salud de la población, consistente en una creciente exposición al plomo y otros agentes contaminantes respecto de una población de niños y adultos (además del riesgo ocupacional), producto de las emisiones y efluentes desde las instalaciones. La vía de exposición al riesgo es múltiple (aérea, contacto con superficies contaminadas, entre otras). El número de población afectada fue de **520 personas**, incluyendo adultos y niños. Esta infracción fue sancionada con **clausura temporal de las instalaciones, hasta que la empresa obtuviera calificación ambiental de las instalaciones.**

(iii) La SMA se detiene en explicar por qué eligió una clausura temporal y no una revocación o clausura definitiva. En efecto, señala que con una sanción de carácter más permanente **“se estaría limitando en forma desproporcionada la posibilidad de la empresa Tecnorec de volver a un estado de cumplimiento y de eliminar el peligro que supone su actual situación.”**

(iv) En este único caso de aplicación de una sanción no pecuniaria por una infracción asociada a riesgo para la salud de la población, queda de manifiesto como la SMA ejerce sobre CMN un trato completamente disímil, desproporcionado y discriminatorio, que revela de suyo la ilegalidad de la Resolución 72 y la necesidad de que sea enmendada conforme a derecho.

371. Acerca de la sanción de clausura contra Angloamerican – Los Bronces.

Este fue un proceso de sanción iniciado en el año 2014 contra compañía minera Anglo American Sur respecto del **Depósito de Estériles Donoso**, instalación asociada a la faena minera Los Bronces. En mayo de 2015 la SMA dictó la Resolución Exenta N°363/2014 de **72 páginas**, en la que sanciona a la empresa por 5 incumplimientos a una resolución de calificación ambiental.

372. Dentro de los incumplimientos se sancionó a la compañía por la generación y escurrimiento de drenaje ácido desde el Depósito, el que -habiendo sido detectado 9 años antes de la sanción- no había sido resuelto, situación que fue sindicada como la causa directa de la afectación (calificada como daño ambiental irreparable) de vegas y vegetación azonal asociada. Adicionalmente, muestra la existencia de un riesgo continuo y efectivo a la salud de la población por años.

373. La SMA estimó que la empresa había actuado de forma intencional (aplicando el mismo criterio de “sujeto calificado” que aplica a CMN), señalando además que la conducta revelaba “inoperancia”⁸⁷ de parte de la compañía. Dicha inoperancia consistió en el hecho de haber estado en conocimiento de la situación de generación de drenaje ácido desde un período de 9 años previo al inicio de

⁸⁷ Res. Ex. SMA 363/2015, Considerando 333.

este proceso de sanción, habiendo sido la empresa sancionada en dos oportunidades por la autoridad ambiental competente en la época.

374. ¿Cuál es la sanción elegida para este caso en el que la SMA estima que existe **daño ambiental irreparable** e **inoperancia al infractor**? La clausura temporal del depósito de estériles Donoso, mientras se diseña e implementa una solución definitiva para la generación de drenajes ácidos que resulta ser, por cierto, una sanción proporcionada.

375. La sanción de clausura definitiva es abiertamente inidónea. La SMA, en el cuerpo de la R.E. 72/2018, así como también en sus anexos, señala correctamente que el Sistema de Alerta Temprana de Calidad de Agua se encuentra relacionado directamente con los efectos de la depositación en el Depósito Nevada Norte.

376. Teniendo esto en cuenta, la aplicación de una sanción de clausura definitiva y total de la faena aparece como absolutamente desproporcionado para cumplir con el alegado fin cautelar en razón de lo siguiente:

377. En el Anexo N° 4 de la resolución sancionatoria N° 72, Tabla N° 4, al pie de página, la SMA reconoce que el Botadero Nevada Norte no ha generado efectos en la calidad de las aguas.

378. En cuanto a los efectos en la calidad de las aguas que se constatan en el río Estrecho, la SMA también reconoce que no puede atribuirlos al incumplimiento imputado en el cargo 23.9. En razón de lo anterior, la SMA ordena la ejecución de la siguiente medida urgente y transitoria de control y seguridad: *“En virtud de lo constatado e imputado en la infracción N° 23.9 del Ordinario U.I.P.S. N° 58/2013, deberá realizar la caracterización geoquímica del material depositado entre NE-5 y el muro cortafugas, originado tras la excavación de la zanja cortafuga. La caracterización debe estar orientada a determinar la composición de dicho material, como también a evaluar el potencial que éste tiene de generar efectos en la calidad química del agua del río Estrecho. Esta caracterización deberá realizarla en el plazo de seis meses a contar de la fecha de notificación de la resolución sancionatoria y remitirla a la SMA, en el plazo de 10 días hábiles una vez que obtenga los resultados respectivos.”*

379. Resulta evidente, por lo tanto, que la sanción de clausura definitiva de toda la faena minera es completamente desproporcionada toda vez que no tiene relación con la infracción que se imputa, ni contribuye a un fin de cautela que bien podría ser obtenido por medios más adecuados y menos gravosos para la compañía, tal como se ha hecho en casos análogos.

(iii) ILEGALIDADES COMETIDAS EN LA SANCIÓN DE CLAUSURA DEFINITIVA APLICADA AL CARGO N° 23.11 DEL SANCIONATORIO A- 002-2013.

380. En el procedimiento sancionatorio A-002-2013 la SMA formuló cargos a mi representada, en el número 23.11, por la siguiente infracción *“La descarga de aguas de contacto al río Estrecho que no cumplen con los objetivos de calidad de aguas. Además, cabe agregar que en la obra señalada en el numeral 23.10 precedente, se toma la decisión de descargar al río Estrecho, según medición in situ de dos parámetros de calidad (pH y conductividad eléctrica), siendo que la RCA dispone que la descarga al río Estrecho debe cumplir con el DS 90”*.

381. Respecto de este cargo, en el acápite *“Determinación de la Configuración de la Infracción”* que comprende los párrafos 5318 y 5319, la SMA señala -en síntesis- que CMN habría efectuado, entre enero y marzo del año 2013, descargas de aguas de contacto al río Estrecho desde la CCR que no cumplirían con los parámetros de calidad establecidos en la RCA N° 24/2006. Adicionalmente, que CMN tomaba la decisión de descargar aguas de contacto solo a partir de la medición en línea y resultados de caudal, pH y conductividad eléctrica, cuando la RCA N° 24/2006 establecería una serie de parámetros que deben ser cumplidos. Así determina que debe entenderse probado el hecho y configurada la infracción N° 23.11 imputada en el Ord. U.I.P.S. N°58/2013 de la SMA.

382. Por otra parte, la SMA resolvió reclasificar el cargo en virtud de los literales b) y e) del art. 36 numeral 2, de la LOSMA, toda vez que, en su concepto, se habría verificado un riesgo significativo a la salud de las personas, por exposición al contaminante no cancerígeno Manganeseo. De igual modo, se habría verificado que la infracción se trataría de un incumplimiento a una medida de carácter central, destinada a eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto,

descartándose la existencia de un daño ambiental en lo relativo a la calidad de las aguas.

383. Como SS Ilustre podrá comprobar en el establecimiento de la sanción de clausura definitiva impuesta al presente cargo, la SMA ha incurrido en una serie de actuaciones ilegales. En efecto: **(a)** la SMA ha reclasificado ilegalmente el cargo por cuanto no existe el riesgo significativo a la salud de la población; y **(b)** en relación con las circunstancias del art. 40 de la LOSMA tanto en relación con el supuesto peligro ocasionado así como respecto del supuesto número de personas cuya salud pudo afectarse. Finalmente, **(c)** la SMA termina aplicando una sanción de clausura definitiva que no resulta debidamente fundamentada y por lo mismo completamente desproporcionada.

(a) La SMA ha reclasificado ilegalmente el cargo por cuanto no existe el riesgo significativo a la salud de la población, así como el incumplimiento grave de las medidas para eliminar o minimizar efectos adversos del proyecto, que ella pretende sostener.

384. En el párrafo 5386, la SMA establece conclusiones preliminares que luego confirma, en su evaluación de riesgo a la salud de la población. En el texto expone que: (i) en lo que se refiere al análisis del riesgo extra de cáncer por exposición al Arsénico, en el periodo de la infracción, para ambos grupos etarios no se verificaron resultados que excedan los rangos aceptables de las recomendaciones internacionales por exposición a este parámetro, por tanto se descarta el riesgo extra de cáncer por exposición al Arsénico, sin embargo, (ii) en lo que respecta al riesgo por exposición de agentes no cancerígenos para los rangos etarios, adulto e infantil, se ha verificado que el cuociente de peligro determinado para el Manganeso excede la unidad y por ende los umbrales aceptables de exposición, descartando la probabilidad de riesgo a la salud de las personas de carácter no cancerígeno, producto de la exposición a los restantes parámetros

385. Sin embargo, tal como hemos hecho presente a propósito del análisis de riesgo a la salud incluido en el cargo 23.9, es necesario que este Ilustre Tribunal descarte la hipótesis sostenida por la SMA y, en consecuencia, enmiende la calificación efectuada, por cuanto es completamente errónea.

386. En efecto, como ya hemos señalado en el análisis del cargo 23.9, la SMA (i) contraría los criterios temporales utilizados por la ATSDR, la EPA y la OMS que definen como “exposición crónica” toda exposición sostenida por un 365 días continuos y más, cuestión que no se verifica en la especie; (ii) mezcla metodologías -criterio utilizado por ATSDR y EPA en relación a los tiempos de exposición y dosis de referencia- inconsistencia que la lleva a sobrestimar los eventuales efectos que habría generado la exposición analizada; (iii) debe considerarse, además, que descartados los efectos de exposición crónica las Agencias Regulatorias más importantes del mundo (EPA, OMS, ATSDR) no han descrito efectos sobre la salud humana con exposiciones intermedias o subcrónicas; y, por último, como si fuera poco (iv) ignora la postura de la OMS que considera que no existe riesgo para la salud en concentraciones sobre 0,1 mg/l de Mn, pues los cambios en las propiedades organolépticas del agua la convierten en no bebestible.

387. En relación con esto último resulta sorprendente que, aun cuando la SMA admite lo indicado por la OMS, concluye que no es un criterio a incluir en el análisis de riesgo. Esto es, mientras la OMS sí incluye la aceptabilidad en el análisis de riesgo de este elemento –esto es, considera que la presencia de Mn en el agua no es una preocupación para la salud de las personas en razón a que se torna inaceptable con niveles de Mn inferiores a aquellos que pudieran generar riesgo a la salud- la SMA no lo acepta, por sí y ante sí, con lo que parece demostrar que no hay argumento que valga para CMN.

388. Resulta de enorme importancia considerar que La guía de la OMS para agua de consumo humano (2011), señala que el Hierro y Manganeseo son de amplia significancia debido a sus efectos sobre la aceptabilidad⁸⁸. En la tabla 8.789 señala que el Manganeseo no es preocupación para la salud en los niveles que causa problemas de aceptabilidad en el agua de bebida. En los niveles que exceden 0,1 mg/l produce un gusto desagradable en el agua de bebida y tiñe los artefactos sanitarios⁹⁰. Adicionalmente se menciona que el Hierro presenta también efectos sobre la aceptabilidad sobre 0,3 mg/l.

⁸⁸ P. 29.

⁸⁹ P. 177.

⁹⁰ P. 226.

389. Pues bien, el agua en el punto N-8 en el período de no activación del PAT presenta concentraciones de Manganeso de 2.135 mg/l y de Hierro de 5,497 mg/l; los cuales están muy por sobre los niveles de aceptabilidad definidos por la OMS. En efecto, las concentraciones observadas son 21 veces más en Mn y 18 veces más en Hierro que lo definido por la OMS para la aceptabilidad de ingesta del agua y la población cuenta con alternativas de agua (camiones aljibe y APR).

390. Finalmente, la SMA no considera el análisis y las conclusiones de su propia División de Fiscalización, que descartó establecer una relación de causalidad entre el proyecto y los mayores niveles de elementos no cancerígenos presentes en el agua que son los únicos que se generaron y tuvieron a la vista durante la secuela de este procedimiento.

391. De esta manera, como SS Ilustre podrá concluir, el análisis que en esta materia efectúa la SMA es completamente errado. Aun cuando el Ilustre TA considerara que se ha acreditado la concurrencia de la causal del artículo 36 N°2, letra e) -como sostiene la SMA en su resolución sancionatoria- el descarte de la generación de un “riesgo significativo para la salud de la población”, en virtud de lo indicado en los párrafos anteriores, permite al Ilustre Tribunal atemperar la sanción impuesta al cargo, la que desde luego resulta ser –por este y por otros motivos que se enunciarán en el escrito- completamente desproporcionada.

(b) La SMA ha errado en la aplicación de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA tanto en relación con el supuesto peligro ocasionado así como respecto del supuesto número de personas cuya salud pudo afectarse y en la intencionalidad que atribuye a CMN.

392. En los párrafos 5362 y siguientes, la SMA evalúa la aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, estimando que resultan aplicables al caso, las letras a) y b) y d), esto es, la “importancia del daño causado o peligro ocasionado” y el “número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción” y la “intencionalidad en la comisión de la infracción”, cometiendo errores que deben enmendarse.

393. En efecto, en el primer caso, resulta evidente que la SMA ha estimado la generación de riesgo a la salud para efectuar dos operaciones distintas y con resultados acumulativos en perjuicio de CMN.

394. En primer lugar, para calificar la infracción como “grave” en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 N°2, letra b) de la LOSMA y, en seguida, para agravar la infracción en virtud del artículo 40 letra a) de la misma ley, esta vez, debido al “peligro ocasionado”, tomando en cuenta exactamente los mismos antecedentes para efectuar ambas evaluaciones.

395. Como resultado de este ejercicio, la SMA no sólo atribuye al proyecto la generación de un riesgo significativo para la salud inexistente –tal como se justifica en los párrafos anteriores- sino que vuelve a ponderar tal efecto como circunstancia agravante, lo que abulta de manera completamente artificial la respuesta sancionatoria, proceder que solicitamos a este Ilustre Tribunal enmendar.

396. Pues bien, al evaluar la circunstancia del artículo 40 letra b), esta es, el número de personas que cuya salud pudo afectarse por la infracción, la SMA obtiene como resultado que se trataría de 4 personas; 3 niños -uno de cada rango etario- y un adulto, que pudieron eventualmente haber captado agua para bebida desde el punto NE-8. Como hemos señalado, no ha existido un riesgo significativo para la salud de las personas y una evaluación correcta -esto es, efectuada conforme a los estándares de las instituciones internacionales rectoras en materia de salud- arroja, entre otras razones, que no ha existido la exposición crónica que se pretende. Para estos efectos nos remitimos a lo ya expuesto en este escrito.

397. En lo concerniente a la circunstancia recogida en el artículo 40 letra d), esta es, la “*intencionalidad en la comisión de la infracción*”, la SMA -en su párrafo 5709- se limita a esgrimir que CMN es un sujeto calificado para todos los efectos. En este punto, resulta necesario impugnar la evaluación efectuada por la SMA, pues el argumento que utiliza priva a CMN siquiera de la posibilidad de demostrar que, como sucede en este caso, ha obrado sin una intención positiva de incumplir.

398. Al respecto, la SMA podrá considerar que la mera comisión de una infracción de la RCA supone culpa, pero no le está dado suponer que en la especie se actuó dolosamente -única forma de entender la intencionalidad como

agravante-, pues esta es una circunstancia que no cabe presumir de la condición de “sujeto calificado”.

399. Si bien para fundamentar esta aseveración la SMA busca respaldo en el fallo del Ilustre Segundo TA recaído en Rol R-51-2014, nos parece que al atribuir de manera general “*intencionalidad*” a CMN basada en este fallo, en realidad, somete a CMN al peso de una presunción, eliminando la necesidad de aportar prueba que la acredite.

400. Por último, es evidente que, en la especie, existen antecedentes relevantes que deben llevar a una mejor consideración del asunto. En efecto, CMN no sólo ha acreditado que en la RCA 24/2006 se permitía el manejo diferencial de las aguas que se operativizó a través de la CCR, sino que además obtuvo la autorización sectorial de la DGA para construir y operar esa instalación, cuestión que no puede ser simplemente desestimada al momento de evaluar la existencia de esta presunta “intencionalidad”.

(c) La SMA termina aplicando una sanción de clausura definitiva que carece de la fundamentación adecuada, que aplica criterios que ni siquiera fueron establecidos en la ley, cuyos fines podrían haberse cumplido igualmente con una clausura parcial y que conducen a una sanción evidentemente desproporcionada.

401. Tal como hemos expuesto a lo largo del presente escrito el documento denominado Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales, publicado en Diciembre de 2017 por la SMA, destina únicamente 2 páginas a la identificación de los criterios según los cuales la SMA estima debe imponerse una sanción no pecuniaria. De estas dos páginas, encontramos tan solo 3 párrafos referidos a la aplicación de las sanciones más gravosas que contempla el ordenamiento legal-ambiental: la revocación y la clausura⁹¹.

402. Es más o menos evidente que la imposición de una medida tan gravosa e irreversible como la clausura definitiva de la faena minera Pascua Lama, plantea problemas jurídicos relevantes. En efecto, la SMA aplica la sanción de clausura definitiva, **sin contar con criterios legales o reglamentarios conocidos, que le**

⁹¹ El mismo espacio es destinado a los criterios a utilizar para imponer amonestaciones por escrito.

permitan discriminar entre sanciones aplicables a una misma infracción y, más importante aún, que otorguen un mínimo de seguridad jurídica a los regulados.

403. Tales criterios son descritos de manera imprecisa en tres párrafos de una guía, que ya cuenta con dos versiones distintas -2015 y 2017- y que ha variado de manera importante su contenido a este respecto. Esto hace que la aplicación de la sanción en cuestión, no sólo sea fuertemente desproporcionada -como se alega reiteradamente en esta reclamación- sino que derechamente lesiva, a la luz de los derechos que deben asistir a los administrados, tal como hemos ya expuesto.

404. Aún si pasamos por alto las objeciones planteadas en los párrafos anteriores, resulta que la aplicación de la sanción de clausura definitiva en este caso, tampoco se adecúa de manera estricta –como debería ser- a los criterios de la Guía Metodológica de Sanciones.

405. En efecto, tal como hemos señalado los criterios elaborados por la SMA, en el documento citado, atienden a: (i) casos en que una sanción pecuniaria no va a ser un desincentivo suficiente para la comisión de infracciones futuras; (ii) magnitud del daño o riesgo causado al medio ambiente; (iii) magnitud del daño o riesgo causado a la salud de las personas; (iv) contumacia del infractor; (v) intencionalidad con la que ha actuado; y (vi) magnitud del beneficio económico obtenido, especialmente cuando este último excede el máximo legal de la multa.

406. Pues bien, el párrafo 7604 que fundamenta la imposición de la clausura definitiva, señala que “[e]n este caso y al tenor de los antecedentes que constan en el procedimiento sancionatorio, se estima que la magnitud de la infracción justifica por sí sola, la aplicación de una sanción no pecuniaria, principalmente por haber expuesto a niños, adolescentes y a adultos a un riesgo producto de su actuar, junto con que, este incumplimiento, refleja la desidia de cumplir, obligaciones que resultan elementales para el funcionamiento de la faena minera”.

407. Como es posible observar, la SMA al aplicar la sanción considera, en primer lugar, la generación de riesgo a la salud, sin embargo, como se ha expuesto con detalle en esta reclamación, tal evaluación comporta errores significativos cuya corrección permite estimar con seguridad que no existió tal riesgo, todo lo que ha sido detallado más arriba.

408. A este respecto existe un dato relevante. Si se mira las Bases del año 2015, es posible descubrir que, esta primera versión, al identificar el criterio relacionado con la *“importancia del daño o el peligro de daño ocasionado”* enfatiza que deberá observarse *“especialmente, cuando la magnitud de ellos hace necesario el cese temporal o definitivo de la operación o actividad involucrada en la infracción, con el objetivo de detener, eliminar o minimizar los efectos sobre el medio ambiente y/o la salud de las personas”*.

409. Pues bien, lo anterior es de la máxima relevancia pues vincula la imposición de la clausura, con la necesidad de poner atajo a la generación de un daño o riesgo contingente, circunstancia que en este caso no está presente desde el momento en que la CCR se encuentra sellada hace años y la calidad de las aguas en el río cumple actualmente con los parámetros aplicables.

410. El segundo de los criterios empleados por la SMA para fundamentar esta sanción consiste en la “desidia” de CMN. En efecto la SMA señala que el incumplimiento de mi representada refleja “desidia de cumplir”, una categoría que no es legal ni reglamentaria; que ni siquiera ha sido recogida en sus propias Bases Metodológicas; cuya existencia no ha sido materia a prueba alguna -que podemos entender se relaciona con el desgano o la apatía- y, por último, que en ningún caso puede considerarse como fundamento para la imposición de una sanción tan gravosa.

411. Por último, si pese a todas las objeciones presentadas la SMA estimó que era indispensable la aplicación de la clausura como sanción, debió clausurar la instalación a que se refieren los cargos 23.10 y 23.11, esto es, la CCR, la que se encuentra actualmente, como ya lo hemos dicho, una sanción alternativa menos gravosa, totalmente disponible y que cumplía de mejor manera con orientar la conducta del infractor hacia el cumplimiento de la normativa ambiental

(iv) ILEGALIDADES COMETIDAS EN LA SANCIÓN DE CLAUSURA DEFINITIVA APLICADA AL CARGO N° 4 DEL SANCIONATORIO D- 11-2015.

412. En el procedimiento sancionatorio D-011-2015, la SMA formuló cargos a mi representada, bajo el N° 4, en razón de que *“producto de la construcción de ciertas obras del proyecto minero Pascua Lama, tales como, caminos,*

campamento barriales, sistema de drenaje – ácido ducto, otras obras y áreas removidas, CMNSpA habría intervenido aproximadamente un total de 13,832 há de la especie Azorella Madreporica por sobre lo autorizado en la RCA N° 24/2006, así como también habría intervenido un total de 2,16 há de vegas altoandinas por sobre lo autorizado en el mismo permiso ambiental”.

413. Para estos efectos y como veremos, la SMA tuvo por acreditado el hecho infraccional imputado a partir de su propio cálculo de superficie de *Azorella Madreporica* y de vegas altoandinas intervenidas producto de la *construcción de obras del proyecto*.

414. En relación con la calificación de gravedad de la infracción, la SMA estima que se configuraría la circunstancia del artículo 36 N° 1 letra a) de la LOSMA imputada en la formulación de cargos. Para ello, la SMA señala -en el párrafo 363- que *“la afectación del medio ambiente provocada en el Ecosistema Altoandino y sus componentes suelo, flora y vegetación zonal y azonal del lugar y sobre el hábitat de flora y fauna que se sustenta de dicho ecosistema, tanto desde una perspectiva cuantitativa, por las dimensiones y la permanencia de la afectación, como cualitativa, por el valor ecológico de lo afectado, debe ser considerada de carácter significativa, concurriendo, por ende, los elementos para que se configure una hipótesis de daño ambiental”.*

415. En cuanto a la reparabilidad del daño imputado, se estima -párrafos 1159 y 1160- *“que la reparabilidad del ecosistema dañado es dificultosa y que requerirá esfuerzos mayores para el logro de los objetivos o medidas planteadas”*, por lo que *“se considera que se generó un daño ambiental que no es susceptible de reparación”.*

416. Finalmente, en relación con las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA para determinar la sanción específica, la SMA en el párrafo 1161, ponderó la importancia del daño causado o del peligro ocasionado (letra a), la intencionalidad en la comisión de la Infracción (letra d), la conducta anterior de CMN (letra e), su capacidad económica f) y la cooperación eficaz dentro del proceso de sanción (letra i). Cabe hacer presente que la Superintendencia consideró que no concurriría en la presente infracción las circunstancias de beneficio económico (letra c), como tampoco la de aplicación de medidas correctivas (letra i).

417. Como se demostrará en las páginas que siguen, en el análisis y establecimiento de la presente sanción la SMA ha incurrido en los siguientes actos ilegales: **(a)** en cuanto a la configuración de la infracción imputada; **(b)** la determinación de su clasificación de gravedad, y; **(c)** en la imposición de la sanción. Estas ilegalidades solo pueden ser corregidas con la declaración de nulidad de la Resolución en cuestión por parte de SS. Ilustre, pretensión que invocamos mediante la presente reclamación judicial.

(a) La SMA, para poder configurar la infracción ha incurrido en errores manifiestos sobre la normativa infringida y la ponderación de la prueba rendida.

418. En efecto y como se analiza a continuación **(1)** la SMA sancionó a CMN desconociendo los límites reales de afectación de vegas que se encontraban autorizados ambientalmente e imponiendo un límites considerablemente más restrictivo y **(2)** La SMA realizó una errónea ponderación de la prueba rendida respecto a las áreas de vegas intervenidas por CMN.

1. La SMA sancionó a mi representada, desconociendo los límites de afectación de vegas autorizados ambientalmente.

1.1. La SMA ha impuesto ilegal y arbitrariamente un límite más restrictivo que el evaluado y autorizado ambientalmente. De acuerdo a las autorizaciones ambientales, el proyecto está autorizado a afectar 0,8 ha de vegas altoandinas.

419. Para los efectos de configurar la infracción, la SMA concluye sobre las vegas altoandinas, en el párrafo 982, que CMN *“intervino sin autorización ambiental 1550 m² o 0,16 ha. aproximadas, producto de la construcción de obras del proyecto, referidas a los ítems ‘Caminos y áreas removidas’ y ‘Campamento Barriales’. Lo anterior se verificó en la intervención de la vega Pascua, de la veta NE-2A, y de un sector de vegas cercanas al Sistema de Tratamiento Ácido-Ducto”.*

420. Para concluir lo anterior, la SMA estableció, así consta en el párrafo 793, que *“durante la evaluación ambiental de proyecto ‘Modificaciones Proyecto Pascua Lama’, CMNSpA asumió un compromiso general de no afectación de las*

vegas en el área de influencia del proyecto. Uno de los correlatos de dicho compromiso, fue precisamente la delimitación de superficie de vegas que serían afectadas por obras del proyecto 'Modificaciones proyecto Pascua Lama'".

421. A esto, agrega la SMA, en el párrafo 794, que "existen diversas referencias a los compromisos relativos a minimizar la alteración sobre las vegas y a la delimitación de hectáreas de intervención por obras del proyecto, uno de los cuales es el considerando 4.4.4 de la RCA N° 24/2006". La SMA finalmente concluye en el párrafo 853 que la infracción de CMN "se encuentra principalmente referida al incumplimiento de la obligación descrita en el literal a) precedente, en particular a lo indicado en el considerando 4.4.4 de la RCA N° 24/2006".

422. Sin embargo, SS. Ilustre, nos vemos en la obligación de señalar que lo afirmado por la SMA no se condice con las autorizaciones ambientales vigentes del proyecto.

423. En efecto, la misma RCA N° 24/2006 establece que se considera un área de intervención de 0,8 há de vegas altoandinas para la construcción de las obras del proyecto. Primero, el mismo considerando 4.4.4 de la autorización ambiental - citado por la SMA en múltiples ocasiones- solo se refiere a las superficies intervenidas a la fecha de aquella evaluación ambiental, dando cuenta que las vegas intervenidas a dicho momento correspondían a 0,2 há correspondientes al Campamento Barriales y que los caminos, por su parte, no intervenían las mismas.⁹²

424. Segundo, la RCA N° 24/2006, en su considerando 3.83, señala que el proyecto "potencialmente afectaría un total de 0,8 ha. de vega" acompañando incluso una tabla con la superficie de vegas a afectar en la cuenca del Río del Estrecho y Quebrada Barriales. Acto seguido, se señala que las superficies se asocian a las siguientes actividades: (i) Campamento Barriales con 0,2 ha ya afectadas a dicho momento; (ii) Sistema de tratamiento de DAR – Ducto, con 0,1 ha, y (iii) Caminos con 0,5.

⁹² RCA N° 24/2006, considerando 4.4.4 ("En cuanto a la aseveración relativa a la superficie intervenida de 0,8 há, hacemos presente que en la respuesta 9.15 se indicó la superficie de las vegas actualmente intervenidas (Campamento Barriales = 0,2 ha de los bordes más secos). A fin de mitigar impactos, se modificó el trazado del ducto de conducción de aguas de contacto para evitar efectos sobre las vegas, y se confirmó que los caminos actualmente no intervienen las mismas").

425. Por otra parte, para reducir la intervención de vegas altoandinas, CMN consideró un criterio de “*mínima afectación de vegas y bofedales*” para determinar la ubicación de las obras del proyecto⁹³. Dicho criterio se manifestó, por ejemplo, en la modificación de trazado de camino y del sistema de tratamiento de ácido, según dan cuenta los antecedentes de evaluación y los considerandos 4.4.4. y 3.83 de la RCA N° 24/2006, que ya fueron citados.

426. Así las cosas, no resulta comprensible el alcance que pretende dar la SMA a esta autorización cuando se refiere a una “*intervención potencial*”, como ocurre en los párrafos 865 y 974. Parece ser que mediante el adjetivo de “*potencial*” esta Superintendencia pretende desconocer totalmente la autorización ambiental otorgada por el órgano evaluador. Sin perjuicio de los esfuerzos efectuados por CMN con objeto de evitar la intervención de vegetación azonal del área del proyecto, no es posible sostener que los criterios de construcción utilizados implican la limitación del área de intervención evaluada ambientalmente y expresamente autorizada en la RCA24/2006.

427. En el mismo sentido no es posible desconocer que el entonces PAS 96, otorgado mediante Ord. N° 031, de 31 de enero de 2006, emitido por la Seremi de Agricultura de la Región de Atacama, considera la afectación de 0,8 ha de vegas altoandinas, según dan cuenta los contenidos técnicos y formales asociado a este permiso que fueron presentados en el Anexo X-C de la Adenda 2⁹⁴. De lo contrario, su SS. Ilustre, ¿cuál sería el sentido de contar con autorización para la intervención de 0,8 ha de vegas asociado a la construcción de caminos y otras obras del Proyecto, si finalmente la SMA de manera antojadiza pretenderá imponer una restricción total, en base al criterio utilizado por CMN para construir dichas instalaciones?

428. En definitiva, la imposición ilegal y arbitraria de un límite más restrictivo que el evaluado y autorizado ambientalmente se basa en una interpretación contraria a derecho absolutamente antojadiza de los antecedentes de la evaluación ambiental del Proyecto aprobado por RCA 24/2006, que en definitiva implica desconocer totalmente la autorización ambiental con que cuenta CMN para intervenir este tipo de vegetación.

⁹³ En este sentido, se indica en la Respuesta 10.6 de la Adenda 2 del Proyecto “Modificaciones Proyecto Pascua Lama”, relativa a la aplicación del PAS del Artículo 96 del D.S.N° 95/01.

⁹⁴ La Tabla 198 del Anexo X-C de la Adenda 2 del Proyecto “Modificaciones Proyecto Pascua Lama” señala que el total de intervención de vegas altoandinas es de 0,8 ha.

1.2. *Como consecuencia de ello, CMN no ha afectado en la práctica más de lo autorizado ambientalmente.*

429. Cabe hacer presente que en todo caso la misma Superintendencia ha estimado, según consta en el párrafo 982, que CMN ha intervenido “un total de 1550 m² o 0,16 ha aproximadas, producto de la construcción de obras del proyecto, referidas a los ítems “Caminos y áreas removidas” y “Campamento Barriales”. Lo anterior se verificó en la intervención de la vega Pascua, de la vega NE-2A y de un sector de vegas cercanas al Sistema de Tratamiento Ácido-Ducto”.

430. El área determinada por la SMA, como S.S. Ilustre podrá concordar, es de igual manera sustantivamente menor a las 0,8 ha autorizadas por RCA 24/2006.

431. Sin perjuicio de los errores incurridos por la SMA al ponderar los resultados del informe pericial de esta parte; y las imágenes satelitales remitidas por CMN mediante Carta PL-039/2017, de los que se da cuenta en el acápite siguiente, todos los antecedentes que obran en el expediente administrativo constituyen prueba que permite descartar por completo un incumplimiento del límite de intervención de vega altoandinas establecido en la autorización ambiental, el que, como hemos sostenido, corresponde a 0,8 ha.

2. La SMA realiza una errónea ponderación de la prueba rendida respecto a las áreas de vegas intervenidas por CMN

432. Como adelantamos, esta Superintendencia efectúa una valoración errónea de la prueba que obra en el proceso sanción, en base a criterios metodológicos que carecen de la rigurosidad a la que deben atender los organismos administrativos sancionadores. Lo anterior implicó, en definitiva, que esta autoridad estimara un área afectada por mi representada de vegetación azonal mayor a la que fue efectivamente intervenida. .

2.1. *Sobre la estimación de vegas altoandinas intervenidas*

433. Mi representada ha acreditado en el marco del proceso sanción que el área de vegas afectadas por la construcción de obras del Proyecto se encuentra del

ámbito de lo autorizado ambientalmente, lo cual corresponde a 0,12 ha, según dan cuenta los siguientes antecedentes aportados en el proceso sanción:

(i) Figura 6 del escrito de descargos, titulada "Área intervenida real en el periodo 2006-2014", de elaboración propia (en base al cruce de las figuras 4 y 5 remitidas por la SMA a CMN mediante la Res. Ex. No.2/Rol-D011-2015). En esta figura se identifica el área real intervenida del proyecto, que es de 0,12 ha entre 2006 y 2014. De lo anterior se sigue que los polígonos deyección y otras áreas identificadas en la adenda 3/2006, fueron erróneamente contabilizados como área intervenida de vega.

(ii) Archivos shaperfiles y las figuras jpg., que contienen las figuras 1, 2, 3, 4 Y 5 incluidas en los numerales 11(i) y 11(ii) de la formulación de cargos del presente procedimiento, acompañados en Anexo 1 de los descargos de fecha 25 de mayo de 2015. Estos documentos que se usaron como base para elaborar el cruce de información para determinar el área de vega intervenida, a partir de lo cual, se estimó que solo 0,12 ha corresponden a la intervención de superficie de las vegas declaradas en la evaluación ambiental con posterioridad al año 2005.

(iii) Carta PL-049/2016, mediante la cual se acompañó Informe de Bioma, presentado el 19 de abril de 2016, denominado "Otras vegas incluidas en el proceso de sanción 0-011-2015, Cía. Minera Nevada SPA". En este informe se concluye que la superficie estimada de 0,12 ha de vegas afectadas, se superpone con el área de inspección de enero de 2016 decretada como diligencia probatoria por la SMA".

En dicho informe se hace presente que, si bien el área fue medida con equipos de alta precisión, no es posible comparar resultados obtenidos mediante mediciones realizadas con metodología diferentes. Pese a ello, la superficie determinada en la actividad del día 20 de enero de 0,23 ha, es inferior al límite de afectación de vegas autorizado para el ítem caminos (de 0,5 ha). La superficie determinada en terreno, si bien es distinta a la superficie obtenida al cruzar las coberturas existentes (0,12 ha), es menor y se superpone con las mediciones realizadas en terreno. Si estas superficies se sumaran, con la superficie afecta

estimada por CMN, el resultado sigue manteniéndose por debajo de lo autorizado por RCA 24/2006 (0,12 ha + 0,23 ha < 0,5 ha)."

(iv) Carta PI-016/2016 que acompaña Informe de Bioma, denominado "Inspección personal- Cía. Minera Nevada SPA- causa Rol 0- 011- 2015. Informe pericial", efectuado con motivo de la inspección personal indica que las mediciones in situ efectuadas en la misma, no resultan válidas para efectuar comparaciones a nivel de superficie, y a esas escalas, con las Figuras 9.3, 9.4 y 9.5 de la Adenda N° 3 (que dan cuenta de las áreas declaradas en la evaluación de la RCA 24/2006), por haberse delimitado los polígonos mediante distintas metodologías, generándose márgenes de error relevantes.

434. Por su parte la Resolución Reclamada, como hemos señalado da por acreditado la afectación de 0,15 ha de vegas.

435. Para comprender las variaciones en las mediciones expuestas, es necesario referirse al origen de las coberturas utilizadas. El shape "vegas1980" acompañado en la Adenda 3 del Proyecto aprobado por Rca 24/2006, que da cuenta de coberturas "Vegas Pascua Lama", tiene su origen en una fotointerpretación sobre una imagen satelital IKONOS del año 2005 en DATUM PSAD56.

436. A partir de la fotointerpretación, se generaron errores en este shape, como la incorrecta clasificación de vega, la llamada "vega Sur" que posteriormente se identificó que corresponde a un espejo de agua⁹⁵.

437. También esta cobertura presenta el error de clasificación como vega un sector del campamento reconocido en la Adenda 3. Ambos ejemplos se muestran en la figura siguiente.

⁹⁵ Esta identificación se realizó mediante la aplicación del "Índice de Vegetación de Diferencia Normalizada" (NDVI) en el procesamiento de datos satelitales, de lo cual da cuenta el Estudio Multitemporal (p. 8). Mediante este proceso es posible distinguir visualmente cuerpos de agua de formaciones vegetacionales.

1. Ilustración 2 Errores fotointerpretación:

	
<p>Sector vega pascua. En color morado se destaca área identificada como vega, siendo que es área de campamento.</p>	<p>Sector de las llamadas Vega Norte y Sur que posteriormente se redefinió su cobertura al reconocer que se clasifico mal un espejo de agua como vega.</p>

438. A estos errores de fotointerpretación de origen, se le debe sumar la variación en la precisión que tiene el cambio de DATUM96 al transformar de PSAD56 original, a WGS84 que es el formato en que se trabaja en la actualidad todas las coberturas.

439. De forma paralela se debe tener presente que el shape “vegas_PL” proviene a su vez de una fotointerpretación de imágenes georreferenciadas obtenidas de la Adenda 3 (Figuras 9.3, 9.4 y 9.5). De este modo se tiene que las vegas Pascua están representadas por 2 coberturas (“vegas1980” y “vegas_PL”) las cuales presentan tanto variaciones de ubicación espacial como de área, lo cual se muestra en la siguiente figura.

⁹⁶ En la guía de usuario de ArcGIS se advierte que “Las transformaciones geográficas facilitan la visualización conjunta de los datos cuando tienen distintos sistemas de coordenadas, pero aplicar una transformación afecta al rendimiento y la precisión del dibujo. Si debe editar o realizar análisis de sus datos, es aconsejable trabajar con los datos con el mismo sistema de coordenadas”. Disponible en pro.arcgis.com.

Ilustración 3: Diferencia espacial "Vega_PL" y "vegas1980"

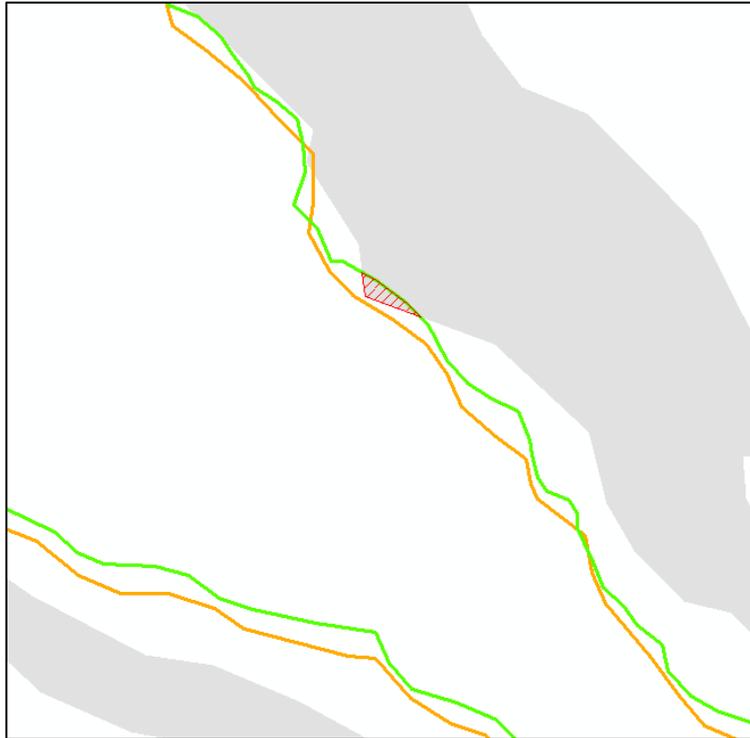


Sector Vega Pascua. En color verde la cobertura "vegas1980" proyectada a WGS84, y en color naranja la cobertura "vegas_PL".

440. Como se aprecia, existe una diferencia espacial entre ambas coberturas las que no coinciden exactamente. Adicionalmente, se presentan algunas variaciones en el área, así un sector de la vega pascua presenta un área de 4,424 ha en la cobertura "vegas1980", en tanto en la cobertura "vegas_PL" el mismo sector presenta un área de 4,399 ha.

441. A modo de ejemplo, la siguiente figura da cuenta de un sector que se estima intervenido, en la secuencia animada del Anexo 10 de la Resolución Reclamada, equivalente a 15 m² de vega a partir de la cobertura "vegas_PL". Sin embargo, al utilizar la cobertura "vegas1980", dicho sector queda completamente fuera de las obras, y por ende, sin intervenir.

Ilustración 4: Sector de vegas no intervenido



Sector achurado en rojo, identificado por SMA como vega afectada por obras (de color gris) en base a cobertura “vegas_PL” en color verde. Cobertura “vegas1980” (en color naranja) deja completamente fuera dicho sector.

442. En consecuencia, la Superintendencia al no ponderar los errores de fotointerpretación y las diferencias espaciales de las coberturas utilizadas, ha incurrido en una errada determinación del área intervenida, que ha estimado en 0,15 ha, la que tal como acreditó mi representada corresponde efectivamente a 0,12ha.

443. Debemos hacer presente que ambos valores se encuentran por una parte dentro de lo autorizado ambientalmente, dan cuenta de diferencias marginales, y además la intervención sea una cantidad u otra, se encuentra en el rango entre 1.200 a 1.550 m², ambos valores dentro de lo evaluado, específicamente que en el EIA se explicó a cabalidad que el campamento se ubicaría precisamente en la Quebrada Barriales, zona donde existen vegas a simple vista, más precisamente la denominada Vega Pascua, y existen caminos e instalaciones en esa zona, todas descritas en la evaluación respectiva.

444. Sobre los criterios utilizados por la SMA para la ponderación el informe pericial de CMN y de su escrito complementario.

445. La SMA estima que el informe pericial⁹⁷, que da cuenta de los resultados del track efectuado por el borde del camino adyacente a la vega Pascua incluyendo el pie del talud, “...adolece de serias deficiencias en particular, en los criterios N° 3 y 4, referidos al procesamiento de datos, elemento crucial para sustentar las conclusiones propuestas en el Informe Pericial y su complemento, descritas en el criterio N° 10”⁹⁸.

446. En relación al criterio N° 3 de la SMA referido al “Procesamiento de la información en base a metodología clara, precisa, completamente descrita y validada (acreditable)”⁹⁹, cabe indicar que el informe pericial cuenta con un acápite sobre la metodología utilizada¹⁰⁰.

447. Si bien, no se explica esta en detalle en relación al procesamiento de datos, esto no invalida las conclusiones del mismo, sobre todo considerando que los instrumentos utilizados por los peritos de CMN son más precisos que los utilizados por la SMA en el track realizado durante la inspección personal. En efecto, la precisión del equipo Trimble R8 utilizado por los peritos de CMN es de 0,25 m sin contar con posprocesamiento, y de 8 mm con posprocesamiento. Mientras que el equipo de la SMA presenta un error de 0,75 m sin posprocesamiento y de 50 cm con posprocesamiento.

448. Que en relación a la utilización de información espacial de distintas escalas de análisis que imputa la SMA en el análisis cualitativo de la información del track contenido en el informe complementario denominado “Otras Vegas incluidas en el Proceso de Sanción D-011-2015”¹⁰¹, se hace presente que tanto este informe como el informe pericial relevan el hecho que no es posible relacionar directamente la información obtenida a partir del track con la base de coberturas obtenidas de la Adenda 3 del Proyecto aprobado por RCA 24/2006¹⁰².

⁹⁷ Presentado mediante Carta PL-016/2016 de fecha 4 de febrero de 2016.

⁹⁸ Resolución Sancionaria, c. 966.

⁹⁹ Respecto a este criterio, la SMA señala que “No se describe si la información levantada mediante el equipo geodésico de precisión fue sometida a procesamientos previos a su utilización para el análisis, por lo que se presume que no hubo. En el informe pericial solo se realiza un análisis cualitativo de la información levantada en la diligencia probatoria, no así el informe complementario donde realiza un análisis de información espacial a través de SIG. La metodología del análisis de información espacial es clara y adecuada, no obstante lo anterior, adolece de errores en su aplicación debido a que utiliza información espacial de diferentes escalas de análisis, que repercuten en una subestimación de la real superficie de intervención, según se desarrolló previamente”. Resolución Sancionatoria, c. 965, Tabla 17.

¹⁰⁰ Acápite 4, p. 5

¹⁰¹ Presentado en Carta PL-049/2016, de 19 de abril de 2016.

¹⁰² En efecto, el informe pericial señala que “Para realizar cálculos y comparaciones de polígonos de delimitación de áreas se debe tener en cuenta los aspectos técnicos mencionados ya que sólo es posible compara polígonos generados bajo igualdad de condiciones y métodos de muestreo”, p. 10-11. Por su parte, en las conclusiones del informe complementario se indica que “Este ítem considera el área visitada en Enero

449. En relación al criterio 4 referido a la “coherencia en el uso y tratamiento de la información en base a alegaciones realizadas”, se reprocha que “el informe pericial hace un desarrollo sobre el motivo por el cual no corresponde utilizar el Catastro de Humedales del MMA para el caso en específico, no obstante lo anterior, dicho insumo es utilizado en el informe complementario”¹⁰³.

450. Al respecto, insistimos en cuanto a que no corresponde la utilización de la información del Catastro de Humedales para determinar el área intervenida. Lo anterior ha quedado acreditado en tanto en la diferencia sustantiva entre la imputación del área intervenida en la Formulación de Cargos (2,16 ha) y la que finalmente da por acreditada la Superintendencia (0,15 ha), sin considerar las coberturas provenientes de este catastro. En ese sentido, la utilización del Catastro de Humedales en el Informe complementario tuvo por objeto demostrar y corregir el error de la Formulación de Cargos en que incurrió la SMA.

451. En definitiva, las observaciones efectuadas por la SMA en relación a los criterios 3 y 4 utilizados para valorar el informe pericial y su informe complementario, no tienen fundamento coherente, y buscan esconder las deficiencias metodológicas en las cuales justamente incurrió esta autoridad al formular cargos a mi representada. Por tanto, es evidente que la apreciación realizada por la SMA de estos medios de prueba, no se ajustó a las reglas de la sana crítica, -en particular a los principios de la lógica, y los conocimientos científicamente afianzados-, a las cuales deben atender esta Autoridad en atención al estándar de valoración establecido en el artículo 51 de la LO-SMA.

452. Pero más aún, la SMA a pesar de intentar desacreditar nuestro informe sin fundamento técnico justificable, ha llegado a una conclusión similar a la del informe pericial presentado por mi representada. Esto es que la afectación sobre la Vega no era la señalada por la SMA de 2,16 hc, en su formulación de cargos, sino que una cantidad que representa el 5% de esa área (0,15 hc o 0,12 hc según el estudio que se utilice), en todo caso ambas dentro de los autorizado por la RCA.

de 2016 que fue medida con equipos de alta precisión y cuyos resultados demuestran que no se deben comparar resultados de mediciones realizadas con metodología diferentes puesto que pueden alterarse no sólo las superficies, si no que la ubicación espacial de éstas”, p. 20.

¹⁰³ Resolución Sancionatoria, párrafo 965, Tabla 17.

(b) La calificación de gravedad de la SMA es errada: los efectos y el medio afectado por la infracción carecen de la significancia necesaria para configurar un daño ambiental

1. El daño en cuestión carece de significancia en relación al medio afectado

453. Como bien señala la SMA en los párrafos 1023 y 1025, la definición legal de daño ambiental contenida en la Ley N° 19.300, “*al exigir una cierta envergadura o intensidad, esto es, una ‘significancia’, lo que busca es evitar que cualquier daño genere responsabilidad ambiental, reservándolo a aquel daño de importancia o considerable*”, lo que “*implica aceptar que existe una ‘zona gris’ de actividades dañosas que no llegan a ser de tal trascendencia como para generar responsabilidad*”.

454. Pese a este reconocimiento la SMA olvida que, para que la intervención de vegas altoandinas y *Azorella Madreporica* imputada por ella pueda ser constitutiva de daño ambiental, **se requiere que esa afectación sea de una entidad tal que resulte ser intolerable**. A continuación, en base a los criterios jurisprudenciales y a los desarrollados por la doctrina que la misma SMA ha considerado para determinar la significancia de esta intervención, se demostrará que la misma carece de la entidad o relevancia necesaria para configurar un daño ambiental, y por tanto, la calificante de gravedad imputada.

1.1. *CMN no ha sobrepasado el límite autorizado de afectación de vegas altoandinas.*

455. Tal como se acreditó en el procedimiento N° D-011-2015, y se señaló más arriba, CMN jamás ha superado el límite de afectación de vegas altoandinas evaluado ambientalmente en la RCA N° 24/2006. En este sentido, no es posible imputar un supuesto daño ambiental cuando no se ha configurado la infracción imputada, como ocurre en la especie.

456. Pero en todo caso, aun cuando este Ilustre Tribunal concluya que se ha configurado la infracción imputada, cabe relevar que la intervención de las vegas andinas corresponde a tan solo 0,15 ha según ha sido acreditado por CMN. Incluso, si se considera que el área intervenida es de 1.550 m², según lo estima la

SMA, dicha área es significativamente menor a la imputada en la Res. Ex. N° 1/D-11-2015 (de 2,16 hectáreas).

457. Este es un antecedente que la SMA no considera en lo absoluto al determinar la significancia de la intervención de CMN en la vegetación azonal.

458. En efecto, en materia de vegas la afectación es de un 5% de lo expresado por la SMA en la formulación de cargos. Y, en todo caso, SS. Ilustre, debemos hacer presente que un 5% (2,16 ha) de una cantidad ya reducida si lo comparamos con otros casos de afectación de vegas sancionados por la SMA en el pasado.

459. No obstante la claridad de estos cálculos **la SMA insiste, sin racionalidad alguna, en su imputación original: primero, desconociendo la cantidad que la RCA N° 26/2006 permitía afectar, y luego, tratando del mismo modo una afectación de 2,16 há de vegas (en la formulación de cargos) y una afectación de 0,15 ha (que fue lo efectivamente sancionado).**

460. Si bien concordamos con la SMA en cuanto a que la significancia de la afectación debe evaluarse en términos cualitativos para configurar un daño ambiental, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia nacional,¹⁰⁴ no resulta razonable desatender en absoluto a la magnitud del mismo.¹⁰⁵ En este orden de ideas, la RE 72/2018 da cuenta que la magnitud del área afecta resulta ser absolutamente irrelevante para estimar la calificación de gravedad.¹⁰⁶ Esto no sólo da cuenta de la falta de rigurosidad que esa Superintendencia ha mostrado al momento de formular cargos a mi representada, sino de la falta de consideración del criterio en comento.

¹⁰⁴ En este sentido el Segundo Tribunal Ambiental ha señalado "(...) Que la significancia del daño tampoco está condicionada a lo extensión o duración del mismo, sino que como yo se dijo la entidad del perjuicio deberá determinarse caso a caso, siendo el carácter significativo del daño un elemento cualitativo, y no cuantitativo". Segundo Tribunal Ambiental, Rol D-6-2013, Sentencia de 3 de marzo de 2014 considerando 150.

¹⁰⁵ En este sentido el Segundo Tribunal Ambiental ha señalado que "(...) Si bien la ley no ha conceptualizado el carácter de significativo del daño ambiental, es posible reconocer razonablemente de la propia normativa ambiental una serie de criterios que permiten dilucidar esa interrogante, tales como: (...) b) la magnitud del mismo (...). Segundo Tribunal Ambiental, Rol D-17-2015, Sentencia de 7 de julio de 2017, c. 28°.

¹⁰⁶ Resolución Sancionatoria, párrafo 8820 ("la Formulación de Cargos encontramos antecedente que indican que referidos a un valor mínimo de intervención ascendiente a 0,087 ha. aproximadas, en razón de los antecedentes de la evaluación ambiental y, un piso máximo de 2,167 ha. aproximadas de intervención, al utilizar el Catastro de Humedales del MMA. Luego, no es de olvidar que, la imputación del cargo en todo momento, se refirió a un área aproximada de intervención, la cual debe entonces, encontrarse dentro de dichos rangos mínimos y máximos, siempre que usen bases de datos espaciales correctas").

461. Por tanto, no queda más que estimar que para la autoridad, en términos de su gravedad, resulta ser lo mismo la afectación de 0,087 ha o de 2,167 ha de vegas. Más aun, la sanción de clausura total definitiva que ha impuesto la SMA en el presente caso es incluso más severa que otras sanciones impuestas en casos en que se ha acreditado la afectación de áreas con los mismos componentes vegetacionales, pero sustantivamente mayores en superficie y relevancia.

462. Así es posible concluir, por ejemplo, si se compara la sanción de autos con la impuesta a SCM Compañía Minera Maricunga en la Res. Ex. 234 de 17 de marzo de 2016¹⁰⁷ por la infracción imputada en el cargo N° 1 la Res. Ex. 1/D-014-2015.¹⁰⁸ En este caso, como fue señalado ya, **la SMA acreditó el daño ambiental consistente en la desecación de 69, 4 ha de humedales y el riesgo de afectación de 73 ha adicionales, y, sin embargo, resolvió imponer solamente la clausura de algunas de las instalaciones del Proyecto y no de la totalidad de la faena** como en el presente proceso sanción. De esta falta de proporcionalidad se abordará en mayor profundidad en el capítulo siguiente.

463. En definitiva, las decisiones de esta SMA dan cuenta de un actuar errático que no se ajusta a criterios establecidos por la jurisprudencia para evaluar la significancia de los efectos de una infracción, como es la magnitud de la afectación generada por la misma.

1.2. Segundo, la intervención de Azorella Madreporica recae sobre una especie no está sujeta a algún régimen de protección, y que presenta una amplia distribución espacial. Por tanto, no puede acreditarse su singularidad para configurar la significancia de su afectación.

464. La SMA aduce que, a partir de las exigencias establecidas en la evaluación ambiental del Proyecto aprobado por RCA N° 24/2006 con el objeto de proteger y

¹⁰⁷ Que resuelve proceso sancionatorio D-014-2015 instruido en contra de SCM Compañía Minera Maricunga.

¹⁰⁸ Res. Ex. N° 234/2016, de la SMA, Resuelvo 1° ("PRIMERO: Atendido lo expuesto en los considerandos anteriores, así como en los antecedentes del expediente rol 0-014-2015, este Superintendente procede a resolver lo siguiente: a) En relación a la infracción objeto del cargo formulado, consistente en la omisión de ejecutar las acciones necesarias para hacerse cargo de los impactos ambientales no previstos, consistentes en la disminución del nivel freático en la cuenca Pantanillo-Ciénaga Redonda y el consecuente desecamiento de al menos 70 ha. de humedales ubicados en el Complejo Lacustre Laguna del Negro Francisco y Laguna Santa Rosa, y el riesgo inminente de expansión del área afectada a aproximadamente 73 ha. adicionales de humedales, se sanciona a la Sociedad Contractual Minera Compañía Minera Maricunga con la clausura definitiva del sector de pozos de extracción de agua de la aludida Sociedad (pozos RA-I, RA-2 Y RA-3), ubicados en el Corredor Biológico Pantanillo Ciénaga Redonda, de modo de que el Proyecto Minero Refugio no pueda utilizar en su operación futura aguas que recarguen el acuífero del cual dependen los humedales de aquel Corredor Biológico, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 letra e] de la LOSMA.").

monitorear la especie, es posible sostener que se establece una suerte de “*equivalencia preventiva de la azorella madreporica con la especie Azorella Compacta, esta última en categoría de conservación*”¹⁰⁹. Sin embargo, lo cierto es que dicha aseveración se basa únicamente en la “*Memoria Técnica Agronómica para la Solicitud del Cambio de Uso del Suelo*” acompañada en la Adenda 2 durante la evaluación ambiental del proyecto.¹¹⁰ Con todo, en dicha oportunidad CMN enfatizó que la especie no estaba sujeta ninguna categoría de conservación.¹¹¹

465. No es posible concordar con la interpretación extensiva efectuada por la SMA, que busca dotar a la especie *Azorella Madreporica* de una vulnerabilidad que no ha sido atribuida por el legislador, ni por la Comisión de Evaluación respectiva. En este sentido nos vemos en la obligación de ser enfáticos: esta especie no se encontraba al momento de la evaluación ambiental del proyecto, ni actualmente tampoco se encuentra, **bajo ninguna de las categorías de protección o conservación establecidas en la legislación ambiental chilena.**

466. Por otro lado, la Superintendencia, en el párrafo 1053, descarta las alegaciones efectuadas por mi representada en esta materia, en tanto considera que la *Azorella Madreporica* “*es una especie muy particular que crece y se desarrolla en sitios específicos, y que para el caso concreto, forma parte del ecosistema altoandino, siendo una especie clave y fundamental de este*”. Sin embargo, esta especie, en efecto tiene una amplia distribución local, regional y

¹⁰⁹ Resolución Sancionatoria, párrafo 838 (“Tal como se indicó, en el acápite de aspectos previos a considerar, referido al origen de la obligación ambiental, el régimen de protección a la especie *Azorella madreporica* en la RCA N° 24/2006, es bastante robusto, toda vez que: (...) b. Se establece una equivalencia preventiva de la *Azorella madreporica* con la especie *Azorella compacta*, esta última en categoría de conservación, en razón de los escasos estudios regionales sobre el estado de conservación de flora existentes a esa época, en la Región de Atacama, de conformidad a lo indicado en la Adenda 2 de la evaluación ambiental del proyecto “Modificaciones Proyecto Pascua Lama”).

¹¹⁰ El numeral 10.2.6 de la Memoria indica que “[l]a especie *Azorella madreporica* no está incluida en el listado nacional de especies en categoría de conservación (Benoit, 1989). Aun siendo una especie diferente, se considera equivalente a *Azorella compacta*, clasificada esta última, en la categoría de conservación Vulnerable. La existencia de poblaciones equivalentes en la IV Región llevó a Squeo et al. (2001)227 a clasificar a *Azorella madreporica* como Fuera de Peligro. Debido a la cercanía del proyecto con la IV Región y a falta de un estudio regional sobre el estado de conservación de la flora de la III Región, se consideró por parte de los especialistas de la Universidad de La Serena, como una medida ‘precautoria’ el uso de la clasificación en categorías de conservación establecidas en el ‘Libro Rojo de la Flora Nativa de la Región de Coquimbo y de los Sitios Prioritarios para su Conservación’ (Squeo et al., 2001)”.

¹¹¹ Por ejemplo en la Respuesta 6 de la Adenda 2 al señalar que la “*especie Azorella madreporica es una especie diferente pero equivalente a A. compacta. Esta última se encuentra clasificada en la categoría de conservación Vulnerable, mientras que A. madreporica no está incluida en el listado nacional de especies en categoría de conservación (Benoit, 1989). La existencia de poblaciones equivalentes en la IV Región llevó a Squeo et al. (2001)225 a clasificar a Azorella madreporica como Fuera de Peligro*”. En el mismo sentido en la Respuesta 9.10 de la Adenda 3 se señala que “*la especie Azorella madreporica (Ilareta) no está incluida en el listado de especies con problemas de conservación (...)*”.

nacional como la misma SMA lo reconoce, sin perjuicio de las condiciones particulares que determinan su desarrollo.

467. Se hace presente a este tribunal, que estas alegaciones, no implica que CMN busque una “*licencia soterrada para dañar a destajo formaciones vegetacionales*”, como se ha acusado por parte de SMA en el párrafo 1054. Por el contrario, mi representada ha reconocido el límite de afectación establecido en la RCA 24/2006, y por tanto la configuración de la infracción. Es justamente la gravedad que esta Superintendencia ha atribuido a esta infracción, sin valorar objetivamente la singularidad de la especie afectada, lo que mi representada busca controvertir en esta reclamación.

468. En definitiva, estamos frente a un caso en que la SMA, ha intentado revestir de una inexistente “singularidad” la afectación imputada a nuestra empresa, con el único fin de dotar de significancia los efectos de la infracción imputada e imponer una sanción desproporcionada a la luz de los antecedentes que obran en el expediente administrativo.

1.3. Las infracciones tampoco generan un daño significativo, en relación a los efectos sobre el medio ambiente provocados.

469. La SMA sustenta su juicio respecto de los supuestos efectos generados por la presente infracción, sobre una errónea configuración de la presente infracción y fundamentos que no son comprobables científicamente.

470. De esta manera, en la Resolución Sancionatoria se especula en base a un somero y poco riguroso análisis de la literatura, de la información de seguimiento disponible y de la evaluación ambiental, antecedentes que en definitiva no acreditan los efectos significativos que se imputan, a la luz de los criterios establecidos en la Directiva Europea 2004/35/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 21 de abril de 20 sobre “Sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales”, que la misma autoridad considera, según se detalla a continuación:

- Subcriterio de “magnitud y alcance”

471. En primer lugar, respecto este criterio o subcriterio cabe relevar nuevamente que CMN no ha superado el límite de afectación de vegas altoandinas establecido en la RCA 24/2004, y que en todo caso, la afectación que finalmente acredita la Superintendencia es de 0,15 ha, área sustantivamente menor a la imputada en la Formulación de Cargos (de 2,16 ha).

472. En relación la intervención de formación la especie *Azorella madreporica* producto del emplazamiento de obras del proyecto, la SMA indica que “esta tuvo una extensión de 13,832 hectáreas aproximadas y con una estimación de 11.439 individuos, en las cuales se intervino tanto el componente biótico (cobertura vegetal) como los componentes físicos que permiten el sustento de la vida (suelo), lo que necesariamente tuvo como consecuencia una pérdida de hábitat para otras especies de flora y fauna.

473. Esta intervención, representa casi un 38% por sobre lo autorizado, tomando para ello, el valor de autorización de 36,5 ha. de *Azorella madreporica* intervenible. Luego, para el caso de que esta Superintendencia hubiese adoptado el valor más estricto que se indica en la RCA N° 24/2006, es decir, un área autorizada de 15 ha., el porcentaje de intervención de CMN, representa casi el 92% por sobre lo autorizado. Lo que sin duda, en ambos casos, resulta en un área de magnitud de significancia, que debe ser valorada en dichos términos por esta Institución”-párrafo 1093-.

474. Del párrafo referido es evidente que la autoridad mediante recursos retóricos busca atribuir una magnitud o alcance a la afectación de *Azorella madreporica*, que a todas luces no generó la intervención efectiva de esta especie. En efecto, la misma SMA reconoce que de su análisis se constató una afectación correspondiente al 6,7 % de la superficie total de *Azorella madreporica* del área de estudio, lo que implica una intervención de 1,6% por sobre lo comprometido en la evaluación ambiental –párrafo 846-.

475. A mayor abundamiento, en relación al porcentaje de *Azorella madreporica* afectada respecto del área total evaluada en la RCA N° 24/2006, cabe hacer presente que, el área intervenida determinada por la SMA de 50,332 ha. representa un 6,37% respecto a las 790 ha declaradas en la evaluación ambiental aprobada por RCA 24/2006, y a su vez, corresponde a un 6,14% respecto a las

820 ha efectivamente cubiertas por esta especie en el área del Proyecto, según lo estimado la SMA.

476. En definitiva, como podrá concordar su S.S., el área afectada representa un porcentaje menor del total del área del Proyecto que se encuentra cubierta por *Azorella madreporica*.

477. Más grave aún, es el hecho que para justificar la calificación de gravedad de esta infracción, la Superintendencia imponga un límite más restrictivo de intervención (15 ha), siendo que en el marco del proceso sanción, jamás se cuestionó el límite de intervención establecido por RCA 24/2006, de 36,5 ha.

478. Por otra parte, para evaluar la magnitud de la afectación de *Azorella madreporica*, es necesario considerar los porcentajes de cobertura que presenta la especie en el área evaluada por RCA 24/2006.

479. En efecto, los resultados del informe Estudio Multitemporal, indican que la especie *Azorella madreporica* se encuentra distribuida en una superficie de 820 ha, diferenciada en sectores según sus niveles porcentuales de cobertura, las cuales varían entre 1% y 45%, como se detalla en la Tabla N°3 de dicho estudio.

480. De esta manera, las 50,332 ha de área intervenidas, según lo estimado por la SMA, no representan directamente una misma cantidad de *Azorella madreporica* afectada, por lo cual es necesario ponderar dicha área por el porcentaje respectivo de cobertura, para así obtener el área efectivamente afectada de esta especie en cada sector intervenido. Dicho ejercicio se detalla en la siguiente tabla:

Tabla 1: Resultados de la ponderación de los porcentajes de coberturas

FID	Obras	Hectáreas impactadas por obras	Porcentaje de cobertura de llareta en dicho sector	Ponderación área efectiva de llareta afectada (Ha impactada * cobertura)
0	Caminos y áreas removidas 1	0,052	4,0%	0,002
1	Caminos y áreas removidas 1	0,777	4,0%	0,031
2	Caminos y áreas removidas 1	0,041	4,0%	0,002
3	Caminos y áreas removidas 1	0,462	3,0%	0,014
4	Caminos y áreas removidas 1	0,571	3,0%	0,017
5	Caminos y áreas removidas 1	0,133	30,0%	0,040
6	Caminos y áreas removidas 1	0,012	20,0%	0,002

FID	Obras	Hectáreas impactadas por obras	Porcentaje de cobertura de llareta en dicho sector	Ponderación área efectiva de llareta afectada (Ha impactada * cobertura)
7	Caminos y áreas removidas 1	0,067	30,0%	0,020
8	Caminos y áreas removidas 1	5,591	4,0%	0,224
9	Caminos y áreas removidas 1	1,920	3,0%	0,058
10	Caminos y áreas removidas 1	1,017	3,0%	0,031
11	Caminos y áreas removidas 1	1,027	1,0%	0,010
12	Caminos y áreas removidas 1	0,186	20,0%	0,037
13	Caminos y áreas removidas 1	1,699	3,0%	0,051
14	Caminos y áreas removidas 1	0,202	18,0%	0,036
15	Caminos y áreas removidas 1	0,127	11,4%	0,014
16	Caminos y áreas removidas 1	1,019	9,8%	0,100
17	Caminos y áreas removidas 2	0,018	3,0%	0,001
18	Caminos y áreas removidas 3	0,016	2,0%	0,000
19	Caminos y áreas removidas 4	0,032	3,0%	0,001
20	Caminos y áreas removidas 8	0,023	4,0%	0,001
21	Caminos y áreas removidas 9	0,034	4,0%	0,001
22	Caminos y áreas removidas 10	0,043	4,0%	0,002
23	Campamento Barriales 1	1,549	11,4%	0,177
24	Campamento Barriales 2	0,000	11,4%	0,000
25	Campamento Barriales 2	5,826	9,8%	0,571
26	Vertedero 1	2,180	2,6%	0,057
27	Vertedero 1	1,537	9,8%	0,151
28	Vertedero 2	0,004	2,6%	0,000
29	Vertedero 2	0,141	9,8%	0,014
30	Campamento Barriales 3	0,100	9,8%	0,010
31	Caminos y áreas removidas 11	0,286	2,2%	0,006
32	Caminos y áreas removidas 11	0,244	2,6%	0,006
33	Caminos y áreas removidas 11	1,689	9,8%	0,166
34	Sistema de tratamiento de ácido 1	3,033	4,0%	0,121
35	Sistema de tratamiento de ácido 1	3,639	3,0%	0,109
36	Sistema de tratamiento de ácido 2	10,403	4,0%	0,416
37	Otras obras 1	0,894	3,0%	0,027
38	Otras obras 2	0,019	20,0%	0,004
39	Otras obras 2	0,001	30,0%	0,000
40	Otras obras 2	0,782	3,0%	0,023
41	Otras obras 3	0,643	3,0%	0,019
42	Otras obras 4	0,613	1,0%	0,006
43	Otras obras 5	0,137	1,0%	0,001
44	Otras obras 6	0,455	1,0%	0,005
45	Otras obras 7	0,075	1,0%	0,001
46	Caminos y áreas removidas 1	0,195	6,0%	0,012
47	Caminos y áreas removidas 1	0,174	6,0%	0,010
48	Caminos y áreas removidas 1	0,398	18,0%	0,072
49	Caminos y áreas removidas 1	0,248	6,0%	0,015
	TOTAL	50,332		2,693

481. En definitiva, al realizar la ponderación se obtiene que de las 50,332 ha intervenidas por obras del Proyecto, 2,693 ha. corresponden al área

efectivamente afectada con individuos de *Azorella madreporica*, lo cual representa un 5,35 % del área intervenida por obras, y a un 0,33% del área estudio (820 ha).

482. Finalmente, para configurar una significancia en base al subcriterio de magnitud de los efectos en el medio, la SMA conjetura que la afectación de esta formación vegetacional ha implicado una afectación a poblaciones de insectos y especies de fauna de menor tamaño¹¹². Adicionalmente, “*advierte la posibilidad*” las obras no hayan intervenido solo *Azorella madreporica*, sino que también otras especies, en particular, *Chaetanthera acheno-hirsuta* y *Senecio segethii* –párrafo 1095-. Desde ya, sostenemos que no es posible evaluar la magnitud y alcance de los efectos de una infracción en base a supuestas intervenciones que la SMA no ha determinado con suficiente certeza.

483. A mayor abundamiento, esta misma Superintendencia considera que la ponderación de estas supuestas afectaciones corresponde efectuarlas en relación de las circunstancias del artículo 40 de la Lo-SMA, y no respecto de la gravedad de la infracción por exceder la imputación del cargo¹¹³.

484. En conclusión, en la Resolución Recurrída, la Superintendencia no acredita que la intervención de *Azorella Madreporica*, vegas altoandinas, o de otras especies sea de una magnitud suficiente para atribuir un efecto significativo a la presente infracción.

- **Subcriterio pérdida de hábitat y recursos**

485. En relación a este subcriterio, la Superintendencia detalla la fauna que presenta el sector intervenido, sin dar cuenta de prueba alguna que permita efectivamente dar por acreditada la afectación de la misma por pérdida de hábitat y recursos.

¹¹² Resolución Sancionatoria, c. 1094 (Por otro lado, el daño a esta formación vegetacional, pues como todo sistema, viéndose una porción dañada, alterada o vulnerada, se merman las funciones que se cumplen. En este caso, cada formación de cojín alberga a poblaciones de insectos (tal como se evidencia en el informe de seguimiento ambiental N° 22295) y especies de fauna de menor tamaño presentes en el ambiente (como *Liolaemus robertoi*), así como inhibir la función de especie que permite la colonización de otras mayores, lo que repercutiría en el adecuado desarrollo de todo el ecosistema altoandino (dado su efecto nodriza)

¹¹³ Resolución Sancionatoria, c. 1073. En específico en relación a la supuesta afectación de individuos de las especies *Chaetanthera acheno-hirsuta* y *Senecio segethii*, se indica que “a juicio de este Superintendente, si bien la presencia de las mismas, forma parte del análisis del medio afectado, su ponderación, por exceder de la imputación del cargo, corresponde considerarlo en el art. 40 literal a) de la LO-SMA”.

486. La Resolución Reclamada da cuenta de las especies presentes en la línea de Base del Proyecto aprobado por RCA 24/2006, y de los individuos avistados o monitoreados en el sector de Quebrada Los Barriales, según dan cuenta los Informe “Estudio Monitoreo y Actualización de Línea de Base de los Recursos Bióticos (Fauna): Área de Influencia del Proyecto Pascua-Lama (2011-2014)” y el Informe “Estudio, Monitoreo y Actualización de Línea Base Recursos Bióticos (Fauna): Área De Influencia Proyecto Pascua-Lama, Verano 2015” (Código SSA N° 32296). No resulta comprensible para mi representada cual es el objeto de dicha mención, más allá de propender a la configuración de una supuesta afectación de las especies e individuos mencionados, por pérdida de hábitat y recursos que en ningún caso se ha acreditado.

487. En efecto, la misma SMA reconoce que “es posible indicar, que existe una vasta riqueza de fauna en el Sector I, el cual es coincidente con las zonas de vegas dañadas (vega Pascua, vega NE-2A, vegas cercanas al Sistema de Tratamiento Ácido-Ducto)” -párrafo 1106-. Entonces, los informes de seguimiento justamente dan cuenta de la falta de efectos sobre las especies de fauna en el sector, al ser éstas avistadas incluso con posterioridad a las intervenciones imputadas.

488. Por tanto, es imposible sostener que la infracción imputada haya generado pérdida de hábitat o recursos que redundara en la afectación de especies, más allá de la intervención del componente vegetacional a partir de la construcción de las obras del Proyecto por sobre lo autorizado en la RCA 244/2006, que mi representada ha reconocido.

489. En definitiva, en base a la prueba rendida, las reglas de la lógica y de los conocimientos científicos afianzados, es claro que la afectación de vegas altoandinas y de *Azorella Madreporica* derivada de la infracción erróneamente configurada por la Superintendencia, no es susceptible de ser estimada como daño ambiental.

(c) La imposición de la sanción de clausura definitiva respecto de esta infracción es notoriamente desproporcionada e infundada.

490. Sin perjuicio de lo dicho hasta ahora, a continuación se exponen las ilegalidades en las cuales incurre la Resolución Reclamada al ponderar las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, y de manera ilegal otros criterios que

resultan ser totalmente improcedentes e injustos, más aun, considerando los criterios aplicados en las sanciones impuestas anteriormente por la misma SMA respecto a infracciones similares.

1. La RE 72/2018 carece de fundamento que permita justificar razonablemente la imposición de la sanción de clausura definitiva en relación con el presente cargo.

491. SS. Ilustre, debemos ser claros en esto. La sanción impuesta en el caso presente alcanza niveles inaceptables de arbitrariedad, en cuanto la autoridad se limita a enunciar determinadas apreciaciones y juicios sin desarrollar en forma transparente los motivos que justifican la imposición de una sanción tan gravosa.

492. En efecto, la SMA dedica sólo 2 párrafos -7601-7602-, en un capítulo final titulado “Propuesta de Sanción o Absolución” de un total de 7616, en los que se esboza una exigua y tautológica justificación en relación a la imposición de la sanción de clausura en el presente caso.

493. En estos considerandos, básicamente, lo que hace la SMA es señalar que *“la magnitud de una infracción justifica por sí sola la aplicación de una sanción no pecuniaria”*, que esta sanción de clausura definitiva *“es la manera de detener el efecto sobre el medio ambiente”*, y que CMN habría dañado *“las formaciones vegetacionales azonales, sin siquiera tener el insumo completo y suficiente de línea de base, que le hubiese permitido entender de mejor manera el comportamiento de las vegas del sector”*.

494. Como podrá estimar este Ilustre Tribunal, la imposición de la sanción en cuestión carece de una mínima fundamentación exigible respecto de un acto administrativo sancionatorio como el de estas características, de acuerdo a la Ley N° 19.880. Dos simples párrafos, como SS. Ilustre podrá concordar, malamente pueden cumplir con el requisito que establece el artículo 41 de dicha ley¹¹⁴ y con las exigencias del principio de imparcialidad que la misma ley consagra en su artículo 11.¹¹⁵

¹¹⁴ Art. 41, Ley N° 19.880 (“Contenido de la resolución final (...) Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada”).

¹¹⁵ Art. 11, inc. 2, Ley N° 19.880 (“Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos”).

495. Es relevante lo que se viene diciendo, pues el Segundo Tribunal Ambiental ha estimado que, en virtud de una motivación suficiente de un acto administrativo no solo se debe hacer mención a los antecedentes de hecho y de derecho que se consideran en una decisión administrativa, sino que además estos deben permitir “conocer las razones de su adecuación a la finalidad que lo justifica y, en el caso de ejercicio de potestades discrecionales, las circunstancias que aconsejan la opción por una solución concreta de entre las legalmente posibles”¹¹⁶. Esto, SS. Ilustre, es lo que falta en el presente caso, situación que debe ser corregida a través de una sentencia declaratoria de la nulidad de la Resolución Sancionatoria.

2. La sanción se basa en una errónea ponderación de circunstancias del artículo 40 de la LOSMA.

496. La RE 72/2018 adolece de manifiestos errores en la fundamentación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA.

497. En efecto, nuestros tribunales ambientales han señalado que, en materia de imposición de sanciones, no es suficiente para cumplir con el estándar de motivación del acto administrativo *“referirse en términos genéricos a los fundamentos de lo decidido o enunciar la normativa aplicable sin realizar el debido análisis de cada una de las circunstancias consideradas al momento de establecer la sanción específica”*¹¹⁷.

498. En este sentido, si bien la RE 72/2018 desarrolla la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA específicamente en relación a esta infracción –en los párrafos 1161 y siguientes-, dicho análisis incurre en manifiestos errores de hecho y derecho. Además, a partir de la ponderación efectuada no es posible desprender claramente cómo estas circunstancias inciden en la decisión de la Superintendencia de optar por la clausura definitiva entre las sanciones legalmente posibles de aplicar, de conformidad con la LOSMA.

2.1. *La SMA yerra en la evaluación de la importancia del daño causado y el peligro ocasionado a partir de la infracción*

499. En el párrafo 297 la SMA señala que el criterio principalmente considerado para la aplicación de sanciones no pecuniarias, en particular las de clausura o

¹¹⁶ Segundo Tribunal Ambiental, Rol N° R-6-2013, Sentencia de 3 de marzo de 2014, cc. 28 y 29.

¹¹⁷ Segundo Tribunal Ambiental, Rol N° R-6-2013, Sentencia de 3 de marzo de 2014, c. 36.

revocación de la RCA, corresponde a la importancia del daño o peligro ocasionado. Sin embargo, en relación a la presente infracción, la SMA demuestra una manifiesta falta de fundamentación, en tanto no entrega antecedentes adicionales que permitan configurar la importancia del daño que se ha causado a juicio de esta autoridad, más allá de la gravedad atribuida a la infracción y en cuanto a que no se justifica la forma en que esta circunstancia incide en la determinación específica de la sanción de clausura definitiva y total del proyecto.

500. Primero, la SMA no entrega otros fundamentos más allá de los señalados para la determinación de la gravedad de la infracción imputada, los que han sido plenamente desestimados en esta reclamación. De esta manera, no se da cuenta de antecedentes adicionales que permitan dotar a la afectación de vegas altoandinas y *Azorrella Madreporica* de la importancia necesaria para que concurra esta circunstancia en la determinación de la sanción que se reclama.

501. Segundo, la SMA, al referirse a la importancia del daño causado o peligro ocasionado en esta infracción -párrafos 1162 y ss.- no justifica en absoluto la manera en que la ponderación de esta circunstancia incide en la procedencia de la sanción impuesta, señalando en conclusión, someramente, que *“En razón de lo anterior, el daño ocasionado, reviste una importancia alta, tanto por las características del medio ambiente afectado, como por el efecto generado, de una magnitud considerable y de carácter permanente”*. En consecuencia, SS. Ilustre, tal como ya lo hemos señalado se trata de un argumento claramente tautológico.

2.2. La SMA ha actuado en forma arbitraria, imponiendo una sanción desproporcionada en contraste con otros casos mucho más graves

502. La falta de fundamentación de la sanción impuesta en este caso se ve aún más agravada ante el tratamiento manifiestamente disímil que ha tenido mi representada, en comparación a otros sujetos sancionados por la SMA en casos de daño ambiental considerado irreparable. Históricamente, la SMA, ante hechos que han causado un efecto de significancia mayor, ha impuesto sanciones menos severas que las impuestas en contra de mi representada. A continuación, y sin perjuicio de lo ya dicho al respecto al comienzo de esta presentación, expondremos casos anteriores que confirman lo que se ha venido diciendo:

503. **Caso Minera Refugio (2016).** Mediante la Resolución Exenta N° 234 de 17 de marzo de 2016, la SMA resolvió sancionar a Compañía Minera Maricunga por *“la omisión de ejecutar las acciones necesarias para hacerse cargo de los impactos ambientales no previstos, consistentes en la disminución del nivel freático en la cuenca Pantanillo-Ciénaga Redonda y el consecuente desecamiento de, al menos, 70 ha. de humedales ubicados en el Complejo Lacustre Laguna del Negro Francisco y Laguna Santa Rosa, y el riego inminente de expansión del área afectada a aproximadamente 73 ha. adicionales de humedales”*.

504. Esta infracción fue sancionada por la SMA con la clausura definitiva, pero no total, sino que solo del sector de pozos de extracción de agua de la aludida Sociedad, ubicados en el Corredor Biológico Pantanillo – Ciénaga Redonda. Así, la SMA buscaba asegurar el Proyecto Minero Refugio no pudiera utilizar en su operación futura aguas que recarguen el acuífero del cual dependen los humedales de aquel Corredor Biológico.¹¹⁸

505. En ese caso, S.S. Ilustre, el daño ambiental fue sustantivamente mayor al de estos autos. La Superintendencia había dado por acreditada la desecación de 69,4 ha de vegetación del Humedal Valle Acho y la existencia de riesgo de desecación respecto de otras 73 ha. En adición, había estimado que la infracción en análisis había generado un daño ambiental que no es susceptible de reparación.¹¹⁹ Esta infracción fue clasificada como gravísima según el artículo 36 N° 1, letra a) de la LOSMA.¹²⁰

506. A mayor abundamiento, mediante Resolución Exenta N° 571/2016, la SMA acogió el recurso de reposición interpuesto por CMM, resolviendo “adecuar” la sanción de clausura de los pozos de aguas. Con ello, la SMA autorizó la extracción de agua de los pozos RA1 y RA2 para lavado de pilas y abastecimiento de trabajadores¹²¹, e impuso a CMN, como medida de seguimiento y control, el

¹¹⁸ Res. Ex. 234 de 17 de marzo de 2016, Resuelvo Primero, letra a).

¹¹⁹ Res. Ex. 234 de 17 de marzo de 2016, párrafo 369.

¹²⁰ Res. Ex. 234 de 17 de marzo de 2016, párrafo 666.

¹²¹ Res. Ex. N° 571/2016, de la SMA (“PRIMERO: Se acoge el recurso de reposición interpuesto por Sociedad Contractual Minera Compañía Minera Maricunga, y por tanto, se adecúa la sanción de clausura definitiva impuesta mediante la R.E. N° 234, de fecha 17 de marzo de 2016, conforme a los siguientes lineamientos técnicos que determinan la forma, requisitos, condiciones y gradualidad en la implementación de la sanción: iii) Cantidad de agua requerida. Dado lo señalado anteriormente, para efectos del lavado de las pilas, CMM deberá extraer desde los pozos RA1 Y RA2 un caudal promedio mensual que no podrá superar lo señalado en "pérdidas por evaporación" en la tabla anterior para cada mes. Adicionalmente el Titular podrá extraer 1 L/s adicional a efectos de abastecer los requerimientos de los trabajadores que permanecen en faena. Por lo tanto, el caudal promedio mensual a extraer no podrá superar lo señalado como "mínimo flujo total de agua fresca requerida").

deber de informar sobre la “eventual” existencia o disponibilidad de una nueva fuente de agua para abastecimiento. Ello, con objeto de que la SMA pueda evaluar la necesidad de continuar con la implementación de la sanción.¹²²

507. Analizando ambos casos en perspectiva, resulta carente de toda razonabilidad que para la SMA sea más grave y revista mayor significancia, la afectación de 1.550 m² de vegas altoandinas, y de 13,832 há de la especie *Azorella Madreporica*, que el desecamiento de al menos 70 há y el riego inminente de expansión del área afectada a aproximadamente 73 ha. de humedales conformados por bofedales, vegas y pajonales, escasamente representados en la Región de Atacama; lo cual corresponde al hábitat de un gran número de especies nativas de flora y fauna, entre ellas diversas especies en estado de conservación vulnerable o en peligro.¹²³

508. Ello, más aun cuando tanto en la Res. Ex. 234 de 17 de marzo de 2016 y la Resolución Reclamada, utilizan exactamente los mismos criterios para determinar la significancia del daño (i.e., doctrina, jurisprudencia y la Directiva Europea 2004/35/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, 21 de abril de 2004).¹²⁴

509. **Caso Depósito de Estériles Donoso (2015).** Otro caso ilustrativo de lo que se ha venido diciendo es el del Depósito de Estériles Donoso, de propiedad de Anglo American Sur S.A. En este caso, la SMA decidió sancionar a la empresa por la infracción consistente en el "*escurrimiento de drenajes ácidos generados en pie de botadero sector norte sin tratamiento hasta Laguna N° 6 y Río Blanco. A su vez, escurrimiento de drenajes ácidos en pie de botadero sector sur hasta Laguna*

¹²² Res. Ex. N° 571/2016, de la SMA (“SEGUNDO: Medidas de seguimiento y control. Considerando la facultad otorgada por el artículo 3°, literal h) de la LOSMA, y con el fin de verificar el cumplimiento del estándar fijado en el punto v) del Resuelvo Primero anterior, se ordenan a CMM las siguientes medidas: viii) CMM deberá informar, en la oportunidad que corresponda y dentro del menor tiempo posible, sobre la eventual existencia o disponibilidad de una nueva fuente de abastecimiento de agua cuya implementación sea factible técnica y económicamente para el proyecto, con el objeto de determinar la necesidad de continuar con la implementación de la sanción en los términos establecidos en la presente resolución, todo esto según el razonamiento expuesto en los considerandos 90 a 94 de la presente resolución”).

¹²³ Res. Ex. N° 234/2016, de la SMA, c. 13 (“La importancia ecológica estratégica de los humedales del Complejo Lacustre Laguna del Negro Francisco y Laguna Santa Rosa, en virtud de la cual el área ha sido reconocida como Humedal de Importancia Internacional, incorporándose a la lista de Sitios Ramsar el año 1996, radica entre otros, en su rol como un regulador de los componentes bióticos y abióticos del ecosistema Andino ahí presente; es de vital importancia para el tránsito de avifauna altoandina y camélidos (vicuñas y guanacos); mantiene vegetación característica de humedales altoandinos de la Puna, principalmente bofedales, vegas y pajonales que se caracterizan por ser de estratos bajos, de características turbosas y asociados a cuerpos de aguas ya sean superficiales o subterráneas, escasamente representados en la Región de Atacama; y es el hábitat de un gran número de especies nativas de flora y fauna, entre ellas diversas especies en estado de conservación vulnerable o en peligro”).

¹²⁴ En este sentido se refiere el considerando 605 de la Res. Ex. 234 de 17 de marzo de 2016 y considerando 1029 de resolución reclamada.

N° 4, *constatándose la presencia de bombas*”, con una multa de 5.483 UTA.¹²⁵ Esta sanción fue calificada como “gravísima”, en virtud del artículo 36 N° 1, letra a) de la LOSMA, dado que, a juicio de la SMA, se había acreditado que el drenaje ácido proveniente del depósito de estériles había causado afectación de la vega altoandina aledaña al mismo depósito, generando con ello un daño ambiental no susceptible de reparación.

510. Conjuntamente con ello, la SMA sancionó a Anglo American por la infracción consistente en no haber “*resuelto el origen del drenaje ácido ni se ha materializado una solución permanente que resuelva la presencia de drenaje ácido al pie del depósito de estériles*”. Por ello, sancionó a Anglo American con sanción de “*clausura temporal del Depósito de Estériles Donoso, sujeta a la condición de implementar en un plazo de un año, a contar desde la notificación de la presente Resolución, una solución definitiva a la generación de drenajes ácido*”.¹²⁶

511. Como podrá estimar este Ilustre Tribunal, ese caso es incluso más grave que el de estos autos. Así las cosas, tampoco resulta comprensible que ante infracciones a las que se les atribuye la afectación de un mismo componente ambiental y una misma calificación de gravedad, de conformidad con el artículo 36) N°1 letra a) de la LOSMA, la SMA resuelva de manera tan disímil. A la luz de las decisiones revisadas, sólo se puede concluir que la sanción aplicada a la presente infracción corresponde a un ejercicio de arbitrariedad punitiva sin fundamento.

2.3. *En fin, la SMA funda la clausura definitiva de la faena minera en razones que escapan a la legalidad vigente.*

512. Tal como se señaló en forma precedente, a propósito de la sanción de clausura definitiva impuesta en el cargo 23.2 del sancionatorio A-002-2013 La LOSMA considera dos grandes elementos para la determinación de las sanciones ambientales. El primero corresponde a la clasificación de las sanciones y el segundo a las circunstancias de determinación de la sanción específica conforme al artículo 40 de la LOSMA.

¹²⁵ Res. Ex. N° 363/2015, de la SMA (resuelve procedimiento administrativo sancionatorio, Rol F-054-2014, seguido en contra de Anglo American Sur S.A.)

¹²⁶ Resolución N° 363 de 4 de mayo de 2015, Resuelvo Primero a).

513. Tal como se indicó, en atención a la legalidad vigente, se esperaría que la imposición de la sanción de clausura se agotara en el análisis de estos elementos. Sin embargo, si se lee en detalle la RE 72/2018 la situación es diametralmente opuesta.

514. Sobre el punto nos remitimos a lo ya señalado en el cargo 23.2 en el sentido de que, en el presente caso la SMA ha destinado un acápite especial con argumentos a favor de la clausura que escapan de la legalidad vigente.

515. En el presente caso, lo anterior queda en evidencia cuando la SMA se hace cargo de la determinación de la sanción específica que corresponde para cada infracción -a partir del Considerando 7599-. Así, para la infracción que nos compete, señala la SMA que la sanción no pecuniaria consistente en la clausura definitiva estaría justificada por tratarse de *“un daño sobre el ecosistema altoandino y sus componentes suelo, flora y vegetación zonal y azonal del lugar”*. Agrega la SMA en el párrafo 7601 que *“debe añadirse que a juicio de este Superintendente, este tipo de sanción es la manera de detener el efecto sobre el medio ambiente. Lo anterior pues, la empresa no podrá seguir expandiendo la construcción de obras en lugares no autorizados, afectando vegetación en su paso”*.

516. Por otra parte, el párrafo 7602 relaciona esta infracción con el incumplimiento imputado en el Cargo N° 3/D-11-2015, relevando el hecho que según esta Superintendencia, CMN afectó formaciones vegetacionales azonales, *“sin siquiera tener el insumo completo y suficiente de línea de base, que le hubiese permitido entender de mejor manera el comportamiento de las vegas del sector, en particular de aquella dañada vega denominada NE-2A y proponer medidas de manejo de las mismas, referidas a las relaciones ecológicas de las vegas de área de influencia del proyecto, así como de la relación de las fuentes de agua y su geoquímica con el desarrollo de las mismas”*.

517. Al igual que como lo señalamos para el cargo 23.2 llamamos la atención de este Ilustre Tribunal en relación con lo grave de las dos últimas argumentaciones ofrecidas por la SMA.

518. Más allá de lo escuetas que ellas son, en efecto, no pueden encasillarse en ninguna de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA. Lo que ha hecho la SMA para imponer la sanción de clausura definitiva de la faena minera es crear una especie de “supra-circunstancia” no considerada expresamente en la ley con el fin de pretender justificar lo injustificable. Esta circunstancia ni siquiera es encasillable dentro del artículo 40, letra i), por la razón que se explicará a continuación.

2.4. En definitiva, la SMA ha impuesto una sanción por un riesgo futuro incierto, contra-fáctico y, sobre todo, imposible materialmente de controvertir.

519. Sobre el punto nos remitimos también a lo señalado respecto del cargo 23.2 en cuanto a que la SMA ha impuesto esta sanción de clausura definitiva fundando su decisión no en hechos, sino en supuestos de riesgos que ni siquiera están adecuadamente justificados por la autoridad: la posibilidad de que nuestra empresa pudiese incurrir en nuevas infracciones en el futuro y que hacen imposible a esta parte defenderse de hechos o suposiciones que ni siquiera se saben si ocurrirán.

520. Más aún, cuando nos encontramos ante la ausencia de antecedentes que den cuenta de la existencia de cualquier riesgo de daño ambiental asociado a esta infracción. Primero en atención a la naturaleza de la misma, la cual no corresponde a una infracción continua en el tiempo. En efecto, actualmente se encuentran contruidos los caminos y demás obras que generaron la intervención del componente vegetación que, según la Superintendencia, se encuentra acreditada.

521. Adicionalmente SS Ilustre debe considerar que, el proyecto se encuentra actualmente paralizado en virtud de la medida urgente y transitoria impuesta por la Superintendencia mediante Res. Exenta N° 477, de 24 de mayo de 2013. Por tanto, es difícil justificar un potencial riesgo que únicamente pueda ser evitado mediante la clausura definitiva de las faenas del Proyecto.

522. Tercero, se debe hacer presente, en relación con esta infracción, que la misma SMA ha impuesto en la RE 72/2018 una serie de medidas urgentes y transitorias a objeto de evitar *“una profundización de los daños generados al*

ecosistema altoandino”, que entendemos son idóneas para hacerse cargo de cualquier riesgo que la Superintendencia estime, se deriven de la presente infracción.

523. Finalmente, queda preguntarse cómo puede ser verdaderamente idónea la sanción de clausura definitiva, cuando la misma SMA reconoce que “el evitar esta infracción era tan sencillo como tener personal debidamente capacitado (v.gr. un biólogo experto en flora u otro) que supervisara las labores a realizar en los lugares donde la empresa podía efectivamente intervenir para construir las obras del proyecto de conformidad a su licencia ambiental”, y por tanto, también podría estimarse que para evitar “una profundización de los daños generados al ecosistema altoandino”, puede ser suficiente el contar con personal calificado que asegure que las intervenciones vegetacionales futuras se efectuarán conforme a autorizado por RCA 24/2006, sin tener que tomarse por dicha entidad la más gravosa de las sanciones.

524. Por lo anterior, resultan absolutamente ilegales las argumentaciones de la Superintendencia para imponer la sanción de clausura definitiva, lo que conlleva una injusta situación que debe ser corregida por SS. Ilustre.

(v) ILEGALIDADES COMETIDAS EN LA SANCIÓN DE CLAUSURA DEFINITIVA APLICADA AL CARGO N° 7 DEL SANCIONATORIO D- 11-2015.

525. En el procedimiento sancionatorio D 011-2015, la SMA formuló cargos a mi representada, bajo el N° 7, por una serie de supuestos incumplimientos relativos a las obligaciones del Plan de Monitoreo de Glaciares del Proyecto (“PMGv3”). Estos incumplimientos parciales estarían, en concepto de la SMA, relacionados con (i) el monitoreo diario de glaciares y glaciaretos (Cargo N° 7.1); (ii) el material particulado sedimentable (MPS) (Cargo N° 7.2); (iii) temperatura (Cargo N° 7.3); (iv) estudios de permafrost (Cargo N° 7.4); (v) establecimiento de caudales de aporte a propósito de los estudios de balance de masa (Cargo N° 7.5) ; y, en fin, (vi) al plan comunicacional (Cargo N° 7.6). En el resuelvo 1.5 de la Re 72/2018, en definitiva, la SMA determinó la responsabilidad de CMN relativa a los cargos N°s 7.1, 7.2, 7.3, 7.4 y 7.6.

526. Ahora bien, como demostramos a continuación y como SS Ilustre podrá comprobar, para imponer la sanción de clausura definitiva de la faena minera en razón del presente cargo la SMA ha incurrido en las siguientes actuaciones ilegales: **(a)** la SMA ha impuesto una sanción de clausura definitiva por infracciones que no se han configurado, en particular, teniendo presente que las condiciones climáticas extremas constituyen una fuerza mayor que ha hecho imposible cumplir con el 100% de las obligaciones del PMGv3. En todo caso, se demostrará que la falta de datos puntuales o falencias metodológicas no han alterado el objetivo ambiental del proyecto; **(b)** la SMA efectúa una arbitraria e ilegal clasificación del cargo conforme al art. 36 N° 2 letra e) de la LO-SMA, entendiendo en forma ilegal, y equivocada que las condiciones de monitoreo del PMGv3 constituyen medidas destinadas a “minimizar o eliminar los efectos adversos del proyecto”; **(c)** la SMA ha ponderado las circunstancias del art. 40 de la LO-SMA contra ley, vulnerando el principio de non bis in ídem e invirtiendo la carga de la prueba y, **(d)** por último, la sanción que la SMA ha impuesto a mi representada carece de toda proporcionalidad.

527. Previo a analizar las sanciones impuestas por incumplimientos al PMGv3, creemos útil entregar a este I. Tribunal la siguiente información de contexto acerca de este componente:

528. El diseño original del Proyecto Pascua Lama (aprobado mediante RCA 39/2001), contemplaba la remoción y traslado de tres glaciaretos (Toro 1, Toro 2 y Esperanza), por estar ubicados en el sector proyectado del rajo. Dicha situación se mantuvo en el EIA de modificaciones al proyecto, ingresado a evaluación en el año 2004. Ahora bien, al momento de calificar dicho EIA, se modificó esa situación, de modo que la RCA 24/2006, en su Considerando 9.22, dispuso que CMN debía acceder al mineral y obras del proyecto sin remover, trasladar o intervenir físicamente dichos cuerpos de hielo. Con ello, CMN modificó su plan minero y redujo el rajo originalmente aprobado de manera de no afectar los glaciaretos.

529. Adicionalmente, la RCA 24/2006 incluye una obligación de monitorear los glaciares y glaciaretos presentes en el área de influencia del Proyecto, esto es, Toro 1, Toro2, Esperanza y Guanaco. Sin embargo, ya que el plan de monitoreo original estaba concebido bajo la primera configuración del proyecto (es decir,

removiendo y trasladando los glaciaretos incluidos en el rajo), se estableció que CMN debería diseñar un Plan de Monitoreo de Glaciares que permitiera verificar las condiciones de dichos cuerpos de hielo, previa realización de una nueva caracterización de la criósfera de la zona.

530. En definitiva, el Plan de Monitoreo de Glaciares del Proyecto Pascua Lama (conocido como PMGv3), fue presentado a aprobación de la entonces Comisión Regional del Medio Ambiente de Atacama en el año 2008. En su elaboración participaron expertos científicos y académicos, así como también tuvo activa participación el Departamento de Conservación y Protección de Recursos Hídricos de la DGA, quien lo visó previo a su sometimiento a la autoridad ambiental.

531. El PMGv3 fue diseñado para abordar preguntas científico técnicas que necesitaban solución en ese momento, por lo que fue innovador en su tipo, incorporando un relevante componente científico, constituyéndose en el primer programa de monitoreo industrial de glaciares de este tipo y envergadura en Chile y en Sudamérica. En su diseño, se estableció la captura de información desde diversas fuentes, configurando un plan que los expertos describen como “redundantes”; se diseñó de manera que funcionara como un “puzle”, de modo que muchas piezas conforman la imagen final, pero también de modo que la falta de una pieza no impide en definitiva visualizar la imagen final.

532. Por otro lado, el PMGv3 no solo es único en su especie en razón de su contenido y complejidad, sino que también en atención a la ubicación y condiciones extremas que debe enfrentar la cosecha de información, en atención a que debe implementarse a ~5.500 msnm, bajo las inclemencias climáticas (nieve, hielo, bajísimas temperaturas y fuertes vientos), en la Cordillera de Los Andes.

533. Desde su aprobación en el año 2008, CMN ha remitido seis informes anuales (con numerosos anexos cada uno) de monitoreo de los glaciares y glaciaretos del área de influencia (así como de los glaciares y glaciaretos de referencia que fueron definidos como cuerpos control). Dicha información ha sido remitida a la autoridad ambiental y sectorial correspondiente, pero también ha sido recogida por expertos mundiales en glaciología. En efecto, como veremos más adelante, aun con las dificultades que implica su implementación, la

información ha sido empleada en numerosos estudios que han aparecido publicado en revistas especializadas a nivel mundial.

534. Dicho lo anterior, abordamos ahora los alegados incumplimientos que fueron sancionados en la RE 72 en relación con el Cargo N°7 de la Res. Ex. N°1/Rol D-011-2015.

(a) La SMA sancionó a mi representada por infracciones no configuradas: el cumplimiento parcial en todos estos casos logra el objetivo ambiental perseguido por las autorizaciones ambientales.

535. Como se alegó y reiteramos en esta oportunidad, (1) el cumplimiento parcial del PMGv3 se debe a condiciones que son ajenas al control de esta parte, cuestión que fue debidamente acreditada en el sancionatorio, (2) en los siguientes cargos, los antecedentes del expediente malamente pueden dar por acreditada la infracción; y, (3) el cumplimiento del PMGv3 en este aspecto, pese a no ser del 100%, permite cumplir igualmente con el objetivo ambiental del plan de monitoreo tal como fue concebido en las autorizaciones ambientales de CMN.

1. El cumplimiento parcial se debe a circunstancias de fuerza mayor, ajenas a la voluntad de esta parte.

536. La SMA sanciona a CMN en tanto estima que las condiciones climáticas del sector no pueden eximir o atenuar la responsabilidad de esta parte en el cumplimiento parcial del PMGv3. Así, por ejemplo, señala el párrafo 1671 y siguientes que “*era una preocupación constante el hecho que las obligaciones del PMG se cumplieran a cabalidad, pues ello asegura la representatividad de la información obtenida*”, que “*el argumento planteado por la empresa, no es novedoso ni poco conocido por las autoridades ambientales*”, y que, en definitiva, “*las condiciones climáticas constituyen un elemento previsible desde la evaluación ambiental del proyecto Pascua Lama*”.

537. Esta conclusión, con todo, olvida que en el PMGv3 **siempre se condicionó el monitoreo u obtención de datos a las condiciones climáticas del sector.**

538. Así, por ejemplo, en materia de albedo¹²⁷, diversas partes del PMGv3 someten las mediciones a las condiciones climáticas del sector, especialmente, para los glaciares Toro 1 y Guanaco. Algo similar se reitera constantemente en el Anexo 1-5 del PMGv3, que contiene el Manual de Procedimientos para las mediciones de variaciones del albedo y del balance de masa. Este Manual considera en varios pasajes la posibilidad de enfrentar condiciones climáticas adversas y que (a) generen daños en las estaciones de monitoreo, (b) deriven en la pérdida de la estación o la pérdida de datos, (c) produzcan una imposibilidad de realizar calibraciones, o bien, (d) impidan la descarga de las fotografías en ciertas épocas.

539. Sin perjuicio de lo anterior, pese a que al momento de aplicar el PMGv3 durante el periodo fiscalizado por la SMA se estaba al tanto de las inclemencias climáticas del sector, lo cierto es que al momento del diseño del programa no existían datos locales suficientes que permitieran, con certeza, realizar análisis estadísticos de los extremos climáticos que serían enfrentados durante la ejecución del PMGv3.

540. En adición, tampoco se contaba con ejemplos de programas industriales similares, a nivel mundial, de instrumentación en entornos tan extremos. De hecho, el PMGv3 fue el primer programa de monitoreo industrial de glaciares de esta envergadura que se realizaba en Sudamérica. Es esto, entre otras razones, lo que permite entender por qué el PMGv3 sería revisado y adaptado en la medida que ello fuese procedente.

541. En dicho sentido, conviene precisar que las condiciones climáticas en alta montaña por sobre los ~3.500 msnm son variables y extremas, especialmente al considerar el escenario actual de cambio climático y los eventos de El Niño y La Niña (ENSO) que afectan a la Cordillera de Los Andes. Esta alta variabilidad natural implica que los eventos mayores son difíciles de predecir, especialmente si no se contaba con información local robusta al momento de diseñar el programa de monitoreo.

542. De lo anterior se sigue que los efectos sobre la instrumentación con la que se llevan a cabo los programas de monitoreo en estos ambientes sean más

¹²⁷ Se define albedo (α) o reflectancia como la proporción de radiación solar incidente de onda corta que es reflejada por la superficie. www.glaciologia.cl/web/glaciologia_es/glosario.php?idPalabra=&init=

impredicibles y no necesariamente mejorables con la instalación de equipos adicionales en forma redundante. Tan cierto es esto, que incluso los equipos empleados por CMN, altamente sofisticados y de clase mundial, reconocen las limitaciones referidas en sus manuales de instrucciones. Es decir, pese a que CMN contó con equipos y sensores altamente sofisticados, no se pudo evitar sus fallas y la consecuente posible pérdida de datos debido a circunstancias climáticas.

543. En conclusión, a diferencia de lo planteado por la SMA, las condiciones climáticas están lejos de contar con la previsibilidad que la autoridad ambiental les atribuye. Aún en el caso que sean medianamente previsibles, impiden ejercer medidas tendientes a corregirlas. Esto, sin embargo, no fue tenido en consideración por la SMA en la RE 72/2018, incluso frente a información que indicaba que este tipo de situaciones también afecta a los monitoreos de glaciares que realiza la DGA.

544. Es necesario señalar, como claramente fue dicho y acreditado al momento de presentar los descargos correspondientes, que la posibilidad de falla de los equipos o bien, la posibilidad de no poder acceder físicamente a recabar la información en razón de las condiciones climáticas adversas, **es una circunstancia que ha sido considerada por el propio PMGv3.**

545. En efecto, en el texto de dicho instrumento se leen múltiples pasajes en donde se señala que el registro o toma de datos respecto de uno o más parámetros se hará “siempre que sea posible”, y en tanto “lo permitan las condiciones climáticas”. Por lo tanto, mal puede considerarse una infracción si la falta puntual de datos se debe a problemas que fueron asumidos y considerados por el PMGv3 y que, por lo mismo, condicionaron su diseño.

546. En dicho sentido, **el plan fue construido de manera redundante, de modo que la falta de datos puntuales no afectara la posibilidad de extraer conclusiones, ni implique automáticamente que la data disponible pierda representatividad en el largo plazo.**

547. En atención a lo anterior, mal puede entenderse configurado un hecho infraccional en circunstancias que lo que se indica como incumplimiento se enmarca dentro de las circunstancias que el propio PMGv3 previó en su diseño,

habiendo optado entonces por un diseño que permitía cumplir con el objetivo buscado aun con eventos de fallas puntuales.

2. En los siguientes cargos, los antecedentes del expediente malamente pueden dar por acreditada la infracción

548. Respecto al hecho infraccional 7.1.2 (relativo al monitoreo de albedo), en atención a que:

(i) No es correcta la interpretación extensiva que realiza la SMA (de lo dispuesto en la RCA y PMGv3) en el sentido de que el monitoreo de albedo estaría establecido respecto de todos los cuerpos de hielo presentes en el área.

(ii) No se comparte la conclusión de la SMA respecto de sólo con monitoreos de albedo perfectamente continuos -aun con condiciones climáticas extremas- se puede establecer la tendencia de los cuerpos de hielo del sector del Proyecto, en tanto a) el propio PMGv3 se coloca en la circunstancia de eventual falla en la toma de datos puntuales de modo de asegurar la representatividad del plan; b) la información presentada por el PMGv3 ha demostrado ser representativa y útil para la realización de estudios científicos publicados en reconocidos medios internacionales.

(iii) La SMA establece que hubiera bastado con contar con equipos alternativos de respaldo para reemplazar los que presentasen daños, desestimando por completo el hecho de que efectivamente los equipos fueron reemplazados varias veces, pero es una situación que no puede ser realizada de inmediato en atención a las condiciones extremas que muchas veces impiden acceder al área completamente, o bien, con riesgo grave del personal a cargo. Cabe recordar que esta misma circunstancia ha afectado a la DGA respecto de los glaciares cuyo monitoreo tiene a su cargo, quien por falla en equipos que no ha podido reemplazar o por problemas de acceso, ha perdido o dejado de registrar meses de data.

549. Respecto del hecho infraccional 7.1.2 (también asociado al monitoreo de albedo), la SMA no tuvo en consideración el hecho que la falta de datos durante

invierno se encuentra prevista en el PMGv3, dado que la medición de albedo de invierno es de importancia secundaria en tanto la acumulación se controla mediante la caída de nieve o la redistribución de la misma por el viento, y no por el color de la superficie del glaciar. De este modo, si la situación se encuentra contemplada por el plan, mal puede decirse que existió incumplimiento del mismo.

550. En cuanto al hecho infraccional 7.2, no existió infracción significativa a la metodología del PMGv2 que permita concluir -como lo hace la SMA- que cualquier análisis obtenido con dichas mediciones carezca de robustez y confiabilidad. En efecto, la metodología está diseñada para medir tendencias de largo plazo, de modo que no es sensible a la falta de datos puntuales o que presenten excedencia de las variabilidades de frecuencia de toma de muestras de más de 2 días.¹²⁸

551. Respecto del hecho infraccional 7.4 (permafrost), la SMA yerra en su conclusión en cuanto a que no se han realizado los estudios de permafrost que indica. En efecto, la propia SMA se remite a una serie de estudios e informes presentados por mi representada, a los que accedió en el sistema de seguimiento ambiental, tras lo que concluyó que, no obstante presentarse en éstos la información que indica, desprende que no se abordarían los análisis comprometidos respecto del plan de monitoreo de glaciares. Pues bien, es posible que dichas conclusiones se deban a que existe una generalizada confusión de conceptos con respecto al ambiente periglacial (compuesto por permafrost y sus criofomas asociadas, como los glaciares rocosos), confusiones que son reproducidas en la RE 72/2018. De esta forma, siendo que el permafrost corresponde solo a una condición térmica del suelo, no es posible concluir que el PMGv3 no haya cumplido con el registro de temperatura que configura el monitoreo del régimen térmico del suelo, con lo que cumple también con monitorear y posteriormente identificar las características térmicas del permafrost en diversos puntos, todo lo cual se incluye en los informes a que alude la resolución y en todos los que se han realizado posteriormente. En conclusión, dichos informes sí contienen la información requerida en tanto reflejan que se

¹²⁸ La norma ASTM D1739-98 2004, a la que se remite la SMA en su análisis de este hecho infraccional, es empleada como una referencia metodológica por el PMGv3, que no toma como suyo la variación máxima permisible de 2 días. Es más, la norma aludida también establece que *"This test method has the advantage of extreme simplicity. It is a crude and non-specific test method, but it is useful in the study of long-term trends"* [*"...este método tiene la ventaja de una extrema simplicidad. Es un método bruto y no específico, pero es útil en el estudio de las tendencias de largo plazo"*]. ASTM, 2004. Standard Test Method for Collection of Dustfall (Setteable Particulate Matter), ASTM International, West Conshohocken, PA, 2004, www.astm.org/doi:10.1520/D1739-98R04

tiene conocimiento del régimen térmico del suelo y las características térmicas del permafrost presente, por lo que no se ha configurado este hecho infraccional.

552. Sobre el hecho infraccional 7.6 (i.e., activación del Plan Comunicacional), debemos decir:

(a) En relación con el hecho 7.6.1, no resulta correcto que la SMA –no obstante aceptar y reconocer que el PMGv3 no requiere, que una vez detectada la superación de índices en algún cuerpo, la empresa realice un análisis de todos los glaciares, aun cuando éstos no hayan presentado dicha condición– en una interpretación extensiva y sin fundamentos, exija que dicho análisis sí se efectúe. El PMGv3 no incluye ningún mecanismo que establezca la necesidad de analizar exhaustivamente todas las crioformas del área de estudio, considerando que solo algunas excedieron algunos límites. Como bien señala la SMA, lo que debe hacerse es analizar las causas de activación e integrar la información disponible, cuestión que sí se realizó en este caso. En dicho sentido, teniendo presente que durante el período de análisis las actividades de construcción se encontraban paralizadas, el análisis integró información sobre variabilidad natural de clima y pérdida de masa de algunos glaciares regionales, de modo que cumplió con la exigencia de integrar la información disponible y pertinente, con lo que se explicaron las causas de superación que se contienen en el informe explicativo del año 2014.

(b) Respecto del hecho infraccional 7.6.2, no es correcta la imputación que efectúa la SMA respecto del período de referencia que exige aplicar respecto de la superación del límite 2 del Glaciar Estrecho. Ello resulta incorrecto en tanto dicho glaciar no posee un periodo de referencia por cuanto sus mediciones no comenzaron hasta el año 2006-2007, de modo que no permite calcular los límites según lo dispuesto en el plan. Es así que, en base a la información disponible en el momento de preparación del informe de evaluación de excedencias (BGC, 2014), se presentó una evaluación comparativa robusta entre el Glaciar Estrecho y otros cuerpos de hielo similares tanto en el área del proyecto, como igualmente otros a nivel regional. Debido a la falta de

datos suficientes acerca del balance de masa para el Glaciar Estrecho para antes del año 2009, el enfoque presentado fue apropiado para evaluar su tendencia de comportamiento. El haber usado un período de referencia más corto o extender dicho período al período post inicio de la construcción -como pretende la SMA- hubiese dado lugar a sesgos y no habría sido metodológicamente adecuado para determinar límites que desencadenen el Plan de Comunicaciones.

3. *Pese a que existió una falta de información puntual, el cumplimiento del PMGv3 alcanzado logra el objetivo ambiental en cuestión.*

553. La RE 72/2018 sostiene en el párrafo 2002, que “la correcta implementación del PMGv3, es la única forma de verificar fehacientemente que las actividades del proyecto no están afectando los glaciares y glaciaretos del sector”. En efecto, la correcta implementación del PMGv3 permite cumplir con dicho objetivo; ahora bien, como consta en el expediente, la falta de datos puntuales no constituye una incorrecta aplicación del PMGv3, tanto así que el objetivo ambiental buscado con este instrumento se cumplió a cabalidad.

554. El objetivo ambiental del PMGv3 es la complementación de la línea de base de los cuerpos de hielo del área de influencia del proyecto, su caracterización física y su evolución. Dicho objetivo fue cumplido a cabalidad, tanto es así que con la información proporcionada por este instrumento se han llevado a cabo múltiples estudios científicos, tendientes a mostrar la tendencia y evolución que ha presentado la criósfera, tanto en Chile como a nivel internacional

555. Por otro lado, el PMGv3 no es la única forma de verificar que las actividades del proyecto no están afectando glaciares. Pues ello también puede llevarse a cabo mediante estudios de tipo comparativo con cuerpos de hielo no cercanos al proyecto y la comparación y evaluación de tendencias a largo plazo, utilizando para ello precisamente la información recolectada en el marco del PMGv3.

(b) La sanción de clausura definitiva se funda en una arbitraria e ilegal clasificación de la infracción.

556. Los hechos constitutivos de infracción que fueron consignados bajo el Cargo N°7 de la Res. Ex. N°1/Rol D-011-2015 -es decir, el cumplimiento parcial del compromiso de monitorear emplazados en el área de influencia del proyecto- fue sancionado como una infracción grave en virtud de lo dispuesto por el artículo 36 N°2 e), esto es, como un incumplimiento grave de las medidas establecidas en la respectiva RCA, destinadas a eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, calificación que resulta arbitraria e ilegal.

557. En efecto, el referido artículo 36 N° 2, letra e) clasifica como grave los incumplimientos a su vez graves de “las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto, de acuerdo a lo previsto en la respectiva Resolución de Calificación Ambiental”. En base a ello, la SMA ha estimado que el cumplimiento parcial del PMGv3 corresponde a un incumplimiento grave de la autorización ambiental, en los términos de dicha norma. Para estos efectos, la SMA considera que las acciones de monitoreo y seguimiento contenidas en el PMGv3 tienen por finalidad, en verdad, “eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto”.

558. Este argumento es equivocado, por cuanto **(1)** las medidas del PMGv3 no tienen por fundamento “eliminar o minimizar” impactos, sino que corresponden a acciones o medidas de seguimiento o monitoreo ambiental, y; **(2)** su cumplimiento parcial no puede ser constitutivo de un “incumplimiento grave” en los términos del artículo 36 N° 2 de la LO-SMA, especialmente, porque aun cuando se estimare que el PMGv3 fue incumplido -cuestión que rechazamos-, de todas maneras ello no impidió alcanzar el objetivo ambiental perseguido por el instrumento.

1. *En primer lugar: las medidas de monitoreo de glaciares y glaciaretos no corresponden a medidas “de mitigación”, como lo sostiene la SMA, sino que a medidas “de seguimiento”.*

559. Una de las distinciones fundamentales en materia ambiental es la que existe entre medidas de mitigación, por una parte; y medidas de monitoreo o seguimiento, por la otra. Esto podrá parecer básico, pero a veces es necesario volver a los conceptos fundamentales, especialmente cuando ellos se presentan de manera confusa y equívoca, como ocurre en este caso, con el objeto de configurar una causal de gravedad que no corresponde.

560. Como S.S. Ilustre sabe, un proyecto ingresado al SEIA a través de un Estudio de Impacto Ambiental (“EIA”) cuenta con un plan de medidas ambientales destinadas a hacerse cargo de sus impactos ambientales “significativos”. Así, la misma Ley N° 19.300 exige que el EIA incluya “medidas que se adoptarán para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto o actividad”, por una parte; o bien “las acciones de reparación que se realizarán, cuando ello sea procedente”. Esto es lo que se conoce, en la práctica, como el “Plan de Medidas Ambientales”. Tan relevante es este elemento dentro del EIA, que la autoridad ambiental, en caso que estime que el proyecto no presenta las medidas adecuadas, se encuentra habilitada para rechazar el proyecto ingresado al SEIA.

561. Una lectura sistemática de las normas en juego (como lo manda el artículo 22 del Código Civil) obliga a recurrir a las normas del Reglamento del SEIA en la materia, cuerpo normativo que distingue claramente entre el Plan de Medidas Ambientales (medidas de mitigación, de compensación y medidas de reparación.) y el Plan de Seguimiento. Así las cosas, cuando la Ley N° 19.300 habla, a propósito de los EIA, de “medidas que se adoptarán para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto o actividad”, se está refiriendo, en el lenguaje del Reglamento del SEIA, a las medidas de mitigación, reparación y de compensación que debe contener dicho instrumento de evaluación.

562. Algo completamente distinto son las medidas que forman parte del “plan de seguimiento de las variables ambientales relevantes” que dan origen al EIA.

563. Estas medidas, como su nombre lo indica, buscan “asegurar que las variables ambientales relevantes que fueron objeto de evaluación ambiental, evolucionen según lo proyectado”. Así pues, debe establecerse una diferencia fundamental entre las medidas ambientales de un proyecto, y las medidas de seguimiento. Ambas no pueden ser confundidas.

564. En el caso que nos ocupa, la RCA 24/2006 dispuso medidas de mitigación asociadas al componente ambiental glaciares, destinadas a eliminar, minimizar o evitar la generación de impactos sobre éstos. Así, por ejemplo, dispone de medidas de control de polvo o la obligación del titular de acceder al recurso mineral de modo tal que no se produzca remoción, traslado, destrucción o cualquier forma de intervención de los glaciares Toro 1, Toro 2 y Esperanza.

565. Por otro lado, están las medidas de seguimiento de las variables ambientales, consistente en el monitoreo de depositación de polvo o de temperatura, entre otras, que tienen por finalidad verificar que las primeras medidas son exitosas. Las diferencias entre una y otras, como este Ilustre Tribunal podrá concordar, son sustantivas.

566. En ese sentido, nótese que la LOSMA considera como infracción grave, en su artículo 36 N° 2, letra e), el incumplimiento grave de “las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto”. Esta es, pues, la misma frase utilizada por la Ley N° 19.300 a propósito de los planes de medidas ambientales que deben contener todos los EIAs, como se señaló anteriormente. El artículo 12 de la Ley N° 19.300 obliga, recordemos, a incorporar en los EIAs “las medidas que se adoptarán para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto o actividad”.

567. En consecuencia, y como SS Ilustre podrá concordar, bajo la legalidad ambiental vigente, **solo el incumplimiento de medidas de mitigación o compensación contenidas en un EIA puede ser calificado como grave** en los términos del artículo 36 N° 2, letra e) de la LO-SMA. La SMA, en el presente caso, utilizando un argumento arbitrario y contrario a derecho, ha confundido lo anterior.

568. Eso no quiere decir que el incumplimiento de las obligaciones de monitoreo, no sean infracciones en tanto se configuren dentro del tipo general del artículo 35 letra a), pero no corresponde clasificarlas como grave asociadas al incumplimiento de medidas de mitigación, reparación o compensación, o al menos, no invocando la causal de gravedad del artículo 36 N°2 letra e. Recordemos en este punto que las competencias sancionatorias, son por su naturaleza de derecho estricto, y por lo tanto no es posible que la autoridad les dé una interpretación extensiva a las normas que importan aumentar la lesividad de un determinado hecho.

569. Dicho lo anterior, en el caso concreto, las medidas y mediciones cuyo incumplimiento parcial se imputa por parte de la SMA consisten, en medidas de seguimiento ambiental, lo que se desprende de manera evidente de las disposiciones tanto de la RCA 24/2006 como del PMGv3.

570. Así, por ejemplo, en la RCA N° 24/2006 se señala expresamente a propósito de los monitoreos asociados al Proyecto que el titular *“deberá monitorear las condiciones de los glaciares Toro 1, Toro 2 y Esperanza, durante la vida útil del proyecto, con la finalidad de identificar posibles variaciones en las características físicas de dichos cuerpos”*. En adición, se agrega inmediatamente que las *“especificaciones del plan de monitoreo deben ser presentadas a la COREMA para su aprobación tres meses después de la notificación de esta Resolución y estar implementado previo a la ejecución del proyecto”*. En consecuencia, no cabe duda que las acciones y medidas del PMGv3 cuyo incumplimiento atribuye la SMA en la RE 72/2018 constituyen medidas de un plan de seguimiento.

571. Algo similar se señala en el PMGv3, en donde se expresa que éste *“proporciona detalles de mediciones en todos los glaciares obtenidas a intervalos determinados como un indicador de posibles efectos adversos y de la efectividad de las medidas de mitigación”*.

572. La misma SMA pareciera reconocer todo lo dicho en la resolución de sanción, cuando señala que *“la correcta implementación del PMGv3, es la única forma de verificar fehacientemente que las actividades del proyecto no están afectando los glaciares y glaciaretos del sector, lo que constituye una de las condiciones esenciales que se estableció para la aprobación ambiental del proyecto denominado “Modificaciones Proyecto Pascua Lama”*.

573. De este modo, como se ha indicado anteriormente, la RCA establece, por una parte, medidas de mitigación de impactos ambientales o condiciones para la no afectación de los glaciares; y por la otra, medidas de seguimiento para verificar que dichas medidas se cumplan y están siendo efectivas. Sin embargo, la SMA califica de grave el cumplimiento parcial del PMGv3 (en relación con la calificación del literal e) del artículo 36 N°2) sosteniendo que: *“no cabe duda que la cabal implementación del PMGv3, el cual forma parte integrante de la RCA N° 24/2006, se trata de una medida cuyo objetivo es minimizar los eventuales efectos del proyecto en los cuerpos de hielo señalado y en el que todos los monitoreos se encuentran íntimamente relacionados y sirven para determinar si el proyecto se encuentra generando efectos adversos negativos que justifiquen la activación del Plan de Comunicaciones.*

574. En base a ello, la SMA concluye, desconociendo la legalidad ambiental vigente y lo señalado en la RCA N° 24/2006, que el PMGv3 “consiste precisamente, en un conjunto de medidas de mitigación que se activan en caso de verificarse alguna de las situaciones que se contemplan en los anexos 1-1 y 1-5”. Sin embargo, S.S. Ilustre, nos vemos en la necesidad de remarcar esto: **la importancia de una medida de seguimiento no la transforma en una medida “para hacerse cargo de los efectos adversos del proyecto”, como pretende hacerlo creer la SMA.** Lo cierto es que la clasificación de la gravedad, en el presente caso, adolece de un pecado de ilegalidad en su origen, y que debe ser corregido por este Ilustre Tribunal con la declaración de nulidad de la RE 72/2018 a este respecto.

2. En segundo lugar, las supuestas infracciones no pueden ser calificadas como “incumplimientos graves de medidas”, por cuanto no cumplen con los requisitos de “centralidad” que ha definido la propia SMA para hacer aplicable la causal del artículo 36 N°2 letra e).

575. Aun en el caso que estimáramos que el Plan de Monitoreo de Glaciares puede ser catalogado como una medida destinada a eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto -cuestión que rechazamos categóricamente- tampoco es posible configurar esta causal, tanto el cumplimiento parcial del PMGv3 no constituye un incumplimiento grave según los criterios de “centralidad” que la SMA ha definido para determinar la aplicabilidad de dicha norma. Estos criterios son:

- (i) “La relevancia o centralidad de la medida incumplida, en relación con el resto de las medidas que se hayan dispuesto en la RCA para hacerse cargo del correspondiente efecto identificado en la evaluación;”
- (ii) “La permanencia en el tiempo del incumplimiento; y”
- (iii) “El grado de implementación de la medida, es decir, el porcentaje de avance de su implementación, en el sentido de que no se considerará de la misma forma a una medida que se encuentra implementada en un 90% que una cuya implementación aún no haya siquiera comenzado.”

576. En este sentido, S.S. Ilustre, debemos ser insistentes: los incumplimientos atribuidos por la SMA no revisten la centralidad necesaria para ser considerados

como “graves”. Difícilmente se puede sostener que el PMGv3 tiene un rol central en la disminución o eliminación de los efectos adversos sobre glaciares. El PMGVv3 tiene una naturaleza, cuando mucho, complementaria a las medidas que realmente están destinadas a disminuir y eliminar dichos efectos (tal como se indicó en forma precedente). Tan cierto es esto, que la RCA N° 24/2006 considera una serie de medidas ambientales que se hacen cargo en forma directa de aquellos efectos, por ejemplo, (i) diversas medidas de mitigación de material particulado; (ii) o la exigencia de no intervención de glaciares durante el acceso al mineral.

577. En adición, y como se dijo más arriba, debe tenerse presente que los errores e imprecisiones respecto de la metodología y falta de recopilación de datos puntuales, que, en definitiva, han fundado la sanción impuesta por la SMA en la RE 72/2018, no tuvieron la entidad de afectar el objetivo del PMGv3: la caracterización de los cuerpos de hielo del área del Proyecto y su consecencial evolución. A continuación, veremos como dicha situación no se configura respecto de los hechos infraccionales que conforman el Cargo N°7.

2.1. Hecho Infraccional N° 7.1: monitoreo de albedo.

578. Respecto a este cargo, la SMA estima –párrafo 2019- que el requisito de la centralidad se reúne en tanto el monitoreo continuo de albedo era esencial en la detección rápida de posibles efectos que pudieran sufrir los cuerpos de hielo presentes en el área del proyecto y porque las medidas a adoptar, en caso de detección de posibles efectos en los glaciares y glaciaretos que se establecen en el Plan de Comunicaciones dependen, en gran medida, de los datos que arroje esta variable.

579. La argumentación ofrecida por la SMA, sin embargo, es bastante cuestionable desde el punto de vista técnico y legal. Primero, porque, como se dijo anteriormente, el proyecto cuenta con medidas específicas de control de polvo para hacerse cargo del posible impacto adverso sobre glaciares, cuestión que es reconocida por la SMA en la misma resolución reclamada. Estas medidas, pues, son de cumplimiento permanente e independiente de la verificación de monitoreo asociado a este hecho y no fueron objeto de formulación de cargos.

580. Segundo, tal como se indicó de acuerdo a las normas ambientales y reglamentarias vigentes, un plan de monitoreo tiene por finalidad determinar durante la ejecución de un proyecto si las variables ambientales evolucionan según lo proyectado y, en caso de no ser así, adoptar las medidas del caso. De ser efectivo el argumento planteado por la SMA, entonces, la infracción de cualquier medida de monitoreo, indistinta de su magnitud, debiera ser considerada como grave a la luz del artículo 36 N° 2 de la LO-SMA.

581. Tercero, el monitoreo de albedo ni siquiera consiste en una medida de valor central dentro del monitoreo de los cuerpos de hielo. Ello se debe, como el PMGv3 lo reconoce, a que el resultado cualitativo de este monitoreo no es capaz de ofrecer “posibilidades de cálculo de índices precisos (evaluación cualitativa)”.

582. En efecto, un parámetro como el albedo y los índices que se derivan de su registro (por ej. el denominado “índice 3-x”), actúan solo como indicadores indirectos de otros efectos, de modo que un solo parámetro nunca es concluyente por sí solo ya que debe considerarse conjuntamente con el resto de los parámetros medidos. La ausencia de datos puntuales de un único parámetro no implica automáticamente la imposibilidad de analizar eventuales efectos derivados de actividades del proyecto, en la medida que existen -como es el caso de la especie- una serie de otros datos (de este y los demás parámetros), que permiten perfectamente arribar a conclusiones válidas.

583. En dicho sentido, es necesario insistir en lo más importante: el cumplimiento parcial de este indicador no ha impedido el cumplimiento del objetivo ambiental del PMGv3. Los datos faltantes, hecho sancionado por la SMA en el presente caso, son de baja importancia. En el caso concreto, la obtención de aproximadamente el 95% de las mediciones de albedo in situ en los cuerpos de hielo monitoreados en el área de influencia (Guanaco, Ortigas 1 y Toro 1), y mayor al 60% en Ortigas 2 (glaciarete de referencia no ubicado en el área de influencia del proyecto), permitieron concluir que el albedo se ha movido dentro de un rango ambiental normal, como fue demostrado en la información allegada al expediente de sanción.

584. En consecuencia, no es posible calificar este alegado incumplimiento como uno grave de una supuesta medida, por cuanto, por un lado requiere que sea interpretada en relación con el resto de las acciones que establece el PMGv3, y

por cierto que no cumple un rol central en relación con las medidas que se dispusieron en la RCA para hacerse cargo del correspondiente efecto identificado en la evaluación.

585. Adicionalmente, tampoco corresponde calificarlo como cumplimiento grave, toda vez que su grado de implementación en muchos casos, es cercano o incluso superior al 90%.

2.2. Hecho Infraccional N° 7.2: monitoreo de MPS.

586. Tal como ocurre en el hecho infraccional anterior, la medida cualitativa del cumplimiento de esta obligación **no es central en el cumplimiento de los objetivos del PMGv3, ni en la disminución de los efectos adversos del proyecto**, cuya labor se encuentra entregada a las medidas ambientales de la RCA N° 24/2006, como se señaló precedentemente, pero en el que la SMA insiste en los párrafos 2020 y siguientes de la RE 72/2018.

587. Respecto a este hecho infraccional, debe tenerse presente que el monitoreo de MPS se realizó durante el periodo aludido por la SMA. En efecto, CMN acompañó siete figuras que muestran las variaciones en las tasas de MPS en relación a los hitos del proyecto con los volúmenes asociados para los periodos de interés. Ellas permiten acreditar que las mediciones se efectuaron con la continuidad establecida en el PMGv3 sin que falte dato alguno. Así las cosas, las falencias en la metodología de toma de muestras, que es imputada por la SMA en la Resolución Sancionatoria, no genera una desviación de resultados significativa que altere la finalidad que hay detrás de esta medida, como lo pretende plantear el organismo fiscalizador.

588. En adición, S.S. Ilustre debe tener presente que esta obligación de monitoreo cuenta con un valor cualitativo menor, pues el mismo no establece límites ni gatilla ninguna de las medidas del Plan de Comunicaciones. Por lo demás, su cumplimiento parcial igualmente permite el análisis de datos y la realización de los estudios de tendencias respectivos

589. Finalmente, el objetivo del monitoreo de MPS, de la manera en que está definido en el PMGv3, está enmarcado en observar tendencias en el parámetro

medido de modo que permita entregar información del comportamiento glacial general que pudiera estar ligado a la actividad minera, en el largo plazo. Es así como el método de medición está enfocado a evaluar tendencias en el largo plazo, y como tal, no es sensible a la falta de datos puntuales. Tales mediciones no se deben usar, por lo tanto, como un indicador único representativo de cambios ambientales.

590. Por lo anterior, no resulta aplicable el criterio de centralidad toda vez que requiere ser interpretado en conjunto con el resto de las acciones incluidas en el PMGv3 y en ningún caso puede aislarse en relación con las medidas que dispuso la RCA para hacerse cargo del correspondiente efecto identificado en la evaluación. Igualmente, presentan un grado de implementación que permite cumplir con el objetivo ambiental buscado.

591. Cabe destacar, además, el hecho que los desafíos ocurridos en la toma de muestra para el período incluido en la configuración del cargo (segundo semestre 2013), se presentan por tanto durante la paralización de las actividades de construcción del proyecto tras la RE 477/2013¹²⁹ y demuestran que los glaciares y glaciaretos observan tasas mayores de acumulación de polvo durante los meses en que la faena se encontraba paralizada, similares a los niveles de depositación natural de polvo observados previo al inicio de la ejecución del proyecto.

2.3. Hecho Infraccional N° 7.3: temperatura.

592. Primero, la acción de monitoreo relativa a los registros de temperatura conforme al PMGv3, al igual que las otras acciones ya descritas antes, **no representa un valor central en el cumplimiento de los objetivos de eliminación o disminución de los efectos**. Estos objetivos están asociados a otras medidas y exigencias contenidas en la RCA N° 24/2006, según ya se ha visto.

593. En adición, el caso particular de esta obligación reviste una relevancia tan baja, que el cumplimiento parcial de la medida no compromete la elaboración de estudios base para la caracterización de la evolución de los cuerpos de hielo del

¹²⁹ Sin perjuicio de la paralización de la remoción de sobrecarga y depositación en botadero de estériles que fue ordenada por el SERNAGEOMIN en octubre de 2012, así como también la paralización decretada por la I. Corte de Apelaciones de Copiapó resolviendo en autos sobre recurso de protección rol 300-2012.

monitoreo de glaciares (correspondientes a balance de masa, energía y combinado). Por otra parte, lo cierto es que ha sido posible caracterizar el estado térmico de los cuerpos de hielo monitoreados y su tendencia en dicho periodo, logrando con ello obtener una base única en el mundo sobre el comportamiento térmico de glaciares y glaciaretos de montaña.

594. Tan cierto es lo anterior, que especialistas en estos temas, de relevancia mundial, utilizaron la información recopilada en este aspecto para analizar la evolución de los cuerpos de hielo en comparación con otros cuerpos de hielo. Lo que se puede desprender de esta presentación, en la que se destaca la relevancia del PMGv3 en la elaboración de una publicación científica internacional de Masiokas et al (2016) , y otras publicaciones incorporadas en la tabla 1, y han sido citadas variadas publicaciones, pasando el filtro de revisión científica internacional.

2.4. Hecho Infraccional N° 7.4: permafrost.

595. Las obligaciones de monitoreo de permafrost del PMGv3 tampoco cumplen con el criterio de centralidad necesaria para configurar el “incumplimiento grave de medida” que es requerida respecto del artículo 36 N° 2, letra e). La conducta sancionada por la SMA por la falta de estudios periódicos que incluyeran las variables exigidas por el PMGv3 tiene un valor marginal. Ello es así, pues –como se indicó previamente- sus conclusiones se pueden extraer de los informes de monitoreo efectuados con motivo del PMGv3, todos los cuales entregan valiosa información que permite que se conozca a cabalidad cuál es el régimen térmico del suelo así como las características térmicas del permafrost presente en el área de estudio.

2.5. Hecho Infraccional N° 7.6: Plan comunicacional.

596. Por último, respecto a este hecho infraccional, éste carece de la relevancia que le atribuye la SMA. En efecto, el objetivo perseguido en este caso puede ser logrado a través del análisis del balance de masas que se entrega periódicamente a la autoridad. De este modo, no se cumple con el primer criterio de centralidad que exige la SMA para configurar una situación de “incumplimiento grave de

medida”, en tanto puede ser perfectamente sustituido por otra acción del PMGv3, obedeciendo a su diseño redundante.

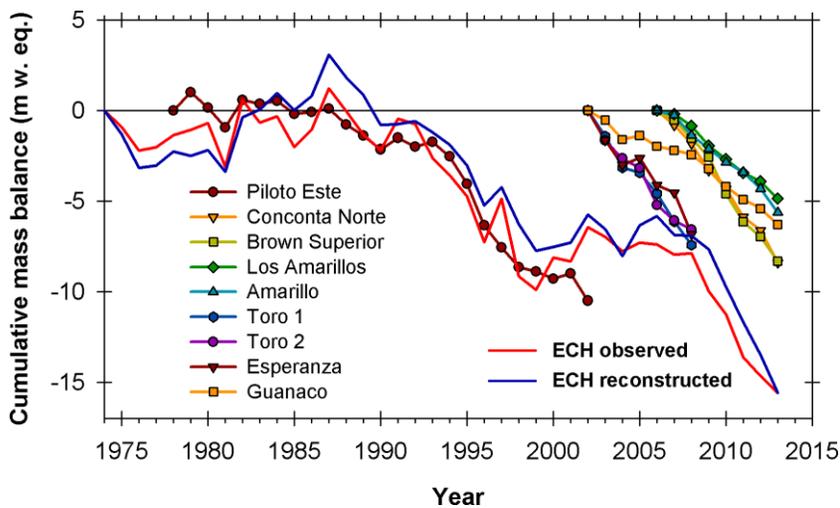
597. Creemos necesario enfatizar que no es posible sostener que el PMGv3 haya sido gravemente incumplido, de un modo que impidan el cumplimiento de su objetivo, cuando lo cierto es que la información obtenida mediante este instrumento ha sido la base para la realización de numerosos estudios internacionales, que han sido publicados en revistas científicas especializadas, y que se basaron en estas mismas mediciones que la SMA hoy encuentra deficientes.

598. En efecto, es importante notar que el comportamiento criológico y sus tendencias de evolución son representadas por la información disponible y que a partir de ellas pueden obtenerse conclusiones válidas desde un punto de vista científico.

599. A modo meramente ejemplar, basta con observar la Figura 1 que insertamos a continuación, que fue obtenida de una reciente publicación de Masiokas et al. (2016)¹³⁰, en donde participó también don Gonzalo Barcaza, jefe de la Unidad de Glaciología y Nieve de la DGA. En esta figura se aprecia claramente que los cuerpos de hielo Toro 1, Toro 2, Esperanza y Guanaco, han mostrado una tendencia respecto de su balance de masa registrado en los últimos 40 años, similar a la evidenciada por otros cuerpos de hielo del área de estudio, incluido el Glaciar Echaurren, que es monitoreado por la DGA.

600. Esto demuestra que, aun si se asume que ha existido un conjunto limitado de observaciones, de la información arrojada por el PMGv3, es posible obtener conclusiones de significancia tal que pueden ser usadas para estudios publicados en medios científicos de prestigio internacional.

¹³⁰ Masiokas, M.H., Christie, D.A., Le Quesne, C.; Pitte, P., Ruiz, L., Villalba, R., Luckman, B.H., Berthier, E., Nussbaumer, S.U., González-Reyes, A., McPhee, J. y Barcaza, G. 2016: *Reconstructing the annual mass balance of the Echaurren Norte glacier (Central Andes, 33.5°S) using local and regional hydroclimatic data*, en *The Cryosphere*, 10(2): 927-940.



Serie temporal de balance de masa glacial acumulado de variados glaciares en Chile, incluyendo al Glaciar Echaurren (ECH). Fuente: Masiokas et al. 2016.

601. Cabe indicar que la publicación de Masiokas et al. (2016) no ha sido la única que ha usado la información del PMGv3, el que pese a tener lagunas de datos, resulta suficiente para soportar análisis de tendencias y aspectos glaciológicos locales. Otras publicaciones científicas que directamente usan datos e información levantada del PMGv3 de CMN son presentadas en la siguiente Tabla.

602. Estas publicaciones científicas han sido citadas por variados otros autores en medios académicos internacionales, mostrando así su importancia. El hecho que estas publicaciones pasaron un filtro de revisión científica internacional y son citadas por los expertos del área, resalta la calidad, importancia, unicidad y representatividad de los datos recolectados por el PMGv3.

Autor y año	Título	Número de Citas ¹
Gascoin et al. 2011	Glacier contribution to streamflow in two headwaters of the Huasco River, Dry Andes of Chile.	34
Rabatel et al. 2011	Glacier changes in the Pascua-Lama region, Chilean Andes (29°S): recent mass balance and 50 yr surface area variations.	32
Gascoin et al. 2013	Wind effects on snow cover in Pascua-Lama, Dry Andes of Chile.	31
MacDonell et al. 2013	Meteorological drivers of ablation processes on a cold glacier in the semi-arid Andes of Chile.	17
Abermann et al.	Albedo variations and the impact of clouds on	5

Autor y año	Título	Número de Citas ¹
2014	glaciers in the Chilean semi-arid Andes.	
Arenson et al. 2015	Effects of Dust Deposition on Glacier Ablation and Runoff at the Pascua-Lama Mining Project, Chile and Argentina.	1

Resumen general de publicaciones científicas internacionales basadas en datos recolectados como parte del PMGv3.

(c) La SMA ha ponderado las circunstancias del art. 40 LO-SMA con infracción manifiesta de derecho.

603. Para determinar la sanción específica que corresponde en este caso, la SMA pondera las siguientes circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA: (i) la concurrencia de las circunstancias de beneficio económico (art. 40 letra c), (ii) la intencionalidad en la comisión de la infracción (art. 40 letra a), (iii) la conducta anterior negativa (art. 40 letra e) y (iv) la importancia de la vulneración al sistema de control ambiental (art. 40 letra i). Existen, con todo, diversas ilegalidades respecto a estas dos últimas circunstancias agravantes que deben ser denunciadas en la presente reclamación.

1. La SMA ha infringido el principio del non bis in ídem en el presente caso al considerar el mismo hecho como infracción y como circunstancia agravante

604. El principio del non bis in ídem corresponde, como S.S. Ilustre, a un principio básico del derecho administrativo sancionador. Sin embargo, en el presente caso, la SMA fundamenta la concurrencia de la agravante “importancia de la vulneración al sistema de control ambiental” (art. 40, letra i).

605. Por una parte, como se señaló anteriormente, todas las infracciones del Cargo N° 7 se encuentran referidas a cumplimientos parciales de diversas acciones de monitoreo del PMGv3. En el párrafo 2007 de la RE 72/2018 se lee “es conveniente aclarar que el cargo está compuesto de una sola infracción, referida al cumplimiento parcial del compromiso de monitorear los glaciares y glaciaretos en el área de influencia del proyecto, la que a su vez, está compuesta de distintos hechos especificados en cada uno de los seis numerales”.

606. Por la otra, la SMA plantea -en el párrafo 2108- en su análisis respecto a la concurrencia de esta circunstancia agravante que: *“la falta de rigurosidad en el cumplimiento cabal de las obligaciones de monitoreo de glaciares, correlato de la obligación de no afectar a los mismos, en la persistencia de los incumplimientos en el tiempo, en la deliberada acción de disminuir el estándar en el monitoreo de glaciares y retirar las propuestas de mejora para abordar los problemas de diseño que estimaba la empresa tener en relación al PMGv3”*.

607. Como SS Ilustre podrá tomar nota, **tanto en la configuración de la infracción y su clasificación, como en el análisis de la agravante respectiva, la SMA utiliza el mismo fundamento para sancionar** -esto es, la alegada imposibilidad de verificar la evolución de los glaciares para, con ello, descartar efectos adversos o daño ambiental. Esta situación irregular y contraria a derecho no merece mayor análisis, y SS Ilustre debe corregirla con la declaración de nulidad de la parte correspondiente de la resolución reclamada.

2. En la medida que el supuesto incumplimiento del PMGv3 no es significativo, no corresponde que la SMA aplique la circunstancia del art. 40 letra i.

608. Respecto a la misma circunstancia del artículo 40 (i.e., la importancia de la vulneración ambiental de los sistemas de control), la SMA -en el párrafo 2125- incurre en un segundo vicio de ilegalidad. Fundamenta la concurrencia de esta infracción en la imposibilidad de acreditar o descartar la existencia de daño ambiental, que la SMA atribuye al parcial cumplimiento del PMGv3.

609. Como ya se indicó, el cumplimiento parcial del PMGv3 no reviste las características para ser catalogado como un incumplimiento “grave” de medidas, en tanto permite perfectamente cumplir con el objetivo ambiental, tanto así que expertos a nivel mundial emplean la información en estudios científicos acerca del estado y evolución de los glaciares y otros cuerpos criosféricos del área.

610. Por ello, no corresponde de modo alguno que, en dichas circunstancias, se estime que se está en presencia de una vulneración a los sistemas de control

ambiental de una importancia tal que amerite la aplicación de la máxima sanción que dispone el catálogo de sanciones aplicables.

611. En todo caso, lo grave reside en que la SMA -aun habiendo descartado la aplicación de la circunstancia del artículo 40 letra a (esto es, importancia del daño causado o peligro ocasionado), construye la argumentación para invocar la circunstancia del literal i) de un modo tal que da a entender que “presume una situación de daño o peligro”.

612. Y ello no lo hace siquiera enfrentado a una situación de ausencia de datos, sino que frente a un cumplimiento que ella misma calificó de parcial al momento de formular el cargo. La conformación de la infracción no resulta para nada comparable con la situación que la SMA pretende hacer creer: algo así como que se está en completo y absoluto desconocimiento de la situación de los glaciares y glaciaretos presumiendo un riesgo máximo.

613. Pero resulta que ahí donde la SMA se declara incapaz de sacar conclusiones, los expertos mundiales en este tema sí lo pudieron hacer, y concluyeron que los cuerpos de hielo presentes en el área del Proyecto, siguen la misma tendencia que otras formas criosféricas de una macrozona mayor.

3. La SMA efectúa una exagerada ponderación de la circunstancia del literal d) del artículo 40.

614. Finalmente, tal como consta en los párrafos 2083 y ss. la SMA sostiene que, en consideración a la calificación de mi representada, y de los antecedentes que obran en el expediente administrativo, CMN no podía sino conocer que se estaba llevando a cabo parcialmente el cumplimiento del PMGv3. Sin embargo, en razonamiento de la SMA es por completo arbitrario.

615. En innumerables oportunidades a lo largo del procedimiento sancionatorio se señaló por CMN que la falta de algunos datos puntuales en el marco del monitoreo regulado en el PMGv3 se debía a condiciones climáticas extremas del sector que impidieron la recolección de datos. Para estos efectos, el conocimiento asociado a la previsibilidad de estos posibles efectos adversos no es suficiente para dar por acreditada esta circunstancia. En especial, la SMA debió haber

tenido en cuenta también las posibilidades reales que existían de evitar el incumplimiento en atención a estas razones de fuerza mayor.

616. En adición, la SMA estima que lo que se le reprocha a CMN es el no haber mejorado el diseño del PMGv3 ya que esta sería una variable controlable por parte de la empresa. En este sentido, nuevamente la SMA obvia las innumerables oportunidades en las que se le indicó que el PMGv3 era un instrumento de monitoreo único que se realiza en condiciones extremas, por lo que el mejoramiento del mismo traía consigo las mismas dificultades.

617. Sin perjuicio de lo anterior, mi representada tuvo la real intención de llevar a cabo este mejoramiento que funda la concurrencia de esta circunstancia, presentando un PMGv4 el año 2011 esto es, antes del inicio de cualquier procedimiento sancionatorio asociado a estas exigencias. Sin embargo, la complejidad del mismo trajeron como consecuencia que las observaciones a esta propuesta por parte de la DGA recién se materializaran con fecha 13 de diciembre de 2013, a través del Ord. N° 891, las cuales debido a la complejidad requerían un estudio acabado y reformulación sustancial.

618. Por otro lado, la reformulación del proyecto Pascua Lama que se encuentra en estudio para la optimización del mismo implica también la necesidad de reformular completamente el plan de monitoreo de glaciares, que se buscan formas de operación que minimicen los impactos ambientales y, por tanto, ello deberá reflejarse también en el análisis de los programas de seguimiento.

619. En conclusión, no es efectivo que esta parte haya tenido intencionalidad alguna en la generación de la infracción que se le imputa y por lo mismo, difícilmente puede sostenerse la concurrencia de la presente circunstancia agravante de responsabilidad.

4. La SMA efectúa una exagerada ponderación de la circunstancia del literal e) del artículo 40, de modo de construir un criterio de contumacia que no procede en razón de los antecedentes que constan en el proceso de sanción.

620. La SMA pondera la concurrencia de la circunstancia de “conducta anterior” a partir de la existencia de dos procedimientos sancionatorios previos seguidos en

contra de CMN por parte de la autoridad ambiental en el régimen transitorio de la Ley N° 20.473. Estos procedimientos fueron resueltos en el año 2013, a través de las Resoluciones Exentas N° 47/2013 y 87/2013, y ellos se refieren a cumplimientos parciales del PMGv3 en los años 2011 y 2012, respectivamente.

621. Como SS Ilustre podrá notar, las sanciones administrativas impuestas en estos dos procedimientos fueron impuestas el mismo año en que se habrían generado los incumplimientos parciales que, en este procedimiento sancionatorio, la SMA sanciona. ¿Cómo podría sostenerse, entonces, de manera seria, que existe una contumacia o conducta displicente respecto del cumplimiento cuando éstos fueron verificados en períodos de tiempo extremadamente cercanos, restando toda posibilidad de mejora posible y efectiva? Al respecto, baste recordar que el PMGv3 es un instrumento de compleja elaboración y aprobación, por lo que difícilmente podría haberse mejorado su implementación dentro del año 2013.

622. Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que, a la fecha de formulación de los cargos, CMN ya había desplegado esfuerzos en corregir y mejorar la implementación del PMGv3, cuestión que fue efectivamente lograda respecto de varios de los parámetros que se monitoreaban (por ej., albedo, MPS).

623. Por otro lado, CMN también había desplegado esfuerzos para mejorar el diseño del PMGv3, y con ello disminuir la posibilidad de falla, a través del ingreso del PMGv4. Ahora bien, dicho instrumento fue objeto de diversas y complejas observaciones por parte de la DGA de la época (a través del Ord. N° 891/2013), precisamente el mismo año en que se impusieron las dos sanciones administrativas que venimos comentando. Lo anterior, no sólo reafirma la idea anterior de la complejidad de mejoramiento del PMGv3, sino que, además, permite descartar que mi representado ha actuado de una manera contumaz y displicente, en el cumplimiento de esta obligación, como lo ha planteado tan arbitrariamente la SMA.

(d) Finalmente, la SMA ha impuesto una sanción irracional, completamente desproporcionada a los antecedentes del expediente

624. Por último, la SMA sostiene en el párrafo 7605 que la clausura definitiva de la totalidad de la faena minera resultaría aplicable a las infracciones en comento, por cuanto se trataría de “una medida destinada a reducir, eliminar o evitar los efectos negativos del proyecto” (cuestión que, como hemos visto, no es así) y que, en adición, dicho incumplimiento revelaría de “una conducta contumaz, que hace entrever que una sanción pecuniaria no resultaría disuasiva en el caso concreto, producto de la displicente conducta de la empresa”, revelando acá un ejemplo más de la absoluta falta de desproporción de que adolece la RE 72/2018.

625. La SMA, como SS Ilustre bien sabe, ha aplicado la clausura definitiva de la totalidad de la faena minera: la sanción más gravosa dentro del catálogo de sanciones que considera la LOSMA -conjuntamente con la revocación de la autorización ambiental-. Y aplicó esta sanción para un caso de cumplimiento parcial de las obligaciones del PMGv3. **En otras palabras, en los hechos, la SMA ha tratado a CMN como si derechamente no hubiese aplicado ninguna de las medidas y acciones de monitoreo de glaciares contenidas en el PMGv3.**

626. Esto, SS Ilustre, es la manifestación evidente de la arbitrariedad y falta de desproporción.

627. Debemos hacer presente que en **la práctica histórica de la SMA no existen precedentes de sanciones de clausura definitiva ni total ni parcial aplicada al incumplimiento de planes de seguimiento o monitoreo.** En la historia de la SMA existen cerca de setenta (70) casos por infracciones a planes de monitoreo todos los cuales han sido sancionados con multas, muchas de éstas de montos no significativos. El caso que nos convoca, sin embargo, es el único dentro de esta práctica administrativa que la SMA sanciona con la clausura definitiva. Lo anterior es obviamente una manifestación evidente del grado de discriminación hacia mi representada.

628. Este es el único caso que la infracción a las obligaciones de monitoreo - que por lo demás se ha configurado y acreditado que se configura por incumplimientos parciales- se hace equivalente en gravedad y consecuencias a infracciones en donde se ha acreditado daño ambiental significativo e irreparable de extensas superficies vegetacionales, algunas incluso contenidas en sitios

Ramsar (por ej. caso de Depósito de Estériles Los Bronces y Proyecto Maricunga).

629. Es más, en aquellos casos en que se ha acreditó (no actuando bajo supuestos) (i) daño ambiental de magnitud considerable atribuible a los efectos del proyecto, efectos que se mantienen y agravan producto de la configuración de una infracción gravísima; (ii) reincidencia de una infracción que había sido sancionada por la propia SMA; y (iii) se determinó que el beneficio económico generado por la infracción era varias veces superior al monto máximo de la multa aplicable a una infracción gravísima, incluso entonces la SMA determinó que la sanción aplicable era la clausura parcial de la instalación respectiva, con lo que permite que el titular enmiende su conducta. Tal criterio no fue aplicado respecto de mi representada en circunstancias que, aun en el evento de que se configurara la infracción, la lesividad y efectos (nulos) de ésta no es comparable con la de otros casos en que la SMA decidió aplicar sanciones no pecuniarias

630. Esta manifiesta desproporcionalidad solo puede ser enmendada mediante la nulidad de la RE 72/2018, en los términos que se solicita en la parte petitoria de esta reclamación.

IV. ILEGALIDADES COMETIDAS EN LA RE 72/2018 RESPECTO DE LA SANCIÓN DE MULTA APLICADA AL RESTO DE LOS CARGOS FORMULADOS.

(i) ILEGALIDADES COMETIDAS EN LA SANCIÓN DE MULTA APLICADA AL CARGO 23.8 DEL SANCIONATORIO A-002-2013.

631. En el procedimiento sancionatorio A-002-2013 la SMA formuló bajo el N° 23.8 cargos a mi representada por: *“La utilización de una metodología de cálculo de niveles de alerta de calidad de aguas no autorizada, que utiliza niveles más permisivos que los contemplados en la RCA”*.

632. Como SS Ilustre podrá comprobar, en el análisis y establecimiento de la sanción pecuniaria impuesta en el cargo 23.8, la SMA ha incurrido en las siguientes ilegalidades: **(a)** la SMA desconoce que la consulta de pertinencia de ingreso al SEIA -al momento de cometerse la supuesta infracción imputada- era

un mecanismo reconocido por la jurisprudencia administrativa y, su respuesta, un acto administrativo dictado por la autoridad ambiental en el ámbito de sus competencias; **(b)** la SMA desconoce que frente a la consulta de pertinencia efectuada, la autoridad ambiental emitió una respuesta favorable. De haber estimado que la modificación era de consideración pudo haber dispuesto su ingreso al SEIA e incluso, iniciado de oficio la revisión de la RCA; **(c)** la SMA pretende justificar tal desconocimiento siguiendo la errada interpretación manifestada por el Segundo TA en la sentencia R-6- 2014 en cuanto a que la pertinencia se aplicaría a la fase de operación pero no a la de construcción; **(d)** el hecho que el pronunciamiento del SEA respecto de la consulta de pertinencia efectuada haya sido posterior al inicio del prestripping no implica una infracción a la normativa ambiental, toda vez que el acto que resuelve una consulta de pertinencia no es una autorización; **(e)** CMN actuó bajo la confianza legítima en que el cambio en la metodología de cálculo de los niveles de alerta, se encontraba amparada en el pronunciamiento otorgado por la autoridad competente; **(f)** la intencionalidad no puede ser tomada en consideración como circunstancia para determinar la sanción en virtud del artículo 40 letra d) de la LOSMA, toda vez que CMN obtuvo la visación de la autoridad competente antes de efectuar el cambio en la metodología de cálculo. Por lo anterior, no cabe sino concluir que, **(g)** no ha existido una vulneración al sistema de control de la SMA, puesto que CMN jamás incumplió el programa de monitoreo de calidad del agua superficial, y fueron estas mediciones las que llevaron a consultar al SEA respecto de la pertinencia de ingresar la metodología de cálculo al SEIA.

633. Finalmente, constituye un hecho cierto y conocido que el tras el proceso de revisión de la RCA 24/2006 que concluyó con la dictación de la RE 94/2016 se confirmó que la calidad de las aguas de la cuenca del río del Estrecho se había comportado en forma diferente a la proyectada en la evaluación ambiental original, tal y como había advertido CMN en atención a la información recabada y remitida en el marco del plan de seguimiento de esta variable

(a) La SMA desconoce que la consulta de pertinencia de ingreso al SEIA, al momento de cometerse la supuesta infracción imputada, era un mecanismo reconocido por la jurisprudencia administrativa y su

respuesta, un acto administrativo dictado por la autoridad ambiental en el ámbito de sus competencias.

634. En relación con el presente cargo CMN ha señalado que la infracción debe limitarse a no haber informado a la autoridad la metodología de cálculo de niveles de alerta de calidad de aguas conforme a lo establecido en la Res. Ex. N° 574/202, pero no en cuanto a la utilización de dicha metodología.

635. En efecto, tal como se expuso en el procedimiento sancionatorio CMN calculó originalmente los niveles de alerta de calidad del agua según la metodología establecida en el numeral 9.8 de la RCA N°24/2006. Sin embargo, al utilizar dicha metodología, y producto de la alta variabilidad interanual que experimentó naturalmente la calidad de las aguas del río Estrecho, se detectó que los niveles de alerta de calidad del agua presentaban reiteradas excedencias. Tomando en cuenta que el proyecto aún no había iniciado su fase de construcción, se pudo confirmar que los niveles verificados no resultaban adecuados para el fin con que habían sido concebidos. En consecuencia, esos niveles de alerta no habrían permitido distinguir, una vez iniciado el proyecto, entre las situaciones de excedencia que ocurren por causas naturales y aquellas asociadas a un eventual efecto del proyecto.

636. Durante el año 2011 CMN realizó una serie de reuniones técnicas con la DGA, órgano competente en esta materia, en las que se expusieron y analizaron las posibles adecuaciones que requería el método de cálculo de los niveles de alerta. Se concluyó que era necesario adecuar esa metodología de cálculo, de forma de obtener valores que efectivamente permitieran distinguir entre las variaciones naturales de la calidad de las aguas del río El Estrecho y las que pudieran ser efecto del proyecto, pero ahora tomando en consideración los profundos cambios que habían experimentado, en los últimos años, las variables que determinan la calidad de este cauce debido principalmente a la escasez de precipitaciones.

637. Consecuentemente, **CMN solicitó en diciembre de 2011 al Director Regional del SEA de Atacama que se pronunciara acerca de la pertinencia de ingreso al SEIA para la adecuación del método de cálculo de los niveles de alerta establecidos en la RCA N° 24/2006.** Si bien, originalmente, el Director

Regional del SEA de Atacama señaló que el cambio era de consideración (Carta N° 225, de 13 de marzo de 2012, acompañada en un otrosí de esta reclamación), mediante pronunciamiento N° 120941, de fecha 7 de junio de 2012, la Dirección Ejecutiva del SEA se manifestó favorablemente sobre la propuesta, indicando que de acuerdo a los antecedentes tenidos a la vista se concluía que el cambio en la modificación de la metodología -cambio que implicaba que la base de cálculo para determinar los niveles de alerta emplearía registros de calidad de agua superficial hasta el mes de abril de 2012-, no constituía un cambio de consideración por lo que no se encontraba obligado a ingresar al SEIA.

638. De esta manera SS Ilustre, si bien el cambio en la metodología de cálculo de niveles de alerta de calidad de aguas aplicada por CMN, no se encontraba explícitamente detallada en la RCA, sí se encontraba aprobada por la DGA y, respecto de ella, la propia Dirección Ejecutiva del SEA había señalado que el cambio no debía ingresar al SEIA. Por ende, CMN actuó bajo la confianza legítima en que la metodología de cálculo de los niveles de alerta de calidad de agua superficial, se encontraba amparada en el pronunciamiento otorgado por la autoridad competente.

639. La consulta de pertinencia se encuentra hoy regulada en el artículo 26 del Reglamento del SEIA, según el cual los titulares pueden dirigirse al SEA a fin de solicitar un pronunciamiento sobre si, en base a los antecedentes proporcionados al efecto, un proyecto o actividad, o su modificación, debe someterse al SEIA. Si bien este mecanismo no se encontraba expresamente reconocido en la versión del Reglamento del SEIA vigente al momento de cometerse la supuesta infracción imputada, sí existía como práctica administrativa no regulada, como lo reconocía la jurisprudencia administrativa previa a la dictación del Reglamento actual.

640. Así, la Contraloría General de la República reconocía expresamente, ante una consulta de pertinencia de ingreso al SEIA, que *“conforme a la normativa, esta determinación corresponde a la autoridad ambiental competente, en su calidad de órgano técnico especializado al que se le asigna la administración del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, conforme al citado artículo 8° de la ley N° 19.300”*.

641. En consecuencia, desde sus inicios la consulta de pertinencia fue concebida como un mecanismo a disposición de los titulares, para consultar al

órgano competente si un determinado proyecto o actividad, o sus modificaciones, debían ser evaluados ambientalmente en el SEIA. La respuesta del SEA constituye un acto administrativo de juicio y como tal, goza de presunción de legalidad, imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, en conformidad con el artículo 3° inciso final de la Ley N° 19.880.

642. La frase contenida en la Carta D.E. N° 120941 por la cual el SEA responde a la consulta de pertinencia, relativa a que “*en ningún caso exime del cumplimiento de la normativa ambiental aplicable al Proyecto*”, no se contrapone con lo expresado anteriormente, toda vez que CMN no pretende eximirse del cumplimiento de la normativa ambiental. Por el contrario, CMN siguió el conducto regular: ante la duda de si un cambio en la metodología de cálculo debía o no ingresar al SEIA, consultó en forma previa ante el organismo competente mediante la vía reconocida por la jurisprudencia administrativa y hoy recogida en el Reglamento del SEIA, la consulta de pertinencia, la cual fue analizada por la autoridad ambiental, quien consideró que dicha modificación no era de consideración y, por lo tanto, no debía ser sometida al SEIA.

643. Cabe hacer presente que existen diversos procedimientos sancionatorios en los cuales la SMA ha aceptado la ejecución de modificaciones aprobadas por la vía de consultas de pertinencias de ingreso, como acciones válidas en Programas de Cumplimiento.¹³¹ Esto demuestra la aplicación de un criterio arbitrario respecto de nuestra representada al momento de asignarle valor al actuar de CMN en someterse a un procedimiento que no solo era una práctica común y generalizada en la industria y en otros sectores productivos, sino que, aún más, hoy constituye para la SMA un mecanismo válido para volver a una situación de cumplimiento frente a las infracciones del artículo 35, letra b) de la LOSMA.

644. Así, resulta contradictorio, desproporcionado y discriminatorio que la SMA por un lado no acepte la aprobación de una consulta de pertinencia de ingreso como justificación para haber usado una metodología distinta a la aprobada en una RCA y por otro, existan múltiples ejemplos de procedimientos sancionatorios en los que la SMA acepta, ya sea la presentación de consultas de pertinencia o la ejecución de lo ordenado por resoluciones que se pronuncian favorablemente

¹³¹ A modo puramente ejemplar, cfr., los programas de cumplimiento aprobados en los procesos sancionatorios Rol D-067-2015, F-018-2016 y D-064-2016.

acerca de consultas de pertinencias, como acciones válidas para volver a un estado de cumplimiento respecto de infracciones constadas.

645. Por último, la autoridad parece no reparar suficientemente en que CMN no sólo actuó de buena fe y conforme a la normativa y prácticas administrativas consideradas válidas; sino que más tarde, cuando se revisó la RE 24/2006 para los efectos de determinar lo que CMN había reivindicado desde el inicio del proyecto -esto es, que la calidad natural de las aguas era “peor” que lo que se había previsto- el procedimiento le dio la razón y culminó modificando la RCA original a través de la RE 94, todo lo que confirmaba que el cambio metodológico efectuado al comienzo tenía plena justificación técnico-ambiental.

(b) La SMA desconoce que frente a la consulta de pertinencia efectuada, la autoridad ambiental emitió una respuesta favorable. De haber estimado que la modificación era de consideración pudo haber dispuesto su ingreso al SEIA e incluso, iniciado de oficio la revisión de la RCA.

646. La SMA señala que CMN debió haber modificado su RCA mediante otro proceso reglado, ya sea a través del SEIA o de la revisión según el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300. Pues bien, al emitir su respuesta, la Dirección Ejecutiva del SEA estimó que la metodología de cálculo podía ser modificada sin necesidad de que dicho cambio fuera evaluado en el marco del SEIA. **Si la autoridad ambiental hubiera estimado lo contrario, debería haber indicado que, a su juicio, la modificación debía ingresar al SEIA.**

647. Incluso, podría haber ordenado la revisión de la RCA. El citado artículo 25 quinquies señala que **la revisión puede ser gatillada de oficio** o a petición de parte. La solicitud de pertinencia de cambio de metodología de cálculo de niveles de alerta proporcionó información según la cual el SEA pudo haber iniciado de oficio el proceso de revisión -que la jurisprudencia administrativa reconocía desde mucho antes que la ley 20.417-, pero tampoco lo hizo¹³².

¹³² En este sentido, el mismo Dictamen N°20.477/2003 de la Contraloría General de la República, citado por la SMA, señala que: *“Si bien la ley no ha regulado explícitamente la situación en que las variables ambientales relevantes no evolucionan de acuerdo a lo previsto, del estudio de los preceptos y contexto normativo de darse esta situación, la COREMA respectiva o la Dirección Ejecutiva de la CONAMA, según quien haya aprobado el EIA, se encuentra en el deber de adecuar la resolución de que se trate, pues la figura del plan de seguimiento no tendría sentido sin la facultad de adoptar las medidas necesarias para, por la vía de modificar la resolución, procurar que tales variables ambientales evolucionen en la forma prevista”*.

648. Es decir, a partir de la información entregada por CMN en su consulta de pertinencia, el SEA pudo disponer la revisión de la RCA, más aun considerando que a dicha fecha, la revisión contaba con consagración legal en el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300.

649. De este modo, la imputación efectuada a mi representada acerca de no haberse sometido a una revisión conforme al artículo 25 quinquies, debería hacerse igualmente extensiva a la autoridad ambiental (SEA) y sectorial (DGA). Estas autoridades tuvieron a la vista toda esta información antes y durante la tramitación de la consulta de pertinencia y no gatillaron de oficio el proceso en aquel momento. Esta situación, SS Ilustre, confirma que mi representada actuó bajo un criterio de legítima confianza en las actuaciones de los órganos administrativos de la época.

(c) La SMA pretende justificar tal desconocimiento siguiendo la errada interpretación manifestada por el Segundo TA en la sentencia R-6-2014 en cuanto a que la pertinencia se aplicaría a la fase de operación pero no a la de construcción.

650. Ahora bien, en la RE 72/2018 la SMA reconociendo la existencia de la pertinencia, pretende justificar su negativa a aplicarla siguiendo la no solo errada sino también artificial interpretación que en la materia habría fijado el Segundo TA, en los autos rol R-6-2014. En efecto, el Segundo TA, en el considerando octogésimo, reconociendo la existencia y validez de dicho pronunciamiento sobre la pertinencia de ingreso, pretende sostener que dicho cambio metodológico habría sido presentado para ser efectivo solo a partir de la Fase de Operación del proyecto, por lo que durante la Fase de Construcción, sería aplicable la metodología de la RCA.

651. Como SS Ilustre podrá apreciar dicha interpretación se encuentra absolutamente equivocada.

652. En efecto, como fue debidamente establecido en el procedimiento sancionatorio, el Sistema de Alerta -que implica el cálculo de los Niveles de Alerta

y los Planes de Respuesta- se encuentra asociado y sólo se entiende en función del principal impacto que fue evaluado en relación con este componente correspondiente a la potencial acidificación de aguas por efecto de lixiviación de minerales tras la depositación de estériles en el Botadero Nevada Norte.

653. Ahora bien, la depositación de estériles es una actividad del proyecto que se desarrolla efectivamente durante la fase de Operación; no obstante, el botadero comienza a operar al iniciarse el pre-stripping, actividad que se superpone -sólo para efectos de cronograma- con otras actividades que se ejecutan durante la fase de Construcción. Por lo anterior, **el pre-stripping se ejecuta parcialmente durante la Fase de Construcción, ya que es una actividad contemporánea con otras propiamente constructivas; no obstante, importa el inicio de la Fase de Operación del Botadero.** Por lo mismo, la adaptación metodológica sí era aplicable durante la Fase de Construcción, en tanto es aplicable al Sistema de Alerta de calidad de aguas, cuya exigibilidad comienza con la operación del Botadero, operación particular que se inicia durante la Fase de Construcción general.

654. Por otro lado, SS Ilustre sostener tal interpretación contraviene reglas básicas de la lógica. En efecto, si dicha interpretación fuera la correcta, como la adaptación metodológica importa -según la adaptación considerada en la referida Carta 120941- extender la base de cálculo de los niveles de alerta a registros de calidad natural de agua hasta abril de 2012, entonces el proyecto tendría dos líneas de base aplicables para este componente: una para la Fase de Construcción -donde sería aplicable la línea de base de 2005- y otra una vez iniciada la Fase de Operación, que sería la línea base 2012. Tal situación, como es evidente, no resulta posible. Sobre este punto nos remitimos a lo señalado para el análisis del cargo 23.11.

(d) El hecho que el pronunciamiento del SEA respecto de la consulta de pertinencia efectuada haya sido posterior al inicio del prestripping no implica una infracción a la normativa ambiental, toda vez que el acto que resuelve una consulta de pertinencia no es una autorización.

655. La SMA erróneamente señala que CMN no habría tenido claro qué metodología de cálculo utilizar en el período intermedio entre la Carta D.E. N° 120491 de junio de 2012, que resolvió parcialmente la consulta de pertinencia, y

la Carta D.E. N° 130900 de junio de 2013, que la complementó, considerando además que el pronunciamiento del SEA del año 2012 es posterior al inicio del prestripping (mayo de 2012).

656. A la luz de esta argumentación pareciera que la SMA entiende que la respuesta a una consulta de pertinencia opera como una autorización, sin la cual no pueden efectuarse modificaciones a un proyecto, aun cuando no sean de consideración, lo que es completamente erróneo.

657. Conforme al inciso 6° del artículo 3° de la Ley N° 19.880, los actos administrativos no decisorios, consisten en declaraciones de juicio, constancia o conocimiento efectuados por los órganos de la Administración dentro del ámbito de su competencia. A esta categoría corresponden, entre otros, los dictámenes, informes y certificaciones, en que la Administración no constituye, modifica o extingue una situación jurídica, sino que emite un juicio respecto de determinada situación jurídica existente.

658. La naturaleza del acto administrativo que resuelve una consulta de pertinencia de ingreso es precisamente esa. El SEA, al resolver la solicitud, emite un juicio respecto de si determinado proyecto, actividad o modificación debiera ingresar al SEIA. El pronunciamiento respecto de la consulta de pertinencia no constituye por tanto una autorización, a partir de la cual surja el derecho del titular a desarrollar un proyecto o a modificarlo.

659. Como hemos señalado anteriormente, la consulta de pertinencia está concebida como un mecanismo voluntario, al que un titular puede optar con el objeto de tener certeza respecto de si un proyecto o actividad requiere ser evaluado ambientalmente o no en el marco del SEIA. Si se efectúa una modificación a un proyecto sin haber consultado su pertinencia de ingreso existirá un riesgo mayor para el titular de que el SEA o la SMA estimen que el cambio efectuado debía ser evaluado por ser de consideración. Pero ello no significa que la consulta de pertinencia sea un mecanismo obligatorio al ejecutar un proyecto o modificación.

660. En consecuencia, debe descartarse el argumento de la SMA relativo a que la respuesta a la consulta de pertinencia se efectuó con posterioridad al inicio del prestripping, por ser un hecho irrelevante. Como confirmó el SEA, la modificación efectuada no constituyó un cambio de consideración y por ende no era necesaria su evaluación en el marco del SEIA, conclusión que se mantiene invariable sea cual fuere el momento en que dicha modificación se efectuara.

(e) De esta manera la SMA desconoce que CMN actuó bajo la confianza legítima en que el cambio en la metodología de cálculo de los niveles de alerta y que por lo tanto se encontraba amparada en el pronunciamiento otorgado por la autoridad competente.

661. Descartado entonces el errado argumento referido en forma precedente, el pronunciamiento contenido en la Carta D.E. N° 120941 fue emitido por el SEA como única autoridad competente para hacerlo, como afirmaba en ese entonces la jurisprudencia de la Contraloría General de la República¹³³ y que se ratifica hoy en virtud del artículo 26 del Reglamento del SEIA.

662. Dicho de otra forma SS Ilustre, fue la autoridad ambiental quien, actuando dentro del ámbito de sus competencias, emitió un acto administrativo confirmando a CMN que, a su juicio, la modificación de la metodología de cálculo de los niveles de alerta de calidad de agua superficial no requeriría ser sometida al SEIA de manera previa a su ejecución. Tratándose de un acto dictado por la autoridad competente, en el marco de sus atribuciones y conforme al procedimiento aplicable, resulta impensable que CMN pudiera dudar de la validez del pronunciamiento emitido por el SEA.

663. Tal como señala la SMA en su resolución sancionatoria, el principio de confianza legítima busca un actuar coherente en las decisiones de la Administración, encontrando su base en los principios constitucionales consagrados en los artículos 5, 6 y 7 de la Constitución Política de la República y en el principio de seguridad jurídica, plasmado en el art. 19 N° 26 de la misma. Pues bien, mal podría afirmarse que no se ha afectado esta coherencia con que deben actuar los órganos de la Administración, si la SMA estima que el

¹³³ Dictamen N° 45330/2008.

pronunciamiento del SEA no autorizaba a CMN a efectuar el cambio de la metodología de cálculo sin ingresar al SEIA, a pesar de que así lo señalaba.

664. Al respecto, cabe considerar que los órganos de la Administración se encuentran sujetos al **principio de coordinación administrativa** consagrado en el artículo 5° inciso segundo de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, según el cual *“Los órganos de la Administración del Estado deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones”*. La actuación de la SMA en este caso, resulta claramente contradictoria con la actuación del SEA y vulnera el citado principio de coordinación y la confianza legítima de CMN en la validez del pronunciamiento efectuado por la autoridad ambiental mediante la Carta D.E. N° 120941 de 2012.

665. Como ha reconocido la doctrina, dada la escasa regulación de la consulta de pertinencia y las competencias asignadas por ley al SEA y la SMA, es posible que existan casos en que, habiendo el SEA considerado que una actividad o proyecto no debe someterse al SEIA, la SMA tenga una opinión contraria.

666. En este sentido, el profesor Bermúdez explica cómo en estos casos la SMA sí debe solicitar informe al SEA para requerir el sometimiento al SEIA de una determinada actividad como única forma de evitar los resultados absurdos que se producen de contrario.

*“La falta de regulación específica de la pertinencia de ingreso puede conducir a la situación paradójica en que, no obstante entender el Director Regional o Director Ejecutivo del SEA que una actividad o proyecto no se somete al SEIA, la SMA estime lo contrario y que, por tanto, inicia un procedimiento administrativo sancionador porque la ley exige una RCA (art. 35 letra b) LOSMA). La falta de densidad de la regulación de la consulta de pertinencia de ingreso conlleva que el SEA no tenga la obligación de solicitar informe a la SMA respecto de la consulta que se le formula, sino simplemente de comunicar a ésta la respuesta a la consulta. Por el contrario, la SMA sí debe solicitar informe al SEA para requerir el sometimiento al SEIA (art. 3 letras i); k); y k) LOSMA). **En consecuencia, por ahora, la única forma de evitar la paradoja será por la aplicación rigurosa de los principio de coordinación administrativa y de protección de la confianza legítima”** (el destacado es nuestro)¹³⁴.*

667. Finalmente, la SMA cuestiona que pudiésemos ampararnos en la citada consulta de pertinencia. Pero, si un titular no puede ampararse en un pronunciamiento expreso del Servicio de Evaluación Ambiental, órgano

¹³⁴ Bermúdez Soto, Jorge. Fundamentos de Derecho Ambiental (2ª edición). Ed. Universitarias de Valparaíso, 2014, pp. 295-296.

encargado de interpretar las RCAs en nuestro sistema legal, entonces ¿en qué órganos podría ampararse? Lo cierto es, SS Ilustre, es que el SMA pretende involucrarse en la administración del SEIA a través de la evaluación de la “rectitud” de las pertinencias. Esto, pues, carece de toda racionalidad a la luz de la legislación ambiental. Es la SMA quien debe actuar con deferencia a las competencias del SEA y coordinarse con este servicio, como se ha señalado.

(f) La SMA tampoco aprecia que la intencionalidad no puede ser tomada en consideración como circunstancia para determinar la sanción en virtud del artículo 40 letra d) de la LOSMA, toda vez que CMN obtuvo la visación de la autoridad competente antes de efectuar el cambio en la metodología de cálculo.

668. La SMA estima procedente la aplicación de esta circunstancia dado que, en su concepto, CMN tomó la decisión de utilizar una metodología de cálculo distinta a lo autorizado en la RCA, sin visación de ningún servicio. Conforme a lo que hemos señalado, el cambio en la metodología de cálculo de los niveles de alerta de calidad de agua superficial fue efectuado previa consulta al SEA respecto de su pertinencia de ingreso al SEIA. Al haberse pronunciado el SEA en el sentido de que dicha modificación no debía ser evaluada en el marco del SEIA, mediante acto administrativo emitido en el marco de sus competencias y por el procedimiento establecido para ello, mal puede afirmarse que el cambio se haya efectuado sin visación alguna.

669. Por otra parte, la SMA aduce que, al ser CMN un sujeto calificado, resultaría dudoso sostener que no conociera el contenido y alcance de sus obligaciones ambientales y de las consecuencias de incumplir cada una de ellas. El hecho de que CMN sea considerado un sujeto calificado para estos efectos, en ningún caso puede llevar a concluir que haya cometido el hecho infraccional de manera intencional.

670. Por el contrario, es precisamente el conocimiento de la Compañía acerca del marco regulatorio ambiental aplicable lo que la llevó a consultar mediante una pertinencia de ingreso, acerca de si era necesario evaluar esta modificación en el SEIA. La consulta de pertinencia es un mecanismo utilizado habitualmente en el desarrollo de este tipo de proyectos, y es por ello que CMN efectuó la consulta, de

manera de contar con la visación de la autoridad competente antes de ejecutar la modificación.

(g) La afirmación de la SMA de que habría existido una vulneración al sistema de control de la SMA es errada, puesto que CMN jamás incumplió el programa de monitoreo de calidad del agua superficial, y fueron estas mediciones las que llevaron a consultar al SEA respecto de la pertinencia de ingresar la metodología de cálculo al SEIA.

671. La SMA afirma que la utilización de una metodología distinta a la indicada en la RCA habría impedido a la SMA actuar con asertividad en la detección de desviaciones y habría dificultado un actuar expedito y eficiente de la Administración. Sin embargo, CMN jamás incumplió el programa de monitoreo de calidad de agua superficial, efectuando mediciones en todos los puntos, en particular en los puntos asociados al Plan de Alerta (NE5, NE2A, NE3, NE4 y NE8), y siempre cotejó los valores medidos con los niveles de alerta.

672. Dicha información, contrastada con los niveles de alerta de calidad de agua superficial calculados según la metodología aprobada en la RCA, desde antes incluso del inicio de la construcción, fue la que permitió detectar que la calidad del agua había variado de manera natural y que, por lo tanto, la metodología y planes de respuesta establecidos en la RCA se tornaban ineficaces. Fue con esta información que CMN consultó a la autoridad acerca de la pertinencia de ingresar al SEIA la modificación de la metodología de cálculo de los niveles de alerta y a la cual el Director Ejecutivo del SEA respondió indicando que no debía ingresar obligatoriamente al SEIA.

673. Por otra parte, la posición de CMN se afirma retrospectivamente a partir del proceso de revisión de los compromisos contenidos en la RCA 24/2006 en virtud del artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300, terminado mediante Resolución N° 94 de fecha 2 de junio de 2016, del Director Ejecutivo del SEA. Efectivamente, en éste se confirma lo sostenido por CMN en el sentido que debió aplicarse una metodología distinta para determinar excedencias, ya que la línea de base a partir de la cual fue dictada la RCA no consideraba las condiciones naturales de las aguas. De este modo, se descarta que el actuar de CMN haya generado una vulneración a los sistemas de control de la SMA y que existiera un ánimo

engañoso por parte de CMN al modificar la metodología de cálculo de los niveles de alerta.

(ii) ILEGALIDADES COMETIDAS EN LA SANCIÓN DE MULTA APLICADA AL CARGO N° 6 DEL SANCIONATORIO D- 11-2015

674. En el procedimiento sancionatorio D-011-2015 la SMA formuló -bajo el N° 6- el siguiente cargo “*CMNSpA, ha incumplido sus compromisos asociados al Plan de Monitoreo Social, toda vez que: 6.1. Desde el mes de junio del año 2014, CMNSpA ha incumplido su obligación de realizar las sesiones periódicas del Comité de Seguimiento Ambiental, en las que debían participar representantes de comunidades de Alto del Carmen, de Vallenar, así como también autoridades locales de las mismas, en conjunto con organismo del Estado y representantes de la empresa. 6.2. No ha realizado los programas continuos de Educación Ambiental, dirigido a los representantes de las organizaciones comunitarias que integren seguimiento, a fin de que comprendan los resultados de los monitoreos y los vinculen a la realidad de las localidades y grupos humanos que representan.*”

675. Como SS Ilustre podrá comprobar, en el análisis y establecimiento de la sanción pecuniaria impuesta en el presente cargo la SMA ha incurrido en las siguientes ilegalidades: **(a)** La SMA no considera que el Plan de Monitoreo contiene medidas de monitoreo, y no de mitigación, compensación o reparación; **(b)** La interpretación de la SMA sobre el alcance de la obligación resulta aberrante, pues reconoce que el plan está orientado a evaluar la “*eventual ocurrencia de impactos no previstos*”; en tanto que las medidas destinadas a minimizar efectos adversos están siempre referidas a impactos detectados y evaluados durante los procesos de evaluación ambiental; **(c)** No corresponde que la SMA interprete la RCA 24/2006 al punto de desfigurar el contenido de la obligación contenida en ella; **(d)** El Comité de Seguimiento Ambiental que debe sesionar es un órgano distinto y ajeno al control de la Compañía; **(e)** La obligación supuestamente infringida no goza de ejecutoriedad inmediata sino que está sujeta al consentimiento de dicho Comité, como consta en distintas cartas enviadas por CMN a la autoridad ambiental; **(f)** La Compañía ha dado cumplimiento a la obligación de implementar un programa de educación ambiental para representantes de las organizaciones sociales, como se acredita en el

procedimiento. Finalmente, **(g)** Aun cuando este Ilustre Tribunal estime que existe infracción en el presente caso, deberá considerar que la que se ha impuesto es completamente desproporcionada.

(a) La SMA no considera que el Plan de Monitoreo contiene medidas de monitoreo, y no de mitigación, compensación o reparación.

676. Como la misma SMA ha señalado, se entiende por medidas ambientales aquellas que “se hayan dispuesto en la RCA para hacerse cargo del correspondiente efecto, significativo o no, identificado en la evaluación (...) ya sea que se trate de medidas de mitigación, compensación, reparación o de naturaleza compensatoria, mitigatoria o reparatoria”¹³⁵. En esta línea, resulta evidente que el Plan de Monitoreo social es parte del plan de seguimiento del Proyecto y, como tal, no está ni puede estar destinado a hacerse cargo de los efectos identificados ni menos de los no identificados en la evaluación ambiental.

677. Esto se ratifica por la definición misma que efectúa el Reglamento del SEIA de los planes de seguimiento de variables ambientales en su artículo 105, el cual especifica que “El Plan de Seguimiento de las Variables Ambientales tiene por finalidad asegurar que las variables ambientales relevantes que fueron objeto de evaluación ambiental, evolucionan según lo proyectado”. En este sentido, el plan de seguimiento debe identificar el componente ambiental que es objeto de medición, el impacto ambiental evaluado respecto de dicho componente, y la medida asociada para hacerse cargo de tales efectos.

(b) La interpretación de la SMA sobre el alcance de la obligación resulta aberrante, pues reconoce que el plan está orientado a evaluar la “eventual ocurrencia de impactos no previstos”; en tanto que las medidas destinadas a minimizar efectos adversos están siempre referidas a impactos detectados y evaluados durante los procesos de evaluación ambiental.

678. En efecto, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento del SEIA, las medidas tienen por objeto evitar completa o parcialmente los impactos ambientales que motivaron la presentación de un EIA (medidas de mitigación),

¹³⁵ Resolución Exenta N° 198/2015, procedimiento sancionatorio F-025-2013 (Proyecto Caserones).

producir un efecto alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado que no sea posible mitigar o reparar (medidas de compensación), o bien reponer uno o más de los componentes ambientales a una calidad similar a las que tenían con anterioridad al impacto sobre dicho componente o elemento y en el caso de no ser ello posible restituir sus condiciones básicas (medidas de reparación), nada de esto –a menos que se fuercen la normas y su sentido básico – busca un plan de monitoreo.

679. De esta manera y como SS Ilustre podrá comprobar la SMA yerra profundamente cuando le atribuye a esta obligación un contenido del que claramente carece.

(c) No corresponde que la SMA interprete la RCA 24/2006 al punto de desfigurar el contenido de la obligación contenida en ella.

680. Según la RCA 24/2006, el Plan de Monitoreo Social no fue concebido para hacerse cargo de los eventuales efectos del Proyecto sobre el medio ambiente humano presente en la zona de influencia, sino que para verificar la efectividad de las medidas que la RCA establece.

681. En efecto, el considerando 7 de dicha RCA establece que *“el Titular deberá dar seguimiento a la evolución de las variables ambientales vinculadas a la ejecución del Proyecto, junto con un análisis periódico de la efectividad de las medidas de mitigación, reparación, compensación y prevención de riesgos definidos en el Estudio de Impacto Ambiental, su Adenda y la presente Resolución. El proyecto considera el siguiente Plan de Seguimiento: 7.1 Monitoreos (...) i) Plan de Monitoreo Social”*.

682. En el mismo sentido, en el Considerando 7.1 letra i) de la RCA 24/2006 se señala que el Plan de Monitoreo Social está destinado a *“hacer seguimiento a los cambios que éste [el Proyecto] pudiese suscitar en el medio humano, en el mediano plazo”*.

683. De esta forma, como lo señala la RCA, el Plan de Monitoreo Social persigue evaluar el comportamiento del componente con el objeto de determinar su evolución. Y dentro de dicho plan, la actividad de seguimiento ambiental del

Comité de Seguimiento Ambiental y la educación ambiental dirigida a los representantes de la comunidad que forman parte de este Comité, con el objeto de capacitarlos en el entendimiento de las actividades de seguimiento, presentan objetivos diversos a las acciones de control y mitigación.

684. Por lo mismo y como es evidente, no es posible considerar los supuestos del hecho infraccional incluidos en el Cargo N° 6 como una infracción a una medida, en los términos que se requiere para efectos de la determinación de su gravedad según establece el artículo 36 N° 2 letra e) de la LOSMA.

(d) El Comité de Seguimiento Ambiental que debe sesionar es un órgano distinto y ajeno al control de CMN. La obligación supuestamente infringida no goza de ejecutoriedad inmediata sino que está sujeta al consentimiento de dicho Comité, como consta en distintas cartas enviadas por CMN a la autoridad ambiental.

685. El Comité de Seguimiento Ambiental corresponde a un órgano distinto y separado del titular, (presidido por el SEREMI del Medio Ambiente e integrado, entre otros, por el Director Regional SEA y representantes de la Gobernación Provincial de Huasco) conjuntamente con representantes de la comunidad. La voluntad de este órgano se expresa mediante acuerdos de la mayoría de sus integrantes, siendo CMN sólo uno entre los demás votos que son necesarios para adoptar y ejecutar sus decisiones, según las normas que el propio Comité se otorgó mediante reglamento interno

686. En este sentido, el Considerando 7.1 letra i) dispone que ***“la orgánica de seguimiento funcionará de modo autónomo”***, esto es, de manera independiente de CMN, con instancias de coordinación semestral a fin de potenciar intereses comunes. Agrega que *“A CMN le corresponderá proporcionar la información y recursos necesarios para efectuar el seguimiento, lo que incluye Auditorías Ambientales, así como también deberá designar una contraparte específica para este fin, que participará de todas las reuniones que efectúe la orgánica de seguimiento”*.

687. Por tanto, las obligaciones que según la RCA tiene CMN respecto del Comité se refieren a la provisión de información y recursos para su funcionamiento y a la asistencia a las reuniones periódicas que realice.

688. SS Ilustre, la SMA -por su parte- haciendo caso omiso del tenor literal de la RCA, ha entendido que CMN tendría la obligación de realizar las reuniones y que, además, sería una obligación de ejecutoriedad inmediata, dependiente solamente de CMN. Sin embargo, la obligación contenida en la RCA 24/2006 que funda este hecho infraccional se encuentra sujeta a la condición de que el Comité preste su consentimiento para ello, por lo que la exigencia que se estima infringida no goza de inmediata ejecutoriedad.

689. El razonamiento de la SMA –que puede resumirse en que el funcionamiento del Comité es una medida establecida en una RCA, y el titular y por tanto obligado por esa RCA es CMN- desatiende la circunstancia ineludible de que la realización de reuniones no depende de CMN directamente puesto que ésta no tiene control sobre el Comité que, como hemos señalado, es un órgano distinto del titular presidido por el SEREMI del Medio Ambiente de la Región de Atacama.

690. Señalando la CMN expresamente que la orgánica de seguimiento funcionaría de modo autónomo, y **habiendo el SEREMI del Medio Ambiente -en cuanto presidente del Comité- adoptado la decisión de no sesionar en razón de la paralización del proyecto**, ¿cómo puede imputarse a CMN no haber objetado la decisión adoptada por el Comité? La SMA arriba a dicha conclusión fundada solamente en el hecho de que CMN es titular de la RCA y por ende último obligado por ella, y que las obligaciones que se establecen en ellas serían de ejecutoriedad inmediata, lo que claramente no aplica en el presente caso, a partir de la regulación que la misma RCA ha hecho de la orgánica de seguimiento del Proyecto.

691. Cabe destacar igualmente que la SMA sabe perfectamente que la decisión de sesionar del Comité no dependía de mi representada y por eso tergiversa su argumentación y con ello la formulación de cargos inclusive cuando pretende sostener que lo que se reprocha es que CMN no haya objetado la decisión de no sesionar. Insólito SS Ilustre.

692. Cabe destacar que la SMA pasa por alto además todas las acciones adoptadas por CMN en este sentido. En efecto, mi representada ha adoptado diversas medidas para procurar mantenerse en cumplimiento de las obligaciones que le corresponden en virtud de la RCA, dentro del marco del rol que según la RCA le corresponde en el Comité.

693. Así, mediante Carta PL-156/2013, de fecha 16 de agosto de 2013, dirigida a la Directora del SEA de la Región de Atacama, en la cual se le informa que debido a la suspensión del Comité, no se ha podido presentar los resultados del plan de monitoreo social, no teniendo a dicha fecha, respuesta al ingreso de la propuesta de dicho plan, efectuado con fecha 30 de mayo de 2012. Por dicha razón, se le solicitó a la autoridad que procediera a instruir a CMN respecto de los pasos a seguir para cumplir con dicha obligación.

694. Por otra parte, mediante Carta PL 083, de 13 de mayo de 2015, dirigida a la SEREMI del Medio Ambiente de la Región de Atacama en su calidad de Presidente del Comité de Seguimiento Ambiental, CMN solicita citar a sesión de reanudación del Comité de Seguimiento Ambiental.

695. Sin embargo, la SMA desestima totalmente esta información indicando que, aun cuando las citaciones correspondía enviarlas al Presidente del CSA, CMN debió haberlo hecho ella, pasando por alto lo dispuesto por el reglamento de la instancia, así como también los acuerdos adoptados.

696. No podemos sino concluir que la presente sanción en los términos que pretende ser construida por la SMA excede todo parámetro de legalidad y lógica. De ser confirmado este razonamiento por parte de SS Ilustre, generará un precedente indeseable desde la perspectiva de la participación ciudadana, toda vez que desincentivará la creación de futuras instancias de este tipo mediante orgánicas que integren a la comunidad y a las autoridades en el seguimiento de las condiciones, exigencias y compromisos relativos a una RCA.

697.

(e) La Compañía ha dado cumplimiento a la obligación de implementar un programa de educación ambiental para representantes de las organizaciones sociales, como se acredita en el procedimiento.

698. La formulación del cargo 6.2 efectuada por la SMA contempla un error fundamental, cual es considerar que CMN debía desarrollar programas “*continuos*” de educación ambiental. La SMA desatiende el tenor literal de la RCA, determinando un alcance distinto al de la exigencia que lo sustenta, puesto que en ninguna parte la RCA señala que este programa deba tener el carácter de continuo.

699. La exigencia que se estima infringida no tiene la naturaleza de una obligación permanente, por lo que se agota conforme a los requerimientos impuestos en el programa. Así se desprende del texto de la RCA, que establece la obligación de ejecutar “*un programa de Educación Ambiental dirigido a los representantes de las organizaciones sociales que integren la instancia de seguimiento*”.

700. A partir de lo establecido en el artículo 3° literal a) de la LOSMA, la SMA no puede ejercer su potestad sancionatoria respecto de medidas no establecidas en la RCA, ni en ningún otro de los instrumentos mencionados en el mismo artículo.

701. No puede, tampoco, modificar en sentido literal y claro de las obligaciones establecidas en una RCA para poder ejercer sus atribuciones de sanción, como hace en este caso, toda vez que ello constituye una infracción a su propia ley orgánica y al principio de juridicidad consagrado en la Constitución Política de la República.

702. A mayor abundamiento, cabe tener presente que CMN ha dado cumplimiento a la obligación objeto de este cargo, consistente en la implementación de un programa de educación ambiental para representantes de las organizaciones sociales, según se ha acreditado en el procedimiento sancionatorio.

(f) Aun cuando este Ilustre Tribunal estime que existe infracción en el presente caso, deberá considerar que la que se ha impuesto es completamente desproporcionada.

703. Como resulta evidente, el Plan de Monitoreo Social no constituye una medida para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto, sino una obligación de seguimiento de la RCA, por lo que su supuesto incumplimiento conlleva una lesividad muy baja, que en ningún caso podría fundamentar una infracción grave.

704. En este sentido, el artículo 12 de la Ley N° 19.300 establece los contenidos de un EIA, regulando en literales diversos las medidas de mitigación, compensación o reparación que se pueden establecer en dichos estudios (letra e), y el plan de seguimiento de las variables ambientales (letra f). Las medidas de mitigación, compensación o reparación son aquellas que en virtud de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley N° 19.300 permiten la aprobación de un EIA. En consecuencia, la entidad de estas medidas y del plan de seguimiento son diversas: en el caso de las medidas, es imprescindible que sean adecuadas para hacerse cargo del impacto, de manera de obtener la aprobación del EIA.

705. El seguimiento ambiental, por su parte, tiene relevancia para definir que lo que se indicó en el EIA, ocurre tal como se indicó. Pero no constituye la esencia misma de la evaluación ambiental, de la definición de los impactos relevantes del proyecto y su adecuada mitigación, reparación o compensación.

706. En suma **la medida de seguimiento por su naturaleza no puede ser considerada una infracción grave**, dado que jamás constituirá una infracción grave a las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva RCA y en relación con lo dispuesto en el artículo 36 N° 2 letra e) de la LOSMA. Ello deja en evidencia la desproporción de la sanción aplicada al presente cargo.

(iii) ILEGALIDADES COMETIDAS EN LA DEFINICIÓN DE TODAS LAS SANCIONES DE MULTA AL ESTABLECER UN CRITERIO DE TASA DE DESCUENTO QUE ES MUY SUPERIOR AL DE LAS EMPRESAS SIMILARES.

707. La SMA sanciona con multas un número de 24 infracciones. Para definir la multa la SMA utiliza los criterios de su Guía Bases Metodológicas para la Determinación de sanciones Ambientales. Esta Guía señala que para la definición del beneficio económico la autoridad pretende que *“la base mínima para la*

*sanción todo aquel beneficio económico que el infractor pudo haber obtenido como producto de su incumplimiento”.*¹³⁶ Para ello, se tienen presente una serie de factores entre los cuales se cuenta el efecto de la inflación, el tipo de cambio y el costo de oportunidad del dinero.¹³⁷

708. Respecto del Costo de Oportunidad del dinero la SMA señala que este costo de oportunidad se asimila a la tasa descuento. De este modo, a los eventuales costos retrasados o evitados o ganancias adicionales fruto de la infracción se le aplica la tasa de descuento en el periodo de la infracción con lo cual se calcula el beneficio económico fruto de la infracción.

709. Para el cálculo de la tasa de descuento la citada Guía Metodológica señala que la *“SMA considera una tasa de descuento promedio estimada del sector productivo al que pertenece la empresa bajo análisis. Esta estimación se realiza a través del cálculo del costo promedio ponderado del capital para empresas del mismo rubro económico, a partir de datos de referencia asociados a cada sector o actividad. En los casos en que la SMA cuenta con información financiera del infractor, es posible considerar una estimación de tasa de descuento de carácter más específico para aplicar en el caso bajo análisis.”* (lo destacado es nuestro)

710. En el caso en análisis, durante el proceso sancionatorio, mi representada, acompañó dos estudios respecto a los criterios para aplicar la tasa de descuento, uno general sobre cómo debería aplicarse la sanción a la luz de los modelos sancionatorio en que se basa el modelo de la SMA¹³⁸, realizado por consultores internacionales con amplia experiencia en este rubro y otro específico que señalaba la forma en que en debería calcularse la tasa de descuento para este caso específico, elaborado por José Miguel Cruz¹³⁹.

711. A partir de dicho informe el profesor Cruz, proponía que se aplicará una tasa de descuento del 8,6 %, lo cual dada las cantidades involucrados en las

¹³⁶ Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales. Noviembre de 2015. Página 30

¹³⁷ Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales. Noviembre de 2015. Páginas 32 y 33-

¹³⁸ Memorandum Técnico: comentarios sobre le Modelo BEN USEPA y su aplicación a las Bases Metodológicas para la determinación de sanciones ambientales en Chile”, elaborado por Ramboll Environ, con sede en EEUU.

¹³⁹ Tasa de Descuento y sanciones ambientales: en el caso de Compañía Minera Nevada”. Elaborado por José Miguel Cruz González, PHD y Master en Ingeniería Económica de la U de Stanford y profesor de Finanzas en la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile.

sanciones pecuniarias termina siendo un elemento muy relevante en la aplicación de las sanciones económicas.

712. Por otra parte la SMA en su sanción define aplicar una tasa de descuento del 13,6 %, desconociendo parte de las conclusiones del profesor Cruz. Lo anterior, hace que el valor de las multas se incremente de un modo relevante. De este modo si por ejemplo la tasa de descuento se fija en un 13,6 %, como hace la SMA, por cada 100.000 dólares que la empresa no gastó, deberá pagar un interés de \$13,600 dólares anuales.

713. A su vez si la tasa fuera de un 8,6 %, el interés sería de 8,600 dólares anuales, de este modo el diferencial es de cinco mil dólares anuales por cada 100.000 dólares de multa. Se trata de un incremento del 58%. Como se podrá apreciar si esto lo hacemos exponencial hasta el montos de la multas aplicadas y por el número de años que calcula en cada caso la SMA, nos encontramos antes cantidades muy importantes.

714. Debemos hacer presente que la SMA, aplicó sanciones pecuniarias a los siguientes cargos, por los montos que se indican y dando cuenta del beneficio económicos que se señalan a continuación:

Cargo	Sanción	El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, según cálculo realizado por la SMA
23.1	242 UTA	No se genera un beneficio económico.
23.3	39 UTA	No se genera un beneficio económico.
23.4	754 UTA	522 UTA (página 1011)
23.5	1682 UTA	1.440 UTA (página 1052)
23.6	1.465	1.278 UTA (página 1095)
23.7	48 UTA	1 UTA (página 1121)
23.8	677 UTA	No se genera un beneficio económico.
23.10	257 UTA	No se genera un beneficio económico.
23.12	1000 UTA	1.289 UTA (página 1656)
24.1	29 UTA	No existe un beneficio económico significativo
24.3	19 UTA	No se genera un beneficio económico.

24.4	279 UTA	105 UTA (página 1901)
24.5	145 UTA	No se genera un beneficio económico.
24.6	157 UTA	132 UTA (página 1963)
26	100 UTA	25 UTA (página 2007)
27	126 UTA	13 UTA (página 2043)

Tabla 2 D-011-2015

N°	Sanción	El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, según cálculo realizado por la SMA
1	831 UTA	328 UTA (página 114)
2	115 UTA	No se genera un beneficio económico.
3	1029 UTA	163 UTA (página 196)
5	1000 UTA	4.861UTA (página 417)
6	1693 UTA	787 UTA (página 500)
8	304 UTA	No se genera un beneficio económico.
9	81 UTA	39 UTA (página 683)
10	286 UTA	757 UTA (página 702)
	Total: 12.360	11.740 A

715. La SMA en sus páginas 66 a 87, hace un análisis del cuales serían los criterios para calcular la tasa descuento, analiza los presupuestos que propone mi representada y acepta algunos y luego intenta desacreditar otros para poder subir la tasa de descuento a los niveles que definitiva le llevan a calcular el beneficio económico en los valores que se indican en las tablas del párrafo anterior.

716. En las páginas 74, 75 y 76 de la Resolución Sancionatorio, la SMA analiza los criterios presentados por mi representada y acoge varios de ellos, pero en lo esencial de los nueve desarrollados por mi representada cuestiona dos. Uno referido al premio por riesgo y el otro referido al cálculo del Beta desapalancado.

717. Mi representada calcula el beta desapalancado en el informe de dos maneras diferentes: primero mide el de forma directa este parámetro usando la información de los retornos accionarios de Barrick. Enseguida, en el informe cuestionado utiliza un grupo de empresas que tenían similares características y

por lo tanto riesgo sistemático similar al de Barrick¹⁴⁰, y logra estimaciones no muy diferentes entre sí. Por otra parte la SMA tomando información de la misma base de datos que utilizó mi representada para estimar parámetros conducentes a la estimación de la tasa de descuento, utiliza los betas de todas las empresas productivas de oro que están en esa base de datos¹⁴¹, sin importar su tamaño, dónde se encuentran, cuál es su situación económica específica, y por lo tanto no vela por que sus niveles de riesgo sistemático sean similares a las de Barrick. Con ellos lleva a calcular un beta desapalancado muy superior al que se cálculo por el profesor Cruz.

718. Es más: en la medida que en dicha base de datos existan empresas con tamaños mucho menor al de Barrick, y que tengan menos capacidad de diversificar sus riesgos, es decir empresas con betas más altos, el promedio naturalmente será más alto.

719. Lo anterior hace que la prima por riesgo aumente de modo relevante, con lo cual tiende a aumentar la tasa de descuento, de este modo dependiendo del beta que se calcule, la tasa de descuento puede variar de modo considerable.

720. Si se revisa la página web en cuestión, lo que hace la SMA es tomar una base de datos de novecientos sesenta y una empresas, de muy distintas características, tamaños y realidades financieras y con ese promedio pretende calcular lo que se denomina es el beta despalcado.

721. En efecto, lo probable es que una gran cantidad de esas empresas ni siquiera tengan un proyecto en producción, dado que se incluyen las empresas que cotizan en las bolsas de Canadá y Australia, conocidas por fomentar el desarrollo de las llamadas empresas junior, esto es aquellas que sólo están desarrollando proyectos, pero no necesariamente en producción, algunas de las cuales eventualmente jamás producirán.

722. Lo anterior, no tiene sentido, porque esas empresas no serían comparables con Barrick, y enfrentarían un riesgo sistemático completamente distinto. Así por ejemplo, no es posible comparar una pequeña empresa cuprífera que levanta

¹⁴⁰ Es importante señalar que en esta metodología, el beta desapalancado representa una componente del riesgo sistemático, y que para estimar o verificar el valor de este parámetro se deben hacer comparaciones justas entre empresas que tengan riesgos similares. Por ejemplo, empresas que tengan negocios en países similares, con tecnologías similares, y que enfrenten mercados similares.

¹⁴¹ Página web del profesor de la Universidad de New York, Aswath Demoradan.

fondos en bolsa para desarrollar un proyecto mediano, con Antofagasta Mineral AMSA o con BHP Billiton, las cuales obviamente tienen proyectos pero además varias faenas en operación, producen minerales y tienen una situación financiera consolidada.¹⁴²

723. En cualquier mercado la evaluación de riesgo que hace el sistema financiero o el mercado accionario respecto de empresas con operaciones consolidadas es muy diversa que aquellas que no tienen ese tipo de operaciones. Lo anterior siempre afecta las tasas a las que pueden acceder a créditos, como al valor de la acción. La gran diferencia está en que la capacidad de diversificar los riesgos de las empresas más grandes es muchísimo mayor que la capacidad de diversificación que muestran las empresas de menor tamaño, y eso constituye la esencia de un beta mayor o un beta menor¹⁴³.

724. Debemos hacer presente que además lo que hace la SMA es apalancar y desapalancar utilizando el promedio de todas las empresas y no realiza un análisis individual de cada empresa y apalancando y desapalancando cada beta en específico usando la información de cada empresa, tal como se pretende por la SMA que se haga.

725. Como contrapartida a eso, lo que hizo el profesor Cruz en su informe fue mostrar que una comparación relevante entre empresas de tamaño similar a Barrick, genera un beta bajo. Realiza para ello un ejercicio de cálculo de beta de otras compañías de oro similares en tamaño al de mi representada, en términos de los mercados que enfrentan, en la escala de su operación, y que por lo tanto enfrentan riesgos sistemáticos similares. Podría cuestionarse si esas deben ser las compañías o deben ser otras, pero lo que no tiene sentido es calcular estos índices con compañías que tienen riesgos sistemáticos completamente distintos sea por su tamaño o su especialización en un solo proyecto aurífero (como las empresas Junior lo hacen).

726. De este modo, podríamos tomar otras compañías, por ejemplo, considerando algún índice conocido en el mercado como podría ser el Índice ETF Van Eck Vectors Gold Miners, el cual considera acciones de empresas globales

¹⁴² Lo anterior con la salvedad de la distinta naturaleza o forma de compartirse de las empresas de la minería del Cobre con la de la Minería del oro.

¹⁴³ Un beta grande significa que la empresa diversifica menos su riesgo estando más sujeta a las variaciones del mercado. Mientras que un beta menor significa mayor capacidad de diversificación, y por lo tanto menos variabilidad de su desempeño a las variaciones que experimenta el mercado.

en la minería de oro (es decir la gran minería del oro en el mundo). Este índice se construye como un promedio ponderado por la capitalización bursátil de las 50 mayores empresas de oro que transan en bolsa. Dicho índice se transa en la Bolsa de Nueva York, bajo el nemotécnico GDX.

727. En ese contexto, es posible analizar el beta apalancado de dicho índice y que correspondería a un promedio del beta apalancado de las compañías que conforman ese índice. Los resultados de hacer los respectivos cálculos estiman un beta del índice de 0,52. Si bien este beta es mayor al que se presentó en el informe original del profesor Cruz, este dice relación con que originalmente se hizo una selección de empresas de similares características y no un índice formal que contiene un mayor número de empresas, pero bajo un criterio básico que son empresas globales en la minería del oro.

728. En general, entre ellas se encuentran las empresas seleccionadas en el informe inicial. Por otra parte el objetivo de este ejercicio, es además de hacer sensibilidad respecto del Beta calculado para Barrick, lo cual fue correcto, es subrayar el punto que el beta de las empresas grandes se parece al de Barrick, pero no es representativo el beta de todas las empresas de oro que transan en bolsa. En efecto, el ejercicio sobre el índice que muestra un beta apalancado de 0,52 (en un intervalo del 95% entre 0,51 y 0,64), es bastante menor que el promedio total de todas las empresas (961) que entrega Damodaran, pero obviamente se acerca de un modo importante al valor estimado en el estudio original de 0,45.

729. Las razones de estas diferencias con el beta del estudio son varias: en este caso se usa un periodo de datos de 7 años, en vez de cinco años en el caso en estudio; ii) se trabaja en este ejemplo con observaciones diarias, en vez de semanales; iii) se usan 50 empresas ponderadas acorde con la metodología específica del índice GDX, en vez de seleccionar 6 empresas incluida Barrick. Ese criterio no llevar a una situación de Beta desapalancado más cercana al originalmente calculado, puesto que este se hizo sobre los datos específicos de Barrick, y no con otras empresas aun cuando sean similares.

730. No obstante lo anterior, lo relevante en este caso es que por una parte la SMA, actúa de un modo arbitrario que no dice relación con criterios financieros evidentes para cualquiera que tiene un conocimiento razonable de estos

instrumentos, forzando argumentos que no dicen relación en modo alguno con la realidad, promediando empresas que no tiene parecido alguno más allá, de todas referirse a la producción de oro y haciendo incluso las operaciones de apalancar y desapalancar no de modo individual, sino que sobre el promedio.

731. Más allá de eso la SMA desconoce su propia Guía Metodológica y utiliza criterios que desconocen que se alejan de lo que ella misma propone. En efecto, tal como se ha indicado anteriormente, la Guía señala, en el caso que la SMA *“cuenta con información financiera del infractor, es posible considerar una estimación de tasa de descuento más específico para aplicar el caso concreto bajo análisis”*.

732. Lo relevante es que al acompañarse los estudios ya indicados en el procedimiento sancionatorio, mi representada citó casos en que la SMA había fijado tasas de descuento diversas a las que necesariamente ella considera para el sector, sobre la base de los antecedentes entrados por la propia empresa sometida al proceso sancionatorio.¹⁴⁴ En ese contexto, siendo que los antecedentes financieros propios de Barrick, en general no han sido cuestionado por la SMA, sino que sólo elige utilizar un promedio de todas las empresas mineras de base de datos del profesor Damodaran (de gran diversidad en términos de sus estructuras productivas, mercados, escalas de operación y riesgos), no justifica porque los antecedentes de mi cliente, que son específicos no son razonables.

733. Lo anterior sólo da cuenta de una forma más de arbitrariedad, falta de proporcionalidad y discriminación respecto de mi representada, la cual se ha hecho habitual en todos los razonamientos relevantes que ha hecho la SMA en este procedimiento sancionatorios.

734. Siguiendo los criterios señalados por CMN mi el valor de la tasa de Descuento debió ser la propuesta en el estudio de mi representada, o similar, pero en todo caso, una que dé cuenta de la realidad de una compañía como Barrick que en este caso es aquella cuya tasa de descuento se ha utilizado, por la naturaleza de la relación con CMN.

¹⁴⁴ En esa oportunidad se citaron los casos de CMPC Tissue S.A. (Resol Exenta 739/2016) en el cual se utilizó información financiera de la misma empresa;

V. LA SMA SE HA EXCEDIDO EN SUS COMPETENCIAS RESPECTO DE LA MANERA EN QUE PRETENDE QUE SE IMPLEMENTE LA CLAUSURA.

735. Al decretar la clausura definitiva y total de la faena minera, señala la SMA que la consecuencia lógica de la sanción impuesta es el cierre de la faena minera, lo que se materializa a través del Plan de Cierre Definitivo. Así se señala expresamente en el párrafo 7613. Acto seguido, decreta una serie de **medidas urgentes y transitorias** (en adelante “MUT”) a ser aplicables durante o en preparación a las labores del cierre de la faena, a saber:

(i) Resuelvo Quinto literal a): *“La empresa deberá acreditar la contratación de un profesional idóneo (v.gr. biólogo u otro), que **supervise todas las labores de cierre**, que contemple la **potencial intervención de formaciones vegetacionales** ribereñas y de ladera, **potenciales áreas de hábitat** y tránsito de fauna y la **eventual intervención** de cauces. Lo anterior, deberá ser cumplido dentro del plazo de 10 días desde que se inicien las labores de cierre definitivo de la faena.*

(ii) Resuelvo Quinto literal c): *“En relación a lo constatado e imputado en las infracciones N°4 de la Res. Ex N°1/Rol D-011-2015 y 23.2 del Ordinario U.I.P.S N°58/2013, deberá instalar señalética de las vegas Pascua, NE-2^a, vega Norte y Sur, que permita poner conocimiento a los trabajadores de la faena minera, de la fragilidad e importancia de las formaciones vegetacionales. Lo anterior, a su vez, **permitirá desarrollar las labores de cierre, con mayor resguardo al ecosistema altoandino**. La presente medida deberá cumplirla en el plazo de tres meses a contar de la notificación de la presente Resolución Sancionatoria.”*

(iii) Resuelvo Quinto literal f): *En relación a lo constatado e imputado en las infracciones N° 4 de la Res. Ex. N° 1/Rol D-011-2015 y 23.2 del Ordinario U.I.P.S. N° 58/2013, deberá realizar en el plazo de un año, un estudio de distribución y densidad de la vegetación de ladera, que contemple al menos las especies de *Azorella madreporica*, *Chaentantera**

*achenohirsuta y Senecio seghetti. Lo anterior, pues se detectaron diferencias entre la información remitida por la empresa en el “Estudio Multitemporal” del año 2014, en relación con lo constatado en terreno por esta SMA, en donde se detectó la presencia de estas especies en lugares que de conformidad a la línea de base del proyecto “Modificaciones Proyecto Pascua Lama” y “Pascua Lama”, no se contemplaban. Esta información, resulta de relevancia, pues **permitirá que la empresa ejecute las labores de cierre**, teniendo claridad de la real distribución de dichas formaciones vegetacionales. Este Estudio, deberá ser remitido a la SMA, en el plazo de 10 días hábiles desde recepcionado el Informe que integre todas las variables.”*

(iv) Resuelvo Quinto literal g): *“En relación a lo constatado e imputado en la infracción 23.2 del Ordinario U.I.P.S. N° 58/2013, deberá la empresa ampliar los sectores de monitoreo de fauna (mamíferos, aves, reptiles y anfibios), comprometidos en las RCA N° 39/2001 y 24/2006, a la zona aledaña a las vegas Norte y Sur, siguiendo la metodología y frecuencia indicada en las mismas. Deberá generar esta información durante un año y remitirla a la SMA, en el plazo de 10 días hábiles desde recepcionado el Informe que integre todas las variables de fauna. Lo anterior, pues **eventualmente las labores de cierre del proyecto pueden desarrollarse en esta zona**, de la cual no existe información continua de monitoreo por parte de CMNSpA”.*

736. Más adelante, en el Resuelvo Séptimo, la SMA ordena “tener presente” que, *“en razón de la adopción de la sanción de clausura definitiva de la faena minera, es dable recordar que la empresa deberá **continuar con la ejecución de las actividades de seguimiento socioambiental**, de conformidad a las condiciones dispuestas en las RCA N°39/2001, en la RCA N°24/2006 y en la Res. Ex. N°94/2016, debiendo reportar las materias allí comprometidas, observando las particularidades de cada obligación (v.gr. objetivo ambiental perseguido, frecuencia, fechas de remisión a la autoridad competente, etc.) poniendo especial énfasis en aquellos señalados en la siguiente Tabla N°1, así como a lo ya indicado en el presente Dictamen [sic] en razón de los cargos N°2, 3, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 de la Res. Ex. N°1/Rol D-011-2015 (...).”* A continuación, inserta una tabla en

donde indica todos los seguimientos que la compañía deberá continuar ejecutando, distinguiendo por componente ambiental e instrumento, indicando los correspondientes considerandos de la RCA o resolución respectiva.

737. Ahora bien, en la forma en que ha decretado las MUT recién transcritas, como también en la inclusión del Resuelvo Séptimo indicado, la SMA incurre en las siguientes ilegalidades: **(a)** La SMA busca dirigir la forma en que debe realizarse la fase de cierre del proyecto aprobado ambientalmente, sobrepasando las competencias legales del SEA y del SERNAGEOMIN; y **(b)** Las MUT decretadas en el Resuelvo Quinto no se encuentran justificadas, en atención a que no existe la hipótesis de riesgo inminente y transitorio que exige el artículo 3 letra g) para su procedencia. De esta manera **(c)** como resultado de un procedimiento sancionatorio, la SMA ha interpretado erróneamente la aplicabilidad de condiciones y exigencias de las RCAs y Planes de Cierre, que exceden su fin y contenido.

(a) La SMA busca dirigir la forma en que debe realizarse la fase de cierre del proyecto aprobado ambientalmente, sobrepasando las competencias legales del SEA y del SERNAGEOMIN.

738. Es indudable SS Ilustre que para el evento de que la clausura definitiva y total deba llevarse a efecto, deberá ejecutarse el cierre definitivo de la faena minera Pascua Lama, esto es, deberán implementarse el conjunto de acciones, obras y actividades destinadas a físicamente clausurar las instalaciones del proyecto.

739. Sin embargo, lo que la SMA pasa por alto es que éste un proyecto que solo alcanzó a ejecutar parte de su Fase de Construcción¹⁴⁵, de manera que las obras y medidas a implementarse no son aquellas que están definidas en la fase de cierre del Proyecto, regulada en la sección 4.3.3. de la RCA 24/2006.

740. En efecto, las obras, acciones y medidas contenidas en la fase de cierre regulada por la resolución de calificación ambiental fueron diseñadas, evaluadas y calificadas ambientalmente para ejecutarse al término de las operaciones del

¹⁴⁵ Tal como se indicó en la parte introductoria rajo sólo alcanzó un mínimo grado de avance y el botadero sólo el 1% de su capacidad, y las obras del sistema de manejo de aguas, fueron diseñadas para hacerse cargo del posible impacto de la totalidad del botadero.

proyecto, concluidos los 20 años de extracción, explotación, proceso y depositación. De ello sigue -de manera evidente- que un cierre anticipado del proyecto Pascua Lama puede significar una modificación o ajuste de la fase de cierre, modificación o ajuste que – en atención a lo dispuesto por el artículo 8 y 10 letra i) de la Ley 19.300- **debe ser evaluada en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.**

741. De esta manera y necesariamente, es en dicho proceso de evaluación ambiental en donde (i) se determinarán las obras y acciones que deberán ejecutarse para asegurar la estabilidad de las instalaciones; (ii) se determinarán los eventuales impactos asociados con la ejecución de dichas obras; (iii) se definirá el plan de medidas según los impactos que eventualmente genere la ejecución de las labores de cierre; y, por último (iv) se ajustarán los planes de monitoreo y seguimiento correspondientes asociado a las medidas.

742. Así entonces, cuando la SMA determina la ejecución de MUT a ejecutarse durante las labores de cierre, las que fundamenta en la “*potencial intervención de formaciones vegetacionales*”, o en la “*potencial afectación*” de áreas de hábitat y tránsito de fauna, o incluso en la “*eventual*” intervención de cauces, con ello actúa más allá de sus competencias legales, al decretar el cumplimiento de medidas que pretende justificar en eventos hipotéticos, en circunstancias que la determinación de tales medidas -si procedieren- corresponde al Servicio de Evaluación Ambiental, según lo dispuesto en la Ley 19.300 y el Reglamento del SEIA, y tras la evaluación concreta de los efectos que una modificación de proyecto puede o no generar.

743. Por otro lado, **la SMA también interfiere derechamente en las facultades del SERNAGEOMIN**, quien, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 20.551 y el Reglamento de la Ley de Cierre de Faenas Mineras, es el llamado a aprobar la actualización del Plan de Cierre, y con ella, el conjunto de medidas y acciones destinadas a mitigar los efectos que se derivan de una faena minera, “*en conformidad a la normativa ambiental aplicable.*” Señala la Ley de Cierre que “*la ejecución de medidas y acciones de la manera antes señalada deberá otorgar el debido resguardo a la vida, salud, seguridad de las personas y medio ambiente, de acuerdo a la ley*”.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Artículo 1º de la ley 20.551.

744. Cabe señalar que son muchas las disposiciones tanto de la Ley 20.551 como de su Reglamento, que describen la íntima relación existente entre un plan de cierre y una resolución de calificación ambiental, entre las que destacamos, para efectos de este acápite, lo dispuesto en el artículo 5° letra d) de dicha Ley, que ordena a SERNAGEOMIN *“disponer o evaluar, **en interacción con la autoridad ambiental**, si correspondiere, modificaciones y actualizaciones a los planes de cierre aprobados, de acuerdo con las variaciones que experimenten los proyectos y su vida útil, en los términos del procedimiento establecido en esta ley y su reglamento.”*¹⁴⁷

745. A mayor abundamiento SS Ilustre, en el Resuelvo Quinto la RE 72/2018 interpreta erróneamente la aplicabilidad de las condiciones y exigencias establecidas en la Res. Ex. N°94/2016 de la Comisión de Evaluación Ambiental de Atacama, resolución que resolvió el proceso de revisión de la RCA 24/2006 y que introdujo modificaciones a la misma relacionadas con el componente ambiental de calidad de las aguas. Pues bien, en dicha resolución (Considerandos 17.1 numeral (iii) y 23.8) se indica claramente que el Sistema de Manejo de Aguas definitivo debe ser modificado, **modificaciones que deberán evaluarse ambientalmente en el SEIA.**

746. Por otra parte Ilustre Tribunal resulta útil mencionar que la SMA está absolutamente al tanto de la necesidad de implementar mejoras al sistema de manejo de aguas del proyecto -tanto de contacto como de no contacto-, las cuales deben ser implementadas aun en un escenario de clausura o cierre anticipado del Proyecto.

747. En efecto, en el escrito presentado por la SMA ante este Ilustre Tribunal con fecha 18 de enero pasado, por el que solicita la autorización de la medida urgente de paralización decretada en el Resuelvo Sexto de la RE 72/2018, en su párrafo 67, indica que, *“entre las diversas actividades de cierre que deberá desarrollar CMNSpA, se contemplan, entre otras: (...) (v) [la] continuidad operativa del sistema de manejo de aguas de no contacto, **incluyendo actividades de mejora.**”* Lo anterior, sin siquiera considerar los cambios que podrían requerirse en caso de cambios u optimización del proyecto, tendiente a minimizar sus impactos ambientales.

¹⁴⁷ En el mismo sentido, el artículo 4° de la Ley 20.551 señala que “El plan de cierre original deberá ser elaborado en conformidad con la resolución de calificación ambiental previamente aprobada...”

748. De esta manera y como SS Ilustre podrá concluir, no resulta pertinente ni conforme con la legalidad vigente, que la SMA, por ejemplo, en el literal g) del Resuelvo Quinto, ordene la ampliación de los sectores de monitoreo de fauna comprometidos en las RCA N°39/2001 y 24/2006 a las zonas aledañas a las vegas norte y sur, generando dicha información durante un año, motivado en que *eventualmente las labores de cierre del proyecto pueden desarrollarse en esta zona*. Como indicamos más arriba, durante la evaluación de la modificación del sistema de manejo de aguas de no contacto (que resulta necesario desarrollar sea que el Proyecto se cierre o no definitivamente) determinará la procedencia de monitoreos en atención a los eventuales impactos asociados a dichas modificaciones, todo ello de conformidad con la Ley 19.300.

749. Es preciso indicar a este Ilustre Tribunal que CMN no ve inconvenientes en ejecutar medidas tales como, la instalación de señalética o la contratación de un experto, pero ello **en la medida que sean consecuencia lógica de un proceso de evaluación que determine su real utilidad, y no definidas bajo supuestos eventuales, de manera genérica y poco concreta.**

750. Por lo demás, resulta completamente contradictorio que la SMA exija que muchas de estas MUT -que vincula con las labores de cierre- sean cumplidas en diferentes plazos que cuenta *desde la notificación de la resolución sancionatoria*, en circunstancias que se ha puesto en el caso de que el Plan de Cierre deba ser actualizado, como surge de la lectura del Resuelvo Octavo de la misma Resolución.

(b) Las MUT decretadas en el Resuelvo Quinto no se encuentran justificadas, en atención a que no existe la hipótesis de riesgo inminente y transitorio que exige el artículo 3 letra g) para su procedencia.

751. La SMA también extralimita sus facultades en tanto decreta la realización de medidas urgentes y transitorias sin justificar de manera alguna el riesgo inminente de daño que debe motivarlas, en atención a lo dispuesto por el artículo 3 letra g) de la LOSMA.

752. Como se indica del propio tenor de las medidas, éstas se decretan para eventos hipotéticos, señalando incluso la propia SMA que ignora cuáles son las labores de cierre, cuáles son sus efectos, incluso reconoce no saber en qué áreas se realizarán.

753. Resulta por tanto inaceptable, y una manifestación más de la completa falta de proporción que inspira toda esta resolución, que la SMA asuma riesgo inminente de daño de actividades cuyo alcance desconoce y que además las medidas de resguardo para su ejecución deben ser definidas por otros organismos de conformidad a la legalidad vigente.

(c) Como resultado de un procedimiento sancionatorio, la SMA ha interpretado la RCAs de mi representada, imponiéndole condiciones y exigencias que exceden el fin del mismo.

754. En lo que respecta al Resuelvo Séptimo, por el que la SMA *“hace presente”* la obligación del Titular de *“continuar con la ejecución de las actividades de seguimiento socioambiental”*, en razón en la adopción de la clausura, la SMA nuevamente se extralimita en sus atribuciones, en la medida que interpreta erróneamente que mi representada debe continuar ejecutando actividades de seguimiento y monitoreo que las mismas Resoluciones de Calificación Ambiental que cita no hacen aplicables a la fase de cierre ni son consistentes con lo establecido por la RCAs, el Plan de Cierre Definitivo aprobado por SERNAGEOMIN el 2 de julio de 2015, mediante Resolución Exenta N°1750, ni el Plan de Cierre Temporal y Parcial aprobado por SERNAGEOMIN el 21 de agosto de 2017, mediante Resolución Exenta N°2068, actualmente vigente y en ejecución.

755. En efecto, en la Tabla N°1 del citado Resuelvo Séptimo, señala que, dentro de los programas de seguimiento que deben continuar ejecutándose con *especial énfasis*, incluye muchos que solo son exigibles durante las fases de construcción y operación (monitoreo limnológico; monitoreo de avifauna, sistemas de vida y costumbres, glaciares).

756. Como SS Ilustre podrá comprobar, la SMA, en dicha Tabla, incluye una columna en donde hace referencia a los considerandos de la correspondiente

resolución que serían aplicables, pero en muchos de estos casos, las especificaciones de cada programa de monitoreo no se encuentran en la RCA respectiva, sino que en algún otro antecedente de la evaluación. Así por ejemplo, el monitoreo de vegas altoandinas es exigible solo durante las fases de construcción y operación, según se encuentra detallado en el Adenda N° 3, sección 9, Anexo 1. El monitoreo de sistemas de vida y costumbres, así como también el de glaciares, se encuentran circunscritos, de acuerdo a la RCA 24/2006, a los 20 años de explotación. El único monitoreo que el proyecto hace extensible a la fase de cierre y posterior, es el monitoreo de calidad de aguas.

757. Todo lo anterior da cuenta de una extralimitación de las atribuciones de la SMA, quien efectúa una interpretación errónea de las RCAs del Proyecto, por la que interpreta como exigibles obligaciones de seguimiento no aplicables al estado actual del proyecto (paralizado temporalmente) ni a la pretendida clausura definitiva. Dicha situación debe enmendarse toda vez que, no solo implica erróneamente interpretar que la SMA tiene facultades de modificación de RCAs al margen del SEIA, sino que en términos prácticos puede acarrear a fiscalizaciones confusas en el futuro.

POR TANTO,

AL ILUSTRE TRIBUNAL AMBIENTAL RESPETUOSAMENTE PIDO, tener por deducida reclamación judicial en contra de la RE 72/2018 de fecha 17 de enero de 2018 y notificada a esta parte con esa misma fecha, dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente, representada por su Superintendente don Cristian Franz Thorud, o por quien lo reemplace o subrogue y conforme a lo dispuesto por el artículo 30 de la LTA, acogerla total o parcialmente y en definitiva anulándola o dejándola sin efecto, declare:

1. Que la RE 72/18 no es conforme a derecho y a la normativa vigente respecto de números 1 (uno), 2 (dos), 3 (tres), 4 (cuatro), 5 (cinco), 10 (diez), y 20 (veinte) de su Resuelvo Primero y de los fundamentos que en cada caso los motivan, referidos a las infracciones imputadas con los números 23.2, 23.8, 23.9 y 23.11 y números 4, 6 y 7, dejándolas sin efecto y disponiendo en su lugar, lo que el derecho corresponda.

2. Que en relación con las infracciones a las que se ha aplicado una sanción pecuniaria, que constan entre los números 6 (seis) y 29 (veintinueve) del Resuelvo Primero de la RE 72/18, se ordene a la SMA que recalcule las multas impuestas en ellas rebajándolas mediante una correcta determinación del beneficio económico obtenido, en los términos que fueron expuestos en el cuerpo de esta presentación.
3. Que se deje sin efecto de manera íntegra el Resuelvo Quinto de la RE 72/18, en la medida que no concurren los presupuestos para imponer una Medida Urgente y Transitoria y que la misma, en los términos que se ha ordenado, excede de las competencias que la ley asigna a la SMA.
4. Que se deje sin efecto el Resuelvo Séptimo en tanto interpreta de modo ilegal y arbitrario las resoluciones de calificación ambiental, extendiendo su sentido contra texto expreso.
5. Todo lo anterior, con expresa y ejemplar condena en costas.

PRIMER OTROSÍ: Como SS Ilustre sabe, la SMA se encuentra obligada por ley a elevar en consulta la RE 72/2018 ante este Ilustre Tribunal, atendidas las cinco clausuras definitivas que han sido impuestas a CMN. Ello, en virtud del artículo 57 de la LOSMA, que dispone la obligación legal que tiene la SMA, siempre y sin excepción alguna, de conseguir autorización del tribunal ambiental correspondiente cuando se imponen las sanciones de clausura o revocación de una resolución de calificación ambiental.¹⁴⁸

La importancia de la consulta en el sistema de la Nueva Institucionalidad Ambiental radica en que ella se alza como un trámite procesal que reconoce un interés público envuelto, por sobre el interés particular que tiene el eventual reclamante. Se trata, así, de que las sanciones más graves que la legislación prevé no sean aplicadas por la Administración sin que reciban antes la revisión y validación de un tribunal de la República de la jerarquía del Tribunal de SS Ilustre. Esto consta en la preocupación que tuvo el Poder Legislativo respecto de los poderes de fiscalización y sanción con que contaba la SMA en el proyecto de ley

¹⁴⁸ Art. 57, LO-SMA.- (“Cuando la Superintendencia aplique las sanciones señaladas en las letras c) y d) del artículo 38, la resolución que las contenga deberá siempre ser elevada en consulta al Tribunal Ambiental.”)

que derivó en la Ley 20417. Así, el legislador concibió la existencia de tribunales ambientales que contaran con competencias “de control previo [...] de revisión plena y obligatoria (consulta) respecto de las sanciones más graves que pueda aplicar la referida Superintendencia”.¹⁴⁹ Tan cierto es esto, que en el Mensaje con que el Ejecutivo envió al Congreso el proyecto de ley referido señaló, en forma expresa, que una de las funciones del tribunal era de actuar de órgano de control jurisdiccional de las decisiones de la SMA, actuando “como instrumento al servicio de la tutela de derechos, ahí donde la exigencia de tutela efectiva resulta indispensable”.¹⁵⁰

Dos consecuencias se derivan de lo que se viene diciendo. Primero, (i) la consulta se trata de un control pleno que ejercerá el tribunal ambiental —como consta en la misma historia de la ley— y cuyo ámbito de revisión será evidentemente más amplio que el de cualquier potencial acción de reclamación que se dirija contra el mismo acto administrativo de la SMA. Segundo, (ii) que la consulta, como se encuentra prevista en el artículo 57 de la LOSMA se alza como un control ex ante.

Hacemos presente a SS Ilustre lo anterior por cuanto la SMA, en una gestión pendiente ante este mismo tribunal, ha sostenido algo distinto.¹⁵¹ Así, este ente fiscalizador, contra texto legal expreso de la propia LOSMA, ha intentado sostener que, en caso que se interponga reclamación en contra de la misma resolución elevada en consulta, el tribunal ambiental deberá omitir “*pronunciarse sobre la consulta, por perder el objeto*” y que la sanción será ejecutable “*desde el momento en que se interpone el reclamo, atendido el carácter preventivo que la misma lleva consigo*”.¹⁵²

Lo anterior es completamente inadmisibles, SS Ilustre, entre otras cosas porque la autoridad Administrativa pretende sustraer del conocimiento del Ilustre Tribunal un asunto que la ley ha puesto exclusivamente bajo la esfera de sus competencias, por razones de orden público.

¹⁴⁹ Cfr., al respecto, el Protocolo de Acuerdo celebrado entre el Congreso y el Ejecutivo el 26 de octubre de 2009, en el contexto de la discusión del proyecto de ley que derivó en la Ley 20417, N° 2, letra d).

¹⁵⁰ Cfr., Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley 20.600, pág. 10.

¹⁵¹ Causa Rol N° S-2-2018, del Primer Tribunal Ambiental.

¹⁵² Solicitud de autorización para adopción de medida urgente y transitoria que indica, párrafo 77 (fs. 29), Causa Rol N° S-2-2018, del Primer Tribunal Ambiental.

De este modo, razones de economía procesal y de buena administración de justicia hacen imperativo que, llegada la oportunidad procesal correspondiente, SS Ilustre conozca conjuntamente de la Consulta y del presente reclamo.

Consistente con lo anterior, la doctrina es de la idea de acumular la reclamación y la consulta cuando ambas coexisten respecto de un mismo acto administrativo. Transcribimos el pasaje más relevante en este tema, pese a su extensión, porque entendemos que es ilustrativo de lo que venimos sosteniendo:

*“La posibilidad de una doble revisión ante el TA debiera ser desestimada de acuerdo a consideraciones de economía procesal: de existir una resolución sancionatoria elevada en consulta y una reclamación respecto de la misma, ambas debieran acumularse, verse y fallarse conjuntamente por el tribunal, pudiendo dicha acumulación pedirse por cualquier de las partes o incluso de oficio por el tribunal, de acuerdo a lo que dispone el artículo 94 del Código de Procedimiento Civil, cumpliendo los requisitos exigidos por el artículo 92 del mismo Código. No existiendo más regulación ni detalle en la LO-SMA, la tramitación de la consulta debiera hacerse conforme a las reglas generales de los artículos 20 y siguientes de la LTA y demás disposiciones aplicables del Código de Procedimiento Civil”.*¹⁵³

Hacemos presente las consideraciones señaladas con la convicción de que ellas son altamente relevantes para el curso procesal que asumirá el conocimiento del asunto sometido a la decisión de SS Ilustre.

POR TANTO,

AL ILUSTRE TRIBUNAL AMBIENTAL RESPETUOSAMENTE PIDO, tenerlo presente en relación con el trámite de la consulta y llegada la oportunidad procesal correspondiente, conocer conjuntamente de la consulta y el presente reclamo.

¹⁵³ PLUMMER, MARIE CLAUDE (2013) Los tribunales ambientales: se completa la reforma a la institucionalidad ambiental. En Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales, p. 17.



SEGUNDO OTROSÍ: Solicito a SS. Ilustre, tener por acompañados copia de la Resolución Exenta N° 72/2018 de fecha 17 de enero de 2018 pronunciada por la SMA y de sus anexos respectivos.

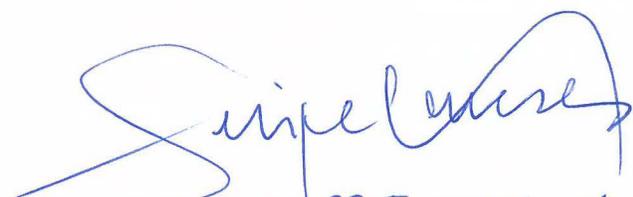
TERCER OTROSÍ: Conforme a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 20.600 solicito a SS. Ilustre que las notificaciones que deban realizarse a esta parte se efectúen por correo electrónico a las siguientes direcciones: amolinari@carey.cl; fmeneses@carey.cl; tdarricades@carey.cl y gomontes@barrick.com.

CUARTO OTROSÍ: Solicito a SS. Ilustre tener presente que mi personería para representar a Compañía Minera Nevada SpA consta de la escritura pública otorgada con fecha 20 de diciembre de 2017 en la Notaría de Santiago de doña María Soledad Santos Muñoz, cuya copia se acompaña en este acto, con citación.

QUINTO OTROSÍ: Solicito a SS. Ilustre tener presente que designo como abogado patrocinante y confiero poder al abogado Aldo Molinari Valdés, y que, asimismo y sin perjuicio de ello, confiero poder a los abogados Felipe Meneses Sotelo y Tomás Darricades Solari, todos domiciliados en Isidora Goyenechea 2800, piso 43, comuna de las Condes, Santiago, quienes podrán actuar en forma conjunta o separada y quienes firman en señal de aceptación.


995.98905 


10820420-6 


12.825.725-K 


15.640.295-8 

FIRMARON ANTE MÍ, don GONZALO MARIO LUIS MONTES ASTABURUAGA, CNI 9.660.8005, don ALDO ADRIÁN MOLINARI VALDES, CNI 10.820.420-6, don FELIPE IGNACIO MENESES SOTELO, CNI 12.825.725-K, y don TOMÁS FERNANDO DARRICADES SOLARI, CNI 15.640.295-8, todos en la calidad en que comparecen. SANTIAGO, 02 de febrero de 2018.-

