

PROCEDIMIENTO:Reclamación

Reclamación del artículo 17 N°3 de la Ley N°20.600

RECLAMANTE:Minera Escondida Limitada

RUT:79.587.210-8

REPRESENTANTE:Felipe Andrés Escárate Morales

RUT:15.827.918-5

ABOGADO PATROCINANTE:Patricio Leyton Florez

RUT:9.389.482-0

ABOGADO PATROCINANTE:Raimundo Moreno Cox

RUT:10.357.249-5

RECLAMADO:Superintendencia del Medio Ambiente

RUT:61.979.950-K

REPRESENTANTE:Marie Claude Plumer Bodin

RUT:10.621.918-4

EN LO PRINCIPAL: Interpone reclamación judicial. **EN EL PRIMER OTROSÍ:** Acompaña documentos. **EN EL SEGUNDO OTROSÍ:** Personería. **EN EL TERCER OTROSÍ:** Patrocinio y poder. **EN EL CUARTO OTROSÍ:** Forma de notificación.

ILUSTRE PRIMER TRIBUNAL AMBIENTAL

Felipe Andrés Escárate Morales, abogado, cédula nacional de identidad número 15.827.918-5, en representación, según se acreditará, de Minera Escondida Ltda. (“Escondida”), ambos domiciliados para estos efectos en Cerro el Plomo N°6.000 piso 15, comuna de Las Condes, a S.S. Ilustre respetuosamente digo.

Que, dentro del plazo legal, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (“LOSMA”), contenida en el artículo segundo de la Ley N°20.417, que “Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente” y del artículo 17 N°3 de la Ley N°20.600, que “Crea los Tribunales Ambientales” (“Ley N°20.600”), vengo a interponer reclamación judicial en contra de la **Resolución Exenta N°341**, de fecha 9 de marzo de 2022 (“Resolución” o “Sanción”), dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente (“SMA”), en virtud de la cual

resolvió sancionar a Escondida por la operación de su proyecto “Lixiviación de óxidos de cobre y aumento de capacidad de tratamiento de mineral sulfurado” (“el Proyecto”) aprobado ambientalmente mediante la resolución de calificación ambiental (“RCA”) N°1/1997 por la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Antofagasta, con una multa de 10.000 unidades tributarias anuales (“UTA”), en el marco del procedimiento administrativo sancionatorio D-099-2021 (“el Procedimiento”) y de la **Resolución Exenta N°175**, de fecha 26 de enero de 2023 (“Resolución Exenta N°175/2023”), que rechazó la reposición interpuesta por Escondida el 17 de marzo del 2022 (“Reposición”) respecto de la misma Resolución.

Lo anterior, con el objeto de que se deje sin efecto la Resolución y se ordene a la SMA dictar una nueva resolución que ponga término al Procedimiento, esta vez ajustada a derecho y, por tanto, absoluta, conforme a las pretensiones contenidas en el petitorio de esta reclamación y los argumentos que expondré.

Para mayor claridad se incorpora el siguiente índice de la presentación:

I. RESUMEN EJECUTIVO.....	3
II. CUESTIONES PREVIAS	5
II.1. Competencia del Ilustre Primer Tribunal Ambiental	5
II.2. Oportunidad de la reclamación.....	5
II.3. Legitimación activa.....	6
III. ANTECEDENTES GENERALES	6
III.1. El Proyecto.....	6
III.2. El Acuífero MNT.....	8
III.2.1. Características generales	8
III.2.2. Efecto de las extracciones de agua dulce y de salmuera.....	10
III.2.3. Cambios en las autorizaciones posteriores al permiso de Escondida	14
III.3. El procedimiento sancionatorio	17
III.4. La Sanción y la Reposición	19
IV. LA RESOLUCIÓN ES ILEGAL.....	20
IV.1. La interpretación de la SMA sobre dónde debe controlarse el Umbral es ilegal.....	20
IV.1.1. La interpretación de la SMA contradice la evaluación ambiental del Proyecto.....	23
IV.1.2. La interpretación de la SMA transgrede sus propias competencias	29
IV.1.3. La interpretación de la SMA contradice la finalidad que origina el Umbral, esto es, la protección de la vegetación de las Vegas de Tilopozo.....	32
IV.1.4. La interpretación de la SMA contradice el funcionamiento hidrogeológico del Acuífero MNT	34
IV.1.5. Para sostener su interpretación la SMA tergiversó reportes y dichos de Escondida.....	37
IV.1.6. La interpretación de la SMA contradice lo asentado en la Evaluación Monturaqui	39
IV.1.7. La interpretación de la SMA no es “la única preventiva”.....	41
IV.2. La Resolución atribuye efectos de terceros a Escondida	45
IV.3. La reclasificación de la infracción a gravísima por daño ambiental irreparable es ilegal	53
IV.3.1. La reclasificación transgrede el principio de congruencia.....	53
IV.3.2. La SMA no justificó adecuadamente la afectación de los componentes ambientales....	58
IV.3.2.1. Insuficiente justificación del daño al componente aguas subterráneas	58
IV.3.2.2. Insuficiente justificación del daño al componente vegetación de las Vegas de Tilopozo	62
IV.3.2.3. Insuficiente justificación del daño al componente población protegida	69
IV.4. No consideración de las alegaciones de Escondida respecto a las circunstancias establecidas en el artículo 40 de la LOSMA al determinar la sanción	72
IV.5. La Resolución transgrede la buena fe estatal.....	76

I. Resumen ejecutivo

1. La Resolución que sancionó a Escondida es ilegal y arbitraria, pues se sustenta en una interpretación que la SMA presenta como la única interpretación preventiva posible, pero que contradice y priva de sentido a la autorización ambiental de Escondida.
2. La esencia de este conflicto gira en torno a dónde deben controlarse los 25 cm de umbral que gatillaban la necesidad de detener las extracciones de Escondida (“Umbral”). Mientras la SMA sostiene que los puntos de control corresponden a los pozos TP-1, TP-2, TP-3 y SAT-2, Escondida afirma que el Umbral debe cumplirse donde se encuentra el objeto de protección, a saber, las vegas de Tilopozo (“Vegas de Tilopozo”).
3. Esta nueva y sorpresiva interpretación de dónde debe medirse el Umbral es un cambio radical en el entendimiento de los controles preventivos, que crea una nueva obligación para Escondida, dejándola indebidamente como infractora de una supuesta medición que jamás se entendió previamente de esa forma, como demuestran los reportes de seguimiento entregados a la autoridad.
4. Aunque la interpretación de la SMA es preventiva al situar el control de niveles antes del objeto de protección, contradice expresamente el mérito de la evaluación ambiental del Proyecto; desatiende lo señalado en el Programa de Monitoreo Ambiental del Proyecto; contraviene la finalidad que origina el Umbral; prescinde del funcionamiento hidrogeológico del acuífero Monturaqui-Negrillar-Tilopozo (“Acuífero MTQ”); se opone a lo asentado en la Evaluación Monturaqui el año 2018; transgrede sus propias competencias; y por tanto priva de sentido a la autorización ambiental de Escondida.
5. Se debe recordar que la evaluación ambiental, y luego el Plan de Alerta Temprana Monturaqui Negrillar Tilopozo (“PAT MNT”), estableció que la extracción de agua de Escondida se sujetaba a tres condiciones: (i) no generar una disminución mayor a 25 cm en el sector de Tilopozo, (ii) no disminuir más del 6% del flujo pasante que descarga en el sector Tilopozo y (iii) no explotar de manera conjunta -entre los actores de la época- un caudal medio mensual superior a 1800 l/s.
6. La interpretación de la SMA se enfoca exclusivamente en el Umbral, aplicándolo de un modo tal que, en definitiva, priva de sentido lógico a la autorización ambiental de Escondida, generando consecuencias absurdas.
7. En primer lugar, priva de sentido al límite de 1800 l/s de extracción conjunta. Esto pues Escondida en realidad nunca habría tenido derecho ambientalmente autorizado a utilizar sus derechos de agua, ya que, aun si no hubiera extraído un solo litro de agua, en la interpretación de la SMA, habría infringido su permiso el año 2005, cuando los efectos de Compañía Minera Zaldívar SpA (“CMZ”) superaron el Umbral en SAT-2.
8. En segundo lugar, la interpretación de la SMA priva de sentido la regulación del flujo pasante como variable de control preventivo, pues es imposible que este hubiera llegado siquiera cerca del 6% si el Umbral debía aplicarse en SAT-2. Bajo esa

interpretación, el año 2005 se habría superado el Umbral cuando la reducción del flujo pasante era del orden del 1,9%.

9. En tercer lugar, la interpretación de la SMA ni siquiera tiene sentido en relación con el Umbral, pues la única manera de darle aplicación lógica es que se hubieran establecido valores diferenciados para cada punto de control o bien que el Umbral se hubiera establecido exclusivamente en SAT-2. Ello ya que, por el avance del cono de depresión, sería imposible que el Umbral se cumpla en puntos posteriores a SAT-2 -como son TP-1, TP-2 o TP-3, ubicados aguas abajo, sin que primero se verifique en aquél.
10. Esto se grafica con los propios datos de la formulación de cargos ("FdC"): la reducción de 25 cm se produjo en julio 2005 en SAT-2, en junio de 2011 en TP3, en diciembre de 2011 en TP-1 y en septiembre 2017 en TP-2. Es decir, aguas arriba primero y progresivamente aguas abajo. De esta manera, en la interpretación de la SMA hubiera bastado con SAT-2 para exigir el Umbral; el resto de los puntos serían irrelevantes.
11. En contraste, la interpretación de Escondida, que es coherente con la evaluación ambiental y da sentido a todas las condiciones de la RCA, también es preventiva, ya que se focaliza en el flujo pasante como variable de control. Así, en la medida que el flujo pasante no disminuya más de un 6% es posible asegurar el cumplimiento del Umbral en las Vegas de Tilopozo como objeto de protección.
12. Pero aún más importante que la discusión en torno a las diversas interpretaciones, los hechos demuestran que la estimación de la reducción del flujo pasante efectivamente actuó de manera preventiva. El año 2019, Escondida cesó sus extracciones con una estimación de la disminución del flujo pasante de 5,6%, cuando el descenso del nivel freático en la zona de Vegas de Tilopozo era del orden de 3 y 9 cm, es decir, mucho antes de que se produjera una reducción siquiera cercana al Umbral en el objeto de protección.
13. Por otra parte, en relación a la causalidad, atendida la "*somera*" (según las propias palabras de la SMA) revisión que se realiza en la Resolución, se responsabiliza a Escondida por efectos de extracciones de terceros que cuentan con autorización ambiental, y pese a que sus efectos no han llegado al objeto de protección. Ello, pues la SMA descartó en su análisis los antecedentes que demuestran que los efectos de la actividad de Escondida actualmente están a más de 9 km de distancia de las Vegas de Tilopozo y que ni siquiera han arribado aún a los puntos de control que la SMA consideró en su FdC.
14. A su vez, se sanciona por un daño ambiental que simplemente no existe. En cuanto al acuífero, no es efectivo que se haya producido una afectación a su capacidad de regeneración, pues la extensión en la recuperación de los niveles freáticos, lejos de constituir un daño ambiental, fue expresamente considerado durante la evaluación y aprobado ambientalmente.
15. En cuanto al supuesto daño en las Vegas de Tilopozo, la Resolución no solo evidencia un análisis técnicamente deficiente, sino derechamente incoherente. Mientras que los datos demuestran que no se ha producido un detrimento en las Vegas de Tilopozo, la SMA, pese a sustentar sus aseveraciones solo en imágenes satelitales analizadas de

forma deficiente y sin verificación de terreno, reclasificó y agravó la calificación por un supuesto daño ambiental irreparable.

16. Adicionalmente, la SMA omitió todas las consideraciones expuestas por Escondida para efectos de una eventual determinación de la sanción. Esto resulta palmario al determinarse erróneamente en la Resolución que habría existido intencionalidad de parte de Escondida, en circunstancias que la empresa actuó a lo largo de casi 20 años con total convencimiento de la existencia de una interpretación distinta a lo sostenido por la SMA, de la cual la autoridad estaba en conocimiento y sin que existiera objeción alguna de su parte.
17. En síntesis, a lo largo de esta reclamación se dará cuenta de que la Resolución de la SMA es ilegal y arbitraria, pues se sustenta en una interpretación que no se condice con la evaluación ambiental; que desconoce la finalidad de la obligación; que ignora todo antecedente que la contraría; que atribuye injustificadamente a Escondida un daño que no existe y efectos de extracciones de terceros; y que viola el principio de congruencia.

II. Cuestiones previas

Atendido que esta es la primera presentación judicial, resulta pertinente referirnos brevemente a ciertos aspectos procedimentales, a saber, el Primer Tribunal Ambiental es competente, la reclamación fue presentada dentro de plazo, y mi representada se encuentra legitimada para hacerlo.

II.1. Competencia del Ilustre Primer Tribunal Ambiental

De conformidad a lo establecido en el artículo 17 N°3 de la Ley N°20.600, para conocer de los reclamos de ilegalidad interpuestos en virtud del artículo 56 de la LOSMA, resulta competente el Tribunal Ambiental del lugar en que se haya originado la infracción.

A su vez, el Ilustre Primer Tribunal Ambiental (“1°T.A.”), en aplicación del artículo 5 a) de la Ley N°20.600, posee la competencia territorial de las Regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta, Atacama y Coquimbo.

En el caso concreto, la infracción sancionada por la SMA se habría cometido en el marco del desarrollo del Proyecto ubicado en la Región de Antofagasta. En particular, al sureste de la ciudad de Antofagasta, específicamente en el campo de pozos Monturaqui, localizado a aproximadamente 78 kilómetros del área mina del Proyecto.

En conclusión, el 1°T.A. es competente para conocer del presente reclamo.

II.2. Oportunidad de la reclamación

El artículo 56 de la LOSMA establece que los reclamos de legalidad en contra de las resoluciones de la SMA deben interponerse dentro de los 15 días hábiles siguientes a la notificación de la resolución recurrida.

Asimismo, en conformidad al artículo 62 de la LOSMA, en todo lo no previsto en la misma norma, se aplicará supletoriamente la Ley N°19.880 que “Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado” (“Ley N°19.880”), la cual establece en su artículo 25 que el cómputo de los plazos de días hábiles excluye como inhábiles los sábados, domingos y festivos.

La Resolución se notificó vía correo electrónico con fecha 10 de marzo del 2022, tal como consta en el documento que se acompaña a esta reclamación. A su vez, el plazo de interposición de la reclamación se suspendió por la interposición de la Reposición, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 inciso tercero de la LOSMA, el quinto día de notificada.

Por su parte, se retoma el transcurso del plazo para reclamar de ilegalidad después de notificada la Resolución Exenta N°175/2023 vía correo electrónico, esto es, el 7 de febrero del 2023, tal como consta en el documento que se acompaña a esta reclamación. En consecuencia, esta reclamación se interpone de forma oportuna.

II.3. Legitimación activa

En conformidad con el artículo 18 N°3 de la Ley N°20.600, se encuentran habilitados para reclamar en contra de las resoluciones de la SMA, las personas naturales o jurídicas directamente afectadas por la resolución.

En este caso, la Resolución impuso una sanción a mi representada, por lo que resulta ser la directamente afectada, en concreto, en sus intereses pecuniarios, derecho de propiedad y derecho a ejercer una actividad económica lícita y conforme a derecho.

III. Antecedentes generales

En esta sección abordaremos de manera sintética los antecedentes necesarios para la correcta comprensión del conflicto, tanto en lo relativo al Proyecto como al procedimiento sancionatorio rol D-099/2020 y, la Resolución que le puso término.

III.1. El Proyecto

Escondida es un proyecto de extracción minera ubicado a 170 kilómetros al sureste de la ciudad de Antofagasta y a 3.100 metros sobre el nivel del mar, el cual produce concentrados y cátodos de cobre mediante la explotación de dos rajos abiertos, así como de los posteriores procesos de flotación y lixiviación.

Las actividades mineras se iniciaron a fines de 1990, época en la que se abastecieron de agua desde los campos de pozos ubicados en el sector Salar de Punta Negra (“SPN”) y con el agua industrial recuperada desde el Depósito de Relaves Hamburgo. Luego, desde 1998 hasta el 2019, el Proyecto obtuvo agua mediante la extracción efectuada en el campo de pozos Monturaquí, localizado en el Acuífero MNT, a aproximadamente 78 kilómetros al este del área mina, 50 kilómetros al sureste del Salar de Atacama y 46 kilómetros al sur de las Vegas de Tilopozo, con un caudal de bombeo promedio anual de 1.400 l/s.

El permiso ambiental que autorizó la extracción de aguas desde el sector de Monturaqui fue la RCA, la cual estableció un tiempo de extracción de 21 años, el cual podría extenderse o reducirse, según los datos y evaluaciones que se realizasen durante el transcurso de la operación del Proyecto. Basado en el antedicho permiso, en septiembre del año 2000, la Dirección General de Aguas (“DGA”) dictó las Resoluciones N°s. 605 y 606, a fin de constituir derechos de aprovechamiento de aguas a favor de Escondida. Posteriormente, mediante la dictación de la Resolución Ex. D.G.A. N° 1972, en 2001, la DGA aprobó, el primer Plan de Alerta Temprana en Chile, el PAT MNT.

Las condiciones base de dicho plan se refieren a que los derechos constituidos por la DGA en las Resoluciones N°s. 605 y 606, se podrían ejercer en la medida que los impactos generados producto de la extracción (i) no generaran una disminución mayor a 25 cm en el sector de Tilopozo, (ii) que la explotación en la unidad acuífera no generara una disminución del más del 6% del flujo pasante que descarga en el sector Tilopozo y (iii) que no se explotase en la unidad acuífera un caudal medio mensual superior a 1.800 l/s.

Por su parte, Escondida informó¹ a la SMA el 30 de diciembre de 2019 el cese de la extracción de aguas subterráneas, sin exceder los 21 años de extracción y dando cumplimiento íntegro a las restricciones hídricas aplicables.

Lo anterior se debe a la implementación completamente pionera por parte de Escondida de una política de transición responsable de suministro de agua de mar (además de la recuperación y reúso de agua industrial desde los depósitos de relaves y planta de filtrados), que redundó en la detención operacional de los campos de pozos de fuentes continentales del SPN en el año 2017 y de Monturaqui el año 2019.

Así, a la fecha, en las instalaciones de Puerto Coloso se encuentran ubicadas dos plantas desalinizadoras, constituyendo hoy en día la principal fuente de suministro de agua industrial de la faena, además de, por ejemplo, la recuperación de agua industrial que se efectúa desde los Depósitos de Relaves de Hamburgo y Laguna Seca, desde el año 2001, y desde la Planta de Filtros de Coloso.

Adicionalmente, a modo de contexto, a mediados del año 2017, Escondida ingresó a evaluación ambiental el proyecto Monturaqui (“Evaluación Monturaqui”), el cual tenía por objetivo extender la operación del sistema de extracción de agua subterránea de la red de pozos ubicados en la zona de Monturaqui. Si bien dicho proyecto fue desistido, atendida la antedicha política de transición responsable de la compañía, la evaluación ambiental resultó lo suficientemente extensa² e intensiva para que una serie de organismos públicos se pronunciasen acerca de diversas materias relevantes para esta reclamación. Así, por ejemplo, cabe destacar que organismos especializados como la DGA y el Servicio Agrícola y Ganadero (“SAG”) expresaron su conformidad al respecto.

Por otra parte, como es de público conocimiento, el escenario de actividades y autorizaciones en el Acuífero MNT ha variado ostensiblemente en relación a otros titulares en las más de dos décadas que han transcurrido desde la aprobación ambiental del Proyecto hasta la actualidad. Tales actividades se encuentran intrínsecamente vinculadas al fenómeno

¹ Carta HSE N°496/2019

² Este procedimiento llegó hasta la presentación de una segunda adenda complementaria por parte de Escondida, la cual fue seguida tanto de pronunciamientos conformes como con observaciones de distintas autoridades.

analizado por la SMA, pues el actuar de estos agentes tiene injerencia en la cuenca y el funcionamiento del sistema hidrogeológico, tal como será explicado en el acápite que sigue (**sección III.2**).

III.2. El Acuífero MNT

III.2.1. Características generales

El Acuífero MNT se ubica en el altiplano de la región de Antofagasta, al oriente de las sierras de Almeyda y Agua Colorada, en la parte sur del Salar de Atacama. Constituye un sistema hídrico que ocupa un área de aproximadamente 191.200 hectáreas. El Acuífero MNT es uno de los principales aportes al Salar de Atacama. Es profundo, con un volumen almacenado de relevancia y que se ha estimado cercano a los 13.300 Mm³. Se trata entonces de un acuífero que destaca por la magnitud de sus recursos embalsados.

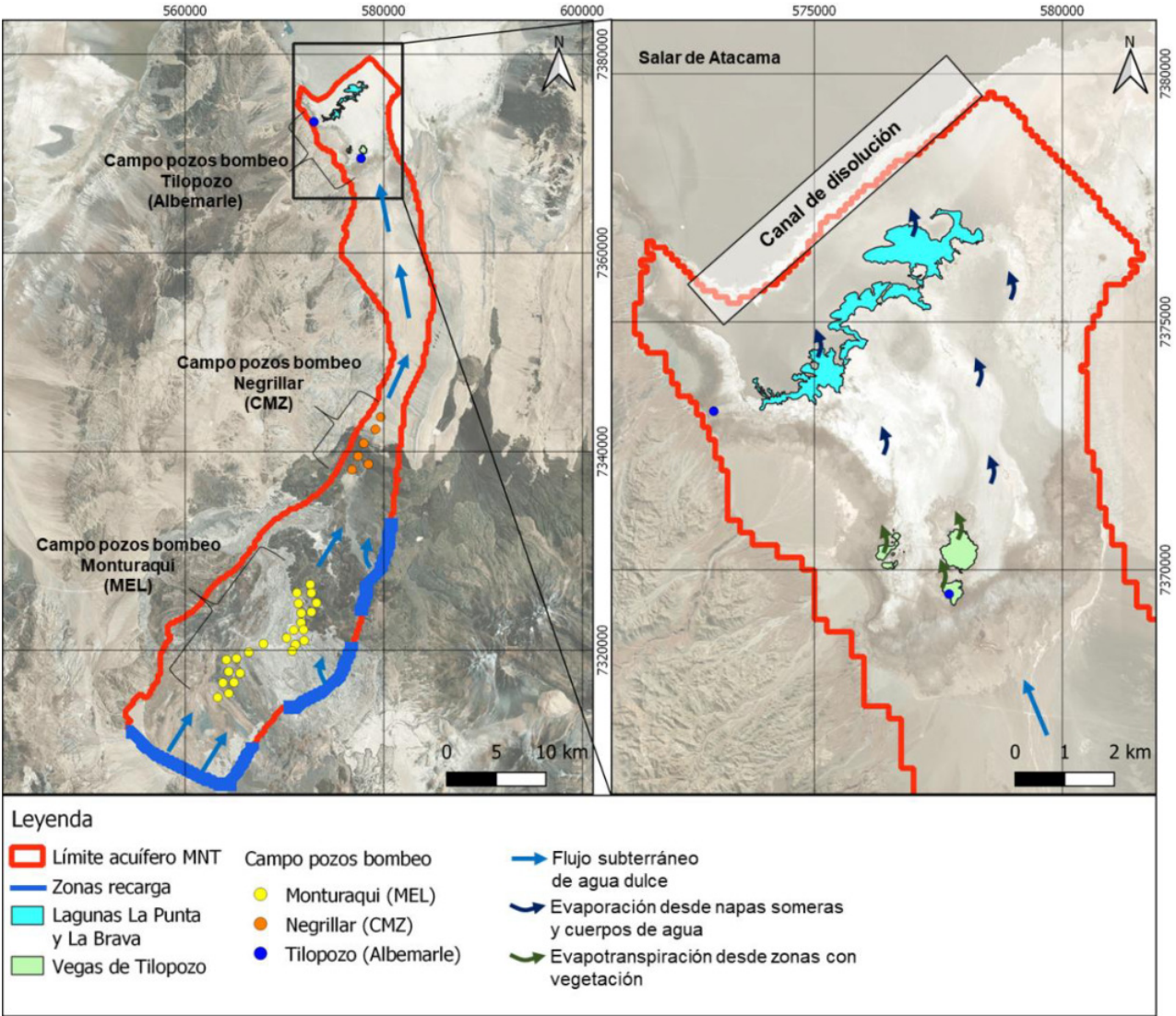
La recarga del Acuífero MNT se genera principalmente al sur y este de Monturaquí, en las partes altas de la cuenca, infiltrándose las aguas y fluyendo en forma subterránea hacia el borde sur del Salar de Atacama. Se trata de un proceso lento, en que la recarga puede tardar cientos de años en desplazarse por la extensión del acuífero.

El cambio en la pendiente entre los cerros y el Salar y la presencia de la salmuera -que tiene mayor densidad que el agua subterránea del Acuífero MNT- restringe el flujo subterráneo y obliga a la existencia de una zona, en la porción final del Acuífero MNT, en que el flujo subterráneo se estrecha y se ve forzado a aproximarse a la superficie del terreno. Esta zona corresponde a la zona de descarga; y se encarga de recibir y descargar toda el agua que fluye por el Acuífero MNT.

En términos generales, en la zona de descarga se produce el peraltamiento del nivel freático respecto de la superficie del terreno, generando que el agua subterránea llegue hasta algunos centímetros bajo el terreno, lo cual es relevante tanto para los procesos de evaporación como para la generación de afloramientos y al aumento de la disponibilidad de agua (humedad) cercana a la superficie. Estas dos últimas características son las que dan las condiciones hídricas para la existencia de las Vegas de Tilopozo y cuerpos de agua de diversos tamaños en superficie.

En efecto, en la zona de descarga se generan condiciones que promueven la evaporación desde las napas que ahora se encuentran someras, e incluso para que, al no ser posible evaporar la totalidad del caudal de descarga del Acuífero MNT, se produzcan afloramientos y consecuentes manifestaciones superficiales que llenan los bajos topográficos del sector. De allí surgen las Lagunas y otros cuerpos de agua de menor tamaño distribuidos en la extensión de la zona de descarga (Figura 1 y Figura 2). Las diversas manifestaciones de relevancia ambiental del borde sur son entonces expresión tanto del aporte del Acuífero MNT -que entrega las aguas-, como de la presencia de la salmuera en el núcleo -que condiciona a tales aguas a levantarse e interactuar con la superficie-.

Figura N°1 – Esquema funcionamiento Acuífero MNT



Fuente: Elaboración Propia

Parte de este flujo subsuperficial no se evapora en la zona en que se generan los cuerpos de agua principales (lagunas), y siguen fluyendo y evaporando en su avance hacia el salar, hasta que alcanzan el canal de disolución ubicado al norte de las lagunas. El canal de disolución corresponde al último punto de descarga de agua dulce y en contacto con la salmuera del salar. En efecto, el canal de disolución marca el punto más al norte en que las aguas que vienen de la descarga del Acuífero MNT están en contacto con la salmuera.

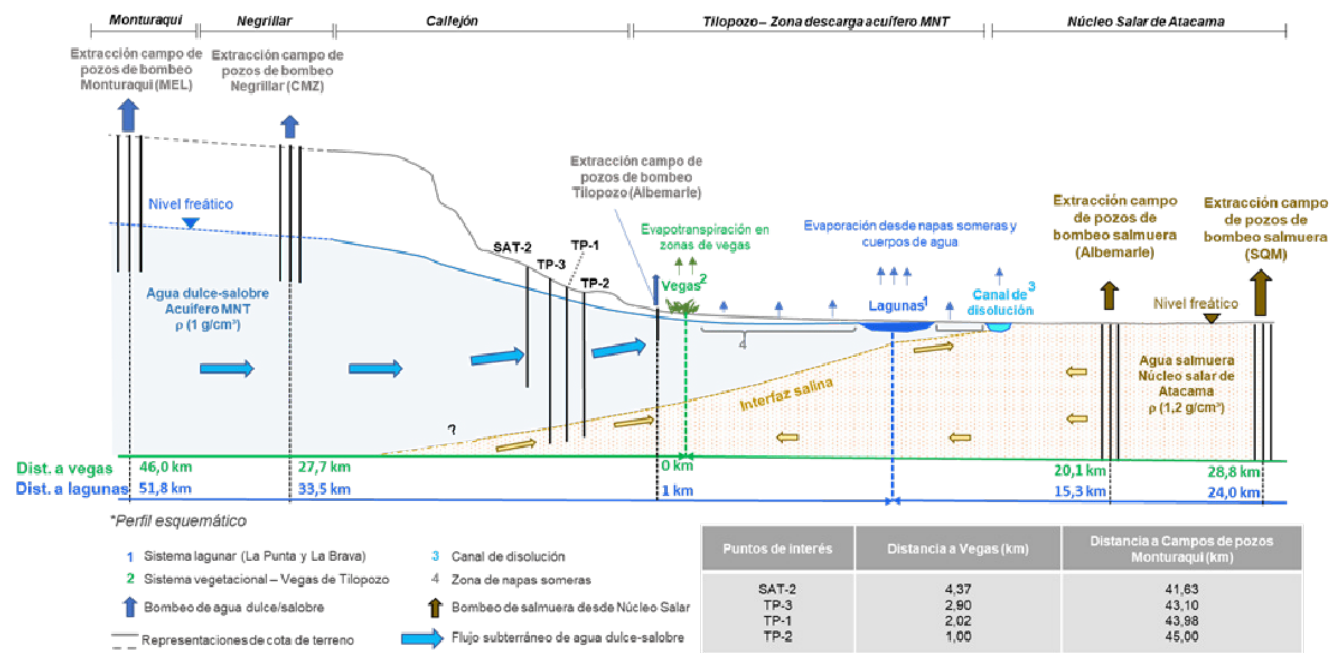
Así, el canal de disolución corresponde al borde de contacto entre las aguas de descarga del Acuífero MNT y la salmuera, constituyendo el inicio de la interfaz salina, zona de transición entre ambas aguas, dulces y salada. La interfaz salina se profundiza en forma de cuña desde el canal de disolución al sur.

Según se ha descrito, la interacción entre agua dulce y salmuera es la que controla la permanencia y condición de los recursos hídrico en la zona de descarga, donde se encuentran las vegas y las lagunas (Figura 2). En conjunto con la evaporación y la presencia de precipitaciones locales, se genera un cierto equilibrio dinámico dominado por la estacionalidad y la aleatoriedad de estos procesos³. Es así como, por ejemplo, en condiciones naturales el nivel freático en la zona de descarga pueda variar estacionalmente entre invierno y verano

³ Nos referimos al agua dulce que proviene del Acuífero, la evaporación, la interfaz salina y las zonas donde emerge el agua dulce a superficie (las lagunas y el canal de disolución).

cerca de 30 cm, y las lagunas pueden, en respuesta a la evaporación, modificar dentro de ciertos rangos la profundidad, área, y ubicación.

Figura N°2 – Esquema dinámica hídrica



Fuente: Elaboración propia

III.2.2. Efecto de las extracciones de agua dulce y de salmuera

La correcta comprensión del fenómeno ambiental abordado en la Resolución requiere entender la presencia de distintos actores que extraen agua del Acuífero MNT y del salar, consideración que es preterida en la Resolución. Estas actividades pueden modificar algunos de los procesos explicados, que dicen relación con el funcionamiento del Acuífero MNT, la zona de descarga, y las zonas de relevancia ambiental.

A lo largo del Acuífero MNT se ubican una serie de compañías, quienes extraen (CMZ y Albemarle Limitada –“Albemarle”–) o extraían (Escondida) agua dulce. Además, algunos proyectos mineros extraen salmuera desde el sector sur del Salar de Atacama (Albemarle y SQM). Como se expuso, ambos elementos interactúan en la zona de descarga y pueden explicar lo que se produce en la misma.

En lo que respecta a las extracciones de agua dulce, quien posee la extracción más cercana al punto de afloramiento de las lagunas La Punta y La Brava y de las Vegas de Tilopozo es Albemarle (8,5 l/s en Vertiente Tilopozo⁴), cuya extracción se ubica en las vegas, en concreto, en el paño vegetacional que se encuentra más al sur en las Vegas de Tilopozo.

Luego, al sur, en el sector de Negrillar, a aproximadamente 30 kilómetros de las Vegas de Tilopozo, se encuentran los pozos activos de CMZ⁵, quien comenzó sus extracciones el año 1994 y siguen operando hasta la fecha.

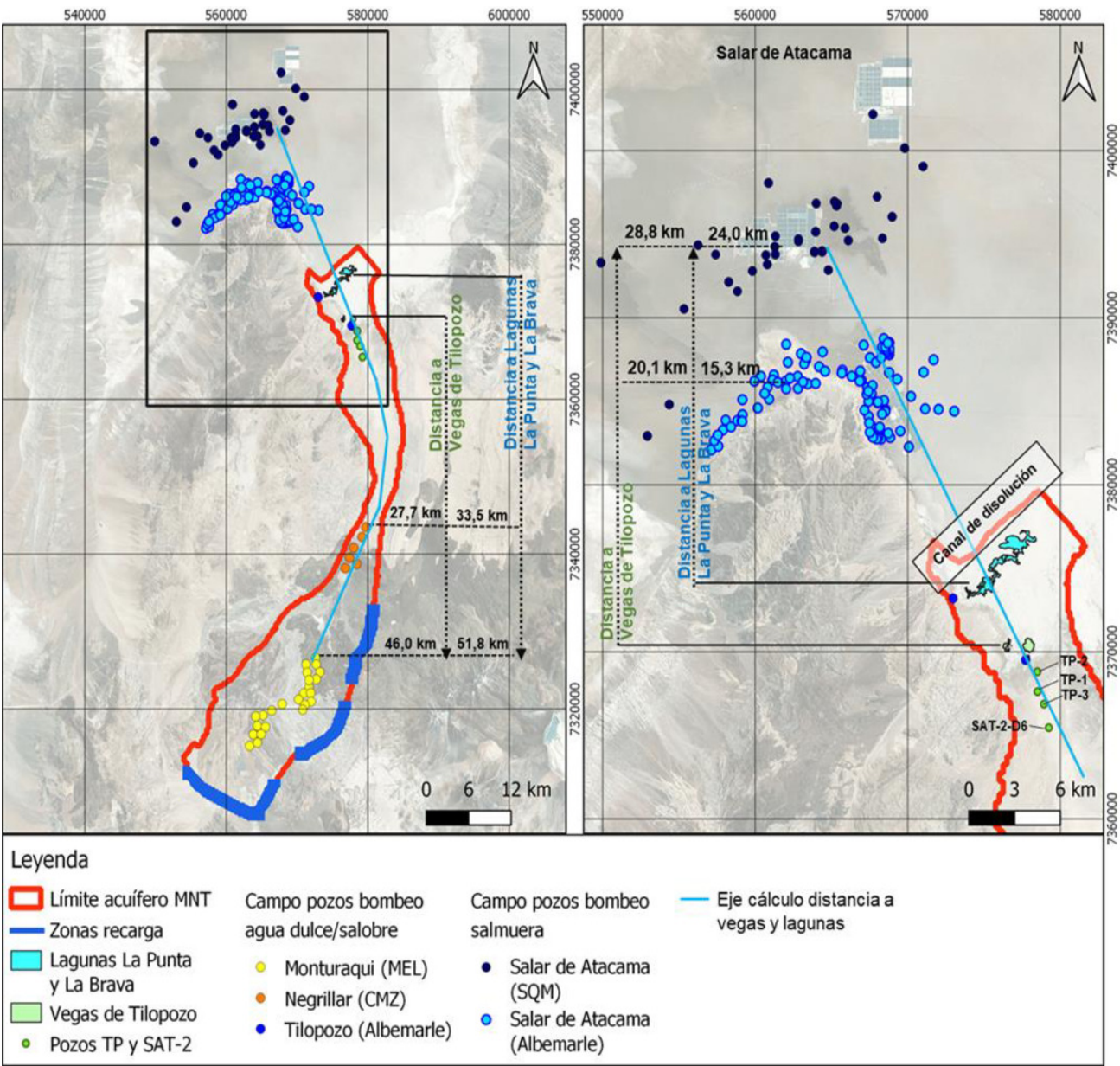
⁴ A mayor abundamiento, Albemarle ha señalado tener derechos de aprovechamiento de aguas en Pozo Tucúcaro de 10 l/s y en Vertiente Tilopozo de 8,5 l/s, situados ambos dentro de cuenca MNT. Escrito de contestación de demanda en causa ROL D-12-2022, 1°T.A., página 5.
⁵ Conforme a sus propias declaraciones, desde 1995 a 2021 el caudal promedio anual de las extracciones de CMZ ha oscilado entre 133,40 l/s y 219,47 l/s. Escrito de contestación de demanda en causa ROL D-012-2022, 1°T.A., página 10.

Finalmente, a aproximadamente 46 kilómetros de las vegas, en el sector de Monturaqui, se encuentran los pozos de Escondida, cuya extracción comenzó en 1998 y se detuvo en diciembre de 2019.

En cuanto a las extracciones de salmuera, tanto Albemarle como SQM han realizado extracción de salmuera desde el núcleo del Salar de Atacama desde mediados de los años 90. En específico, el bombeo de Albemarle se encuentra más cercano a la zona de descarga del Acuífero MNT que los pozos de extracción de SQM, ubicado frente a la zona oeste del canal de disolución (elemento final y contacto de la zona descarga y la salmuera).

La ubicación de estas extracciones y distancias referenciales pueden ser observadas en el siguiente esquema, en el que es posible ver que las extracciones de salmuera se encuentran muy próximas a la zona de descarga.

Figura N°3 – Esquema del funcionamiento del Acuífero MNT y agentes extractores



Fuente: Elaboración propia

En el caso de Escondida, si bien los volúmenes de su extracción fueron mayores que los de los demás actores, la zona de su extracción se encuentra más alejada de las Vegas de

Tilopozo y de las lagunas La Punta y La Brava, comparada con el sector donde CMZ y Albemarle efectúan sus extracciones.

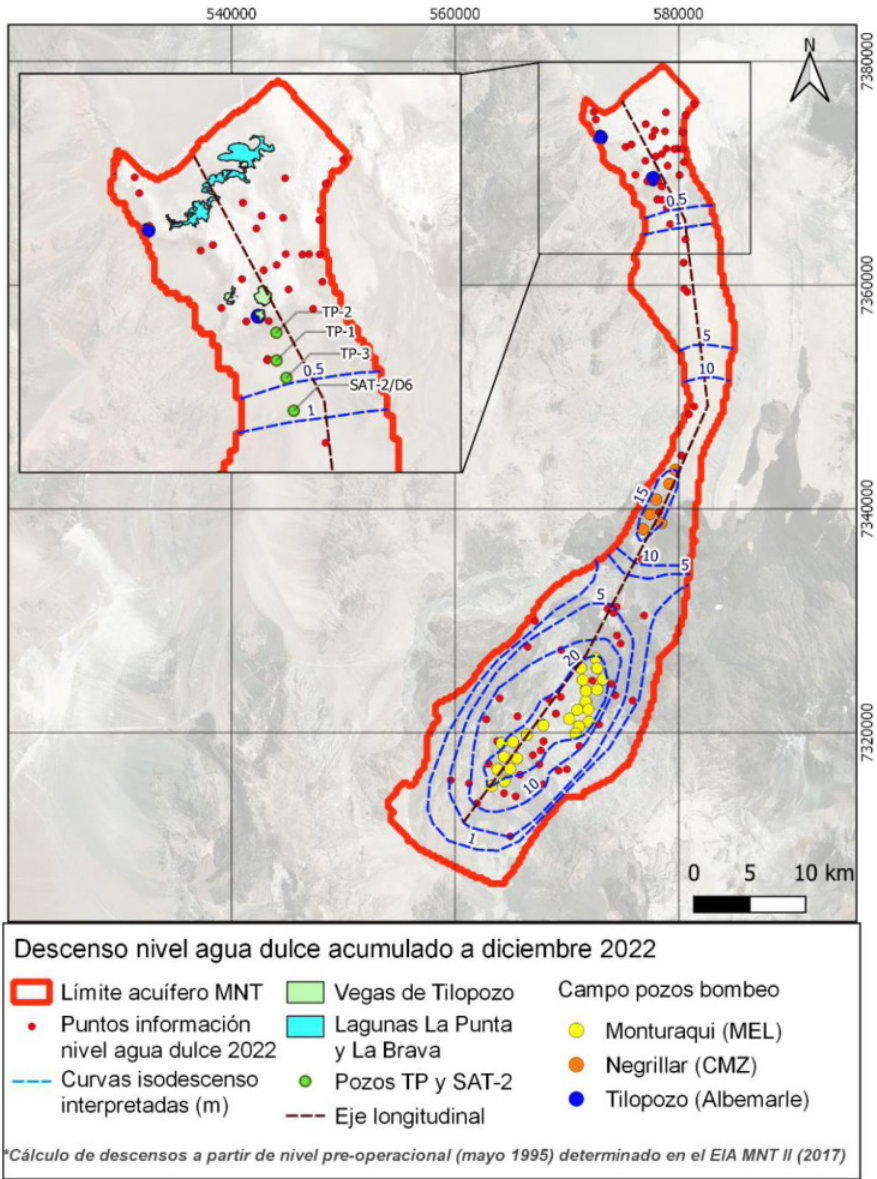
Debido a la extracción de Escondida –que se detuvo hace años– se formó un cono de depresión que, atendido el funcionamiento del sistema, primero cubrió la zona de Monturaquí y se desplaza paulatinamente aguas abajo, de sur a norte, reduciendo su efecto de disminución hídrica en esa misma dirección. Conforme a ese avance, actualmente se encuentra a 9 kilómetros de las Vegas de Tilopozo.

Algo similar sucede con la extracción de CMZ, cuyo cono de depresión se inició en Negrillar previo al inicio del bombeo de Escondida, pero considerando su cercanía con las Vegas de Tilopozo sus efectos comenzaron a llegar aproximadamente el año 2008.

Por otra parte, lo propio ocurre con la extracción de Albemarle, cuyo cono, aunque más acotado que los anteriores, se desarrolla en las mismas Vegas de Tilopozo.

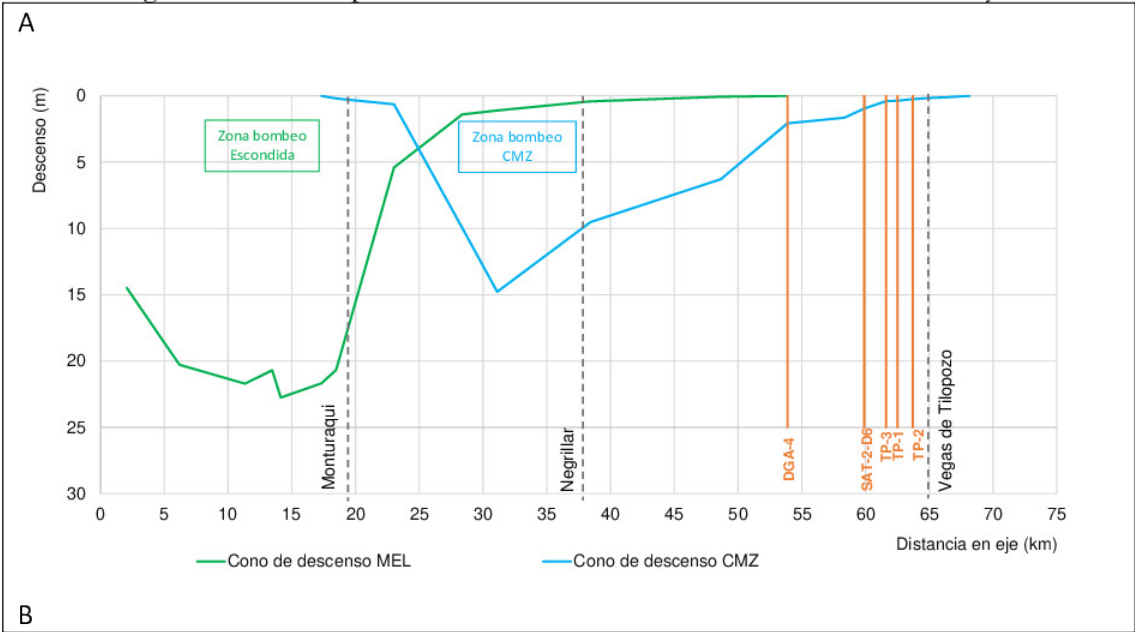
En cuanto a la extracción de salmuera, el canal de disolución que se entiende como la expresión superficial de la interfaz salina, se ha desplazado hacia el Salar de manera evidente en su mitad poniente, ello debido al efecto de la extracción de Salmuera sobre los niveles de la misma, reduciéndolos de manera constante en la zona cercana y al norte del Canal de Disolución, desde antes del inicio del bombeo de MEL desde Monturaquí, y en un nivel que a la fecha supera cualquier cambio registrado en la zona de descarga (mayor a los 90 cm). El canal de disolución, se ha desplazado hacia el salar aproximadamente 160 m entre el año 1996 y el presente, en la zona más cercana al bombeo de salmuera de Albemarle.

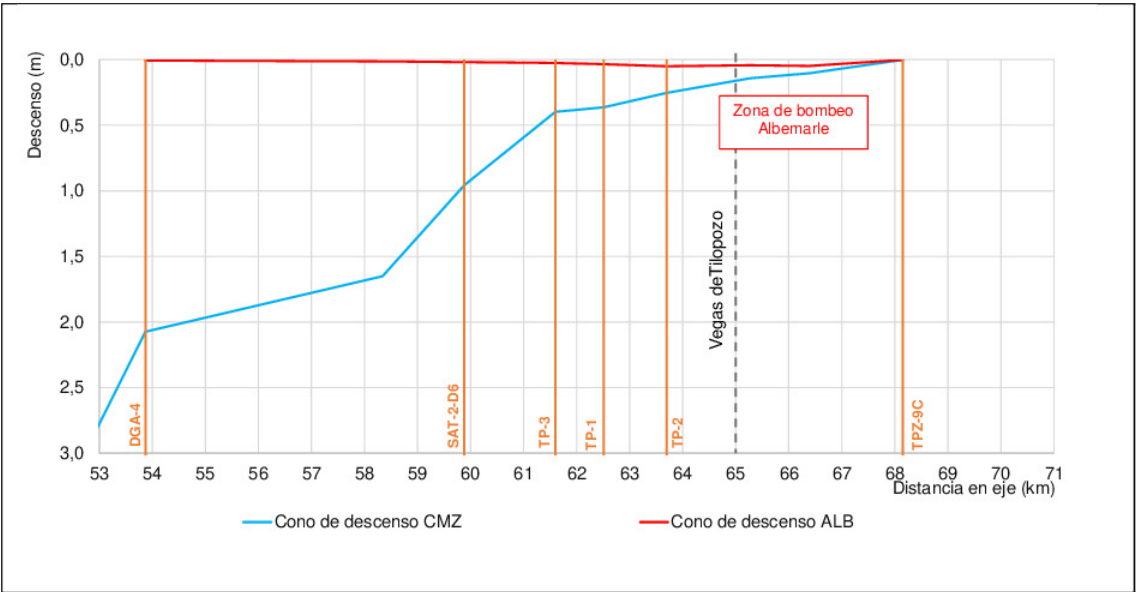
Figura N°4 – Extractores y descensos de nivel freático acumulado



Fuente: Elaboración propia

Figura N°5 – Comportamientos conos de descenso Escondida, CMZ y Albemarle





Fuente: Elaboración propia

En síntesis, debido a las extracciones mencionadas, la dinámica de la zona de descarga se ve afectada, en resumidas cuentas, de la siguiente forma:

- Las extracciones de Escondida y CMZ generan conos de descenso de nivel de agua subterránea que se propagan hacia la zona de descarga, reducen el aporte de agua dulce a tal zona y con eso el nivel freático hasta el punto en que se propagan los conos de descensos (Figura N°4).
- Estos conos, el de Escondida y CMZ, pueden diferenciarse según se aprecia en la Figura N°5 A. Según se ve, el efecto de Escondida no ha llegado más abajo del punto DGA-4, por lo que no existen descensos de nivel en SAT-2, TP-1, TP-2, TP-3 ni en general en la zona de las Vegas de Tilopozo atribuibles a la extracción de Escondida.
- El efecto en el nivel desde DGA-4 hacia aguas abajo, incluyendo SAT-2, TP-1, TP-2, TP-3 y en general la zona de las Vegas de Tilopozo, se debe principalmente a la extracción de CMZ. La extracción de Albemarle en la zona de Tilopozo genera un cono de descenso local en el entorno de la extracción, que puede diferenciarse del cono de CMZ según se aprecia en la Figura N°6 B.
- La extracción de salmuera contrae la interfaz salina hacia el Salar, profundizándola, reduciendo basalmente el nivel freático en la zona de descarga.

III.2.3. Cambios en las autorizaciones posteriores al permiso de Escondida

El escenario de actividades y autorizaciones en el Acuífero MNT ha variado ostensiblemente en relación con otros titulares en las más de dos décadas que han transcurrido desde la aprobación ambiental de la extracción desde Monturaqui hasta la actualidad. Tales actividades se encuentran intrínsecamente vinculadas al fenómeno analizado por la SMA, pues el actuar de estos agentes tiene injerencia en la cuenca y el funcionamiento de la zona de descarga como se ha explicado anteriormente, según se presenta a continuación.

Las condiciones ambientales impuestas a la extracción desde Monturaqui en la tramitación del EIA de 1996 suponían la existencia de las autorizaciones ambientales de

extracción vigentes a la época, de modo que el impacto máximo y las condiciones ambientales se definieron para ese escenario. Así, la evaluación ambiental del EIA de 1996 indicaba que CMZ extraería agua subterránea desde Negrillar, en un monto máximo de 400 l/s, hasta el año 2015, y que Escondida lo haría por 21 años, sumando ambas una extracción menor a 1.800 l/s como caudal promedio anual.

Sin embargo, con posterioridad a la evaluación de Escondida el escenario de autorizaciones con que se aprobó el Proyecto fue modificado, pues se habilitaron nuevas extracciones que afectan las condiciones ambientales que Escondida debe cautelar, debido a que modifica la dinámica de funcionamiento de la zona de descarga del Acuífero MNT y que, por ser posteriores, no fueron considerados para la determinación de las condiciones que debe resguardar Escondida según su permiso ambiental.

En lo relativo a la extracción de agua dulce, la primera modificación es que el año 1997, solo unos meses después de la aprobación del EIA de Escondida, la Sociedad Chilena del Litio (hoy Albemarle) inició una extracción de agua subterránea en las proximidades de las Vegas de Tilopozo. Esta extracción se mantendría hasta el año 2040, amparada en el permiso ambiental obtenido el año 2016 que implicó la extensión del proyecto de Albemarle. Los efectos de esta utilización corresponden a reducción de nivel freático en el entorno de la extracción, o sea, en las proximidades de las Vegas de Tilopozo.

Por su parte, un segundo cambio consiste en que CMZ continuó con el bombeo desde Negrillar aun después del año 2015, cuestión que no había sido considerada en la tramitación del EIA de Escondida de 1996. Esta continuación de extracción por CMZ motivó a que el 2019 el Servicio de Evaluación Ambiental realizara una interpretación del alcance de las resoluciones que regulan su extracción de agua desde Negrillar, resolviendo que se permitía la extracción hasta el año 2025.

En tanto, otra modificación al escenario de autorizaciones vigente a la época de la evaluación de Escondida fue la autorización de proyectos de extracción de salmuera en el Salar de Atacama tanto a SQM como a Albemarle.

Si bien los proyectos extractores de salmuera descartaron efectos en la dinámica de la zona de descarga, dispusieron de instrumentos preventivos para salvaguardar la posibilidad de que ellos afecten el nivel de ella. Esto pues, al reducir niveles de salmuera su bombeo, la interfaz salina podría contraerse hacia el Salar, expandiendo así la zona de descarga, por el movimiento del canal de disolución hacia el norte.

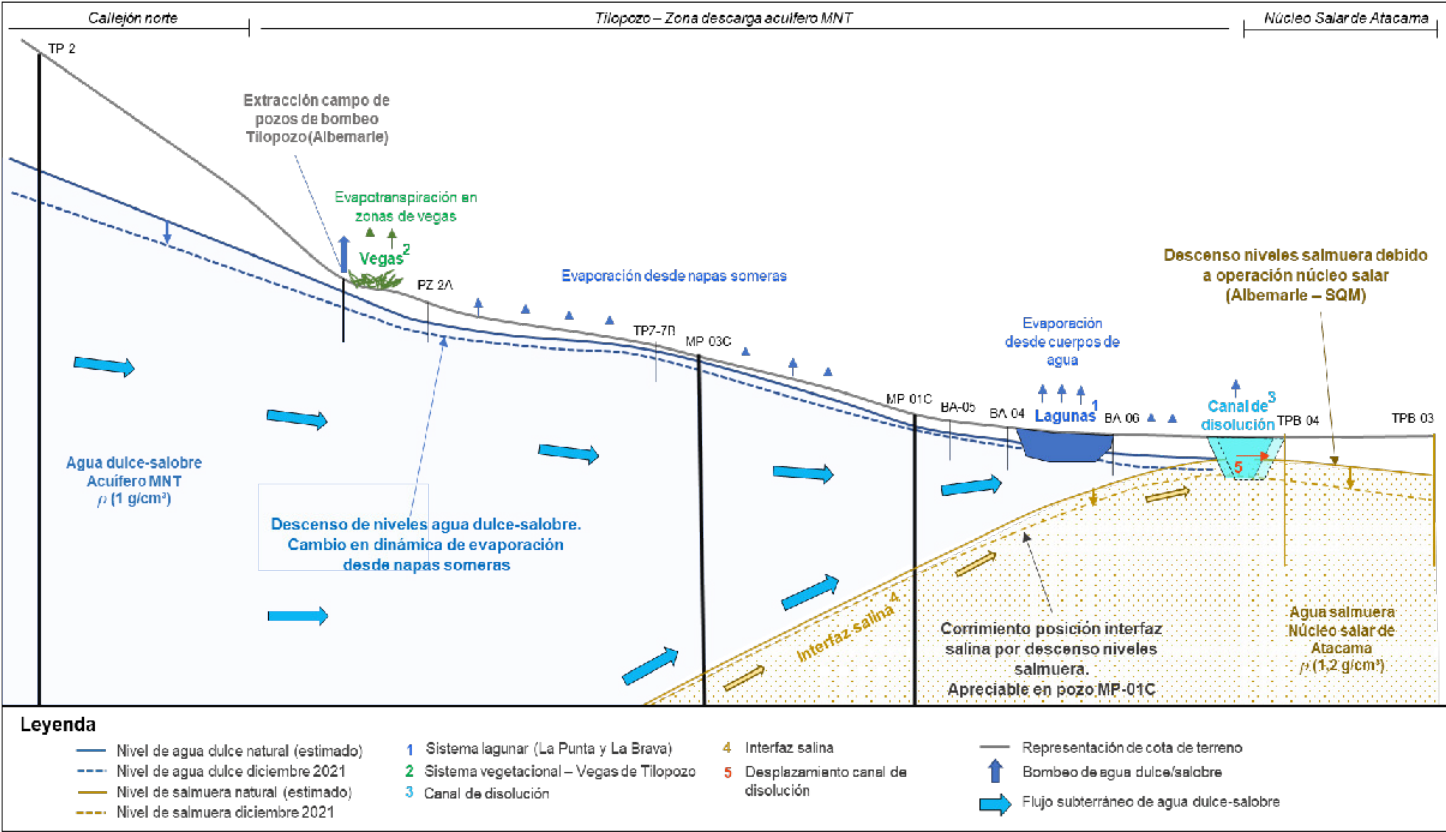
Pues bien, tanto el instrumento preventivo de Albemarle, como el de SQM, se han activado en los últimos años, lo que es indicativo de que la extracción de salmuera produce un efecto en el nivel de la zona de descarga. Esto se corrobora además con una serie de antecedentes físicos, como el desplazamiento observado del canal de disolución hacia el Salar y la profundización de la interfaz salina.

En ese contexto, la extracción de salmuera significaría una reducción paulatina pero sostenida de los niveles freáticos del núcleo del Salar, cuyos valores en el margen sureste otorgan la cota base a la dinámica de descarga del flujo de agua dulce proveniente de MNT. Si esta cota base es reducida, toda la dinámica se afecta y el sistema en su conjunto transita hacia un nuevo equilibrio, en este caso, hacia una menor cota. En otros términos, mediante la

extracción de salmuera se profundiza la interfaz salina, que funciona como piso para el agua descargada por el Acuífero MNT, implicando una reducción de nivel freático y mayor evaporación desde la zona de descarga, debido al aumento de su extensión.

En síntesis, las extracciones de salmuera desde el Salar también generan un efecto en la dinámica de la zona de descarga, ya que las cargas hidráulicas de la salmuera se reducen generando un desplazamiento de la interfaz salina en la zona de Tilopozo hacia el núcleo del salar (tal como se observa en la Figura N°6 – Zoom de la zona de descarga), que afecta las condiciones y evolución de los niveles freáticos en la zona de Tilopozo.

Figura N°6 – Zoom a zona de descarga



Fuente: Elaboración propia

En definitiva, respecto de las extracciones actualmente autorizadas, el bombeo de agua dulce desde Negrillar (CMZ) y Tilopozo (Albemarle) tiene efectos notorios en la zona de Vegas de Tilopozo, mientras que el bombeo proveniente desde Monturaqui (Escondida) se encuentra aún varios kilómetros aguas arriba de la zona de descarga. Por su parte, el efecto de la extracción de salmuera ha alterado la posición de la interfaz salina, y con ello ha producido descensos generalizados en toda la zona de descarga, incluso en las vegas.

Todas las características del Acuífero MNT y la dinámica hídrica de Tilopozo, aquí sintetizadas, son por completo obviadas en la Resolución, la cual considera únicamente la disminución del nivel subterráneo en algunos puntos ubicados al sur de la zona de descarga y a Escondida como único agente de cambio.

III.3. El procedimiento sancionatorio

El 30 de julio de 2020, mediante la Res. Ex. N°1/D-099-2020 la SMA inició un procedimiento sancionatorio, en el cual formuló el siguiente cargo, clasificado preliminarmente como grave, de acuerdo con el artículo 36 N°2 e) de la LOSMA:

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

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

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

En consecuencia, el *quid* del reproche sancionatorio formulado por la SMA consiste en que los pozos de monitoreo TP-2, TP-1, TP-3 y SAT-2 conforman el sector de Tilopozo, para efectos de controlar el Umbral, concepto (Tilopozo) que carece de un uso unívoco en la evaluación del Proyecto⁶.

Escondida, bajo la firme convicción de que el cargo adolece de un profundo error interpretativo, presentó un escrito de descargos el 31 de agosto del 2020. En dicha presentación, en esencia, se clarificó que el Umbral de descenso del nivel freático no es exigible en los puntos de monitoreo considerados por la SMA (TP-1, TP-2, TP-3 y SAT-2), sino que en las Vegas de Tilopozo, dado que éstas constituyen el objeto de protección de la medida, cuestión que la SMA ahora comparte⁷.

Además, entre otras cosas, se aclaró que, atendida la velocidad del cono de depresión producido por las extracciones de Escondida, sus efectos no son aún perceptibles en las Vegas de Tilopozo, ni siquiera en los puntos considerados por la SMA en su FdC, es decir, la disminución hídrica que la SMA considera no son causalmente atribuibles a Escondida, sino a extracciones autorizadas de terceros.

Asimismo, también se aseveró que no se han producido efectos negativos en la vegetación presente en las Vegas de Tilopozo atribuibles a las extracciones de Escondida.

También se acompañó copia del Programa de Monitoreo correspondiente a la RCA, el cual, pese a su relevancia en la controversia, no fue considerado por la SMA de manera previa a la FdC.

Las anteriores afirmaciones fueron, en todo caso, precisadas y corroboradas mediante una serie de presentaciones de Escondida en las cuales se incorporaron informes técnicos al expediente administrativo⁸.

⁶ Véase el escrito de Descargos, sección IV.2.
⁷ Véase considerando N°122 de la Resolución.
⁸ En particular, el 2 de noviembre del 2020 se acompañó el informe “Evolución temporal de la vegetación presente en las Vegas de Tilopozo”, elaborado por el Centro de Ecología Aplicada (“CEA”). El 22 de diciembre del 2020 se acompañó el informe “Evaluación para determinar si los efectos de la extracción de aguas subterráneas de Minera Escondida en Monturaquí son o no notorios en la zona de vegetación en las Vegas de Tilopozo”, de Pedro Rivera Izam. El 12 de mayo de 2021, se incorporó también el informe “Evaluación de la riqueza de la flora en sector Tilopozo, salar de Atacama” del CEA, y el 3 de febrero del 2022, se incorporaron los informes técnicos “Análisis de los aspectos técnicos hidrogeológicos presentados por Albemarle, en el marco del proceso

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

Finalmente, el 24 de febrero del 2022 se tuvo por cerrada la investigación y se emitió el Dictamen. A su vez, el 10 de marzo del 2022 se notificó la Resolución a Escondida, vale decir, a más de 1 año y medio desde la dictación de la FdC, a más de 2 años desde que Escondida cesó las extracciones en el sector de Monturaqui y a más de 16 años desde que, según la SMA, habría comenzado la comisión de la supuesta infracción⁹.

A su vez, el pasado 7 de febrero del 2023 la SMA notificó a Escondida de su decisión de rechazar en todas sus partes la Reposición interpuesta en contra de la Resolución, esto es, casi a un año de interpuesto el recurso.

Tales plazos atentan ostensiblemente con el debido proceso y el actuar diligente por parte del organismo fiscalizador y sancionador.

III.4. La Sanción y la Reposición

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

- i) La afectación significativa a las aguas subterráneas, la cual se cuantificaría en los centímetros de descenso por sobre los 25 centímetros en los pozos considerados en la FdC.
- ii) La afectación significativa al componente vegetación de las Vegas de Tilopozo, pues supuestamente alrededor de un veinticinco por ciento de la vegetación de las Vegas de Tilopozo habría sufrido una disminución de su vigor y/o cobertura.
- iii) La concreción de los lineamientos de la comunidad de Peine se habría dificultado, en concreto, la conservación ambiental y puesta en valor como atractivo turístico de las Vegas de Tilopozo.

Lo anterior, resulta del todo anómalo pues como desarrollaremos posteriormente, los supuestos fácticos dañosos considerados por la SMA de manera previa a su FdC no variaron ni se intensificaron respecto de lo invocado en su Resolución.

Finalmente, se determinó una sanción desproporcionada, esto es una multa de 10.000 UTA, atendido el supuesto beneficio económico que Escondida habría obtenido con su

sancionatorio de la SMA a MEL por superación del umbral de 25 cm” elaborado por Golder member of WSP, Pedro Rivera y Rodrigo González y el “*Análisis Hidrico-Biótico del Sector Vegas de Tilopozo*”, del CEA.

Es importante notar que estos dos últimos informes técnicos se incluyeron a raíz de la Resolución Exenta N°15/Rol D-099-2020 que incorporó y dio traslado respecto del informe “*Análisis Hidrico-Biótico del sector Vegas de Tilopozo*”, elaborado por la consultora Hidromas por encargo de Albemarle. Presentación que fue incluida de manera pública al procedimiento sancionatorio, luego de estar más de 8 meses en posesión de la SMA⁸, lapso que contrasta dramáticamente con los escasos 7 días que se otorgaron a Escondida para su traslado, luego de que recién se cargara en el expediente público del procedimiento sancionatorio disponible en la plataforma del Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental.

⁹ En la FdC el primer punto al que se atribuye un descenso por sobre los 25 cm es a SAT-2, desde julio de 2005.

comisión, consistente en el beneficio asociado a los costos retrasados o evitados de la construcción, operación y mantenimiento de su planta desalinizadora.

En contra de la Resolución, Escondida interpuso una Reposición solicitando que se anulase el procedimiento administrativo y la Resolución o que, en su defecto, esta última se modificase conforme a derecho.

Lo anterior, en primer lugar, porque la Resolución erradamente desechó los descargos y reiteró todos los vicios de legalidad que se advirtieron durante el procedimiento sancionatorio. En segundo lugar, porque la FdC no fue notificada conforme a Derecho generando indefensión. En tercer lugar, porque la SMA se atribuyó competencias de otros órganos del Estado en su Resolución. En cuarto lugar, porque en la Resolución se tergiversó y prescindió de las alegaciones de Escondida. Finalmente, en quinto lugar, porque la Resolución carecía de un análisis de causalidad apropiado e ignoró las argumentaciones de mi representada.

Sin embargo, la SMA desestimó completamente estas argumentaciones en su Resolución Exenta N°175/2023, con una fundamentación a todas luces insuficiente, tildando las alegaciones de genéricas, carentes de seriedad e indicando que existiría un desacuerdo interpretativo sobre el contenido y alcance de las obligaciones ambientales relevantes, entre una comprensión preventiva de las mismas, que la SMA se atribuye, y una reactiva, que es la que supuestamente Escondida habría sostenido.

IV. La Resolución es ilegal

IV.1. La interpretación de la SMA sobre dónde debe controlarse el Umbral es ilegal

La principal controversia de este caso es el área de control del umbral de 25 cm. Mientras la SMA sostiene en su Resolución que sería exigible en los pozos de monitoreo TP-1, TP-2, TP-3 y SAT-2, los cuales a su entender conformarían el “Sector Tilopozo” aludido en la condición supuestamente infringida, Escondida ha sostenido de manera consistente desde la evaluación ambiental del Proyecto en la década del 90’, que la zona donde debe contrastarse el Umbral es donde se encuentra el objeto de protección, esto es, en el área de las Vegas de Tilopozo o la zona de descarga del Acuífero MNT.

Es importante destacar que, si bien la SMA en la Resolución referenció de manera sumaria los argumentos de Escondida dirigidos a desacreditar la configuración de la infracción¹⁰, luego, al desarrollar su análisis¹¹, omite y descontextualiza tanto estos como los antecedentes que se referencian, al punto que se desdibujan las alegaciones y terminan por ser tergiversadas.

En otros términos, tanto en la Sanción como en la Resolución Exenta N°175/2023, la SMA aparenta cumplir con su obligación de considerar las alegaciones de Escondida, pero no

¹⁰ Véase sección “VI.C. Descargos de Minera Escondida Limitada” de la Resolución.

¹¹ Véase sección “VI.C. Análisis de Descargos y Examen de la prueba que consta en el Procedimiento” de la Resolución.

puede entenderse que ellas hayan sido seriamente consideradas, si para refutarlas se descontextualizan y desarticulan, al nivel de construir espantapájaros¹² con ellas.

En síntesis, la SMA arguye en la Resolución que el Umbral debe medirse de manera previa al área de vegas, en los puntos TP-1, TP-2, TP-3 y SAT-2, lo que en su opinión sería conservador y coherente con los principios preventivo/precautorio¹³, y, por el contrario, una interpretación distinta -como la sostenida por Escondida- resultaría errónea, absurda, se encontraría imbuida de un error conceptual, que no solo dejaría sin objeto la evaluación ambiental del Proyecto, sino que sería contraria al objeto de protección, esto es, las Vegas de Tilopozo.

Lo anterior, resulta manifiesto en una serie de dichos de la SMA a lo largo de varios pasajes, a modo ejemplar, en los siguientes considerandos de la Resolución:

“107° (...) el objeto de medición en TP-2 no puede ser otro que el nivel de descensos de las aguas y no el porcentaje de disminución del coeficiente de flujo pasante, ya que éste último es el presupuesto del primero. Una interpretación contraria, haría perder el sentido de operatividad que debe tener el análisis cuidadoso de los datos de monitoreo ante la sensibilidad del sistema, ya que la premisa indica que la disminución del flujo pasante se refleja en la disminución del nivel freático del pozo TP-2, por consiguiente, si ya se conoce el descenso en el lugar de emplazamiento anterior a las vegas de Tilopozo no resulta razonable que se deba medir nuevamente en las vegas mismas para confirmar la disminución y la respectiva generación del efecto no deseado, ya que el seguimiento por esencia busca prevenirlo.” (énfasis agregados¹⁴)

(...)

“151° En definitiva, resulta contrario a toda lógica preventiva que sustenta al SEIA, que MEL pretenda excluir del registro de niveles del umbral de 25 cm a los puntos de observación que específicamente fueron regulados por la autoridad en la evaluación ambiental el EIA del Proyecto (pozos TP-1, TP-2, TP-3 y SAT-2 emplazados aguas arriba de la zona de vegas) y que, a su vez, fueron determinados para medir el nivel freático en la zona de Tilopozo en la dictación del PAT MNT por la DGA. En efecto, el actuar de la empresa vulnera sustancialmente el objeto de protección establecido en la obtención de la RCA N°1/1997, al pretender por sí misma y de forma posterior a la autorización ambiental, establecer una red de monitoreo inidónea, que se sostiene en un punto de medición (punto H) que consistentemente ha presentado una baja y deficiente representatividad, situación que MEL ha reconocido, lo cual implica una evidente elusión de sus responsabilidades ambientales que pretende resolver mediante la adopción de una tesis que carece del debido sustento técnico-jurídico.”

Por su parte, en el mismo sentido en la Resolución Exenta N°175/2023 se indica:

“15. En suma, el desacuerdo respecto al contenido y alcance de esta obligación ambiental se produce entre dos comprensiones de la obligación de monitoreo de la empresa que son incompatibles entre sí, las cuales se diferencian por el lugar donde se observan cambios en el nivel freático y las consecuencias de constatar una disminución superior a 25 cm”.

La interpretación de la SMA es efectivamente preventiva, sin embargo, este ejercicio es, a lo menos, simplista. Desde la óptica de la SMA, sería preventivo que la medición del

¹² Véase *ignoratio elenchi* o *Straw man fallacy* en: <https://plato.stanford.edu/entries/fallacies/>

¹³ Véase considerando N°121 de la Resolución.

¹⁴ De aquí en adelante, todos los énfasis son agregados al texto original salvo mención expresa en contrario.

Umbral se realice antes o aguas arriba de su objeto de protección (la vegetación de las Vegas de Tilopozo). Entonces, mientras antes se haga, más preventivo. Así entendido, el Umbral se transgredió desde julio del 2005, momento en que según la SMA se generó un descenso superior a 25 cm en el pozo SAT-2¹⁵.

En tal lógica, resultaría irrelevante la forma en que fue concebida y aplicada la obligación por Escondida, ni tampoco si dicho entendimiento fue también respaldado por la autoridad ambiental durante décadas. Incluso, bajo esa lógica sería irrelevante que el Umbral se transgrediera sin el actuar de Escondida, bastando la mera extracción de terceros.

Adicionalmente, la autoridad hizo un uso selectivo de la evidencia acumulada durante el Procedimiento, con un claro sesgo confirmatorio. Así, la SMA terminó por sostener una interpretación que da la espalda al proceso de evaluación que originó la RCA, a sus antecedentes de contexto, a documentos públicos e incluso al conocimiento hidrogeológico.

La SMA, bajo el pretexto de interpretar la RCA, terminó por crear una obligación nueva a Escondida -controlar el umbral de 25 cm en los puntos TP-1, TP-2, TP-3 y SAT-2- mediante un procedimiento sancionatorio iniciado años después de que la extracción haya cesado y a casi dos décadas de que supuestamente se iniciara la infracción, cambiando, de paso, el enfoque preventivo del permiso ambiental, focalizado en el flujo pasante por uno ideado por sí.

Ello quebranta los artículos 24 inciso final de la Ley N°19.300 y 35 a) de la LOSMA, los cuales establecen que los titulares deben someterse estrictamente al contenido de las RCA, cuestión que requiere una comprensión lógica y coherente de la misma. La SMA se encuentra habilitada para sancionar la infracción a las condiciones, normas y medidas establecidas en las RCA, no a otros contenidos ideados por sí, a partir de descontextualizar la respectiva RCA.¹⁶

El actuar de la autoridad, también implica transgredir el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República (“CPR”), al contravenir el principio de legalidad e irretroactividad, conforme a lo señalado por la doctrina¹⁷⁻¹⁸ y jurisprudencia¹⁹.

En tal sentido, desde la óptica de los elementos que conforman el acto administrativo, tanto la Resolución como la Resolución Exenta N°175/2023, adolecen de vicio en los motivos, ya sea por ausencia e/o ilegalidad de los mismos, así como también de falta de competencia, cuestión que analizaremos en los siguientes acápite.

Como veremos, para sostener su interpretación, la SMA simplemente referenció ciertos apartados de la evaluación, prescindiendo de otros expresamente citados y explicados por Escondida durante el procedimiento sancionatorio los cuales contradicen su interpretación. Además, omitió antecedentes de contexto y sobre la finalidad de la obligación, desatendió los antecedentes de la Evaluación Monturaqui, tergiversó los reportes y dichos de Escondida y

¹⁵ Véase tabla N°1 de la FdC.

¹⁶ Al respecto, sentencia Urcelay, Corte Suprema, ROL CS N°66.086-2021, considerando duodécimo. En ella, si bien se reconoce la facultad de interpretación de la SMA de las RCA, se indica que los titulares deben sujetarse al contenido de sus RCA y a la comprensión lógica y coherente de su lectura. En el caso en concreto, pensamos que no puede efectuarse una interpretación de la RCA “de espaldas” a la RCA, instrumento que se fiscaliza.

¹⁷ OSORIO Vargas, Cristóbal. Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador. Thomson Reuters, 2016, p 107.

¹⁸ BAEZA Marras, Catalina y LEPE Vergara, Joaquín. Sanción Administrativa Análisis de los criterios de graduación: Proporcionalidad y Discrecionalidad. Ius Civile Editorial. 2021, p 46.

¹⁹ Tribunal Constitucional, 12.8.2010, Rol N°1499, considerando sexto.

prescindió de un entendimiento técnico apropiado sobre el Acuífero MNT, su dinámica hídrica y la influencia de otros agentes.

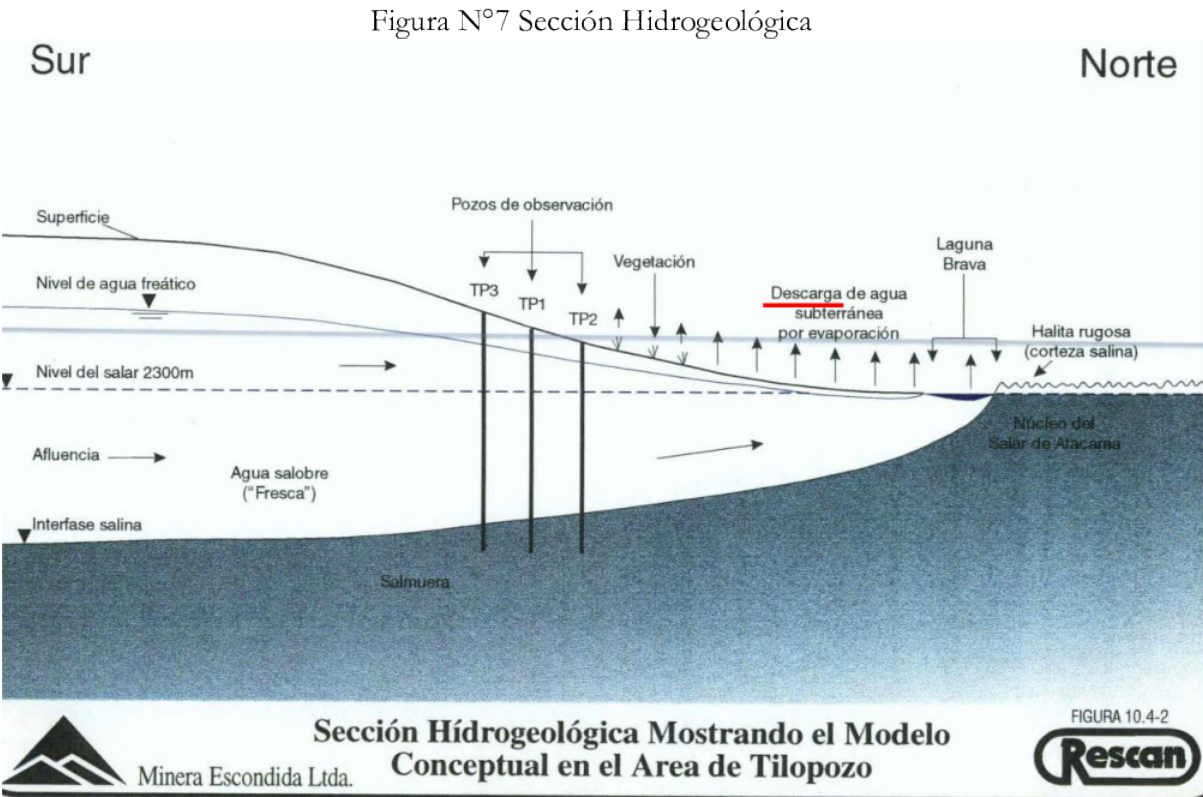
IV.1.1. La interpretación de la SMA contradice la evaluación ambiental del Proyecto

Tal como se expresó previamente, el *quid* del reproche formulado por la SMA se asienta en que los pozos de monitoreo TP-2, TP-1, TP-3 y SAT-2 conformarían el sector Tilopozo, para efectos de controlar el Umbral. Sin embargo, ya desde los descargos se ha aclarado que hay pasajes expresos de la evaluación del Proyecto en que el concepto “Tilopozo” es precisado de un modo que es incompatible con la interpretación realizada por la SMA.

En primer lugar, en el siguiente pasaje queda clara la identidad entre Tilopozo y la zona de descarga del Acuífero MNT, vale decir, el área en que el agua subterránea sale del sistema acuífero por flujo a las aguas superficiales, superficie de la tierra o atmósfera²⁰, como una localización que excluye los pozos de monitoreo aguas arriba de la misma (SAT-2, TP-3, TP-1 y TP-2):

“Tilopozo constituye la zona de descarga de los flujos de aguas subterráneas que fluyen hacia el Norte a través del acuífero Monturaqui-Negrillar (Figura 10.4-2). El agua subterránea se descarga por evaporación desde la vegetación esparcida y desde donde el nivel freático se aproxima o intersecta la superficie del terreno, hacia el límite Norte del área de las vegas.”²¹

A su vez, la figura referenciada en dicho extracto es la siguiente:



Fuente: Figura 10.4-2 EIA del Proyecto²²

²⁰ Tal como indicamos previamente en la nota al pie *supra* N°3.

²¹ Expediente consolidado de evaluación ambiental del Proyecto en foja N°385.

²² Expediente consolidado de evaluación ambiental del Proyecto en foja N°387.

En este esquema de la evaluación del Proyecto resulta claro que la zona de descarga del Acuífero MNT (representada por flechas verticales que apuntan hacia arriba y cuya identificación resaltamos en rojo) comienza después de los pozos de observación TP-3, TP-1 y TP-2, pues el área de vegetación (Vegas de Tilopozo) es precisamente posterior a los mismos.

En otros términos, los pozos TP-3, TP-1, TP-2 y por extensión SAT-2/D6 -ubicado incluso más al sur de TP-3-, no se localizan en la zona de descarga donde se encuentran las Vegas de Tilopozo.

A la misma conclusión se llega si se consideran otros pasajes de la evaluación ambiental que también explicitan la relación de identidad que habría entre el vocablo Tilopozo, el área de descarga y las vegas, así por ejemplo se lee en:

“En condiciones de equilibrio todos los flujos de ingreso descargan en Tilopozo por evaporación, originando las vegas y una "cuña" de agua salobre subterránea sobreyaciendo a las salmueras del salar.”²³

(...)

“Bajo condiciones de equilibrio, todos los flujos de ingreso subterráneos descargan por evaporación en el área de Tilopozo, dando origen a las vegas y a una cuña de agua salobre (fresca) sobre la salmuera del salar.”²⁴

Asimismo, tal identidad es consistente con el siguiente pasaje, el cual precisamente establece el área donde se preveía que los niveles de agua a largo plazo disminuirían, la cual explícitamente no comprende a TP-2:

“La variación esperada de dichos niveles al largo plazo en el área de vegas ubicada aproximadamente a 1,5 km, al Norte del pozo de observación TP2, en base al rango de condiciones de los parámetros del acuífero y al flujo pasante, se ilustra en la Figura 10.4-5. Los cambios en los niveles de agua reflejan los cambios en los flujos de aguas subterráneas. Para el régimen de bombeo propuesto y considerando el modelo conceptual utilizado, los niveles de agua pueden disminuir en aproximadamente 0,2 m.”²⁵

Este último pasaje es especialmente claro en que la variación de niveles que supone el Proyecto y cuya observación resulta relevante es en el área de vegas que no comprende TP-2 y por extensión, tampoco ninguno de los demás puntos al sur de aquél y utilizados por la SMA para configurar la infracción (SAT-2, TP-3 y TP-1).

En segundo lugar, la interpretación de la SMA contradice el propio Programa de Monitoreo ambiental del Proyecto, el cual fue acompañado durante el sancionatorio y no fue tenido a la vista por la autoridad de manera previa a la FdC. Es particularmente relevante destacar los siguientes aspectos omitidos.

Primero, en el Programa de Monitoreo se señala específicamente a propósito del área de Tilopozo: *“El objetivo principal es la detección oportuna de la potencial disminución del flujo pasante y*

²³ Expediente consolidado de evaluación ambiental del Proyecto en foja N°617.

²⁴ Expediente consolidado de evaluación ambiental del Proyecto en foja N°390.

²⁵ Expediente consolidado de evaluación ambiental del Proyecto en foja N°391.

de la potencial variación que pudiera producirse en la posición de la interfase salina”²⁶, no así de una disminución de nivel freático propiamente tal, ni menos si esta es superior a los 25 cm.

Segundo, los pozos TP-1, TP-2 y TP-3 conforme a los términos del Programa de Monitoreo son parte del área “Callejón de Tilopozo” y sobre los mismos, se señala lo siguiente:

“Actualmente existen 8 pozos de monitoreo entre el campo de pozos de producción “Negrillar” de Minera Zaldívar y las vegas de de Tilopozo. De ellos, 5 pozos (DGA-1A y DGA-1 a 4) permiten controlar el avance de la onda de depresión o disminución del flujo pasante hacia Tilopozo; y 3 pozos (TP-1, TP-2 y TP-3) permiten que se observen las potenciales variaciones en la posición de la interfase salina del Salar de Atacama.”²⁷

Misma idea que se reitera en la tabla 12.5-1 Monitoreo Tilopozo, en la columna “Objetivo”, donde se indica de manera expresa que éste corresponde a la “variación en el flujo pasante” y a la “variación potencial de la interfase (cuña) salina”:

Tabla N°1 Extracto Monitoreo Tilopozo							
Componente/Sector	Monitoreo	Tipo de Medida	Parámetros Clave	Puntos de Muestreo	Plano de Ubicación	Objetivo	Frecuencia de Monitoreo
Agua							
Callejón de Tilopozo	Nivel de aguas	Profundidad	Nivel estático	Pozos de observación DGA1 a DGA5, TP1, TP2 y TP3.	Fig. 12.5-1	<u>Variación en el flujo pasante</u>	Mensual
	Química de aguas	Perfilaje	T°, conductividad, TSD	Pozos TP1, TP2, TP3.	Fig. 12.5-1	<u>Variación potencial de la interfase (cuña) salina</u>	Semestral

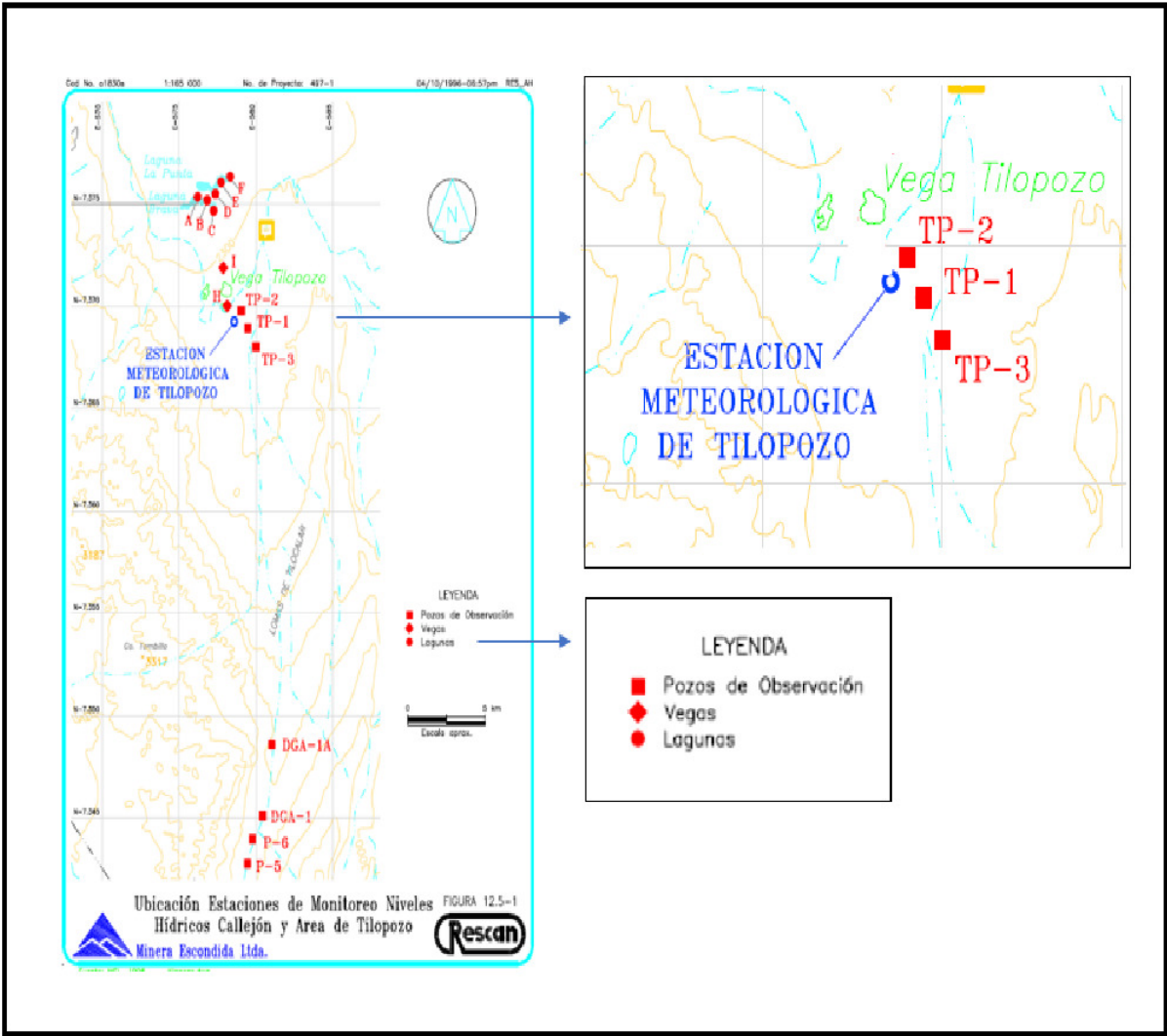
Fuente: Tabla 12.5-1 Monitoreo Tilopozo, contenida en Programa de Monitoreo Ambiental del EIA

A su vez, la figura 12.5-1 que acompaña dicha tabla es la siguiente:

²⁶ Programa de Monitoreo del EIA del Proyecto, p 12.10.

²⁷ Programa de Monitoreo del EIA del Proyecto, p 12.10.

Figura N°8: Ubicación de los pozos de observación TP-2, TP-1 y TP-3



Fuente: Figura 12.5-1 del capítulo 12 EIA, Programa de Monitoreo Ambiental del Proyecto

En otros términos, los pozos TP-2, TP-3 y TP-1 tienen un objetivo particular y exclusivo, esto es, la detección de la variación potencial de la interfase salina. Además, poseen otro objetivo que desarrollan en conjunto con los demás pozos de monitoreo ubicados en el área de callejón de Tilopozo de denominación DGA, esto es, facilitar la determinación de la variación del flujo pasante.

Esto último, porque tal información permite mantener un registro de la propagación de los conos, y con ello asegurar la representatividad de la herramienta numérica, la cual es utilizada para determinar el flujo pasante de descarga hacia la zona de las vegas. Ello, en el contexto de una red de monitoreo que es, de hecho, muchísimo más amplia y no se agota en los puntos considerados por la SMA en su FdC.

La interpretación de la SMA concluye que, dado que se debe medir niveles en TP-1, TP-2 y TP-3 (SAT-2 no es siquiera nombrado en la evaluación), entre otros pozos, necesariamente debe contrastarse allí si el nivel freático desciende a más de 25 cm. Esto no tiene sentido alguno y, además, tampoco está descrito como su “objetivo” dentro del Programa de Monitoreo.

El Programa de Monitoreo también contradice abiertamente esta conclusión expresada en el rechazo de la Reposición en la Resolución Exenta N°175/2023, que resume la postura de la SMA:

“(…) en este caso existen antecedentes suficientes que hacen evidente que la única interpretación posible del alcance del monitoreo es el que ha sido expresado en la resolución sancionatoria, una de carácter preventiva. De lo contrario, los monitoreos no tienen ningún sentido en términos ambientales y no se explica por qué fueron considerados durante la evaluación y seguimiento ambiental del proyecto”²⁸

Lo cierto es que a la SMA le bastaba mirar la evaluación ambiental del Proyecto para entender lo que le parece carente de motivo. El objetivo es claro, y se encuentra en la columna denominada “*Objetivo*” del Programa de Monitoreo a saber: la “*Variación en el flujo pasante*” y la “*Variación potencial de la interfase (cuña) salina*”. Tal vez, vale la pena recordar que la SMA no tuvo a la vista este programa cuando formuló el cargo, cuestión que Escondida hizo ver en la oportunidad procesal correspondiente.

A mayor abundamiento, el mismo sentido que a la autoridad parece inconcebible se explicita en otros documentos que también permiten contextualizar la evaluación. Así, por ejemplo, Escondida en conjunto con otras empresas, dando cumplimiento a lo establecido en el considerando 5 de la RCA N°1/1997, elaboró **(i)** el estudio “*Proyecto de Estudio y Monitoreo del Recurso Hídrico de la Cuenca del Salar de Atacama*”, el cual en lo pertinente a los puntos TP-1, TP-2 y TP-3 señaló que “*se instalaron específicamente para monitorear el movimiento de la interfaz salina y formar un perfil paralelo a la dirección principal del flujo saliente del acuífero*”²⁹.

Lo anterior también se confirma en **(ii)** el PAT MNT, el cual indica expresamente

“Para el control de la cuña salina se han establecido 3 pozos donde se monitorea el nivel estático y la interfase salina con una frecuencia mensual. Estos pozos se ubican en el callejón de Tilopozo y se distancian aproximadamente 1,5 km entre sí, y se denominan TP-1, TP-2 y TP-3. Estos 3 pozos cuentan con información mensual desde el segundo trimestre de 1995 en adelante”³⁰

En términos casi idénticos **(iii)** los derechos de aprovechamiento de aguas que la propia evaluación ambiental identifica y cuyo otorgamiento es previo a la RCA, corroboran la vinculación de tales pozos con la cuña salina. Así, por ejemplo, las resoluciones N°154, de abril de 1994, N°138, de marzo de 1994, N°210, de marzo de 1994, y N°468, de octubre de 1994, todas de la DGA, establecen uniformemente el mismo texto, el cual identifica el objetivo de los puntos TP-1, TP-2 y TP-3:

“b) Control de la cuña salina: (…)

Adicionalmente y previa aprobación de la Dirección General de Aguas, se construirán tres pozos de observación que permitan cortar la interfase y llegar al nivel de la salmuera.”

En definitiva, este cúmulo de antecedentes evidencia que la evaluación ambiental fijó a tales pozos un objetivo preciso y determinado, el cual no incluye contrastar el umbral

²⁸ Resolución Exenta N°175/2023, considerando 44.

²⁹ Proyecto de Estudio y Monitoreo del Recurso Hídrico de la Cuenca del Salar de Atacama, p 3-23.

³⁰ DGA, PAT MNT, p 6.

freático de los 25 cm. Sin embargo, tales consideraciones fueron expresamente omitidas por la SMA, porque no se adaptan a su interpretación “preventiva”.

Que en los pozos TP-1, TP-2 y TP-3 se midan niveles freáticos nunca ha estado en discusión. De hecho, los niveles se registran desde mediados de 1996, es decir, de manera previa a la obtención de la RCA y de que existiese el Umbral. Sin embargo, para configurar una infracción no basta con atender a si un parámetro se registra en tal o cual pozo, sino que debe considerarse el objetivo que expresamente se atribuyó en la evaluación.

Tercero, el pozo SAT-2/D6 que también es considerado por la SMA para controlar el Umbral en la Resolución y, por tanto, para la comisión de la infracción, ni siquiera aparece mencionado en la evaluación del Proyecto.

En su oportunidad, Escondida expresó lo irregular que es dicha situación desde el punto de vista del principio de legalidad, pues como indica la doctrina autorizada “*el principio de legalidad -que en el ámbito administrativo sancionador implica reserva legal de infracciones y sanciones supone la tipificación de las conductas que originen el ius puniendi, las que requieren, a su vez, configurarse siguiendo parámetros de certeza*”³¹.

Lo mínimo que el principio de legalidad aplicado a materia sancionatoria ambiental y al ámbito de las RCA exige es que se utilicen los pozos de control que el propio instrumento de gestión ambiental considera, para así establecer algún parámetro de certeza, pero ni siquiera ese estándar mínimo la Resolución satisface.

En la misma línea, no puede dejar de obviarse que la Resolución carece propiamente de argumentos que justifiquen por qué SAT-2 (siendo el punto más alejado del objeto de protección de todos) sería un punto válido para contrastar el umbral si no está siquiera mencionado en la evaluación del Proyecto.

Al respecto, la SMA a lo sumo indica que se seguiría el mismo razonamiento aplicado a propósito de los pozos TP-3, TP-2 y TP-1³², vale decir, en los términos de la autoridad, SAT-2 serviría para controlar el umbral por localizarse aguas arriba de las Vegas de Tilopozo, lo que se adecúa a la lógica que les ha atribuido a los puntos de control.

Sin embargo, si eso es lo único que la SMA necesita para aplicar en un pozo de monitoreo el Umbral, ¿por qué detenerse en SAT-2?, hay incluso pozos más distantes y aguas arriba de las Vegas de Tilopozo como es posible apreciar en la figura 12.5-1 del programa de monitoreo (figura N°8 de esta presentación) y que, en cambio, sí forman parte de la evaluación del Proyecto, los cuales se ubican en la misma área denominada callejón de Tilopozo. ¿Cómo es posible sancionar a Escondida respecto de un pozo que no está en el expediente de evaluación?

Lo cierto es que la Resolución y la interpretación promovida por la SMA carecen de respuestas para estas interrogantes.

³¹ BERMÚDEZ, Soto. Jorge. Fundamentos del Derecho Ambiental. 2ed. Valparaíso. Ediciones Universitarias de Valparaíso. 2015, p. 476.

³² Véase considerando N°123 de la Resolución.

De igual manera, el referido entendimiento de la SMA priva de sentido a la RCA, generando consecuencias absurdas que nuestro derecho repudia.

Primeramente, le quita eficacia al límite de 1.800 l/s de extracción conjunta. Esto pues Escondida en realidad nunca habría tenido derecho ambientalmente autorizado a utilizar sus derechos de agua, ya que habría bastado con que, independientemente del origen del efecto, se sobrepasara el Umbral en SAT-2 para que Escondida hubiera tenido que detener su extracción.

En efecto, considerando la interpretación de la SMA acerca de la medición del Umbral, aun si Escondida hubiera sacado un solo litro de agua, habría bastado para gatillar la limitación a su extracción la llegada de los efectos de la extracción de CMZ el año 2005 al punto SAT-2.

Del mismo modo, la interpretación contenida en la Resolución deja sin sentido la regulación del flujo pasante como variable de control, pues es imposible que este hubiera llegado siquiera cerca del 6% si el Umbral debía cumplirse en SAT-2. Bajo esa perspectiva, el año 2005 se habría superado el Umbral cuando la reducción del flujo pasante era del 1,9%.

Finalmente, ni aun la propia condición que constituye el Umbral tiene sentido a la luz de la interpretación de la SMA, pues la única forma de darle aplicación lógica a ese entendimiento implicaría que se hubieran establecido valores diferenciados para cada punto de control o bien que el Umbral se hubiera establecido exclusivamente en SAT-2.

Esto ya que la dinámica hidrogeológica del Acuífero MNT y, en particular, la forma de avance del cono de depresión de las extracciones hace imposible que el Umbral se cumpla en puntos aguas abajo de SAT-2 -como son TP-1, TP-2 o TP-3-, sin que primero se verifique en aquél. Así queda en evidencia, por lo demás, de los propios hechos contenidos en la FdC, que muestra el avance de los efectos progresivamente en el tiempo desde aguas arriba, donde la primera superación de los 25 cm se produjo el año 2005 en SAT-2, luego en junio de 2011 en TP-3, en diciembre de 2011 en TP-1 y finalmente el 2017 en TP-2.

Todos estos datos, que fueron tenidos a la vista por la SMA, fueron completamente desatendidos, dejando a la luz lo arbitraria y desprolija de su interpretación con respecto al mérito de la evaluación ambiental.

IV.1.2. La interpretación de la SMA transgrede sus propias competencias

Como señalamos previamente, entre los puntos de control considerados por la SMA para configurar la infracción se encuentra el pozo SAT-2, el cual no se encuentra mencionado de modo alguno en la RCA, ni en la evaluación que la antecede, alegación que fue desechada por la SMA del siguiente modo en su sanción:

“123° En atención a lo expuesto, el argumento de MEL debe ser desestimado, por ser contrario al objeto de protección de la evaluación ambiental, por cuanto no se anticipa a la generación del efecto no deseado, concluyéndose que el umbral de 25 cm debe verificarse en los pozos TP-1, TP-2 y TP-3 y no en las vegas de Tilopozo. Asimismo, conforme se expondrá en el siguiente numeral, bajo el mismo razonamiento el umbral también debe verificarse en el pozo SAT-2 incorporado por el PAT MNT.”³³

³³ Véase considerando N°123 de la Resolución.

A su vez, en el siguiente considerando ubicado en el título numeral aludido (“2. *Consistencia entre la RCA N°1/1997, el PAT MNT y las Res. DGA N°605 y 606*”) en la cita ya transcrita, se señala lo siguiente:

“129° (...) En ese sentido, es de toda lógica que el PAT MNT replicara dichos puntos de seguimiento y verificación del umbral en cuestión, pues como se señaló precedentemente éste no puede ir en contra de lo consignado en la autorización ambiental sino que solamente puede dar operatividad a lo definido en la RCA N°1/1997. Así, en el marco de dicha funcionalidad, el PAT mantuvo los pozos previamente establecidos y, a su vez, la DGA en el marco de las competencias entregadas en la misma RCA N°1/1997 referentes a la aprobación posterior del PAT, Res. Ex. N°1972/2001, incorporó un nuevo punto de seguimiento denominado SAT-2 que sigue el mismo marco conceptual y objetivos de la evaluación ambiental para definir los puntos de medición.”³⁴ (énfasis en negrita del texto original)

En simple, pese a que la autoridad reconoce que dicho pozo no forma parte de la evaluación del Proyecto, su consideración en la configuración de esta infracción se justificaría en que sigue la misma lógica que los pozos TP-1, TP-2 y TP-3, cuestión que se corroboraría con el PAT MNT. Todo ello, pese a que también la SMA reconoce que dicho PAT no tiene efectos modificatorios ni puede ir en contra de la RCA.

Lo anterior es ilegal, al incluir dicho pozo como parte constituyente del cargo y sancionar a Escondida, simplemente por “*seguir el mismo marco conceptual*”, fundándose en el PAT MNT, la SMA en la práctica y subrepticamente, vía resolución sancionatoria, termina por modificar la RCA, no solo estableciendo un umbral inexistente para pozos de monitoreo de interfaz salina sino que, por si fuera poco, agrega un punto de control adicional que no estaba contemplado en la evaluación ambiental.

Al respecto, basta recordar lo señalado por Contraloría General de la República (“CGR”) en uno de sus dictámenes icónicos en materia ambiental:

“conforme al criterio sostenido por la jurisprudencia administrativa de este Organismo Fiscalizador, en sus dictámenes N°s. 8.977 de 2002 y 20.477, de 2003, dicha resolución [RCA] no puede ser modificada discrecionalmente por el órgano emisor, sino sólo en los casos permitidos por la normativa vigente, por tratarse de un acto que es el resultado de un procedimiento reglado”³⁵

Si una RCA no puede ser modificada discrecionalmente por el órgano emisor, tampoco puede serlo por la SMA bajo el pretexto de interpretarla por la vía de un procedimiento sancionatorio, el cual persigue otra finalidad pública.

Adicionalmente, si bien la Corte Suprema ha reconocido que la SMA posee un margen interpretativo dentro del ejercicio de su labor fiscalizadora, tal facultad posee límites, por lo pronto, no puede trasgredir “*la máxima de estricta sujeción a la RCA, que obliga a los titulares de los proyectos a sujetarse a su contenido y, en especial, a la comprensión coherente y lógica de la lectura de la RCA*”³⁶. Límites que claramente se trasgreden en este caso al incluir SAT-2 como un punto de control al margen de lo indicado en la evaluación del Proyecto.

³⁴ Véase considerando N°129 de la Resolución.

³⁵ CGR, Dictamen N°8.0276/2012.

³⁶ Corte Suprema, ROL CS N°66.086-2021, considerando duodécimo.

En el mismo tenor, atendida la materia específica vinculada a esta controversia y considerando la forma jurídica en que la SMA se organiza internamente, incluso actuando dentro del margen de interpretación que posee la autoridad, sigue actuando fuera de sus competencias.

Ello, pues al considerar SAT-2 propiamente como un pozo de control de la condición de 25 cm sin formar parte de la evaluación, en la práctica, lo modificado es la forma de dar seguimiento a la ejecución del Proyecto y tal clase de competencia no está atribuida a la Superintendente del Medio Ambiente, sino que recae en un funcionario distinto de la SMA.

En concreto y sin avalar que esta función auto atribuida por la SMA sea siquiera legal, actualmente³⁷ la Resolución Exenta N°2124/2021 que “*Fija Organización Interna de la Superintendencia del Medio Ambiente*” (“Res. Ex. N°2124/2021”) indica que una de las funciones de la División de Fiscalización y Conformidad Ambiental es:

“v) Requerir de oficio o a petición de algún organismo sectorial, modificar o complementar el contenido del plan de seguimiento de las variables ambientales o aprobar modificaciones o complementos propuestos por el titular a este mismo, y, en general, cualquier otro mecanismo establecido en una resolución de calificación ambiental que tenga dicho objeto, con el fin de asegurar, en el transcurso del tiempo, que el seguimiento de las variables ambientales cumpla con su objetivo de forma eficiente y eficaz. Esto se realizará siempre en coordinación con la División de Seguimiento e Información Ambiental.”³⁸

En otros términos, a la/el Jefe/e de la División de Fiscalización y Conformidad Ambiental, no a la Superintendente, le correspondería modificar o complementar los contenidos de los seguimientos establecidos en las RCA, para que cumplan su objetivo, pues la propia Res. Ex. N°2124/2021 indica que “*Corresponderá a el/la jefe/a de División dictar los actos administrativos necesarios para el cumplimiento de las funciones encomendadas*”.

En este sentido, la misma Res. Ex. N°2124/2021 señala sobre las funciones de la Superintendente que, le “*corresponderá ejercer todas las funciones que el ordenamiento jurídico atribuye a un jefe de servicio, en la medida que ellas no se encuentren asignadas a otras jefaturas*” y como vimos, precisamente la operación de complementar o modificar el contenido de los seguimientos ambientales de una RCA fue asignado a el/la jefe/a de la División de Fiscalización y Conformidad Ambiental de la SMA.

En este sentido, es importante recordar que, conforme a los artículos 6° y 7° de la CPR, la SMA, al igual que cualquier órgano de la Administración del Estado, debe someter su actuar a la ley y atenerse tanto al marco de sus competencias, como a las formas legalmente correspondientes para su ejercicio, de lo contrario este es nulo.

Todo lo anterior resulta especialmente relevante si se considera que, el pozo SAT-2 es precisamente aquél que, según el entendimiento de la SMA supone un mayor nivel de incumplimiento, en tanto, en la FdC se identifica un descenso de 75 cm, lo cual implicaría 50 cm por sobre el umbral tolerado. Asimismo, también es un pozo que, por sí solo, determina

³⁷ Cabe indicar que la resolución del mismo tipo vigente a la época de la FdC (Res. Ex. N°1076/2020) contiene una función análoga a la aquí descrita en su sección 4.1 p).

³⁸ SMA. Resolución Exenta N°2124/2021, Fija Organización Interna de la SMA, sección 4.1.

que el inicio de la comisión de la infracción se sitúe en el 2005³⁹, a aproximadamente 15 años antes de la FdC, vale decir, no es inocuo.

IV.1.3. La interpretación de la SMA contradice la finalidad que origina el Umbral, esto es, la protección de la vegetación de las Vegas de Tilopozo

El ejercicio hermenéutico que debe realizar la autoridad al enfrentarse a un instrumento complejo como lo es una RCA, especialmente si estas corresponden a aquéllas de la primera etapa de evaluaciones ambientales como lo es la RCA N°1/1997, es complejo y no se agota en discernir décadas después, cuál sería la interpretación hipotéticamente más preventiva para dar al texto, la única preventiva según manifiesta la SMA en su Resolución.

Dicho ejercicio interpretativo debe considerar la finalidad del instrumento. En palabras de la literatura especializada “[l]levar la RCA a la vida presente a partir de sus propias disposiciones y en virtud de la finalidad que se tuvo en consideración al momento de diseñar el proyecto, es el primer desafío interpretativo que debe realizarse para sortear con éxito la ejecución evolutiva que todo proyecto padece”⁴⁰.

En tal sentido, cobra relevancia que diversos pasajes de la evaluación ambiental evidencian que los 25 cm buscan la protección de la vegetación de las Vegas de Tilopozo. Así, por ejemplo:

“Las investigaciones de terreno realizadas por CEA (1996), cuyos resultados se incluyen en el Apéndice B, concluyeron que una disminución de 25 cm en los niveles de agua en las Vegas de Tilopozo, producirá sólo un impacto menor que no afectará desde el punto de vista ambiental, a la flora y fauna del lugar”⁴¹.

“Los estudios realizados sobre la base de la información disponible, se han enfocado a determinar el tiempo máximo de bombeo a las tasas requeridas por el proyecto, que resulten en un impacto ambiental aceptable en las vegas y que no comprometan la estabilidad de la flora y de la fauna del lugar”⁴².

“La condición fundamental de este análisis fue que no se produzcan impactos ambientales irreversibles en las vegas o que comprometieran la estabilidad de la flora y de la fauna”⁴³.

Lo anterior se ve reforzado si se atiende a que el origen del Umbral corresponde a un valor conservativo para el resguardo de la vegetación dependiente del nivel freático que se encuentra en las Vegas de Tilopozo, cuyo principal determinante fue el largo de las raíces.

Ello, resulta evidente si se considera que durante la evaluación ambiental del Proyecto se acompañó un estudio realizado por parte del CEA en 1996 denominado “*Estudio de la Respuesta al Stress Hídrico de las Plantas del Sector Sur del Salar de Atacama*”⁴⁴. Este consistió en analizar 7 especies vegetacionales presentes en las Vegas de Tilopozo para establecer la

³⁹ Así, por ejemplo, en el considerando N°281 de la Resolución al analizar el escenario de incumplimiento se señala que este comienza en julio del 2005 en el pozo SAT-2.

⁴⁰ CARRASCO & HERRERA, “La interpretación de la Resolución de Calificación Ambiental”, Revista Chilena de Derecho, 2014, vol. 41 N°2, p. 661.

⁴¹ Expediente consolidado de evaluación ambiental del Proyecto en foja N°388.

⁴² Expediente consolidado de evaluación ambiental del Proyecto en foja N°86.

⁴³ Expediente consolidado de evaluación ambiental del Proyecto en foja N°380.

⁴⁴ Expediente consolidado de evaluación ambiental del Proyecto en fojas N°558 y siguientes.

“resistencia a una disminución del nivel de la napa freática, de las especies de plantas más importantes en abundancia”⁴⁵.

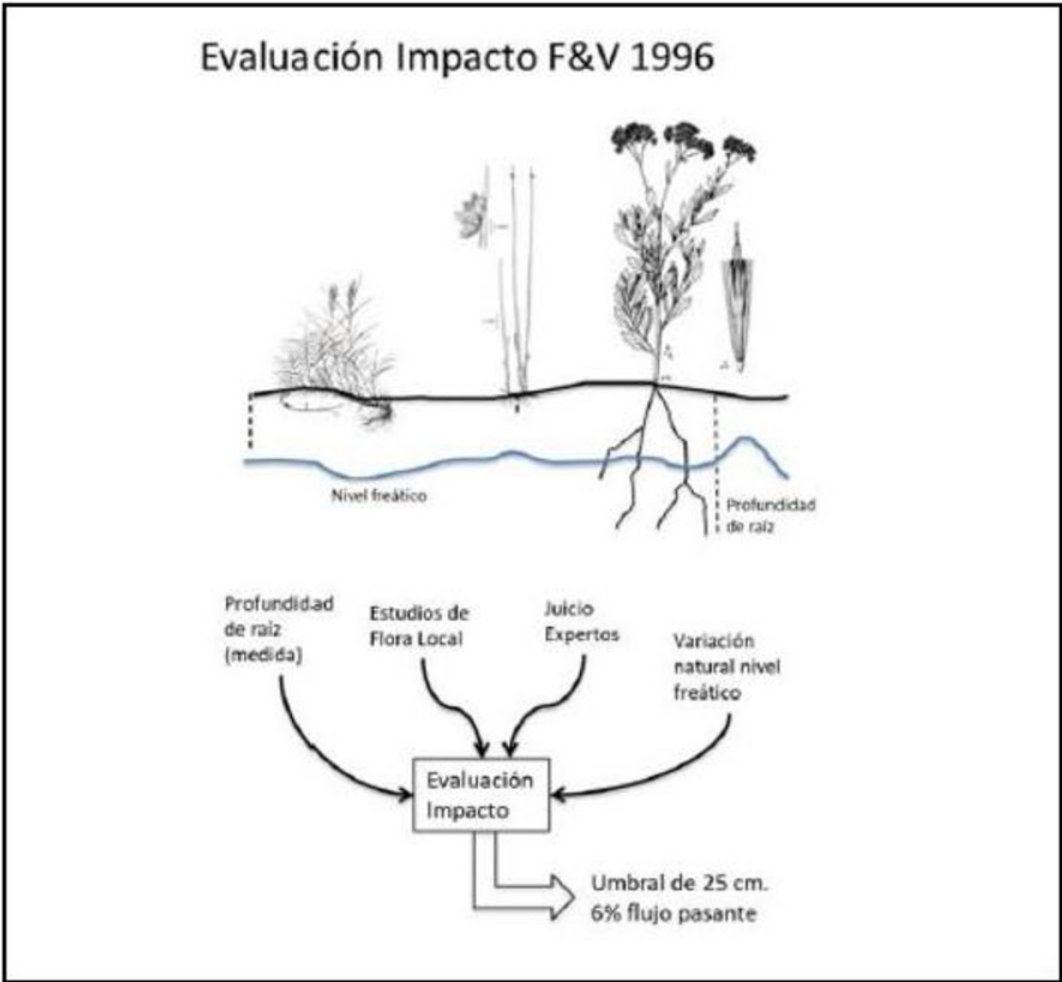
Lo cual se reflejó expresamente en el EIA del Proyecto del siguiente modo:

“[s]e realizó un estudio detallado sobre la profundidad máxima a la que actualmente se extienden las raíces de las distintas especies de flora. Se seleccionaron siete especies de acuerdo a su Valor de Importancia (VI), seleccionando distintos individuos para caracterizar la morfología de sus raíces, en lo relativo a la profundidad de las raíces gruesas y la profundidad máxima alcanzada por las raíces finas.

Los resultados indicaron que, en general, las plantas podrían soportar una disminución en el nivel freático de alrededor de 25 cm, sin que esto implique extinción local de las poblaciones. Aunque pareciera que esta disminución podría implicar la muerte de algunos individuos con raíces más superficiales, este valor es conservativo, puesto que no considera ni la profundidad máxima a la cual se encontraron las raíces por debajo del nivel freático ni el potencial de las plantas de profundizar más las raíces cuando se enfrenten a una disminución gradual de dicho nivel”⁴⁶.

El modelo conceptual del umbral se puede graficar del siguiente modo:

Figura N°9 Modelo conceptual umbral 25 cm



Fuente: Evaluación Monturaqui, Adenda N°1, Figura 3.33.

En este caso, que la SMA haya desatendido tanto dicha finalidad, como el origen del Umbral, tiene efectos dramáticos, pues no solo ha implicado la imposición de la mayor multa

⁴⁵ Expediente consolidado de evaluación ambiental del Proyecto en foja N°562.

⁴⁶ Expediente consolidado de evaluación ambiental del Proyecto en foja N°615.

por cargo individual en su historia sino que, en términos puramente ambientales, produce el efecto absurdo de exigir una medida de no superación de nivel freático diseñada para proteger un tipo de vegetación en áreas (TP-1, TP-2, TP-2, TP-3 y SAT-2) en que nunca se ha desarrollado tal vegetación.

En especial, atendido que tanto el entendimiento técnico del funcionamiento del Acuífero MNT, como los monitoreos históricos del área demuestran fehacientemente que una disminución en tales pozos no conlleva una disminución equivalente en las Vegas de Tilopozo. En definitiva, esto no es un tema de modelos, es un tema de datos, según se explica en el siguiente punto.

IV.1.4. La interpretación de la SMA contradice el funcionamiento hidrogeológico del Acuífero MNT

Como indicamos previamente, la Resolución no considera las características del Acuífero MNT, la hidrodinámica del sector de descarga o Tilopozo, ni siquiera la incidencia de los demás actores, por lo mismo, no resulta extraño que la interpretación no se sustente desde una óptica técnica.

En primer lugar, si se quisiera establecer un umbral de nivel freático de manera previa a la zona de descarga, para precisamente prevenir la ocurrencia de 25 cm de descenso en las vegas, el valor a definir en dicha área no sería 25 cm, sino uno necesariamente mucho mayor. Asimismo, correspondería establecer un umbral distinto para cada pozo considerado, ya que estos se ubican en sectores geográficamente distintos del Acuífero MNT, lo cual repercute en el nivel de descenso que manifiestan.

Sin embargo, la interpretación de la SMA contradice la dinámica hidrogeológica del Acuífero, y la lógica más simple, pues el umbral aplicado es de carácter estático, vale decir, de 25 cm de manera indiferente a la localización geográfica de los puntos de monitoreo, esto es, 25 cm tanto para SAT-2 como TP-2, sin importar que median más de 3 kilómetros entre ellos. En simple, si se quisiera establecer ese umbral para esos puntos, bastaría con colocarlo respecto del más distante de las vegas. Atenta contra las reglas más esenciales de la física que una reducción de niveles salte los puntos intermedios. Por ello, a diciembre 2022, SAT-2 tiene un descenso de 98,4 cm, mientras que TP-3 43,6 cm, TP-1 41 cm y TP-2 30,4 cm, mientras que en las vegas (TPZ-2C) la reducción es de entre 7 cm, muy lejos de la reducción de 25 cm que podría afectar a sus raíces.

Cabe destacar que esta no es solo la opinión de Escondida, incluso CMZ ha declarado e ilustrado el punto del siguiente modo:

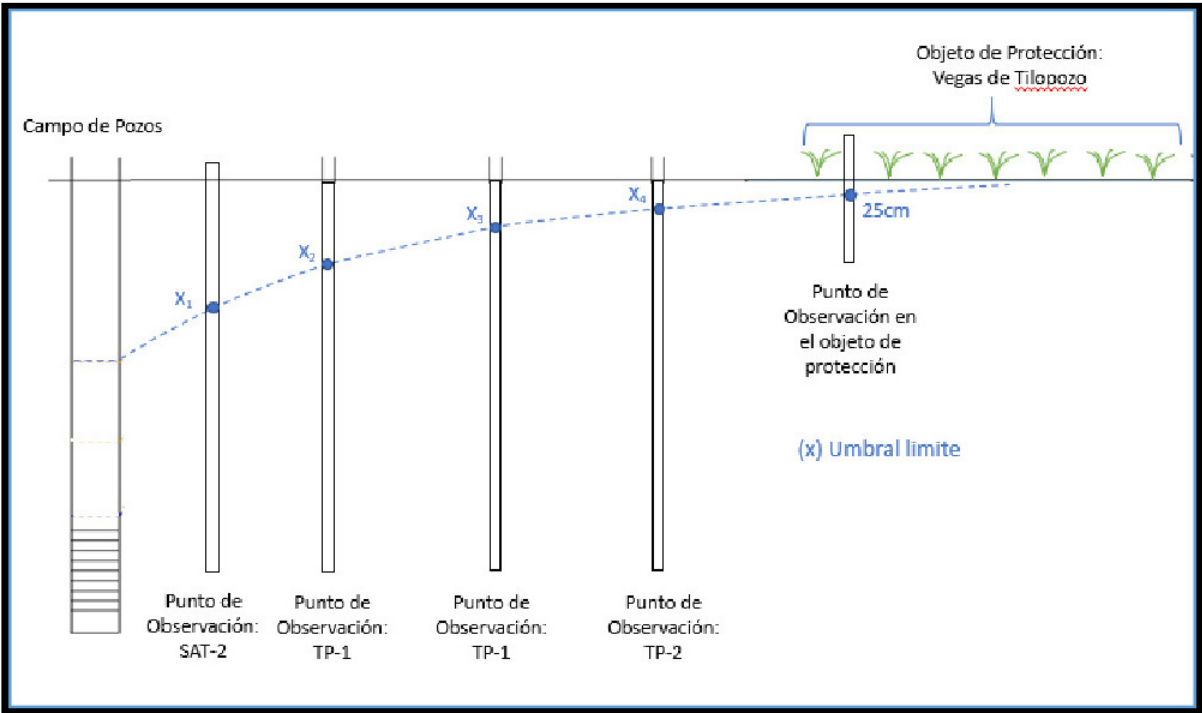
“(…) de haberse querido establecer umbrales en los referidos puntos de monitoreo [SAT-2, TP-3, TP-1 y TP-2] ubicados aguas arriba del objeto específico de protección (Vegas de Tilopozo) -cuestión que insistimos no es el caso-, éstos por consideraciones técnicas necesariamente debieran haber sido superiores a los previstos para las Vegas de Tilopozo [25 cm], es decir, asociados a los niveles piezométricos equivalentes aguas arriba y que corresponden al flujo que va desde la recarga, atravesando el medio hidrogeológico, hasta llegar a las Vegas.”⁴⁷

⁴⁷ Véase Contestación CMZ del 15 de junio de 2022, en causa rol D-12-2022 (acumulada causa rol D-15-2022) ante el Primer Tribunal Ambiental pp. 25-26.

(...)

“(…) el efecto de las extracciones desde el campo de pozos de Negrillar, reflejado en los descensos de niveles en los puntos en comento, no puede ser el mismo que se está tratando de constatar en las Vegas de Tilopozo, sino uno superior, solamente siguiendo la continuidad del flujo subterráneo. Conceptualmente también, mientras más lejano y más aguas arriba de las Vegas de Tilopozo se emplace el punto de medición, mayor debiera ser el efecto por sobre los 25 cm. Esta situación se grafica para mayor claridad en la Figura 1 siguiente:”⁴⁸

Figura N°10 - Relación esquemática entre puntos de observación, CMZ



Fuente: Figura 1 Contestación CMZ del 15 de junio de 2022, en causa rol D-12-2022 (acumulada causa rol D-15-2022) ante el Primer Tribunal Ambiental

¿Qué sentido tiene establecer un umbral en SAT-2, que está más al sur, y luego replicarlo en TP-1, TP-3 y TP-2? Si el umbral es el mismo y el descenso llega primero por el sur ¿cuál era el objeto de los pozos ubicados más al norte? ¿acaso no resultarían redundantes los pozos TP-1, TP-2 y TP-3 respecto de SAT-2?

Alternativamente, considerando que según la SMA⁴⁹ la infracción comenzó a configurarse en SAT-2 en el 2005, luego en TP-3 y TP-1 en el 2011 (6 años después de SAT-2) y finalmente en TP-2 el 2017 (6 años después de TP-3 y TP-1), ¿cómo puede resultar preventivo un sistema de control de umbrales freáticos que supone un desfase temporal entre sus distintos pozos de control de 12 años? O más bien ¿qué clase de sistema de alerta temprana supone un desfase de 12 años entre sus puntos de control?

La interpretación de la SMA no tiene sentido, pues requiere suponer que en la evaluación del Proyecto, ni la autoridad de la época, ni el titular notaron lo absurdo que resultaría tal mecanismo de control.

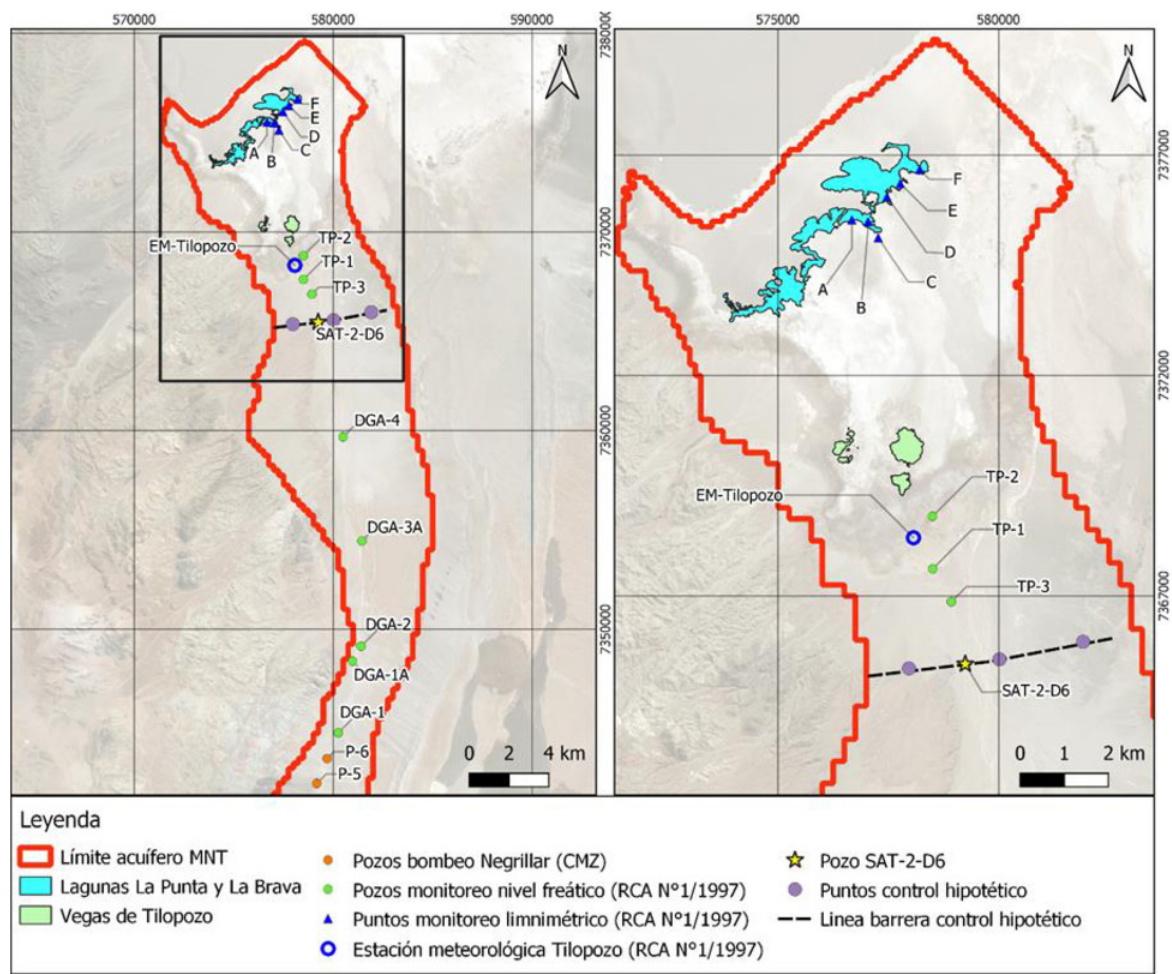
⁴⁸ Véase Contestación CMZ del 15 de junio de 2022, en causa rol D-12-2022 (acumulada causa rol D-15-2022) ante el Primer Tribunal Ambiental p 27.

⁴⁹ Véase tabla N°1 de la FdC.

Reiteramos, la dinámica hídrica del Acuífero MNT hará que la disminución freática siempre se produzca primero en los puntos ubicados más al sur, en este caso SAT-2, por lo tanto, si el umbral de descenso a aplicar a los puntos TP-1, TP-3 y TP-2 fuese estático, tales puntos se convierten en totalmente inútiles y redundantes. Esta interpretación incumple las reglas más elementales de la lógica.

Si se hubiera querido poner un único umbral sin progresividad espacial, -cuestión que no se hizo-, tendría mucho más sentido poner una barrera de pozos paralelos a SAT-2 en vez de puntos secuenciales como TP-3, TP-1 y TP 2, según se aprecia en el siguiente esquema:

Figura N°11 – Alineación hipotética de los pozos de monitoreo de nivel



Fuente: Elaboración propia en base a la interpretación de la SMA

En la imagen anterior es posible visualizar en color púrpura puntos de monitoreo de nivel hipotéticos ubicados de manera paralela a SAT-2/D-6. Para que la interpretación del umbral estático que realiza la SMA, la cual exige uniformemente el nivel freático en los pozos TP-1, TP-2 y TP-3, tuviese algo de coherencia con la dinámica del Acuífero MNT, en materia de ubicación, los pozos tendrían que disponerse de ese modo. Sin embargo, tales pozos no existen en la realidad, lo cual hace que la interpretación de la SMA carezca de sentido.

En otros términos, si la intención del evaluador al otorgar el permiso hubiera sido la propuesta por la SMA, se habrían establecido umbrales diferenciados o un posicionamiento de los pozos radicalmente distinto a la realidad.

En segundo lugar, pese a las complejidades técnicas que convergen en la dinámica hídrica del acuífero y en su zona de descarga, décadas de monitoreo permiten apreciar de

manera prístina que, aunque los niveles freáticos en el pozo TP-2 posean una disminución actual (Diciembre 2022) del orden de 30,4 cm, las punteras ubicadas unas centenas de metros hacia el norte, en las vegas de Tilopozo (TPZ-2C por el oeste de las vegas y TPZ-3 al sur de la vegas), a la fecha muestran disminuciones de nivel freático entre 7 y 9 cm, respectivamente. Vale decir, de manera evidente no existe una relación lineal ni equivalente entre el nivel de descenso en tales áreas, a diferencia de lo que sostiene la SMA en la Resolución. Estos no son modelos, son datos de años.

Por lo mismo, resulta derechamente sorprendente que la SMA prescinda de tales elementos de análisis, y pretenda sostener que la disminución en el nivel freático superior a 25 cm podía ser controlada en lugares como TP-1, TP-2, TP-3 y SAT-2, pues resulta evidente que, si atendemos correctamente a la dinámica hídrica del Acuífero MNT, una disminución de 25 cm en estos pozos no da cuenta de una disminución lineal *equivalente* o del mismo valor, en el sector de vegas de Tilopozo, como expresa la autoridad en la Resolución. Así, a modo de ejemplo, considérese el siguiente pasaje:

“resulta claro que la RCA N°1/1997 y el PAT MNT diferenciaron dos tipos de monitoreos en dos zonas distintas, conforme al objeto de cada medición. Así, los pozos TP-1, TP-2, TP-3 y SAT-2 quedaron fijados preventivamente en la zona de Tilopozo, para que se realizaran mediciones de nivel freático, de manera que se pudiera medir si los descensos del nivel freático superan los 25 cm, con el objeto de anticiparse a una disminución **equivalente** en las Vegas de Tilopozo que cause que las raíces de la vegetación del lugar no puedan tocar el agua para ser alimentadas y sobrevivir”⁵⁰.

Reiteramos, la evidencia empírica lo demuestra: mientras en TP-2, punto más cercano a las vegas, la reducción es de aproximadamente 30,4 cm y en las Vegas de Tilopozo, donde se encuentra el objeto de protección, la reducción se encuentra por debajo de los 10 cm de disminución. Es imposible que sea lineal y equivalente. Nuevamente, veamos los datos de los descensos medidos a diciembre 2022:

- SAT 2: 98,4 cm
- TP 3: 43,6 cm
- TP 1: 41,0 cm
- TP 2: 30,4 cm
- Vegas de Tilopozo (TPZ-2C): 7,0 cm

En definitiva, si bien es cierto que la interpretación de la SMA es preventiva (lo que no significa que sea la única preventiva como veremos), los datos simplemente no permiten sostenerla, y cae por su propio peso. Entonces, cabe afirmar que bajo el pretexto de interpretar la RCA, la SMA terminó por crear una nueva obligación que carece de sentido técnico.

IV.1.5. Para sostener su interpretación la SMA tergiversó reportes y dichos de Escondida

En sus descargos Escondida afirmó que, desde la RCA ha estudiado, reportado y presentado documentación a las autoridades que corrobora su entendimiento que el Umbral se debe controlar en las Vegas de Tilopozo.

⁵⁰ Considerando 140 Res. N°341/2022 de la SMA

Sin embargo, la SMA referenció en la Resolución algunos reportes de Escondida de un modo que resultan por completo tergiversados. Así, por ejemplo, considérense el siguiente pasaje de la Resolución.

“333° Asimismo, tal como se expuso anteriormente, es solo en el presente procedimiento sancionatorio en el que la empresa interpreta de forma distinta la aplicación del PAT y la medición de los 25 cm en los pozos TP-1, TP-2, TP-3 y SAT-2, la que resulta antojadiza y contraria frente a su propia conducta anterior de larga data, expresada en los reportes del PAT acompañados a la autoridad. En efecto, en los reportes PAT 2013 (COD SSA 11469), PAT 2015 (COD SSA 44430) y PAT 2017 (COD SSA 68291) reconoce que dichos pozos de seguimiento son parte del PAT y que en ellos mide nivel freático, mientras que en el punto H mide niveles de agua superficiales.”

Así, según la autoridad, sería Escondida quién ha reportado bajo el mismo entendimiento interpretativo de la SMA, cuestión que se manifestaría en tres reportes de monitoreo que identifica -reportes PAT 2013 (COD SSA 11469), PAT 2015 (COD SSA 44430) y PAT 2017 (COD SSA 68291)-.

Al respecto, cabe realizar algunas aclaraciones. Primero, en el Informe PAT MNT 2013 (COD SSA 11469), efectivamente se entregan datos de nivel de agua e interfaz salina, lo cual nunca ha sido discutido por Escondida. De hecho, como se señaló más arriba, el nivel freático en tales pozos se monitorea desde 1996, antes que existiese el Umbral establecido en la RCA.

A mayor abundamiento, el Programa de Monitoreo de la RCA identifica dicha variable como una de las que deben ser registradas y el PAT MNT señala que en todos los puntos que comprende la red de pozos de bombeo y observación del Acuífero MNT se debe registrar el control de los niveles⁵¹. No hay discusión sobre el punto.

En cambio, estimar que ello implique que Escondida esté de acuerdo con la interpretación realizada por la SMA, a espaldas de todos los dichos que sucesivamente se han realizado desde 1997 a la fecha y de lo establecido en la evaluación ambiental del Proyecto, es justamente lo debatido.

Segundo, tampoco es cierto que en el reporte PAT MNT (COD SSA 44430) se manifieste el mismo entendimiento que la SMA. De hecho, explícitamente se indica lo siguiente en dicho informe, pese a que corresponde a una época en que, según la autoridad, la infracción ya se habría comenzado a cometer:

“De acuerdo a los resultados del monitoreo y a la evaluación predictiva realizada con el modelo numérico, se verifica el cumplimiento de la totalidad de las condiciones establecidas en el PAT-MNT para permitir la utilización de los derechos de aguas de MEL. En efecto no se han verificado, producto de la extracción en el acuífero de MNT, descensos de nivel freático en el sector de Tilopozo, y se estima que el efecto máximo de las extracciones será inferior a 25 cm. Este corresponde al valor umbral definido en el PAT-MNT para esta condición. De acuerdo al monitoreo, el nivel freático en la zona de vegas se mantiene sin cambios tendenciales, sino que solamente con cambios estacionales propios de la dinámica del sector.”⁵² (...)

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

⁵¹ DGA, PAT MNT, sección 4.1.1.1.

⁵² PAT MNT, Revisión de los datos de monitoreo, Informe N°15: Revisión hasta fines de 2015, p iv.

numérico, que el efecto máximo de las extracciones será inferior a 25 cm. Este corresponde al valor umbral definido en el PAT-MNT para esta condición.”⁵³

Análogamente, el reporte PAT MNT (COD SSA 68291) también señala:

“De acuerdo a los resultados del monitoreo y a la evaluación predictiva realizada con el modelo numérico, se verifica que se han cumplido la totalidad de las condiciones establecidas en el PAT que permiten la utilización de los derechos de agua de MEL. En efecto:

- Se ha verificado que el efecto máximo de las extracciones será inferior a 25 cm. Este corresponde al valor umbral definido en el PAT-MNT para esta condición.”⁵⁴

En otros términos, Escondida expresamente señaló que el Umbral no había sido sobrepasado, lo que es coherente con el entendimiento de sus obligaciones, esto es, que el Umbral se corrobora en la zona de vegas, no en los puntos TP-1, TP-2, TP-3 y SAT-2.

No puede la SMA atribuir efectos a ciertas declaraciones de Escondida que le acomodan, pero obviar aquellas que contradicen su interpretación.

En definitiva, al contrario de lo sostenido en la Resolución, Escondida no tiene, ni ha tenido en sus monitoreos el entendimiento que la SMA expresa en su Resolución. De hecho, no lo ha tenido en cualquier manifestación de su gestión del permiso ambiental, ni en la reportabilidad asociada al PAT.

IV.1.6. La interpretación de la SMA contradice lo asentado en la Evaluación Monturaqui

Tal como se planteó en los descargos, los antecedentes de la Evaluación Monturaqui son relevantes para este conflicto. Basta revisar las abundantes referencias que la SMA realiza en la Resolución a dicha evaluación. Sin embargo, algunos aspectos de la referida evaluación no son coherentes con la tesis interpretativa de la SMA y, nuevamente, fueron abiertamente omitidos por la autoridad.

En dicha evaluación, Escondida propuso extender la operación del sistema de extracción de agua subterránea de la red de pozos ubicados en la zona de Monturaqui. Aunque el Proyecto fue, en definitiva, desistido y no generó una nueva RCA, el proceso de evaluación fue extenso, llegó hasta la presentación de una segunda adenda complementaria y alcanzó pronunciamientos de conformidad de varios organismos, entre otros, la DGA y el SAG.

En lo pertinente, cabe destacar que en dicha evaluación se consideró expresamente el área de control del umbral freático de 25 cm en el sector de Tilopozo, lo cual fue zanjado por Escondida, señalando que el área de referencia para el umbral son las Vegas de Tilopozo.

Pese a ello, la SMA se limitó escuetamente a señalar lo siguiente en la Resolución:

“(…) Asimismo, MEL confunde la discusión dando a entender que las mediciones del nivel de las aguas subterráneas anteriores al ingreso al SEIA del “Proyecto Monturaqui” en el año 2017 fueron validadas en dicho procedimiento, cuando lo que se evaluó fue

⁵³ PAT MNT, Revisión de los datos de monitoreo, Informe N°15: Revisión hasta fines de 2015, p 5.

⁵⁴ PAT MNT, Datos Monitoreo, Informe N°17: Revisión hasta fines de 2017, p 6.

solamente la idoneidad del punto H como punto de control de efectos piezométricos hacia el futuro y conforme a las condiciones particulares de esa evaluación.”⁵⁵

La SMA una vez más desatiende los pasajes expresos que fueron referenciados en los descargos⁵⁶. Así, por ejemplo, durante la evaluación ambiental la DGA realizó la siguiente observación:

“(…). En síntesis, se solicita al titular profundizar el análisis de niveles del Sector de Tilopozo, explicitando si se ha producido o no un descenso de nivel freático superior a 25 centímetros (se deben acompañar las bases de datos completas en planilla digital editable a modo de respaldo, siendo necesario que se informe cota (m.s.n.m.) y descenso (cm)).”⁵⁷

Dicha observación fue literalmente replicada en el Primer Informe Consolidado de Solicitudes de Aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones del EIA del proyecto Monturaqui y, subsecuentemente, fue respondido por Escondida en la Adenda, del siguiente modo:

“En primer lugar, se estima preciso aclarar que tanto en el expediente del EIA que se aprobó con la RCA N°0001/1997, como en el PAT que fue aprobado por la DGA el año 2001, se le llama zona o sector de Tilopozo indistintamente a dos porciones del acuífero de MNT diferentes: una, corresponde a la sección de más aguas abajo del modelo numérico utilizado de respaldo, sección que se encuentra aguas arriba de la zona de vegas, y que no la contiene; y otra que corresponde a la zona de vegas propiamente tal. A la que hace referencia el umbral de 25 cm es a la zona de vegas”⁵⁸

La SMA simplemente no consideró los antecedentes de dicha evaluación. La pregunta realizada por la DGA no apuntaba al futuro (como atribuye la SMA), sus palabras literales están formuladas en pretérito, solicitando informar si “*se ha producido o no*” un descenso.

La evaluación tampoco buscaba confirmar el punto H -ubicado en las vegas- como señala la SMA, sino que modificar el Umbral, por lo que no tendría sentido considerar que con la iteración se buscaba validar el punto H a futuro.

En cambio, a lo que apuntó la observación de la DGA ya extractada, es al comportamiento que se había verificado hasta la fecha en lo que respecta a los niveles freáticos, por ello se alude a tendencias detectadas en años ya pasados. Asimismo, por su parte, la respuesta de Escondida atendió, entre otras cosas, a clarificar el error conceptual que estaba cometiendo la autoridad, al confundir dónde debe controlarse el Umbral, al momento de analizar las tendencias detectadas en pozos que no se ubicaban en las Vegas de Tilopozo, lo que no buscaba redefinir el área de control para el futuro.

En tal sentido, atendido que la aclaración y respuesta de Escondida no fue objetada ni tampoco se reiteró la consulta por la autoridad en las siguientes instancias de la evaluación y, de hecho, la DGA se pronunció de manera conforme⁵⁹, cabe considerar que el área donde debe realizarse el control del Umbral resultó zanjada.

⁵⁵ Véase considerando N°150 de la Resolución.

⁵⁶ Véase el escrito de descargos en la página 25 y las notas al pie N°60, 61 y 62.

⁵⁷ DGA, Oficio Ord. N°450/2017, disponible en: https://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientesEvaluacion.php?modo=ficha&id_expediente=2132464691

⁵⁸ Evaluación Monturaqui, Adenda, respuesta N°15, p. 88.

⁵⁹ DGA, Oficio Ord. N°494/2017, disponible en: https://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientesEvaluacion.php?modo=ficha&id_expediente=2132464691

En definitiva, una vez más, la SMA no consideró adecuadamente las alegaciones realizadas por Escondida, ni los antecedentes en que ellas se fundaron -en contravención al artículo 17 f) de la Ley N°19.880-, sino que optó por tergiversar, incluso a costa de que no se ajusten sus fundamentos a lo que el expediente de evaluación ambiental de Monturaqui refleja.

IV.1.7. La interpretación de la SMA no es “la única preventiva”

Como señalamos previamente, la SMA de manera enfática indica en su Resolución Exenta N°175/2023 que su interpretación del compromiso es de manera evidente “la única interpretación posible”, mientras la de Escondida sería reactiva y carecería de todo posible sentido ambiental.

Dicha aseveración descontextualiza la condición de 25 cm respecto de las demás restricciones hídricas del Proyecto, particularmente la referida al flujo pasante. Ello, pues si se revisa la evaluación de la RCA, la extracción de Escondida estaba sujeta a una serie de condiciones copulativas, a saber;

- i) Un Umbral en las Vegas de Tilopozo, área que no es denominada así de manera unívoca durante la evaluación ambiental⁶⁰.
- ii) Una reducción del flujo pasante hacia la zona de vegetación dependiente del nivel freático en las Vegas de Tilopozo, el cual no puede superar un 6%⁶¹.
- iii) Una tasa de extracción máxima de Escondida de 1.400 l/s en promedio anual⁶².

Sin embargo, la SMA en su Resolución persevera en interpretar el Umbral y sus puntos de control de manera independiente, aislada y/o descontextualizada respecto del resto del entramado de condiciones que regulan la extracción de aguas subterráneas de Escondida en la RCA. Ello, resulta especialmente notorio en cuanto prescinde de la particular relación existente entre el flujo pasante y el Umbral, para efectos de intentar dotar de contenido a su supuesta única interpretación preventiva.

Tal como se indicó durante el procedimiento sancionatorio, estas condiciones guardan una íntima vinculación, de causa y efecto, cuestión que queda clara de los siguientes apartados de la evaluación del Proyecto:

“A las tasas de bombeo arriba señaladas, con un tiempo de bombeo de 19 años en el caso de CMZ y de 21 años en el caso de MEL, la disminución en flujo pasante a través del acuífero y que recarga Tilopozo sería menor a un 6%, lo que implicaría una reducción potencial en el nivel freático en Tilopozo de 20 cm, valor que está por debajo de los 25 cm que el sistema podría soportar”⁶³.

Relación que incluso se graficó explícitamente en la evaluación del siguiente modo:

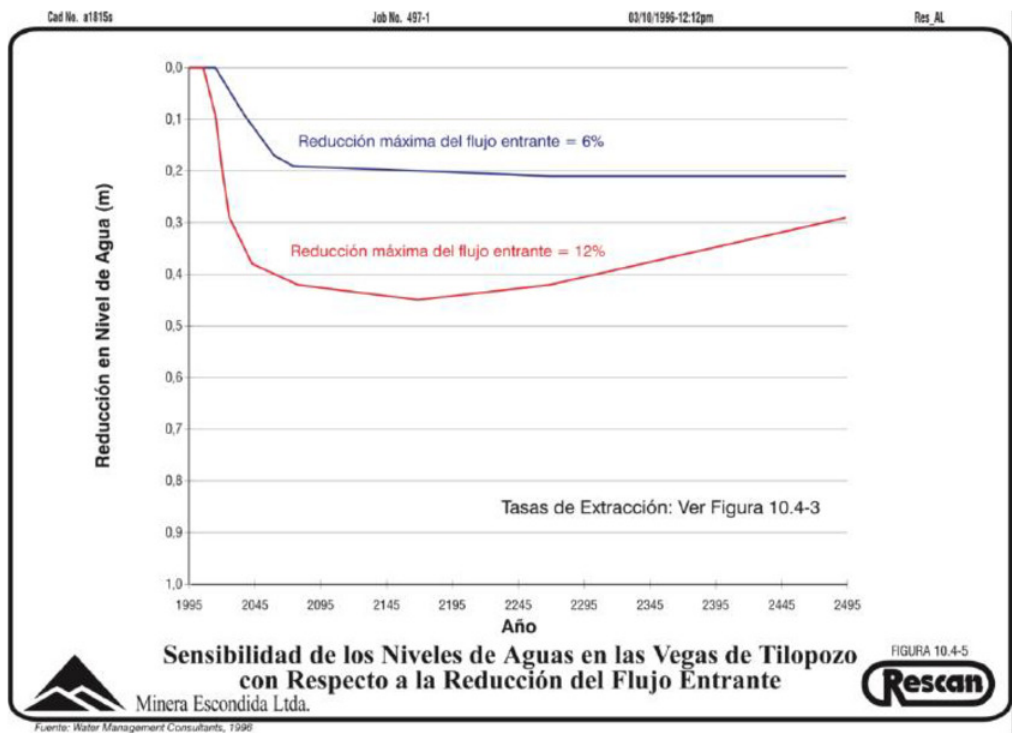
⁶⁰ Así, por ejemplo, mientras en algunas secciones se señala “25 cm en los niveles de agua en las Vegas de Tilopozo” (véase foja N°388 del expediente consolidado de evaluación ambiental del Proyecto), en otras, se señala “La mitigación del efecto en el área de Tilopozo” (véase foja N°619 del expediente consolidado de evaluación ambiental del Proyecto) y en otras “las plantas estudiadas en el sector Sur del Salar de Atacama” (véase fojas N°399 y 570 del expediente consolidado de evaluación ambiental del Proyecto).

⁶¹ Véase, a modo ejemplar, el expediente consolidado de evaluación ambiental del Proyecto en fojas N°87, 109 y 388.

⁶² Véase, a modo ejemplar, el expediente consolidado de evaluación ambiental del Proyecto en foja N°104.

⁶³ Expediente consolidado de evaluación ambiental del Proyecto en foja N°617.

Figura N°12 - Sensibilidad de los Niveles de Aguas en las Vegas de Tilopozo con respecto a la reducción del flujo entrante



Fuente: Figura 1.9-2 del Resumen Ejecutivo del EIA del Proyecto, replicada en figura 10.4-5.

Como es posible observar del gráfico, el nivel freático en las vegas se encuentra determinado por el flujo pasante, cuestión que se deduce de su solo título “*Sensibilidad de los Niveles de Aguas en las Vegas de Tilopozo con Respecto a la Reducción del Flujo Entrante*”.

Asimismo, el gráfico explicita que, conforme a los cálculos de la época de la evaluación del Proyecto, si la reducción del flujo pasante llegase a 12%, a su vez la reducción de niveles en las Vegas de Tilopozo sería de aproximadamente 45 cm (línea roja). En cambio, si el flujo pasante no se reduce más de 6%, la consecuencia es que el nivel freático no sobrepasará los 0,2 m en las Vegas de Tilopozo (línea azul).

En este simple gráfico se explican dos elementos centrales de la argumentación de Escondida, a saber, la regulación del flujo pasante y sus efectos en el objeto de protección, las Vegas de Tilopozo, donde las raíces tienen una extensión de 25 cm.

Así, atendida la íntima relación existente entre la condición del flujo pasante y los centímetros de disminución en las Vegas de Tilopozo, mientras la condición relativa al flujo pasante es preventiva, la del Umbral es principal, de manera que la condición preventiva resguarda el cumplimiento de la condición principal⁶⁴. Entonces, regulando que el flujo pasante no sea superior al 6%, se garantiza que el nivel en las vegas no se reduzca en más de 25 cm en las Vegas de Tilopozo, no en los puntos TP-1, TP-2, TP-3 y SAT-2.

⁶⁴ Véase secciones “3.1. Condición preventiva para resguardar el umbral de 25 cm” y “3.2. Condición ambiental principal: Umbral de 25 cm de reducción den nivel en la zona de vegetación” del informe “Evaluación para determinar si los efectos de la extracción de aguas subterráneas de Minera Escondida en Monturaquí son o no notorios en la zona de vegetación en las Vegas de Tilopozo” de Pedro Rivera Izam, ingresado el 22 de diciembre del 2020 al procedimiento sancionatorio.

Cuestión que el propio PAT MNT reconoce de igual modo. Así, por ejemplo, al referirse a la evaluación ambiental de 1997 señala que:

“En 1997, la evaluación de impacto ambiental (EIA) de los posibles efectos derivados de la extracción de agua subterránea en el sistema acuífero de Monturaqui-Negrillar-Tilopozo concluyó que una disminución de los niveles de agua de los humedales de hasta 25 cm no produciría un impacto que afectara negativamente a la flora y la fauna (Rescan, 1996). Los análisis hidrológicos y la modelación de aguas subterráneas asociados determinaron que dicha disminución de los niveles de agua de los humedales sería el resultado de una reducción del flujo natural desde el acuífero hacia Tilopozo de no más de un 6% (WMC, 1996)”⁶⁵

Es importante notar que cuando se controla la reducción del flujo pasante no se hace simplemente una estimación del momento, es decir, no se realiza simplemente una estimación de la condición actual de su disminución, sino que se calcula su máxima reducción a futuro, considerando la inercia de expansión de los conos de depresión. Lo anterior determina que los valores que se obtienen al estimar el flujo pasante ocurrirán en forma posterior al cese del bombeo. Así, el control que se propicia es predictivo y preventivo. Esto explica que Escondida haya detenido sus extracciones cuando se proyectaba una reducción de 5.6% de flujo pasante aun cuando sus efectos se encontraban a más de 9 km de las Vegas de Tilopozo.

En definitiva, lo sostenido por la SMA en su Resolución no es efectivo. No nos encontramos ante dos interpretaciones, donde una (la de la SMA) es preventiva y la otra (de Escondida) es reactiva, errónea, absurda y contraria al objeto de protección. La interpretación sostenida por Escondida es, de hecho, preventiva. Sin embargo, notarlo requiere entender el entramado de condiciones hídricas del Proyecto, en especial el rol que desempeña el flujo pasante en la evaluación que originó la RCA y su íntima vinculación con el Umbral. Esta vinculación es notable para una RCA de 1997 y más notable aún es su capacidad de predicción hacia el año 2019 cuando Escondida detuvo sus extracciones.

Lo importante no es solo que una interpretación sea preventiva basada únicamente en establecer puntos de control aguas arriba del objeto ambientalmente protegido, como lo considera la SMA en su Resolución. Si así fuese, bastaría con haber interpretado que a escasos metros de los puntos de extracción de Escondida debía controlarse el Umbral. Esa es una mirada, a lo menos, sencilla respecto del fenómeno ambiental en análisis y particularmente a la luz de los antecedentes del caso.

En resumen, como hemos analizado a lo largo de este apartado (**sección IV.1**), la Resolución de la SMA es ilegal, por cuanto si bien plantea una interpretación que sería preventiva en la protección del objeto de protección, esto es, las Vegas de Tilopozo, para llegar a ella considera únicamente ciertos pasajes de la evaluación, prescindiendo de todas aquellas otras consideraciones expresamente explicadas por Escondida durante el procedimiento sancionatorio, que dan cuenta de que aquella interpretación no es correcta.

Esto, pues contradice antecedentes de contexto y sobre la finalidad de la obligación, antecedentes de la Evaluación Monturaqui, tergiversa los reportes y dichos de Escondida y prescinde de un entendimiento técnico apropiado sobre el Acuífero MNT, su dinámica hídrica y la influencia de otros agentes.

⁶⁵ DGA, PAT MNT, 2001, p 2.

De este modo, la SMA terminó por crear una obligación nueva a Escondida -controlar el Umbral en los puntos TP-1, TP-2, TP-3 y SAT-2-, con un enfoque distinto al enfoque preventivo evaluado, en un procedimiento sancionatorio iniciado años después de que la extracción cesó y a casi dos décadas de que supuestamente se iniciara la infracción.

A mayor abundamiento, la evaluación ambiental del Proyecto contiene diversas secciones de donde se desprende que el concepto de “*Tilopozo*”, que es donde se debía realizar la medición del Umbral, es utilizado de forma equivalente al área de descarga o a las Vegas de Tilopozo, y no en puntos previos, como pretendió la SMA.

A su vez, el Programa de Monitoreo Ambiental fue claro en establecer los puntos TP-1, TP-2 y TP-3 con el objetivo específico de ser pozos de observación para monitorear eventuales variaciones de la interfaz salina, así como servir para la determinación de la variación del flujo pasante. Por su parte, el punto SAT-2, que la SMA también considera en su interpretación como punto de control del Umbral, ni siquiera es mencionado en la evaluación del Proyecto; pretendiendo así modificar discrecionalmente la RCA, en una clara transgresión de sus competencias.

La interpretación de la SMA contradice así el origen del Umbral conforme fue establecido en la evaluación ambiental. En efecto, según se puede ver expresamente en el EIA, el nivel de 25 cm corresponde a un valor conservativo para el resguardo de la vegetación dependiente del nivel freático que se encuentra en las Vegas de Tilopozo, determinado en función del largo de las raíces. De ahí que la obligación de monitoreo del Umbral ha de cumplirse precisamente en las Vegas de Tilopozo, donde hace sentido el Umbral, y no en puntos diversos a esa zona, como pretendió la SMA.

Adicionalmente, la interpretación de la SMA contradice el funcionamiento hidrogeológico del Acuífero MNT, donde, siguiendo la pretensión de la SMA de medir niveles en puntos previos a la Vegas de Tilopozo, lo lógico hubiera sido establecer valores mayores en zonas más alejadas a ellas que fueran decreciendo a medida que se acercaban, coherentemente con el avance del cono de depresión de extracciones desde Monturaqui. Sin embargo, inexplicablemente, la SMA exige los mismos 25 cm en cada uno de los pozos identificados en la FdC, tornando redundantes todos aquellos posteriores a SAT-2, donde necesariamente el nivel se verificó primero e incluso sin actividad de Escondida.

Todo lo anterior, sumado a las tergiversaciones que realizó la SMA acerca de la información presentada por Escondida en sus descargos, así como a los antecedentes de la Evaluación Monturaqui, moldeando a su conveniencia lo dicho en tales instancias para sostener la interpretación contenida en la Resolución. Esto, en circunstancias que Escondida ha sido a lo largo de los años coherente en el entendimiento de sus obligaciones, señalando expresamente que el Umbral se corrobora en la zona de vegas, no en los puntos TP-1, TP-2, TP-3 y SAT-2 y que, por lo mismo, el Umbral no ha sido sobrepasado.

La SMA interpretó el Umbral de forma aislada y descontextualizada respecto del resto de condiciones establecidas en la evaluación ambiental, cuya existencia da cuenta de que, a diferencia de lo sostenido en la Resolución, su interpretación no es la única preventiva posible, sino que el entendimiento de Escondida también lo es, carácter que se demostró en los hechos.

Esto pues durante la evaluación se puso énfasis en la relación entre el flujo pasante y sus efectos en el objeto de protección, definiéndose al efecto que no podría reducirse en más de un 6% el flujo pasante a fin de precaver que se generara una disminución de más de 25 cm en la zona de las Vegas de Tilopozo. Así, se estableció como condición preventiva el resguardo del flujo pasante, ya que su control considera no sólo una estimación del momento, sino también su máxima reducción a futuro, considerando la dinámica de avance de los conos de depresión.

En definitiva, a diferencia de la interpretación de la SMA, la de Escondida no solo es preventiva, sino que también concuerda con los dichos, lógica y supuestos técnicos del proceso de evaluación ambiental.

IV.2. La Resolución atribuye efectos de terceros a Escondida

Desde sus descargos Escondida ha sido enfática en señalar que la disminución hídrica que identificó la SMA en su FdC y que corroboró tanto en su Resolución⁶⁶ como en la Resolución Exenta N°175/2023⁶⁷, no le es atribuible, descenso que según la propia autoridad se resume del siguiente modo:

Tabla N°2				
Pozo de observación	Fecha desde que se produce la superación del Umbral	Descensos desde el inicio del bombeo de MEL (sep/1998) hasta la última fecha informada (abril/2019)	Cuantificación del descenso por sobre el máximo impacto tolerable en el EIA (abril/2019)	
TP-2	Sept.-17	27 cm	2 cm	
TP-1	Dic.-11	39 cm	14 cm	
TP-3	Jun.-11	40 cm	15 cm	
SAT-2	Jul.-05	75 cm	50 cm	

Fuente: Considerando 183° de la Resolución

Sin embargo, dicha alegación fue repetidamente rechazada, tanto en la Resolución como en la Resolución Exenta N°175/2023. En la primera de ellas, la SMA señaló, en esencia, que sería indiferente o irrelevante analizar la causalidad, esto es, si los descensos freáticos que está considerando fueron o no causados por quien imputa.

Expresamente señaló que le bastaba un análisis “*somero*”⁶⁸ de la causalidad, esto es, en términos estrictos lingüísticos un análisis “[*l*igero, superficial, hecho con poca meditación y profundidad”⁶⁹, pero únicamente en el contexto del análisis de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA⁷⁰, vale decir, a propósito de la determinación de la sanción, pero no de su configuración, ni tampoco sobre su clasificación. Además, indicó que:

“197° Como es de conocimiento público, al momento de la infracción operaban cuatro compañías mineras en el Salar de Atacama, estas son, SQM, Albemarle, CMZ y MEL,

⁶⁶ Véase considerando 183° de la Resolución.
⁶⁷ Véase considerando 49 de la Resolución Exenta N°175/2023.
⁶⁸ Véase considerando 203 de la Resolución.
⁶⁹ Definición otorgada por la Real Academia del concepto utilizado por la SMA, disponible en: <https://dle.rae.es/somero>.
⁷⁰ Véase considerando 203 de la Resolución, “de manera de ponderar esta hipótesis en las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA”.

todas las cuales extraen aguas desde la cuenca del Salar. Específicamente, SQM extrae salmuera desde el núcleo del Salar junto a agua dulce/salobre desde pozos ubicados hacia el este; por su parte, Albemarle también extrae salmuera desde el núcleo del Salar y agua dulce/salobre desde pozos emplazados en el sureste del Salar; mientras que, como se revisó anteriormente, CMZ y MEL extraen agua hacia el sur de la cuenca del Salar de Atacama.

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

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

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

(...)

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

No obstante, en el análisis realizado a propósito de la determinación de sanciones y las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, la autoridad se remitió a lo ya establecido en el análisis de clasificación de la infracción, como se aprecia en el siguiente extracto:

“310° Tal como ha sido descrito de manera acabada en el acápite de clasificación de gravedad, la infracción cometida por la empresa ha causado un daño ambiental en el recurso hídrico (...)

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

Así, en términos lógicos la justificación del análisis de causalidad es circular, vaga o vacía, además resulta contradictoria, pues un análisis “somero” (considerando 203° de la Resolución)

ciertamente no es una descripción “*acabada*” (considerando 310° de la Resolución)- del fenómeno. En suma, desde la óptica de los elementos propios de un acto administrativo, la Resolución carece de una motivación apropiada en cuanto a la atribución de causalidad.

La persistente levedad que manifiesta la SMA en relación la causalidad en este caso se perpetuó en la Resolución Exenta N°175/2023, donde indicó que:

“48. Esta alegación [ausencia de causalidad] desconoce completamente la evaluación y seguimiento ambiental del proyecto y le niega valor a su Plan de Alerta Temprana. De aceptarse esta tesis que, por cierto, ha sido formulada por primera vez en este recurso de reposición y no fue objeto de discusión durante este procedimiento administrativo sancionador, no se explica por qué la empresa ha destinado recursos e informado sus impactos ambientales a partir de los datos levantados en estos puntos de monitoreo.

49. Alega, por último, que en la resolución sancionatoria no se habría realizado un análisis adecuado de la causalidad. Sin embargo, esta alegación ignora completamente que la causalidad ya fue establecida en la evaluación de impacto ambiental por la propia empresa. Cabe recordar al representante de la empresa que la identificación del área de influencia de un proyecto se encuentra determinada por un sentido básico de causalidad, según el cual, ésta queda definida y justificada en consideración a los efectos del proyecto en el entorno. Así, la función de los monitoreos ambientales no es otra que la de observar que las variables ambientales impactadas por el proyecto se comporten de acuerdo a lo previsto, sobre la base de la información aportada durante la evaluación ambiental.”

Todo lo anterior no se ajusta a derecho ni es razonable. En primer lugar, lo que supuestamente no fue objeto del procedimiento fue, de hecho, parte de los descargos de Escondida⁷¹ y se desarrolló técnicamente de manera lata durante el procedimiento sancionatorio⁷².

En segundo lugar, resulta paradójico que, para fundar la suficiencia de su análisis de causalidad, la SMA se remita genéricamente a la evaluación del impacto. Ello, pues si se analiza dicha evaluación en detalle⁷³, por un lado, resulta claro que el foco evidente del impacto son las Vegas de Tilopozo y no los pozos de monitoreo aguas arriba de ellas donde la autoridad contrastó el Umbral para configurar la infracción.

Así, por ejemplo, se indica en la evaluación y precisamente en el análisis de impacto pertinente que:

“Los estudios hidrogeológicos debieron considerar una serie de simulaciones para determinar cuáles eran los parámetros más críticos que, a su vez, estuvieran determinando la magnitud de la reducción en el flujo que alimenta la zona de las vegas y la magnitud de la disminución del nivel freático en este sector, como resultado del efecto combinado del bombeo de MEL y CMZ, únicos titulares de derechos - otorgados o en trámite - en la cuenca. La condición fundamental de este análisis fue que no se produzcan impactos ambientales irreversibles en las vegas o que comprometieran la estabilidad de la flora y de la fauna.”⁷⁴

⁷¹ Explícitamente se señaló que “*en la actualidad el efecto de la extracción de Escondida no es perceptible en ninguno de los pozos ubicado en las vegas de Tilopozo, y ni siquiera en los pozos TP-1, TP-2, TP-3 o SAT-2. En cambio, recién será medible en torno al año 2040 (...)*”-página 47 de los descargos de Escondida-.

⁷² Véase presentación de Escondida del 22 de diciembre del 2020 con informe técnico anexo.

⁷³ Véase fojas 380 y siguientes del Expediente Consolidado de Evaluación Ambiental del Proyecto, disponible en: https://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientesEvaluacion.php?id_expediente=314&idExpediente=314

⁷⁴ Véase Expediente Consolidado de Evaluación Ambiental del Proyecto, disponible en: https://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientesEvaluacion.php?id_expediente=314&idExpediente=314 foja 380

En otros términos, es su interpretación de causalidad la que desatiende la evaluación del Proyecto.

Por el otro, si se atendiera únicamente a los montos considerados en las predicciones realizadas en la evaluación ambiental, aquello que critica la SMA en realidad se ajusta a lo previsto en la evaluación ambiental. A modo ejemplar, considérese el siguiente pasaje:

“Se pronostica que la extracción de 1.400 L/s por 21 años en el área de Monturaqui en forma simultánea con el bombeo por CMZ en el área de Negrillar causen una reducción en el flujo pasante en Tilopozo menor a un 6%. Se espera que los flujos empiecen a disminuir dentro de un par de décadas desde el comienzo de la extracción y alcanzarán sus valores mínimos, aproximadamente cuatro siglos después.

(...). Se espera que los niveles de agua subterránea comiencen a disminuir dos décadas después de haber comenzado la extracción y alcanzarán su mínimo cuatro siglos después.”⁷⁵

Como se observa del pasaje transcrito, forma parte de lo considerado en la evaluación del Proyecto que se produzcan disminuciones de niveles décadas después y que estas se extiendan por siglos. Así, la escala centenaria de consecuencias hídricas que le produce estupor en su Resolución se ajusta a lo evaluado y autorizado ambientalmente.

En tercer lugar, incluso si se concediera que la SMA no deba realizar exactamente el mismo juicio de análisis que le corresponde a los Ilustres Tribunales Ambientales en el contexto de una acción por reparación del daño ambiental, esto ciertamente no la exime de justificar adecuadamente su decisión, lo cual incluye la causalidad, atendidos los descargos de Escondida. Rehuir sistemáticamente la materia carece de sustento normativo.

En este caso, dicha alegación constituye una de las piedras angulares de los descargos y, como tal, debe ser atendida con la imparcialidad y objetividad que exige la Ley N°19.880 (artículo 11) al actuar de la Administración. En especial si la propia LOSMA demanda que la SMA examine de manera rigurosa el mérito de los descargos (artículo 50) y explice la forma de comprobación de los hechos investigados en su sanción (artículo 53). Además, porque la Ley N°19.880 establece entre los derechos de los regulados, que las alegaciones realizadas durante el procedimiento deben ser tenidas en cuenta por el órgano al redactar la propuesta de resolución (artículo 17 f).

Al rehuir la materia, la SMA infringe de manera directa y obvia la LOSMA, que señala al momento de referirse a la clasificación de las infracciones en su artículo 36:

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

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

Los vocablos de su ley establecen que, para efectos de atribuir daño ambiental, la SMA debe indefectiblemente ir más allá (vocablo “y” del N°1 del artículo 36 ya transcrito) de

⁷⁵ Véase Expediente Consolidado de Evaluación Ambiental del Proyecto, disponible en: https://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientesEvaluacion.php?id_expediente=314&idExpediente=314 foja 396.

detectar una infracción o contravención a una disposición de una RCA y debe sopesar la causación (vocablo “*causado*” del artículo 36 ya transcrito), esto es, la relación entre las acciones y consecuencias que busca atribuir.

Aunque resulte obvio indicarlo, normativamente conforme a la LOSMA, debe haber una vinculación causal suficiente entre la infracción y los efectos en el medio ambiente, para aplicar la reclasificación de gravedad por daño ambiental.

De lo contrario, se produciría la absurda situación que acaece en esta Resolución, mientras se atribuye (erradamente) la configuración de una infracción a Escondida, para la SMA resulta indiferente que los descensos freáticos que constata no sean producto del actuar imputado e incluso reclasifica la infracción, considerándolos daño ambiental irreparable.

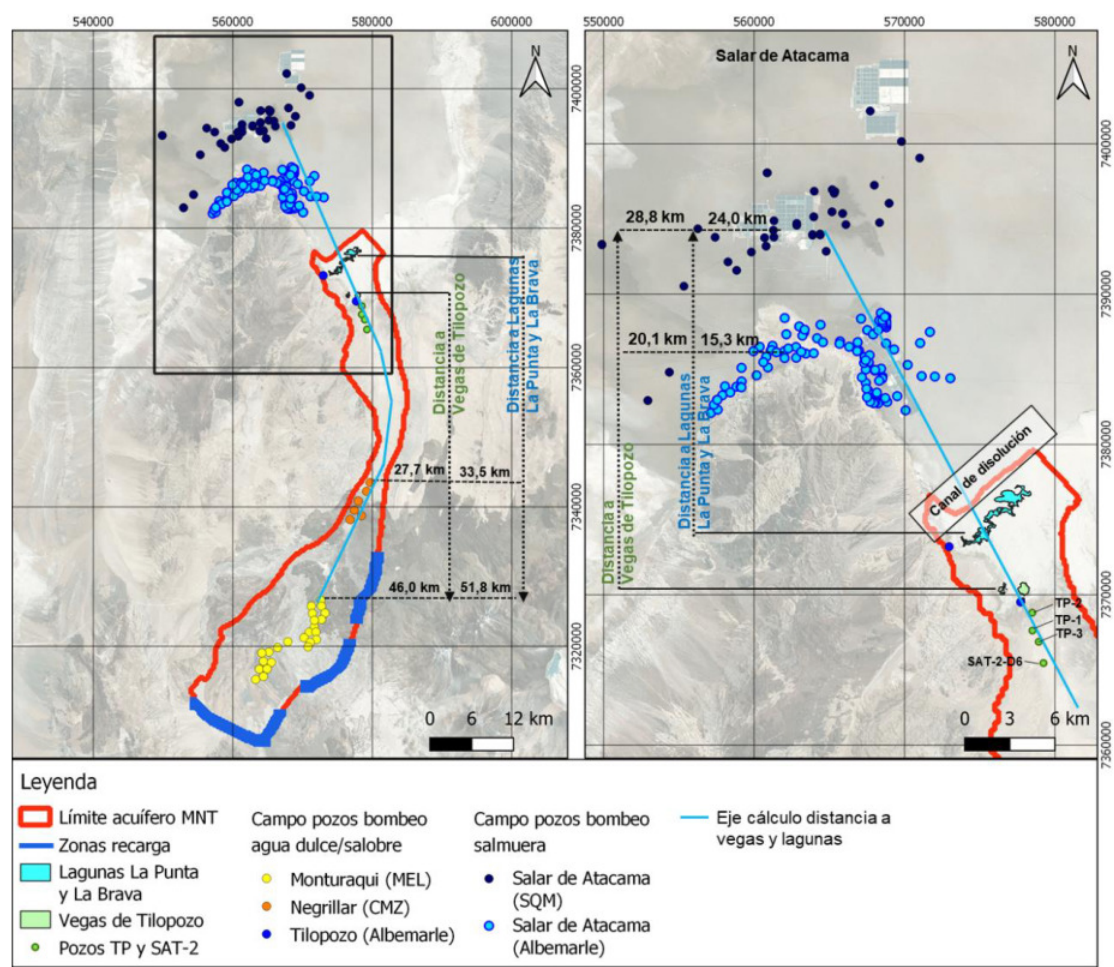
En palabras simples, conforme al razonamiento de la Resolución, Escondida sería a todo efecto responsable de un daño ambiental irreparable ocasionado por terceros, incluso si este corresponde a un actuar autorizado ambientalmente y, por tanto, lícito.

Lo anterior, no tiene sentido alguno, pues así entendida su obligación la condición supuestamente infringida no sería una herramienta preventiva respecto del impacto de Escondida como pretende la SMA, sino un mecanismo de constatación tardía del impacto de la extracción hídrica realizada desde Negrillar por CMZ.

Podemos afirmar responsablemente que si Escondida hubiese detenido su extracción antes de la fecha de la primera supuesta superación del Umbral (del modo que lo aplica la SMA), esto es, en SAT-2 en julio del 2005, los demás descensos aludidos en su misma Resolución se habrían producido, en los mismos puntos (SAT-2, TP-3, TP-1 y TP-2), períodos (2005 a 2017) y magnitudes. Y lo anterior es así, pues lo que se está midiendo son los efectos de las extracciones de CMZ, no de Escondida, cuyos efectos incluso al día de hoy no han llegado siquiera al punto SAT2.

Dicho juicio, se funda en el funcionamiento del Acuífero MNT, su dinámica y la posición de los terceros agentes, en especial, de CMZ, pues el posicionamiento geográfico de las extracciones de los demás agentes tiene incidencia:

Figura N°13 – Posición geográfica de extracciones



Fuente: Elaboración propia

El cono de depresión formado por las extracciones de Escondida que se inició en el sector de Monturaqui se ha ido desplazando gradualmente hacia el norte. Adicionalmente, a medida que se avanza, el efecto del bombeo disminuye en magnitud progresivamente.

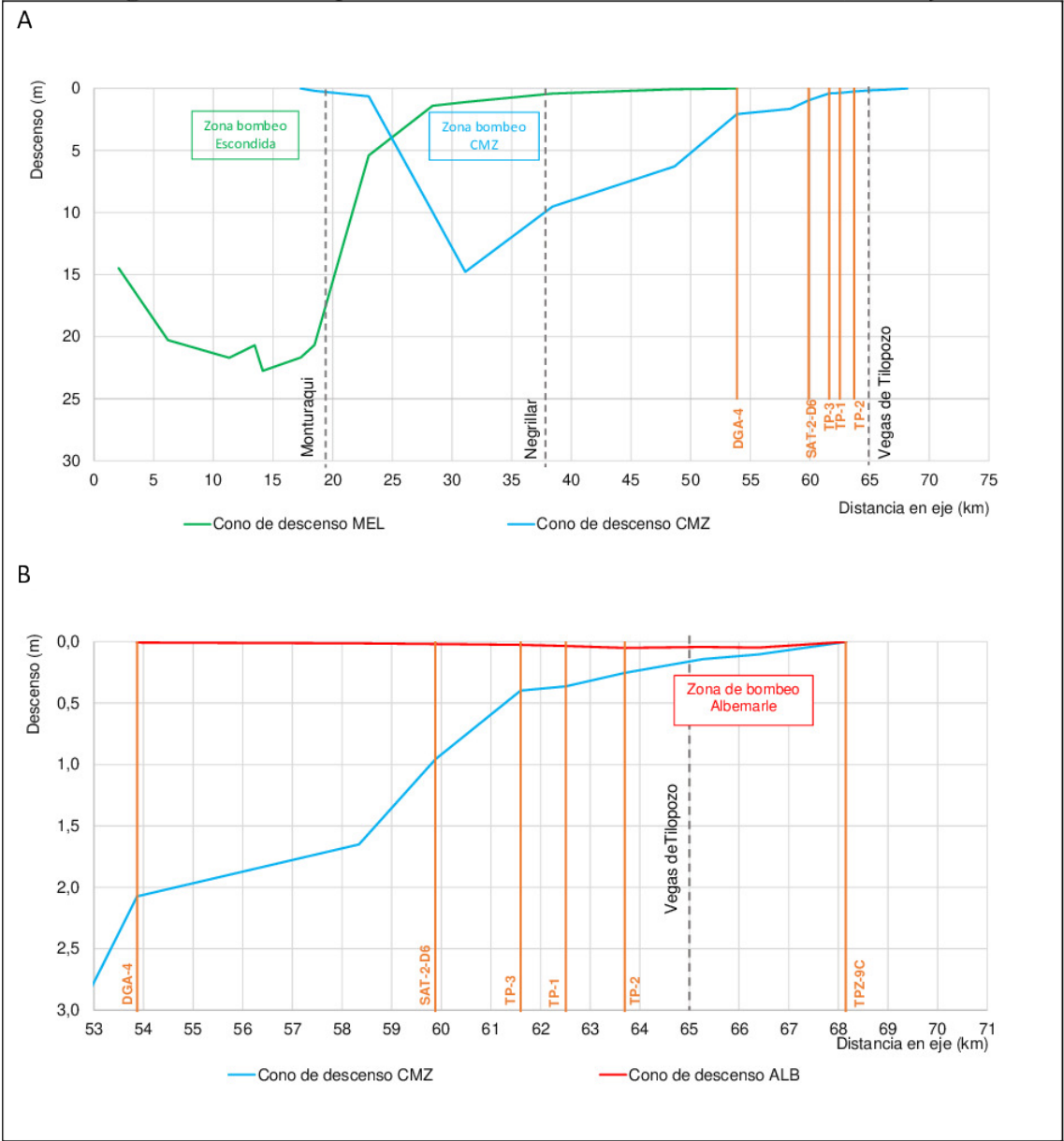
En concreto, el efecto hídrico de las extracciones de Escondida se encuentra aguas arriba del campo de Negrillar, específicamente en el sector del pozo DGA-4, ubicado a aproximadamente 9 km aguas arriba y al sur de las Vegas de Tilopozo. Es decir, el efecto de las extracciones realizadas por Escondida no ha alcanzado aún los puntos TP-1, TP-2, TP-3 y SAT-2, ni mucho menos la zona de Vegas de Tilopozo.

Por su parte, el efecto de las extracciones de CMZ en el sector de Negrillar también se ha ido expandiendo paulatinamente hacia el norte, ubicándose actualmente en las Vegas de Tilopozo. En consecuencia, el bombeo de CMZ desde Negrillar, a pesar de ser de menor magnitud que el de Escondida, ya alcanzó las vegas dado que está más cercano.

Por último, las extracciones de agua de Albemarle si bien son menores, se realizan directamente en las Vegas de Tilopozo, por lo que, a pesar de ser un volumen de extracción inferior al de Escondida y CMZ, sus efectos directos se producen en el objeto de protección.

Lo anterior, se resume visualmente del siguiente modo:

Figura N°14 – Comportamientos conos de descenso Escondida, CMZ y Albemarle



Fuente: Elaboración propia

En cuarto lugar, de manera también contradictoria en la Resolución, se señala que sería irrelevante determinar el alcance del cono de depresión, pues aquello no correspondería a una condición evaluada en la RCA⁷⁶. Sin embargo, se identifican supuestas inconsistencias metodológicas que harían que la SMA descarte las conclusiones del informe “*Evaluación para determinar si los efectos de la extracción de aguas subterráneas de Minera escondida en Monturaqui son o no notorios en la zona de vegetación en las vegas de Tilopozo*” de Pedro Rivera Izam⁷⁷ (“Informe Rivera”), el cual como su título indica, precisamente aborda los efectos hídricos del cono producido por Escondida.

En breve, la objeción de la SMA respecto de dicho informe expresada en la Resolución consistiría en que la comparación de hidrogramas realizada en el mismo sería de forma lineal y no consideraría la composición del Acuífero MNT, ni su correlación litológica. Asimismo, la SMA señala que Escondida pretendería disminuir el efecto de sus extracciones y relativizar la exigencia, todo lo cual no concuerda con el modelo hidrogeológico sometido a aprobación en la Evaluación Monturaqui.

⁷⁶ Véase considerando N°209 de la Resolución.

⁷⁷ Véase considerando N°211 de la Resolución.

Si se analiza en detalle la argumentación de la SMA y el informe en cuestión, resulta evidente que la autoridad comete una falacia de composición. En simple, atribuye un error metodológico (que como veremos no es tal) a una sección del informe y con ello, da por refutado su totalidad, denotando, en definitiva, que aparentemente no lo entendió o analizó en su completitud.

Ello, pues si se considera adecuadamente el Informe Rivera, resulta claro que la supuesta linealidad del razonamiento e incongruencia con el modelo sometido a aprobación en la Evaluación Monturaqui es un reproche asociado a lo tratado en la sección 6.1 del mismo, titulada “*Efectos parciales de la extracción desde Monturaqui*” donde, a partir de datos de monitoreo, hidrogramas y un análisis conceptual, se explica de manera general la propagación de los efectos de Escondida en Monturaqui y de CMZ en Negrillar y además, se establece una lógica comparativa, sin por ello definir (en tal sección específica del informe) un límite del efecto del bombeo de Escondida.

Tal límite se detalla en la sección siguiente del Informe Rivera, esto es, 6.2 titulada “*Ubicación del Efecto de Escondida*”. Allí, a partir del modelo numérico del Modelo Extendido 2018, esto es, el modelo hidrogeológico de la evaluación del proyecto Monturaqui⁷⁸, el cual sí captura la composición del Acuífero MNT y su correlación litológica.

La SMA en su Resolución refutó la conclusión del Informe Rivera basándose precisamente en el modelo y antecedentes de la evaluación de Monturaqui⁷⁹, incluso replicando gráficos de la evaluación que fueron contruidos paradójicamente usando exactamente la misma herramienta numérica considerada en el informe técnico que critica.

En simple, la SMA descartó el Informe Rivera que analiza la ubicación de efectos hídricos de Escondida, por no considerar algo que, si se analiza correctamente el informe, ya está considerado en el mismo.

No obstante lo anterior, durante este proceso de reclamación se acompañarán datos medidos para validar las conclusiones del modelo en cuanto a que los efectos de Escondida se encuentran lejos de los puntos de monitoreo objeto de la sanción.

En definitiva, la Resolución carece de un análisis de causalidad adecuado, lo cual constituye una infracción a los artículos 11 y 17 f) de la Ley N°19.880 y a los artículos 36 N°1 a), 50 y 53 de la LOSMA. Asimismo, en términos de los elementos del acto administrativo, carece de una fundamentación adecuada.

En resumen, a lo largo de este capítulo (**sección IV.2.**) se ha explicado que Escondida ha sido enfática en señalar que la disminución hídrica que identificó la SMA no le es atribuible, lo cual fue reiteradamente desatendido, en abierta infracción a las normas que regulan los procedimientos administrativos, bajo la excusa de que bastaba un análisis somero de la causalidad.

Esto es particularmente relevante en el contexto de la reclasificación de gravedad que realizó la SMA en su Resolución, atribuyendo a la infracción un daño ambiental irreparable,

⁷⁸ Véase Informe Rivera, p 19.

⁷⁹ Véase considerando 210 y siguientes de la Resolución.

pues normativamente debe existir una vinculación causal suficiente entre la infracción y los efectos en el medio ambiente que se le atribuyen. De lo contrario, se cae en el absurdo de que mientras a Escondida se le atribuye la configuración de una infracción consistente en haber sobrepasado niveles de descenso de niveles freáticos, para la SMA resulta indiferente que tales descensos no sean producto del actuar de Escondida.

El entendimiento de la SMA carece además de sentido pues así entendida la obligación, la condición supuestamente infringida no sería una herramienta preventiva respecto del impacto de Escondida, como se pretende en la Resolución, sino una constatación tardía del impacto de la extracción hídrica realizada desde Negrillar por CMZ.

Esto pues, según se explicó en virtud de datos de monitoreo, hidrogramas y un análisis conceptual, el efecto hídrico de las extracciones de Escondida se encuentra aguas arriba del campo de Negrillar, específicamente en el sector del pozo DGA-4, ubicado a aproximadamente 9 km aguas arriba y al sur de las Vegas de Tilopozo. Es decir, el efecto de las extracciones realizadas por Escondida no ha alcanzado aún los puntos TP-1, TP-2, TP-3 y SAT-2, ni mucho menos la zona de Vegas de Tilopozo. Ello, mientras que el bombeo de CMZ desde Negrillar, por estar más cercano, ya alcanzó las vegas, y a la vez que las extracciones de Albermarle, realizadas directamente en la zona de las vegas, también tienen una incidencia directa en los niveles freáticos en ellas.

De este modo, conforme a la Resolución, Escondida sería responsable de un supuesto daño ambiental irreparable sin importar que no sea derivado de su propia extracción, sino del efecto de terceros y aun cuando aquél esté autorizado ambientalmente.

Nada de esto, sin embargo, fue considerado por la SMA, que simplemente descartó la evidencia aportada por Escondida durante el sancionatorio por supuestas falencias que no son tales, y en base a un insuficiente e incorrecto análisis del contenido del expediente de evaluación ambiental.

IV.3. La reclasificación de la infracción a gravísima por daño ambiental irreparable es ilegal

Como se anunció previamente, la SMA en su Resolución decidió reclasificar la infracción imputada desde grave en aplicación del artículo 36 N°2 e) de la LOSMA a gravísima, de conformidad al artículo 36 N°1 a) de la LOSMA, vale decir, la infracción imputada que en un primer momento, en sus términos, solo implicaba una transgresión de las medidas dispuestas para eliminar o minimizar efectos adversos en la respectiva RCA, se convirtió en una infracción que causó daño ambiental no susceptible de reparación, esto es, la máxima categoría de daño que contempla nuestro ordenamiento.

Como veremos, dicha reclasificación es ilegal:

IV.3.1. La reclasificación transgrede el principio de congruencia

El principio de congruencia informa al Derecho Administrativo Sancionador y exige una coherencia lógica o armonía entre los cargos formulados por la autoridad y la respectiva sanción que finalmente sea impuesta al titular. En efecto, la propia SMA ha reconocido que

éste supone una “*debida conexión o correlato que debe existir entre la formulación de cargos, el dictamen propuesto al Superintendente y la resolución que absuelva o sancione al presunto infractor*”⁸⁰.

Por su parte, la LOSMA, establece que los hechos sobre los cuales se sanciona deben haber sido conocidos por el titular al momento de la FdC⁸¹ y, de acuerdo a ello, haberse efectuado la clasificación preliminar que el Fiscal Instructor realiza.

A su vez, de acuerdo con la jurisprudencia nacional, la coherencia que este principio demanda no se agota en los hechos que hayan sido objeto de la FdC y luego, de la sanción. Así, por ejemplo, nuestro máximo tribunal ha señalado que:

“En general la congruencia es la debida correspondencia entre las partes que suponen un todo. Jurídicamente se puede decir, que es el principio conforme al cual debe existir conformidad entre todos los actos del procedimiento, aisladamente considerados. 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 (...)”.⁸²

Por su parte, la doctrina⁸³ y jurisprudencia ambiental⁸⁴ reconocen asimismo este principio señalando que “(...) *debe existir una conformidad entre el inicio del procedimiento y la resolución final, de modo que no se resuelvan en definitiva cuestiones ajenas a las que constan en el procedimiento o a lo solicitado por los interesados*”. Agregan, asimismo, que importa que la Administración no puede “(...) *dejar al interesado en una situación desmejorada o peor a aquella en la que se presentó al inicio del procedimiento*”. Finalmente, indican que este principio “(...) *tiene por efecto que las medidas que adopte la Administración en su resolución final deben ser proporcionales y razonables*.”

Asimismo, la doctrina ha señalado que el principio de congruencia “(...) *exige una conformidad y armonía entre la formulación de cargos y la sanción administrativa o la resolución administrativa y las defensas, descargos, solicitudes, audiencias públicas, prueba u otras intervenciones de los interesados en el procedimiento administrativo* (...)”.⁸⁵

Lo anterior, es relevante en el presente caso, pues en la Resolución no existe una coherencia en cuanto a la clasificación del cargo en la FdC y la que es posteriormente atribuida en la sanción, deviniendo en arbitraria la Resolución. Esto, como veremos, resulta especialmente evidente en lo que corresponde al componente vegetación.

⁸⁰ Informe evacuado por la SMA a Segundo Tribunal Ambiental en causa Rol R-266-2020, 15 de diciembre de 2020, párrafo 126.

⁸¹ Según lo dispone el artículo 54 de la LOSMA.

⁸² Corte Suprema, causa ROL 2659-2010, Considerando 247.

⁸³ CORDERO Vega, Luis, Lecciones de Derecho Administrativo, Segunda Edición, Thomson Reuters, 2015, página 374.

⁸⁴ Segundo Tribunal Ambiental, causa ROL R-160-2017, Considerando Cuadragésimo.

⁸⁵ OSORIO Vargas Cristóbal, Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador, Parte General, 2° Edición, Legal Publishing, Santiago, página 384.

En primer lugar, en la FdC⁸⁶ la SMA tuvo como antecedente lo supuestamente constatado en el Informe de Fiscalización DFZ-2019-309-II-RCA⁸⁷ (“Informe de Fiscalización”), el cual concluye, por un lado, que habría una diferencia en las áreas de vegetación, que evidenciarían una pérdida total de 2,88 hectáreas, lo cual representaba el 3% del área de 94,68 hectáreas existentes al año 1995. Asimismo, también identifica transiciones de superficies de mayor a menor vigor o a sectores sin vegetación, cuantificados en un total de 24, 57 hectáreas, la cuales habrían sufrido algún cambio hacia su disminución de su vigor y/o cobertura, lo que equivaldría a un 26% de la superficie total al año 1995.

Todo ello, no constituía daño ambiental ni siquiera reparable a la fecha de la FdC (julio 2020), pues el cargo fue clasificado por la SMA como grave en la citada resolución, pero por haber incumplido gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto, no por daño ambiental. En concreto, no hay mención alguna en la FdC respecto a una posible aplicabilidad, en base a los antecedentes observados a esa época, de un daño ambiental.

En segundo lugar, durante el procedimiento sancionatorio la SMA no obtuvo nuevos antecedentes que evidenciaran que tales efectos eran mayores, por el contrario. Si se atiende a la cuantificación que se realiza en la Resolución para el caso del componente vegetación, atendidos los números y porcentajes a los que dichos efectos fueron traducidos tal desajuste es evidente.

Así, mientras en el considerando N°236 de la Resolución se referencian las citadas cifras de pérdida de 2,88 ha de vegetación y de disminución del 26% de la superficie y/o cobertura presentes en la FdC y el Informe de Fiscalización que la antecede; en el considerando N°237 de la Resolución, se agrega que “*se realizó un nuevo análisis con mayor sensibilidad y resolución, concluyendo que la vegetación del humedal Tilopozo ha presentado una disminución en su vigor y/o cobertura durante los últimos años*”, el cual reflejaría un aumento de superficies de bajo NDVI y una disminución de superficies con valores de NDVI mayores, entregando nuevas cuantificaciones al respecto.

Si se consideran tales números y porcentajes, estos evidencian una afectación menor de la originalmente imputada por la SMA en su FdC. Sin embargo, inexplicablemente el cargo se reclasificó con una mayor gravedad, pasando a ser una infracción gravísima por daño ambiental irreparable, esto es, la máxima categoría de afectación ambiental que reconoce nuestro ordenamiento.

Los números y porcentajes considerados en la Resolución (no fundados en el Informe de Fiscalización) son los siguientes:

⁸⁶ Véase considerando N°14 de la FdC.

⁸⁷ Así se indica en considerando 236 de la Resolución.

Tabla N°3 Síntesis resultado análisis SMA NDVI durante el sancionatorio

Polígono	Área total	Área de cambio neto 1995-2020 de disminución de vigor y/o cobertura	Porcentaje de cambio neto del área total	Rango de NDVI
TLP1	47,6 ha	9,91 ha	20,79%	0,3 ≤ NDVI ≤ 0,5
TLP2	15,4 ha	2,17 ha	14,01%	0,5 < NDVI
TLP3	24,6 ha	3,35 ha	13,57%	0,3 ≤ NDVI ≤ 0,5
TLP3	24,6 ha	0,54 ha	2,18%	0,5 ≤ NDVI
Total	87,6 ha	15,97 ha	16,8% o 18,2%*	

Fuente: Elaboración propia en base a la Resolución⁸⁸

*El porcentaje depende de si se compara el valor de hectáreas con la superficie considerada por la SMA en la FdC como total de 1995 (94,5 ha) o con el área total -TLP1, TLP2 y TLP3- (87,6 ha) considerada en el análisis de la Resolución

En el análisis expresado únicamente en la Resolución es posible observar que, primero, no hay mención alguna a una pérdida de 2,88 hectáreas, pues las únicas referencias efectuadas a este número de hectáreas se refieren a modo de contexto a lo que se determinó en el IFA DFZ-2019-309-II-RCA, que sirvió de base para la FdC.⁸⁹

Segundo, en cada uno de los polígonos anteriores, la afectación porcentual resulta siempre menor al 26% estimado en la FdC.

Tercero, si bien en el primer análisis la SMA concluyó la disminución de aproximadamente un cuarto del vigor y/o cobertura de la vegetación de las Vegas de Tilopozo, lo que correspondería específicamente a 24,57 ha de la superficie total al año 1995 (94,5 ha); de su análisis posterior, vertido en la Resolución y sintetizado por nosotros en la tabla N°3 no se deduce el mismo valor, sino uno menor, equivalente a 15,97 ha⁹⁰, las que corresponden a un porcentaje de 16,8% respecto del mismo valor considerado por la SMA en su FdC como superficie total al año 1995 o de 18,2% si se lo compara con la sumatoria del área total de los polígonos TLP1, TLP2 y TLP3⁹¹ considerados en la Resolución.

En consecuencia, pese a que entre el primer análisis y el segundo, i) desaparece la pérdida de 2,88 hectáreas y ii) hay una diferencia de 8,6 hectáreas que no han disminuido su vigor y/o cobertura, la autoridad inexplicablemente en su Resolución dio por corroborado que, en su entender, alrededor de un cuarto de la vegetación de las Vegas de Tilopozo habría sufrido una disminución de su vigor y/o cobertura⁹². ¿Cómo puede confirmarse aquello en base a un análisis que evidencia una situación de menor afectación? Este sinsentido puede sintetizarse del siguiente modo:

⁸⁸ Véase considerandos N°227, 228, 229 y 237. Este cuadro fue construido utilizando 3 tipos de series temporales, calculándose para cada polígono, la media zonal para cada fecha.
⁸⁹ Véase considerandos N°15 y 236 de la Resolución.
⁹⁰ Este valor se obtiene de adicionar las hectáreas identificadas en la tabla N° 3, en la columna "Área de cambio neto 1995-2020 de disminución de vigor y/o cobertura".
⁹¹ Cabe notar que dicho porcentaje no cambia sustantivamente si se lo compara con la sumatoria de la combinación de los valores considerados como "área total" de TLP1, TLP2 y TLP3, en tal caso, el área con cambio neto solo totaliza un 18,2%, valor que sigue siendo menor al 26% considerado en la FdC.
⁹² Véase considerando N°238 de la Resolución.

Tabla N°4 Síntesis conclusiones y análisis numéricos SMA FdC y Resolución

Situaciones	Situación 1	Situación 2
Momento de análisis	Informe de Fiscalización y FdC	Sanción ⁹³
Supuesto efecto constatado	i. Pérdida de 2,88 hectáreas de vegetación. ii. Disminución del vigor y/o cobertura de la vegetación de las Vegas de Tilopozo en 24,57 hectáreas. iii. La disminución del vigor y/o cobertura corresponde a un 26%, del área considerada como superficie total en 1995.	i. No se identifica pérdida de hectáreas. ii. Disminución del vigor y/o cobertura de la vegetación de las Vegas de Tilopozo en 15,97 hectáreas. iii. La disminución del vigor y/o cobertura corresponde a un 16,8%, del área considerada como superficie total en 1995 en la situación 1 o un 18,2% de la suma de superficies totales de TLP1, TLP2 y TLP3.
Comparación afectaciones	Situación 2 < Situación 1	
Conclusión de la SMA	No constituye daño ambiental Infracción grave por aplicación del artículo 36 N°2 e) de la LOSMA	Constituye daño ambiental irreparable Infracción gravísima por aplicación del artículo 36 N°1 a) de la LOSMA

Fuente: Elaboración propia en base a la Resolución

Tal conclusión no es coherente, ni armónica y, en definitiva, resulta arbitraria al no exponerse en la Resolución fundamentación alguna que la justifique.

Por otro lado, cabe indicar que la reclasificación relativa a los demás componentes ambientales invocados en la Resolución (aguas subterráneas y población protegida) tampoco supera un estándar de coherencia a la luz del principio de congruencia. Ello, pues si se mira en detalle la justificación dada por la autoridad en la Resolución para tales componentes, esta no se basa realmente en antecedentes nuevos que haya tenido a la vista a raíz de la instrucción del procedimiento sancionatorio. Por el contrario, se funda en referencias descontextualizadas de la Evaluación Monturaqui, la cual ya tenía a la vista en la FdC, pues allí se incorporaron referencias expresas a la misma⁹⁴.

En definitiva, el principio de congruencia, que incluye la coherencia de la clasificación de la infracción entre FdC y la sanción, ha resultado vulnerado y transgredido en este caso, infringiéndose de paso los artículos 41 de la Ley N°19.880⁹⁵ y 53 y 54 de la LOSMA.

Lo anterior, atendido que en la Resolución no media justificación alguna basada en hechos nuevos y más gravosos que los originalmente observados por la propia autoridad en su FdC. Incluso, contradictoriamente, en el caso de las vegas, los antecedentes analizados en

⁹³ Véase considerando N°237 de la Resolución.
⁹⁴ Véase considerando N°17 de la FdC.
⁹⁵ Dicho artículo establece el contenido de la resolución final, disponiendo en su inciso cuarto, que “Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada. (...)”. Por otra parte, los artículos 53 y 54 de la LOSMA disponen, respectivamente, al dictamen y a la resolución sancionatoria.

la Resolución evidenciaron una disminución respecto de la afectación originalmente considerada en la FdC ⁹⁶.

IV.3.2. La SMA no justificó adecuadamente la afectación de los componentes ambientales

La SMA reclasificó la infracción en la Resolución apelando a tres componentes ambientales; las aguas subterráneas⁹⁷, la vegetación de las Vegas de Tilopozo⁹⁸ y la población protegida (la Comunidad Indígena Atacameña de Peine)⁹⁹. Si bien la autoridad nominalmente construyó los daños ambientales por componente de manera diferenciada, es claro que estos no son independientes, no se sostienen por sí mismos; por el contrario, son reflejos, entre sí, tanto en cuanto a su significancia como irreparabilidad.

Esta relación entre los componentes es importante, porque al descartarse el daño en aguas subterráneas, también desaparece la afectación en los demás componentes y, por su parte, al descartarse la afectación de la vegetación de las Vegas de Tilopozo, ello también supone automáticamente un descarte respecto del daño en la población protegida.

Revisaremos los errores de fundamentación que comete la SMA al justificar un daño irreparable en cada uno de estos componentes.

IV.3.2.1. Insuficiente justificación del daño al componente aguas subterráneas

En lo concerniente a la supuesta afectación del componente hídrico, la SMA cuantifica el impacto hídrico¹⁰⁰ asociándolo, por un lado, al descenso por sobre los 25 cm que se verificarían en los pozos TP-1, TP-2, TP-3 y SAT-2¹⁰¹.

Por el otro, en lo que respecta al alcance temporal, la autoridad¹⁰² sustenta su juicio en los antecedentes del modelo hidrogeológico presentado por Escondida en el marco de la Evaluación Monturaqui, en específico, el escenario definido como caso base en la Adenda Excepcional de dicha evaluación¹⁰³.

En su análisis, la SMA prescinde de una serie de consideraciones atinentes. Primero, como vimos (sección IV.2) la disminución atribuida corresponde a efectos de terceros, en concreto, el cono de depresión formado por las extracciones de CMZ en Negrillar y Albemarle en las Vegas de Tilopozo.

Segundo, el daño se basa en aplicar un lugar de control para los 25 cm que es técnicamente errado y derechamente ilegal (sección IV.1). Tanto la existencia como el dimensionamiento de este “daño” son consecuencia de la incorrecta comprensión por parte de la autoridad del funcionamiento del Acuífero MNT, de la finalidad que desarrollaban las mediciones en los referidos pozos y, en definitiva, del permiso ambiental de Escondida.

⁹⁶ Respecto al principio de congruencia, ver sentencia de Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-266-2020.

⁹⁷ Véase considerando N°181 y siguientes de la Resolución.

⁹⁸ Véase considerando N°206 y siguientes de la Resolución.

⁹⁹ Véase considerando N°241 y siguientes de la Resolución.

¹⁰⁰ Véase sección 1.a) Cuantificación y/o cualificación del daño ambiental sobre las aguas subterráneas de la Resolución.

¹⁰¹ Véase considerando 183° de la Resolución.

¹⁰² Véase considerando 185° de la Resolución.

¹⁰³ Véase considerando 186° de la Resolución.

En efecto, la disminución hídrica ocasionada por Escondida (que aún no ha llegado a los puntos de control considerados por la SMA) corresponde al resultado esperable a partir de sus autorizaciones de extracción, esto es, una consecuencia prevista y admitida por el sistema de evaluación de impacto ambiental, precisamente porque sus consecuencias serían una disminución de los niveles de agua disponible en la zona, sin afectar ninguno de los demás componentes que integran el medio ambiente, considerados en su conjunto.

Se trata de un impacto admitido por el sistema, evaluado ambientalmente y no de un “daño”. Cuestión que es consistente con el entendimiento que la literatura especializada ha otorgado al rol que desempeña el SEIA en nuestro ordenamiento jurídico y su vinculación con el concepto de daño ambiental. Ello, pues:

“el SEIA no hace que una actividad no sea dañosa, ella lo es per se, pero toda actividad humana lo es (...) Lo que hace el SEIA es examinar dichos daños y determinar si son o no admisibles, según se ajusten o no a los niveles de daño que la norma admite (...) En definitiva, a través del SEIA se transforma el daño ambiental en un sentido lato, en una alteración del medio ambiente, o impacto ambiental, que es jurídicamente tolerable”.¹⁰⁴

Tercero, el análisis de la SMA¹⁰⁵ sobre la temporalidad de los efectos en las aguas subterráneas de la extracción de Escondida (del cual depende el carácter de irreversible que se atribuye en cada componente), prescinde completamente de que la propia autorización ambiental consideró un largo tiempo de recuperación del Acuífero MNT.

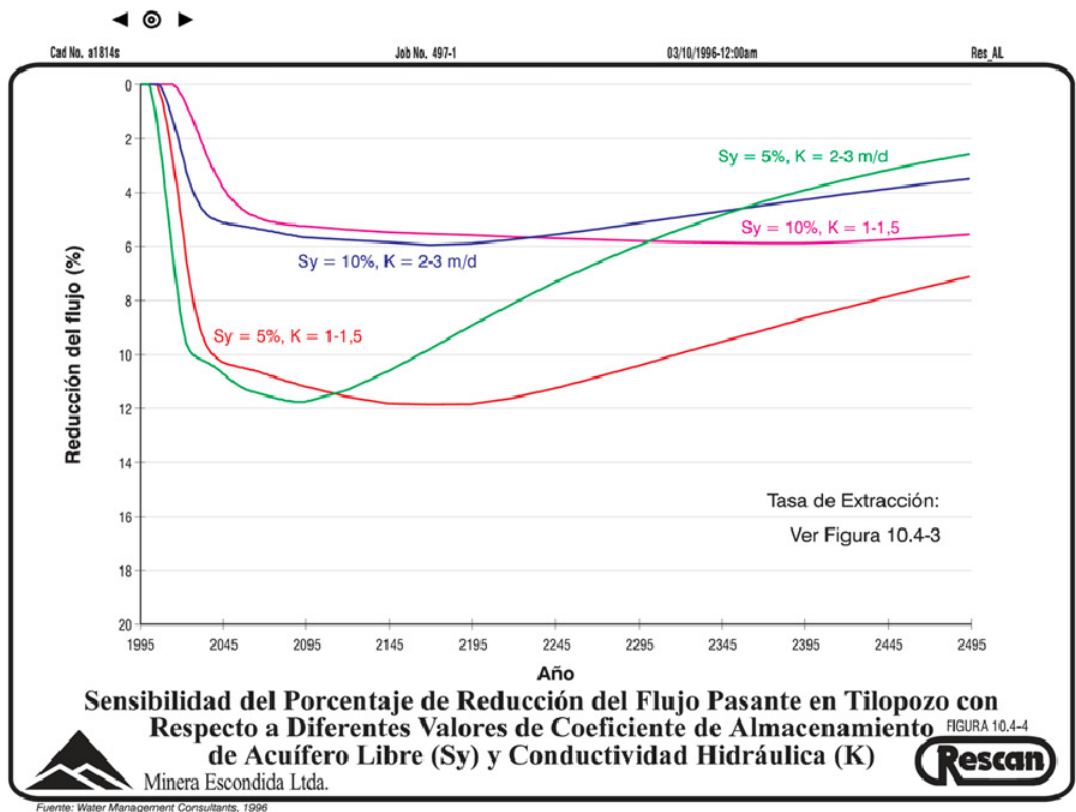
El EIA de 1996, aprobado mediante la RCA N°1/1997, expresamente describió que la recuperación del Acuífero MNT hasta su condición original requeriría de cientos de años, vale decir, superaría la escala humana. En específico, el capítulo 10 “*Análisis de Impacto Ambiental, Medidas de Mitigación y Valoración de Impactos*” avizora que los plazos involucrados en dicho proceso de recuperación serían extensos y, de hecho, la figura 10.4.3 (Figura N°15 abajo), representa el resultado de las diferentes simulaciones para evaluar los efectos de las extracciones conjuntas de CMZ y Escondida en el flujo pasante en la sección de descarga hacia la zona de vegas.

Según se ve, en todas ellas aún en el año 2495 no se obtendría una recuperación total del flujo pasante, independiente del coeficiente de almacenamiento (Sy) y la conductividad hidráulica (K) que se asumiese para el Acuífero MNT.

¹⁰⁴ BERMÚDEZ SOTO, Jorge, Fundamentos de Derecho Ambiental, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2da Edición, Valparaíso (2014), p. 280.

¹⁰⁵ Véase considerando N°265 de la Resolución.

Figura N°15 – Plazos de recuperación planteados en el EIA de 1996 para el flujo pasante hacia la zona de vegas (Tasa de extracción considerada: CMZ: 400 l/s por 20 años; Escondida: 1.400 l/s por 21 años)



Fuente: EIA del Proyecto, figura 10.4-4, foja N°390 del Expediente Consolidado de Evaluación Ambiental

Al respecto, cabe indicar que, por coeficiente de almacenamiento se debe entender la capacidad de contener el agua que tiene el Acuífero MNT que está dada por los espacios que tiene la roca, ya sean poros o fracturas. Por su parte, la conductividad hidráulica es la capacidad de entregar agua de esa roca.

En este contexto, la línea roja ($Sy = 5\%$; $K = 1 - 1,5$) representa la simulación de un escenario en el que el 5% del Acuífero MNT almacenaba agua y esta agua se entregaba entre 1 a 1,5 m/día. Para ese escenario, la recuperación del sistema se encuentra más allá de la escala humana.

Luego la línea verde ($Sy = 5\%$; $K = 2 - 3$ m/d) representa la simulación de un escenario en el que el 5% del Acuífero MNT almacenaba agua y esta agua se entregaba entre 2 a 3 m/día. Para ese escenario, la recuperación del sistema, aunque es más rápida, todavía está más allá de la escala humana.

Por su parte, la línea azul ($Sy = 10\%$; $K = 1 - 1,5$ m/d) representa la simulación de un escenario en el que el 10% del Acuífero MNT almacenaba agua y esta agua se entregaba entre 1 a 1,5 m/día. Para ese escenario, la recuperación del sistema también se encuentra más allá de la escala humana.

Finalmente, la línea rosa ($Sy = 10\%$; $K = 2 - 3$ m/d) representa la simulación de un escenario en el que el 10% del Acuífero MNT almacenaba agua y esta agua se entregaba entre

2 a 3 m/día. Para ese escenario, la recuperación del sistema también se encuentra más allá de la escala humana.

En definitiva, cualquier autorización ambiental para utilizar los recursos hídricos, incluso aquella que deja prácticamente inalterado el flujo pasante, involucra un periodo de recuperación del sistema que supera la escala humana.

De igual forma, en el punto 10.4.2.2, página 10.32, del mismo capítulo, se señala sobre la afectación esperada en el nivel freático en el entorno del campo de pozos, y el plazo de recuperación requerido, lo siguiente:

“Considerando todas las condiciones posibles de extracción, la mayor parte del agua bombeada en Monturaquí sería extraída desde el almacenamiento. A una tasa de extracción de 1.400 L/s un valor de Sy de 10%, se produciría una reducción general de 30 m en el nivel freático de la cuenca de Monturaquí y 20% de reducción en el almacenamiento. La elevación mínima del nivel freático se produciría inmediatamente antes del cese del bombeo y el nivel comenzaría a recuperarse. Desde este momento la recarga será “consumida” para rellenar el almacenamiento, lo cual resultará en el largo tiempo pronosticado para la recuperación en el área de Tilopozo.”

En definitiva, el largo período de recuperación del Acuífero MNT es parte consustancial e indispensable del permiso otorgado, el cual enfocó su evaluación ambiental en la utilización sustentable del volumen del Acuífero MNT, sin afectar su funcionalidad hidrogeológica, de manera tal que se mantuviese la provisión del flujo pasante a la zona de descarga, lugar donde se desarrollan las Vegas de Tilopozo y las lagunas de La Punta y La Brava.

Cuarto, la Resolución también omite que la capacidad de regeneración del Acuífero MNT, partiendo de los lineamientos establecidos en la Guía de Evaluación de Efectos Adversos sobre Recursos Naturales Renovables¹⁰⁶ para las aguas subterráneas, se relaciona con la alteración de la dinámica hidrogeológica. Esta alteración se manifiesta en que:

- Los flujos no siguen ocurriendo por las mismas unidades hidrogeológicas que en condición natural.
- Los niveles freáticos no se mantienen comparables a las condiciones naturales de forma de garantizar una sección transversal de escurrimiento similar a la condición natural.
- Se alteran las direcciones de flujo.
- Los gradientes hidráulicos no se mantienen comparables a la condición natural.

A *contrario sensu*, no habiéndose generado tales alteraciones, se garantiza que el sistema siga siendo funcional en su rol de alimentador de recurso hídrico hacia la zona de descarga y; subsecuentemente, que la capacidad de regeneración del Acuífero MNT no se vea afectada, cuestión que es precisamente lo que aquí ocurre.

¹⁰⁶ Servicio de Evaluación Ambiental, Guía de Evaluación de Efectos Adversos sobre Recursos Naturales Renovables, Segunda Edición (2022), p. 23.

IV.3.2.2. Insuficiente justificación del daño al componente vegetación de las Vegas de Tilopozo

Para construir el daño a este componente, la SMA consideró tanto el Informe Rivera presentado por Escondida, el cual descartó de manera errada (sección IV.2), como el informe “*Evolución temporal de la vegetación presente en las Vegas de Tilopozo*” del Centro de Ecología Aplicada (“Informe CEA”)¹⁰⁷, que desestimó por supuestamente adolecer de una serie de errores metodológicos¹⁰⁸.

Lo anterior es paradójico, pues el análisis de la SMA sobre el componente no solo es confuso e impreciso, sino que precisamente adolece de una serie de errores metodológicos. Esto es del todo relevante, pues la carga de justificar la afectación que invoca, como organismo persecutor dotado de amplias facultades, recae en ella, no en Escondida.

Primero, es confuso, entre otras razones, porque la propia resolución no sigue un hilo argumentativo claro y coherente. En concreto, la afectación calificada como daño ambiental es indicada en el considerando N°238 del siguiente modo como una conclusión: “***un cuarto de la vegetación de las Vegas de Tilopozo ha sufrido una disminución de su vigor y/o cobertura***”¹⁰⁹ (énfasis ennegrecido de la cita original) afirmación que, si se analiza correctamente el expediente sancionatorio, se detecta que tiene por antecedente el Informe de Fiscalización¹¹⁰ y la FdC¹¹¹, no así el considerando inmediatamente anterior de la misma Resolución (N°237), el cual sintetiza las conclusiones del análisis realizado por la SMA durante el procedimiento sancionatorio, que es distinto al de la FdC.

Sin embargo, como indicamos previamente, (sección IV.3.1 y tablas N°3 y 4) una vez ordenados los valores del análisis realizado por la SMA durante el procedimiento sancionatorio y sintetizados en el considerando N°237, de ellos no se deduce que un cuarto de las vegas haya sufrido una merma en vigor y/o cobertura, sino que un porcentaje menor.

Dicha confusión es patente en la Resolución Exenta N°175/2023¹¹² al punto que la propia SMA al identificar el daño en las vegas, al rechazar la Reposición, invoca erradamente el considerando N°237° de la Resolución, sin aparentemente notar o justificar porqué tales valores no expresan una disminución de un cuarto de la vegetación de las Vegas de Tilopozo.

Segundo, la SMA en su Resolución homologa dos conceptos que son distintos, esto es, el vigor y la cobertura vegetal. Mientras la cobertura representa un porcentaje de especies vegetacionales presentes dentro de un transecto medido en terreno y, por tanto, alude a la proporción de vegetación en una superficie determinada, la vigorosidad corresponde a la detección de actividad fotosintética en un momento dado.

Sin embargo, la SMA de manera reiterada durante el procedimiento sancionatorio, e incluso de manera previa en la etapa de investigación, utiliza ambigualmente ambos conceptos.

¹⁰⁷ Incorporado por Escondida al procedimiento sancionatorio el 2 de noviembre de 2020.

¹⁰⁸ Véase considerando N°218 y Tabla 2 de la Resolución.

¹⁰⁹ Véase considerandos N°238. Conclusión que se ratifica si se miran los considerandos 266 y 310 de la Resolución.

¹¹⁰ En concreto, dicho análisis proviene de lo considerado en el anexo N°20 del Informe de Fiscalización.

¹¹¹ Véase considerando N°14 de la FdC, donde se señala “se identificaron transiciones de superficies de mayor a menor vigor o a sectores sin vegetación, pudiendo cuantificarse un total de 24,57 hectáreas que han sufrido algún cambio hacia una disminución de su vigor y/o cobertura, lo que equivale a un 26% de la superficie total al año 1995”.

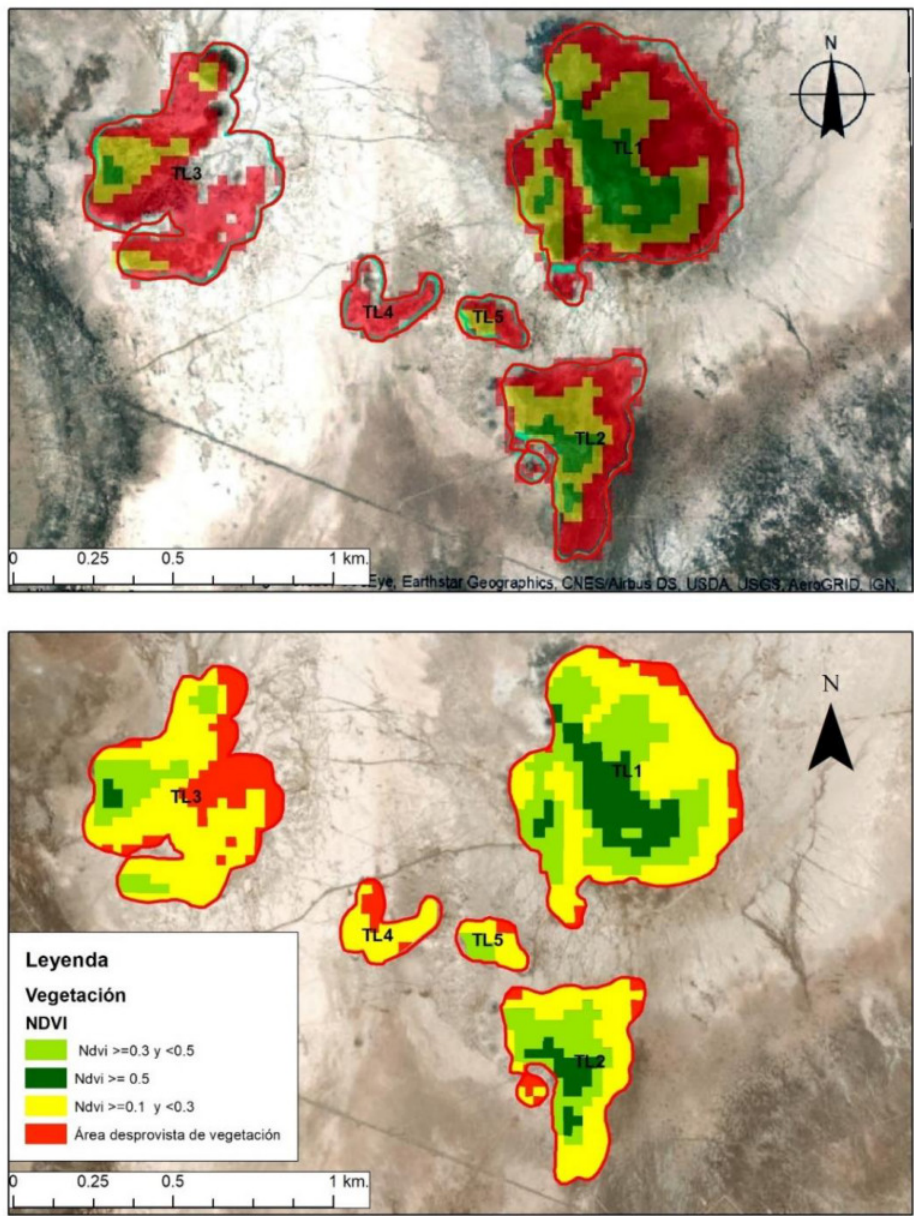
¹¹² Véase considerando N°28 b) de la Resolución Exenta N°175/2023.

Así, en la Resolución continuamente se utilizan los vocablos “*vigor y/o cobertura*”¹¹³ para aludir a la merma del componente vegetación, resultando así la construcción de este daño, en definitiva, una afirmación ambigua.

Tercero, existe un considerable error en el tamaño de la superficie de las Vegas de Tilopozo utilizada como referencia en el Informe de Fiscalización de la SMA, ya que al sostener la conclusión de disminución generalizada, la autoridad asumió equivocadamente la existencia de 94,68 hectáreas de vegas al año 1995, tamaño que se utilizó como base para las comparaciones posteriores.

Sin embargo, dicho cálculo consideró áreas desprovistas de vegetación, tal como se puede observar en la siguiente imagen comparativa:

Figura N°16 – Polígonos TL1, TL2, TL3, TL4 y TL5, que según la SMA conformarían las Vegas de Tilopozo en 1995



Fuente: Elaboración propia en base a la Figura 2 “Segmentación por zonas según NDVI Humedal Tilopozo” del Informe Técnico Reporte Humedal Tilopozo (Anexo N°20 del Informe de Fiscalización).

¹¹³ Véase considerandos N°15, 218, 221, 233, 236, 237, 238, 266 y 310.

La primera imagen corresponde a la segmentación de cada polígono de humedal realizada por la SMA, donde se puede apreciar el sobredimensionamiento de cada polígono marcado con bordes de color rojo. Para hacer más evidente dicho abultamiento, la segunda imagen replica la primera, y explicita, en color rojo las áreas desprovistas de vegetación.

Este error en el tamaño de la superficie total de las Vegas de Tilopozo es considerable; por sí solo, atribuye alrededor de 7 hectáreas adicionales en 1995 que no son tales.

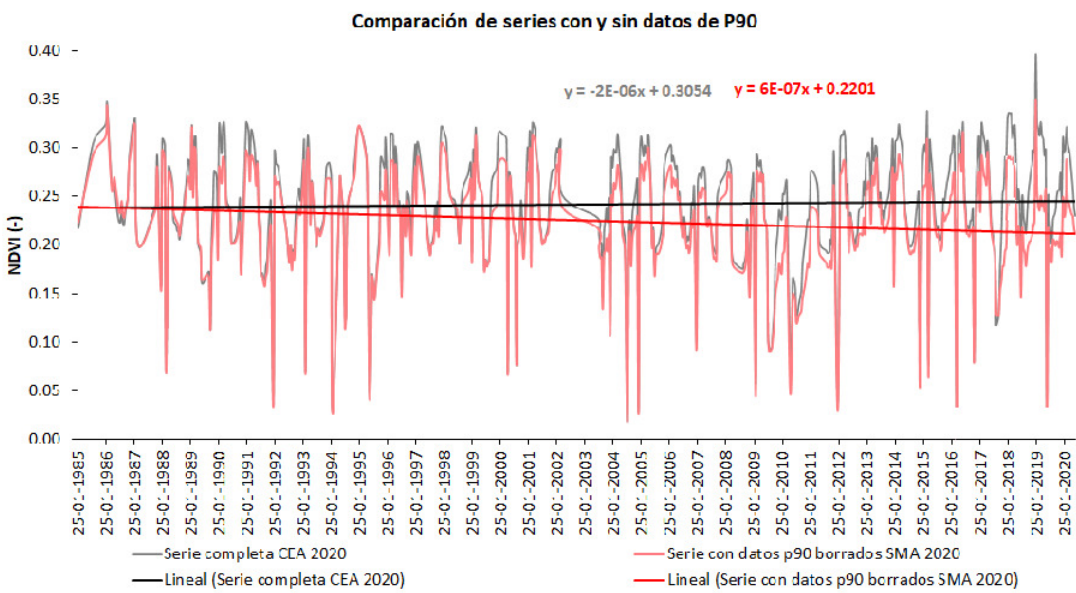
En síntesis, la SMA funda sus conclusiones en un análisis basado en polígonos considerablemente más grandes que el tamaño efectivo de las Vegas de Tilopozo, cuestión relevante, pues a medida que el polígono de control es más grande y no coincide con la realidad, mayor y más errada resulta la tendencia a la disminución que termina artificiosamente por atribuir.

Cuarto, como parte de la metodología aplicada en el Informe de Fiscalización, se eliminan los valores correspondientes al 10% más alto. Esto también corresponde a un serio error basal, pues la vegetación azonal presente en el área de estudio manifiesta durante los meses de verano valores altos que expresan la máxima actividad fotosintética de su estado fenológico.

En otras palabras, el comportamiento propio, natural y esperable de las Vegas de Tilopozo posee valores extremos que no pueden ser considerados como anómalos, sin distorsionar el objeto de análisis.

Lo anterior, resulta visualmente corroborado en el siguiente gráfico, donde en líneas rojas puede observarse la serie de datos sin considerar el 10% más alto y en gris, la misma, pero considerándolos:

Figura N°17 – Gráfico comparativo de tendencias NDVI de las Vegas de Tilopozo con la eliminación del 10% más alto de los valores



Fuente: Elaboración propia

En el gráfico es posible observar, por un lado, que la existencia de valores extremos es normal en las Vegas de Tilopozo (la diferencia entre líneas rojas y grises es repetitiva a lo largo

de la serie de tiempo) y, por el otro, que la tendencia lineal de la evolución del NDVI cambia desde estable (línea recta negra) a descenso (línea recta roja), automáticamente como consecuencia de descartar el 10% de los valores más altos o percentil 90, como lo denomina la SMA. Una errada decisión metodológica del procesamiento de la información produce consecuencias drásticas.

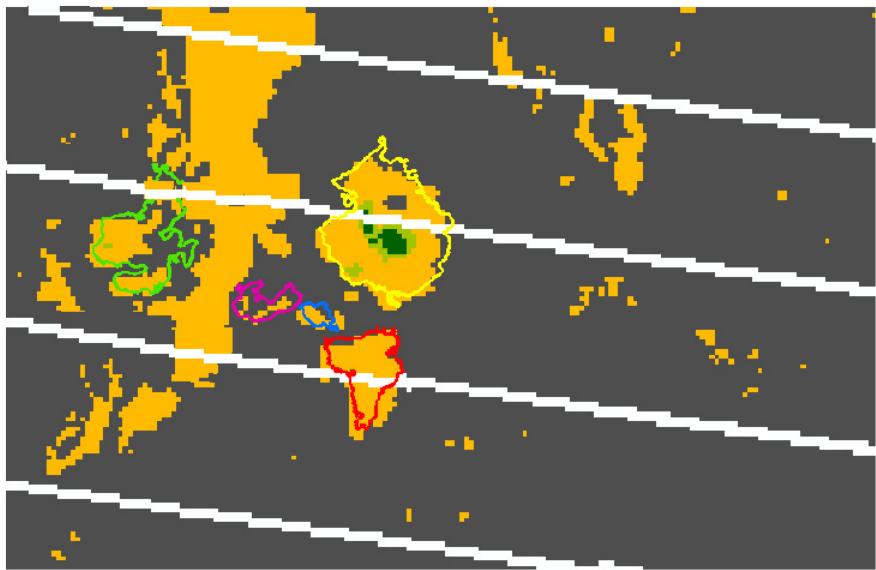
En definitiva, la eliminación de tales datos resta a la dinámica natural y esperable del sistema. Subestimar el comportamiento de las Vegas de Tilopozo en el período analizado y, en el caso concreto, implicó el descarte de aproximadamente 9 hectáreas de vegetación total con valores altos de NDVI.

Quinto, el análisis de la SMA¹¹⁴ se realizó considerando imágenes satelitales de la categoría Landsat 5 y 7. Sin embargo, las imágenes de Landsat 7 presentan un error de bandeo o barrido¹¹⁵ desde el año 2012-2013 en adelante.

En consecuencia, cada píxel analizado en base a tales imágenes se encuentra desplazado entre 120 a 450 metros, por lo que los pixeles considerados terminan por quedar fuera del área de los polígonos de interés, lo que afecta seriamente la representatividad de la conclusión de la SMA, influyendo en el sobredimensionamiento del tamaño de las Vegas de Tilopozo y termina por subestimar el valor NDVI en los polígonos de control vegetacional ubicados en la periferia, influenciando a la baja el promedio.

En la siguiente imagen pueden observarse las consecuencias del error de bandeo descrito, esto es, líneas de ausencia de información y desplazamiento, en los polígonos de las Vegas de Tilopozo.

Figura N°18 – Imagen ejemplo de Landsat 7 sin corrección de error de bandeo



Fuente: Elaboración propia en base a imagen LANDSAT 7 ETM+ (12 de julio de 2018)

Al respecto, cabe notar que si bien las bases de datos disponibles en Google engine referidas a LANDSAT 7 ETM+ incluyen interpolaciones a fin de rellenar datos faltantes o inexistentes, tales metodologías son válidas a escala regional y su corrección y aplicación no es recomendada a la escala de este caso, debido al pequeño tamaño de los polígonos.

¹¹⁴ Así se expresa en la sección “3. Metodología” del Anexo N°20 “Reporte Humedal Tilopozo” del Informe de Fiscalización.

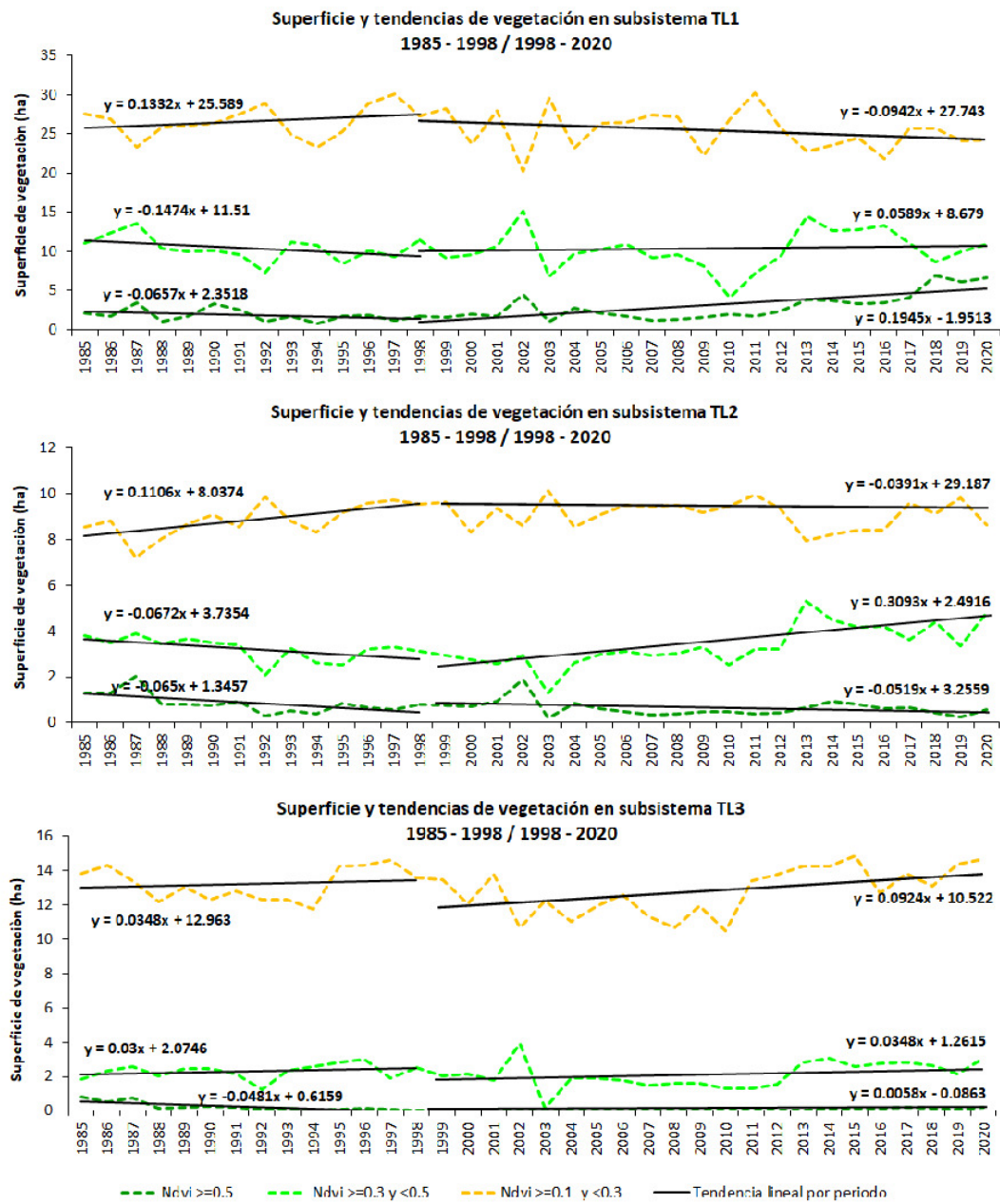
¹¹⁵ El error de bandeo o de barrido se genera por líneas de ausencia de información debido a imperfección de los sensores o alteraciones de movimiento del satélite.

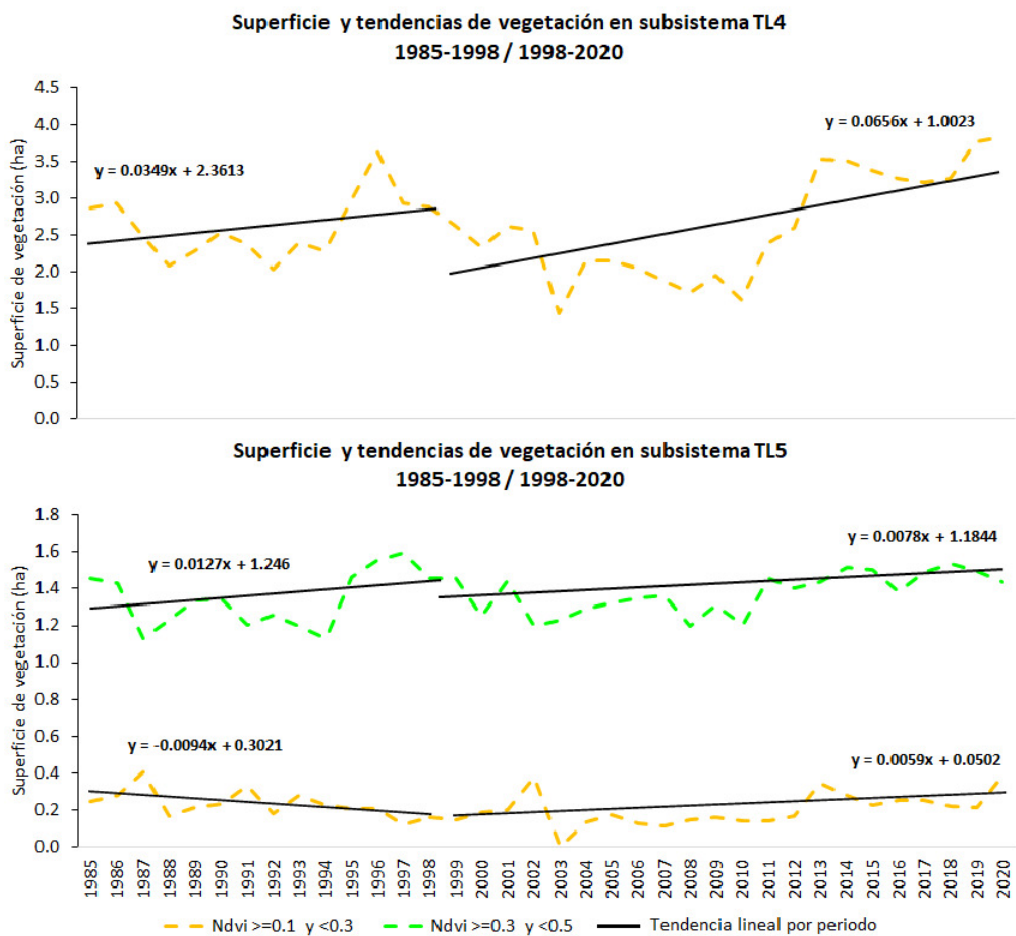
En síntesis, atendido el tipo de imágenes utilizadas por la SMA y las dimensiones de las Vegas de Tilopozo, el error de bandeo distorsiona el análisis de la autoridad.

Esta serie de errores son graves e invalidan la conclusión del supuesto daño identificado por la SMA. Sin embargo, cabe señalar que, en el marco del desarrollo de esta reclamación, Escondida analizó nuevamente la condición general de vigorosidad de las Vegas de Tilopozo y una vez más arribó a resultados diametralmente diferentes de los aludidos por la SMA en su Resolución.

Una síntesis parcial de tales análisis se visualiza en los siguientes gráficos de tendencia, en los que se ha realizado un corte en el año 1998 –correspondiente al momento en que comenzó la extracción de aguas desde Monturaqui por parte de Escondida–, pese a que los efectos hídricos de Escondida no han llegado aún al área de vegas y, por lo demás, es físicamente imposible que los efectos originados por la extracción en el área de Monturaqui, por ejemplo en 1998, sean capaces de afectar de manera instantánea, recorriendo los 46 kilómetros que la distancian el campo de pozos de las Vegas de Tilopozo.

Figura N°19 – Tendencias de NDVI observado en las Vegas de Tilopozo con imágenes satelitales de mediana resolución (serie Landsat LS5 y LS8 corregidas y armonizadas)





Fuente: Elaboración propia

Del análisis gráfico se desprende con claridad que, en prácticamente todos los subsistemas y rangos de NDVI, la tendencia lineal desde 1998 en adelante es estable. Por tanto, las afirmaciones de la SMA, que atribuye una tendencia generalizada a la disminución de vigor en las Vegas de Tilopozo, afectando a un cuarto de las Vegas de Tilopozo, son erradas.

Por lo demás, nuestras conclusiones son congruentes con lo expuesto por la literatura científica, por ejemplo, Chávez *et al* (2019)¹¹⁶ que, al reportar las amplias variaciones anuales y tendencias en el NDVI de los humedales de la puna entre Arica y Antofagasta, han expuesto la existencia de tendencias de estabilidad y aumento de la actividad fotosintética, concluyendo que:

“la serie temporal regional es relativamente estable entre 1986 y 2011 y solo se ve interrumpida por dos pequeñas caídas y recuperaciones en la productividad entre 1989 y 1993 y 1998 y 2000. Sin embargo, el período más productivo del récord de 31 años comienza en 2011 y se mantiene hasta el presente (2017)”.

Asimismo, estas conclusiones también resultan congruentes con lo señalado en el Informe CEA, incorporado al procedimiento sancionatorio. En dicho informe, se concluyó que la vegetación no ha presentado cambios significativos en el área con actividad fotosintética (área con presencia de vegetación) desde el año 1986 en adelante. Este resultado es coherente y corroborado por la cobertura que muestran las mediciones en transectos de Escondida, vale decir, el análisis de imágenes satelitales fue complementado con resultados de terreno, aspecto completamente ausente en los análisis vegetacionales de la SMA.

¹¹⁶ CHÁVEZ, R. O., CHRISTIE, D. A., OLEA, M., & ANDERSON, T. G. (2019). A multiscale productivity assessment of high Andean Peatlands across the Chilean Altiplano using 31 years of landsat imagery. *Remote Sensing*, 11(24), 2955.

En la misma línea, estudios adicionales realizados por un connotado académico experto en geomática (disciplina que engloba el análisis y procesamiento de datos satelitales), quien utilizando una metodología distinta a la de la SMA, la cual no solo corrige los errores ya referenciados, sino que considera variables relevantes y preteridas por la misma, como la pluviosidad y las características particulares de las especies presentes en las vegas, arriba en esencia a la misma conclusión que hemos adelantado: que el comportamiento de las Vegas de Tilopozo es estable, y que sus variaciones (naturales y esperables) son explicables por factores climáticos en los que evidentemente Escondida carece de injerencia.

En síntesis, una correcta apreciación de los antecedentes permite concluir que la supuesta pérdida de cobertura vegetal y la pérdida de vigor medida conforme con el índice NDVI, simplemente no es tal, pues las Vegas de Tilopozo se encuentran estables.

IV.3.2.3. Insuficiente justificación del daño al componente población protegida

Respecto de la justificación de daño ambiental vinculada a este componente, cabe indicar que la SMA en su Resolución sostuvo que la comunidad de Peine ha sufrido una afectación significativa, en particular, aquella identificada en la hipótesis del artículo 11 c) de la Ley N°19.300, vale decir, una alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos. A raíz de lo que denomina un “*uso abusivo*”¹¹⁷ por parte de Escondida del recurso hídrico que alimenta las Vegas de Tilopozo.

Dicha alteración se manifestaría en la dificultad generada a la comunidad de Peine en lograr la concreción de los lineamientos de conservación ambiental y la puesta en valor como atractivo turístico de las Vegas de Tilopozo. Sin embargo, la Resolución y expediente sancionatorio en general, carecen de antecedentes concretos que acrediten tal resultado.

En la Resolución, este componente carece de un análisis técnico propio realizado por la SMA que justifique el daño ambiental, sustentándose únicamente en la lectura por parte de la SMA de los antecedentes de la evaluación del Proyecto y de la Evaluación Monturaqui, en la que efectivamente Escondida reconocía un impacto a la cosmovisión de dicha comunidad.

Siguiendo la lógica de la SMA, este daño es claramente reflejo de los anteriores. Por lo mismo, habiéndose descartado aquellos (secciones IV.3.2.1 y IV.3.2.2), este también resulta descartado. No obstante, a mayor abundamiento, cabe detallar los gruesos errores en que incurre la autoridad al abordar esta materia.

Primero, la autoridad obvia que el Proyecto Monturaqui fue desistido y como tal, no se ejecutó, resultando descontextualizada la aplicación del análisis de impacto allí indicado a una realidad donde no se materializó este. De hecho, el propio desistimiento de la Evaluación Monturaqui por parte de Escondida consideró la posición de la comunidad de Peine en la época, de no consentir el proyecto.

Segundo, si bien la afectación de este componente en la Resolución alude a una afectación a los sistemas de vida y costumbres, ello se realiza con una metodología errada. La SMA únicamente se basa en pasajes de la evaluación ambiental que dio lugar a la RCA del

¹¹⁷ Véase considerando N°246.

Proyecto y en el EIA Proyecto Monturaqui, pero ambos EIAs son de elaboración de Escondida y en ellos, la Comunidad no tuvo participación¹¹⁸.

Lo anterior, es jurídicamente relevante pues este tipo de omisión ya fue observada por este Ilustre Tribunal en sentencia de fecha 12 de julio de 2021, dictada en causa Rol R-39-2020, en la cual se sostuvo que la susceptibilidad de afectación en medio humano, “*debe ser analizado de acuerdo a la autodeterminación cultural que rige en cada pueblo indígena*”. En efecto, la sentencia agrega:

“Dado lo anterior, no es posible imponer o desconocer los propios criterios de poblaciones con cosmovisiones distintas, esto es, la visión de sus propias prioridades, y que la misma normativa reconoce en su afán de protección. En este sentido, el citado artículo 27 del RSEIA exige, para el análisis de susceptibilidad directa –no de impactos significativos–, que el Servicio considere los mecanismos de decisiones, las costumbres y estructuras organizativas propias de los pueblos indígenas. Así también lo previene el artículo 8 del Convenio 169 al señalar que ‘Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario’”.¹¹⁹

Si la susceptibilidad de afectación directa requiere necesariamente de elementos de análisis propios del grupo humano eventualmente afectado, con mayor razón deben requerirse tales elementos para la determinación de un daño ambiental basado en el mismo fundamento, consideración de la cual carece por completo la Resolución.

Finalmente, más allá de este evidente problema metodológico en que se funda la Resolución, Escondida, junto con reiterar su reconocimiento de la Comunidad de Peine como único y exclusivo propietario, así como poseedor civil y ancestral del territorio donde se encuentra ubicado el Acuífero MNT y, por ende, único posible afectado por el alcance de las medidas que afecten dicho Acuífero MNT –tal como se expuso en el EIA del Proyecto Monturaqui–, manifiesta que, en su respetuoso entender, no existirían efectos relacionados con su extracción realizada hasta el año 2019, y que, de existir algún cambio, éste sería consecuencia de las alteraciones que por otras causas, naturales o antrópicas, podrían estar experimentando los ecosistemas.

En resumen, a lo largo de este apartado (**sección IV.3.**) se ha demostrado que la reclasificación efectuada por la SMA, aumentando su gravedad a daño ambiental irreparable, es ilegal.

Primero, porque no hay antecedentes en el procedimiento sancionatorio que justifiquen tal agravamiento. Incluso, en cuanto a las Vegas de Tilopozo, los análisis de la propia SMA arriban a una menor afectación de la por ella afirmada previamente en su FdC, cuestión que trasgrede de manera evidente el principio de congruencia, reconocido por la jurisprudencia y la doctrina.

Segundo, la SMA imputó a Escondida un supuesto daño ambiental irreparable sin fundamentar adecuadamente la afectación de los componentes ambientales en cuestión.

¹¹⁸ En el caso del EIA del proyecto Monturaqui, Escondida invitó a la Comunidad de Peine a participar en el levantamiento de información para la elaboración de la línea de base de medio humano, pero la Comunidad, por legítima decisión propia, declinó dicha invitación.

¹¹⁹ Sentencia del Primer Tribunal Ambiental, Rol N° R-39-2020, de 12 de julio de 2021, considerando centésimo vigésimo sexto.

En efecto, tratándose de las aguas subterráneas, la SMA cuantificó el supuesto daño asociándolo a la superación del Umbral en los puntos materia de la FdC, así como en el tiempo de recuperación de los efectos de la extracción de Escondida. Esto, en contradicción al mérito del expediente de evaluación ambiental.

Ello, pues la disminución hídrica ocasionada por Escondida, que todavía ni siquiera ha llegado a los puntos de control considerados por la SMA, corresponde una consecuencia prevista y validada durante el procedimiento de evaluación de impacto ambiental.

Así, la SMA en su Resolución sanciona como daño ambiental irreparable un impacto ambiental plenamente evaluado.

Particularmente, relevante resulta esta distinción (daño versus impacto) en lo referido al tiempo de recuperación del flujo pasante, que fue una variable expresamente analizada durante el procedimiento de evaluación, respecto de la cual se validó que lo evaluado suponía un período de recuperación que supera la escala humana.

En efecto, cualquier autorización ambiental para extraer recursos hídricos involucra un largo periodo de recuperación del sistema, por lo que siguiendo la lógica de la SMA, toda extracción de aguas implicaría un daño ambiental irreparable.

La evaluación ambiental, en cambio, puso su foco sobre la utilización sustentable del volumen del Acuífero MNT a fin de no afectar su funcionalidad hidrogeológica, por medio de mantener la provisión del flujo pasante a la zona de descarga y, con ello, resguardar el objeto de protección; nada de lo cual fue considerado por la SMA.

A su vez, la Resolución tampoco fundamentó debidamente la afectación sobre la vegetación de las Vegas de Tilopozo, acusando de un supuesto daño en base a un análisis confuso, con graves errores metodológicos y sin comprobación de datos en terreno. Todo ello, la llevó tanto a sobreestimar el tamaño efectivo de las Vegas, como a conclusiones que desconocen la dinámica propia del sistema vegetacional, el cual se muestra estable.

Por último, la SMA acusa sin fundamento plausible a Escondida de haber realizado un “uso abusivo” del recurso hídrico que alimenta las Vegas de Tilopozo, lo que habría ocasionado un daño sobre población protegida, por la afectación significativa en el sistema de vida y costumbres de la comunidad de Peine. Esto, en circunstancias que Escondida ha actuado en cumplimiento de su autorización de extracción y sin generar daño alguno.

Muy lejos de cumplir el estándar de fundamentación requerido, la Resolución no realiza un análisis concreto respecto del grupo específico que habría sido afectado para determinar el supuesto daño, sino que simplemente lo deriva de forma refleja de lo por ella afirmada sobre el recurso hídrico y la vegetación. Sin embargo, no habiéndose producido en realidad daño alguno en tales componentes, según hemos explicado, cabe descartar también la afectación señalada sobre grupos humanos.

IV.4. No consideración de las alegaciones de Escondida respecto a las circunstancias establecidas en el artículo 40 de la LOSMA al determinar la sanción

La Ley N°19.880 sobre procedimientos administrativos, establece como uno de los derechos de los administrados el poder formular alegaciones, y aportar documentos, durante el transcurso del procedimiento administrativo, imponiéndose a la administración el deber de tenerlos en cuenta al redactar la resolución final¹²⁰.

Por su parte, el artículo 40 de la LOSMA, en consonancia con el artículo 41, inciso cuarto¹²¹ de la Ley N°19.880 dispone que para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerarán las circunstancias que ahí se enlistan¹²², las cuales fueron detalladas por la propia SMA, en las Bases Metodológicas para la Determinación de las Sanciones Ambientales de 2017¹²³.

No obstante lo anterior, el análisis efectuado sobre cada una de las circunstancias del artículo 40 en la Resolución, careció de manera total de la debida consideración de los argumentos esgrimidos por Escondida respecto a dichas circunstancias, los cuales fueron vertidos en su escrito de fecha 24 de mayo de 2021, denominado “*Presentación Minera Escondida. Téngase presente consideraciones art. 40 LOSMA*”, sobre el cual la misma autoridad resolvió que se tendría presente mediante el resuelvo VI de la Resolución Exenta N°14/Rol D-099-2020.

Tales alegaciones se realizaron expresamente para el (entonces) improbable caso que la SMA estimara configurada la infracción y decidiera sancionar, esto es, de manera subsidiaria, mismo carácter que posee la ilegalidad que en este apartado describimos.

Específicamente, la SMA no consideró las alegaciones de Escondida respecto de las siguientes circunstancias: (i) Importancia del daño causado o peligro ocasionado; (ii) Importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental; y, la (iii) Intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.

Esto resulta evidente del razonamiento que se desarrolla en la Resolución a propósito de tales circunstancias. Así, respecto a la circunstancia (i) daño causado o peligro ocasionado¹²⁴, la SMA estimó que,

“la infracción ha generado un daño no solo sobre el recurso hídrico, debido a la explotación del acuífero MNT por un periodo de tiempo mayor al contemplado en la evaluación ambiental, sino que también afectando los servicios ecosistémicos que sustentan los afloramientos de agua subterránea en las Vegas de Tilopozo, que además son de relevancia para la CI de Peine; razón por la cual, el daño ocasionado, reviste una importancia alta, tanto por las características del medio ambiente afectado, como por el

¹²⁰Ley N°19.880, artículo 17 letra g).

¹²¹ Este inciso establece lo siguiente: “Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada (...)”

¹²² Importancia del daño causado o peligro ocasionado; número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción; beneficio económico obtenido con motivo de la infracción; intencionalidad en la comisión de la infracción y grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma; conducta anterior del infractor; capacidad económica del infractor; cumplimiento del programa de cumplimiento; detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado; y todo otro criterio que a juicio de la SMA sea relevante para la determinación de la sanción.

¹²³ Disponibles en: <https://portal.sma.gob.cl/index.php/download/bases-metodologicas-para-la-determinacion-de-sanciones-ambientales-2017/>

¹²⁴ Artículo 40, letra a) de la LOSMA.

efecto generado, de una magnitud considerable y de carácter permanente”¹²⁵
(ennegrecido de la cita original).

Sin embargo, la SMA no consideró los antecedentes y alegaciones efectuados por esta parte y acompañados oportunamente durante el transcurso del procedimiento sancionatorio¹²⁶, precisamente sobre tal circunstancia.

La principal alegación de Escondida respecto de esta circunstancia es que los cambios evidenciados en el medioambiente hasta la fecha se enmarcan en lo evaluado y aprobado ambientalmente, por lo que no se ha generado un daño o afectación, ni siquiera un peligro concreto. Al respecto, se presentó basta prueba que daba cuenta que las variables tanto de flora como de fauna se habían comportado de manera favorable y estable, debido a que las formaciones que dependen de los niveles freáticos superficiales -cuya disminución se reprochó en el procedimiento sancionatorio- se han mantenido e incluso aumentado en el tiempo¹²⁷. Asimismo, del análisis de los monitoreos de fauna, también fue posible corroborar que los valores de riqueza y abundancia se han mantenido de forma estable.

Finalmente, respecto a la eventual afectación al componente hídrico, es posible afirmar que los efectos asociados a la actividad de extracción de aguas subterráneas por parte de Escondida no han alcanzado la zona de Vegas de Tilopozo, de hecho, ni siquiera han arribado a los pozos de monitoreo (TP-1, TP-2, TP-3, y SAT2 o D6)¹²⁸.

En este contexto, se solicita a este H. Tribunal se ordene a la SMA la consideración y efectiva ponderación de estos antecedentes para la correcta decisión del asunto.

En similar tenor, en relación a la circunstancia (ii) Importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental, la SMA indicó que existía un nivel alto de vulneración del sistema jurídico de protección ambiental. La autoridad estimó que Escondida había vulnerado un instrumento de alta importancia para el sistema regulatorio ambiental chileno, argumentando que había omitido ejecutar la limitación del tiempo de bombeo como medida efectiva de mitigación establecida en el respectivo Estudio de Evaluación Ambiental del Proyecto, habiendo dilatado, además, la construcción y operación de la planta desaladora contemplada en la RCA N°205/2009.

Al efectuar su análisis, la SMA no se hizo cargo de las alegaciones vertidas por esta parte durante el procedimiento sancionatorio respecto de este aspecto, las que estuvieron referidas a que, para la aplicación de esta circunstancia, era necesario considerar también la manera o forma en que ha sido incumplida la norma.

En ese sentido, se indicó que en caso de considerarse la ponderación de la antedicha circunstancia, debía concluirse una afectación definitivamente baja, al considerar la comprensión que la empresa ha venido sosteniendo acerca de sus obligaciones establecidas en la respectiva evaluación ambiental de manera unívoca, pública y sin disimulo en distintas sedes,

¹²⁵ Considerando 312 de la Resolución sancionatoria, página 94.

¹²⁶ “Presentación Minera Escondida. Téngase presente consideraciones art. 40 LOSMA”, subido al expediente digital del procedimiento sancionatorio con fecha 24 de mayo de 2021, página 2 y 3.

¹²⁷ Véase Informe CEA y téngase presente consideraciones art. 40 LOSMA”, subido al expediente digital del procedimiento sancionatorio con fecha 24 de mayo de 2021.

¹²⁸ Véase Informe Rivera.

con la convicción de haber actuado conforme a derecho por muchos años, los mismos en que no hubo objeción alguna por parte de las autoridades pertinentes.

Asimismo, Escondida hizo el punto de que siendo uno de los principales objetivos de la aplicación de esta circunstancia el cambiar el comportamiento de los regulados y desincentivar la ocurrencia de futuras infracciones¹²⁹, en este caso malamente se podría cumplir con dichos objetivos, al haberse iniciado este procedimiento en una época que ya ha cesado la extracción por parte de la empresa.

Por último, la falta de consideración de las alegaciones de Escondida en el procedimiento sancionatorio, se hacen particularmente relevantes en relación con la (iii) Intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma, la cual es utilizada en el procedimiento sancionatorio como un factor de incremento en la modulación para la determinación de la sanción concreta.

En relación a esta circunstancia, es preciso recordar que en los procedimientos administrativos sancionadores no se exige dolo ni elemento subjetivo alguno para la configuración del tipo¹³⁰; pero que en caso de haber existido éste, es decir, en caso de haberse cometido el hecho infraccional con dolo, esto será utilizado para incrementar la sanción a aplicar.¹³¹

En la resolución sancionatoria, se señaló en relación a la intencionalidad, que ésta debía ponderarse, por cuanto Escondida habría actuado en “*forma voluntarista*”¹³², dando una connotación distinta a la manera en que había siempre interpretado lo dispuesto en la RCA sobre dónde y cómo medir el umbral de los 25 cm, con el único objeto de eximirse del cumplimiento de sus obligaciones ambientales.¹³³ Se agrega que el hecho de que hayan reportado disminuciones en los distintos pozos, la habría hecho además conocedora absoluta de los efectos que la falta de detención de las extracciones estaba produciendo.

A mayor abundamiento, en el considerando 335 de la Resolución, la SMA concluye que se observaría que Escondida habría compartido en la práctica la comprensión del PAT MNT en los mismos términos que ella, simplemente a partir del hecho que desde 2009 habrían estado autorizados para construir y operar una fuente de abastecimiento alternativo a la explotación del Acuífero MNT, habiendo dilatado su construcción.

Lo dicho es falso y contrario a la realidad, toda vez que tal como ha quedado demostrado en acápites previos de este escrito, esta parte ha interpretado consistentemente, a lo largo de más de 20 años, el lugar donde debía cumplirse con el Umbral. de una manera diferente a la interpretación que le ha dado en la formulación de cargos la SMA.

En efecto, tal como se indicó en el escrito que la SMA omitió ponderar al analizar esta circunstancia, Escondida ha manifestado esta interpretación de manera pública en diversas

¹²⁹ Así se establece en las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales, página 49.

¹³⁰ En Corte Suprema, 13/12/2016, “Endesa con Superintendencia del Medio Ambiente”, Rol N°17.736-2016, sentencia de reemplazo, considerando quinto, se señaló al respecto lo siguiente: Quinto: (...) Para resolverlo de esa forma, se tiene presente que la intencionalidad es exigida por la ley en torno a la comisión de la infracción y no dice relación con la existencia o no de daño”¹³⁰.

¹³¹ Bases Metodológicas para la Determinación de las Sanciones Ambientales, páginas 38 y 39.

¹³² Resolución sancionatoria, considerando 336.

¹³³ La SMA afirma en considerando 333 de la resolución sancionatoria que “es solo en el presente procedimiento sancionatorio” que Escondida hace esta interpretación, lo cual resultaría “antojadiza y contraria frente a su propia conducta anterior de larga data”.

sedes y, especialmente, durante la evaluación ambiental que originó la obligación¹³⁴; en los reportes generados a propósito del seguimiento del Proyecto¹³⁵; en las presentaciones realizadas a la DGA a propósito del PAT -MNT¹³⁶; durante la evaluación ambiental del proyecto Monturaqui¹³⁷; y, lo más importante, ante la propia SMA tanto antes del inicio de este proceso sancionatorio como durante el mismo¹³⁸.

Al revisar tales antecedentes puede evidenciarse que el entendimiento de las obligaciones por parte de la empresa se ha mantenido inalterable. Por el contrario, si a alguna parte puede imputársele un cambio en su interpretación, estas son a la SMA y la DGA como autoridad sectorial, a quienes les fueron remitidos durante largos años de manera constante los monitoreos efectuados en las Vegas de Tilopozo, así como respuestas a requerimientos de información sin haber efectuado objeción o prevención alguna al respecto.

Como ha señalado la jurisprudencia, los antecedentes fácticos cobran relevancia al valorar esta circunstancia por lo señalado a continuación:

“Precisamente, en lo relativo a la intencionalidad, será el contexto fáctico el que dará cuenta del conocimiento que la administrada tenía en orden a encontrarse cometiendo una infracción, su disposición de permanecer en dicha actitud y el tiempo por el cual ello se extendió, todos factores a la luz de los cuales –atendida su mayor o menor concurrencia– deberá determinarse la magnitud del reproche y, acorde a aquello, fijar el monto preciso de la sanción”¹³⁹.

De esta manera, al determinar el monto de la sanción a aplicar sin ponderar ni tener presente lo señalado por Escondida en su escrito de 24 de mayo de 2021, la SMA no sólo ha vulnerado lo prescrito en la LOSMA y en la Ley N° 19.880, sino que también ha ido en contra de lo resuelto por ella misma en su citada Res. Ex N°14/Rol D-099-2020, en la cual se resolvió de manera expresa se tendrían presente las alegaciones y los antecedentes efectuados por Escondida en relación a las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, vulnerando consecuentemente el legítimo derecho de los regulados.

En resumen, conforme hemos detallado en este acápite (**sección IV.4.**), la SMA no cumplió debidamente su deber de ponderar en su decisión las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA para la determinación de la sanción. En efecto, no consideró las alegaciones de Escondida respecto de: (i) la importancia del daño causado o peligro ocasionado; (ii) la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental; y, (iii) la intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.

¹³⁴ Así, en el expediente EIA, Capítulo 1, Resumen Ejecutivo, fojas 615; en el Capítulo 1, Resumen Ejecutivo fojas 86-91; en el Capítulo 10, fojas 380-388; y en el Apéndice B, fojas 570.

¹³⁵ Incluso, a partir del año 2010, Escondida comenzó a informar que respecto del pozo SAT-2, considerado en la formulación de cargos, el descenso del nivel se habría estabilizado en torno a los 30 cm (específicamente en Plan de Alerta Temprana para el acuífero Monturaqui-Negrillar-Tilopozo. Revisión de los Datos de Monitoreo, Informe N° 11, Revisión hasta fines de 2011. Febrero 2012. Minera Escondida Ltda. página 11), sin que ello implicara que el Umbral había sido sobrepasado.

¹³⁶ Especialmente con ocasión de un requerimiento de información efectuado por DGA en 2018, en respuestas de fecha 7 de mayo y 17 de julio de 2018.

¹³⁷ Habiendo acompañado antecedentes que evidenciaban de manera inequívoca que los descensos freáticos en puntos TP-2 y TP-3 (ambos considerados en la Formulación de Cargos) alcanzaban el valor de 25 cm (el primero) o lo alcanzarían a futuro (el segundo). En la misma línea, respuestas a propósito de Adenda N° 1, en que Escondida clarificó que el Umbral se reputaba respecto de la zona de Vegas de Tilopozo y se medía en punto H.

¹³⁸ En presentación a respuesta de requerimiento de información realizada en acta de inspección de 18 de abril de 2018, en que se indicó que puntos TP- 1, 2 y 3

corresponden a puntos de control de la cuña salina, agregando que, debido a los problemas de representatividad del punto H, se vio obligado a incorporar al PAT-MNT una serie de punteras para medir el nivel freático subterráneo en la zona de las vegas.

¹³⁹ Corte Suprema, 13/12/2016, “Endesa con Superintendencia del Medio Ambiente”, Rol N°17.736-2016, considerando vigésimo.

Escondida explicó latamente que no se generó un daño o peligro, sino que los cambios evidenciados en el medio ambiente hasta la fecha se enmarcan en lo evaluado y aprobado ambientalmente. Incluso, se mostró que las variables de flora y fauna se comportaron de manera favorable y estable, sin variaciones negativas vinculadas a descensos en niveles freáticos. Ello, además, en el contexto de que los efectos de la actividad de extracción de aguas subterráneas por parte de Escondida no han alcanzado la zona de Vegas de Tilopozo y ni siquiera los pozos de monitoreo señalados en la FdC (TP-1, TP-2, TP-3, y SAT2 o D6).

De igual modo, se señaló que para el cálculo de la sanción, en relación con la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental, debía asignarse una afectación baja, pues ha de considerarse que la comprensión que la empresa ha sostenido acerca de sus obligaciones establecidas en la respectiva evaluación ambiental de manera unívoca y pública, ha sido con la convicción de haber actuado conforme a derecho por muchos años y sin objeción alguna por parte de las autoridades pertinentes.

Por último, esto mismo debió tenerse presente a la hora de ponderar la intencionalidad en la comisión de la infracción, máxime cuando la interpretación de la obligación que manifiesta la SMA en su Resolución aparece recién ahora, años después de que se detuvo la extracción por parte de Escondida y creando un entendimiento completamente diverso al que históricamente fue validado por las autoridades sectoriales.

IV.5. La Resolución transgrede la buena fe estatal

Durante el procedimiento administrativo sancionatorio que dio origen a la Resolución, Escondida sostuvo que la SMA, al iniciar un procedimiento sancionatorio y luego sancionar a Escondida del modo que hizo, infringiría el principio de protección de la confianza legítima, el cual resguarda la seguridad jurídica y permite a los ciudadanos confiar en la estabilidad de las decisiones de la Administración.

Dicho principio se funda en la buena fe y lealtad estatal¹⁴⁰⁻¹⁴¹⁻¹⁴², normativamente se deriva tanto de los principios constitucionales de Estado de Derecho (artículos 5°, 6° y 7° de la CPR), de seguridad jurídica (artículo 19 N°26 de la CPR), como de servicialidad del Estado¹⁴³ (artículo 1 inciso 4° de la CPR) y obliga a toda la Administración en su conjunto, de manera interrelacionada, en virtud del principio de coordinación administrativa (artículo 5° de la LOCBGAE). Además, ha sido profusamente reconocido por la jurisprudencia tanto de la CGR¹⁴⁴, como de la Excma. Corte Suprema¹⁴⁵.

Conforme al mismo, el derecho resguarda a los ciudadanos frente a situaciones jurídicas que se han consolidado por el actuar de la Administración. Por tanto, entre otras cosas, no

¹⁴⁰ Pantoja, Rolando. 1998, Organización Administrativa del Estado, Jurídica de Chile, Santiago, p 168.

¹⁴¹ Cordero Vega (2016), ob. cit., p. 108.

¹⁴² Como ha señalado la Excma. Corte Suprema, en sentencia dictada en los autos rol N°37.841-2017, considerando 8°, el principio de buena fe es una regla de general aplicación del Derecho, y por lo tanto también resulta aplicable a los administrados, por lo que la Administración también debe contar con la confianza de que el administrado va a adoptar un comportamiento leal frente a ella. Esta es justamente la situación de Escondida, quien, de acuerdo con los lineamientos establecidos por la Corte Suprema en el considerando mencionado, ha obrado en el convencimiento de encontrarse actuando conforme a Derecho, y de que ninguna de sus conductas en la tramitación del acto administrativo –en este caso, la Resolución Sancionatoria– ha dado lugar al vicio que amerita su anulación.

¹⁴³ Cordero Vega, Luis. Lecciones de Derecho Administrativo, 2016. Segunda Edición, Thomson Reuters, Santiago de Chile, p. 108.

¹⁴⁴ Véase, por ejemplo, Dictámenes N°1.00872011, 2.936/2001, 29.192/2006, 33.451/2006, 16.238/2007, 56.001/2010, 31.076/2019 y 20.094/2017.

¹⁴⁵ Corte Suprema, 28 de mayo de 2019, Rol N°2.514-2019, C°7.

pueden los órganos públicos de una forma arbitraria e inconsistente aplicar nuevos criterios interpretativos, sin respetar la confianza que sus propios actos han inducido en los ciudadanos a lo largo del tiempo, como precisamente se hizo en este caso.

Tal como se manifestó en los descargos, de manera previa al inicio de este procedimiento sancionatorio Escondida poseía la legítima confianza de estar actuando conforme a las autorizaciones que le fueron otorgadas y a la normativa ambiental vigente, confianza que fue inducida por una serie de conductas de la autoridad administrativa sostenida por años.

En primer lugar, porque Escondida reportó a la autoridad ambiental y a la DGA por casi 20 años, el hecho de que no se había sobrepasado el Umbral en las Vegas de Tilopozo, sin que la autoridad ambiental cuestionase de modo alguno el cumplimiento de dicha condición.

En segundo lugar, porque desde el 2005 -época en que, según la SMA comenzaría la comisión de la infracción al superarse 25 cm en el pozo SAT-2- en adelante, Escondida ha acompañado toda la información relativa a los pozos TP-1, TP-2, TP-3 y SAT-2, y de esta resultaba evidente la superación que hoy se sanciona.

En otros términos, tras quince años de práctica sostenida y sin reparos, la SMA inició un procedimiento sancionatorio por una situación fáctica respecto de la cual, de manera pública y notoria, no había cuestionamiento ni reproche alguno y que, por tanto, razonablemente se entendía conforme a derecho.

Sobre el carácter público de esta situación se pueden identificar varios antecedentes relevantes. Primero, los informes elaborados por la propia DGA durante el período que, conforme a la SMA, la infracción de superación del Umbral estaba cometiéndose. Estos dan cuenta de que, en su oportunidad, la Administración analizó la información monitoreada por los privados en relación con el cumplimiento del Umbral y no lo consideró quebrantado.

Así, por ejemplo, cabe considerar el Informe Técnico “Análisis Preliminar de Planes de Alerta Temprana con Condicionamientos de Derechos”, del año 2012, de la DGA, el cual concluye su revisión del PAT-MNT del siguiente modo:

“A partir del informe anual N° 11 de Revisión de los Datos de Monitoreo de PAT, del titular Minera Escondida Limitada, se constató que no existen impedimentos para la utilización de los derechos concedidos, puesto que:

- No se han observado descensos más allá de 25 cm en el nivel de agua de Tilopozo.
- Se observa una reducción máxima del flujo pasante de 4.05%, inferior al 6%, máximo solicitado.
- El caudal de bombeo total ha sido inferior a 1.800 L/s, máximo permitido.

Respecto a las fases del PAT, se resume que las variables de comportamiento del acuífero monitoreadas se desarrollan conforme al marco previsto. Además, no se han identificado efectos en la zona sensible. En relación a la predicción y evaluación de impactos, se observa que la respuesta del acuífero, producto de la extracción, mantiene la tendencia de años previos.”¹⁴⁶

¹⁴⁶ DGA, Análisis Preliminar de Planes de Alerta Temprana con Condicionamientos de Derechos, 2012, pp. 41-42.

Ello, pese a que en el informe anual N°11, a que hace mención la DGA, Escondida había reportado respecto del pozo SAT-2 que “[a] *partir del año 2010 se observa una estabilización del nivel medio en torno a los 30 cm. de descenso*”.

No obstante, dicho antecedente no es único, ni aislado, sino que se sostuvo en el tiempo, pues el año 2014, vale decir, a más de 9 años desde que la infracción continuaba cometiéndose, en los términos que plantea la SMA en su Resolución, la DGA en el informe técnico “Diagnóstico y Sistematización de Información de Planes de Alerta Temprana Vigentes con Condicionamiento de Derechos, Informe Final Volumen N°1” señaló de manera pública, primero a propósito de la RCA y, luego, sobre los datos reportados durante la ejecución del PAT MNT, que:

“EIA lixiviación de óxidos de Cobre y aumento de la capacidad de tratamiento de mineral sulfurado. MEL 1996 (RCA es de 12/5/1997) (...)

De la revisión del expediente electrónico de la evaluación ambiental de este proyecto se obtiene la justificación o argumentos utilizados para la definición del descenso máximo de 25 cm en la zona de la vega de Tilopozo y su vinculación con la disminución de flujo pasante desde el sector de Monturaqui – Negrillar hacia Tilopozo. Estos temas resultan relevantes para un entendimiento de las condiciones señaladas en el PAT-MNT”¹⁴⁷

(...)

“Respecto de los descensos en el sector de Tilopozo, considerando que existe una condición explícita de descenso de hasta 25 cm, en la Figura 6.4-6 se presentan los descensos en los pozos PC-1200; TP-1 al 3; y D6/SAT2. Se han incorporado las líneas de tendencias donde se aprecian que los pozos PC-1200; TP-1; TP-3 están en el orden de 0,25 cm; el pozo TP-2 tiene un descenso menor a 20 cm y el pozo D6/SAT2 tiene un descenso superior a 30 cm. En gráficos entregados también se presenta las características de las líneas de tendencia (R2, ecuación de la línea). Respecto de estos valores, en la Figura 6.4-7 se presenta la ubicación de estos pozos, y es posible indicar que el descenso en el sector de Tilopozo está muy cerca de alcanzar el umbral establecido.”¹⁴⁸

De estos extractos se deducen, las siguientes conclusiones relevantes: i) la DGA a tal época (2014) tenía claro que el descenso máximo de 25 cm aplicaba a la zona de vega de Tilopozo y no a otra área, ii) coherentemente con la interpretación que Escondida ha planteado en todo el procedimiento, tal disminución se vinculaba directamente con la disminución de flujo pasante desde el sector Monturaqui-Negrillar, como hemos dicho previamente, es decir, a la luz de la RCA, los 25 cm son la consecuencia esperada de resguardar correctamente el flujo pasante y iii) pese a que con el análisis de la información obtenida en esa época ya se detectaba un descenso igual o superior a 25 cm en pozos como TP-1, TP-3 y SAT-2, no se consideraba que ya se había producido una transgresión respecto del Umbral.

En definitiva, durante el período de comisión de la infracción en los términos de la SMA y al menos en dos ocasiones, previo análisis de los datos reportados, la DGA públicamente realizó declaraciones que dejaban claro que Escondida no había cometido una

¹⁴⁷ DGA. 2014, Diagnóstico y Sistematización de Información de Planes de Alerta Temprana Vigentes con Condicionamiento de Derechos, Informe Final Volumen N°1 Realizado por Hidromas CEF Limitada, Disponible en: <https://snia.mop.gob.cl/sad/ADM5521v1.pdf>, p 35.

¹⁴⁸ DGA. 2014, Diagnóstico y Sistematización de Información de Planes de Alerta Temprana Vigentes con Condicionamiento de Derechos, Informe Final Volumen N°1 Realizado por Hidromas CEF Limitada, Disponible en: <https://snia.mop.gob.cl/sad/ADM5521v1.pdf>, p 216.

infracción relativa al resguardo de los 25 cm, lo cual es coherente con el entendimiento que mi representada ha tenido siempre sobre sus obligaciones, lo que, por tanto, reafirmó su comprensión de esta.

Segundo, también el carácter público y notorio de los antecedentes resulta evidente si se considera la evaluación ambiental del proyecto Monturaqui. Tal como señalamos anteriormente, en dicha evaluación se discutió respecto al descenso del nivel freático superior a 25 cm en el Sector de Tilopozo. El principal antecedente que explica dicha interacción particular con la autoridad es que, de la información presentada por Escondida, resultaba evidente que se detectaba una disminución freática igual o superior a 25 cm en puntos ubicados al sur de las Vegas de Tilopozo¹⁴⁹.

No obstante, luego de la respuesta de Escondida entregada en sus Adenda, en la cual se clarificó que los 25 cm debían contrastarse en las Vegas de Tilopozo, la cual incluso incluyó la expresa afirmación de que el pozo TP-2 *“totaliza un descenso del orden de 25 cm considerando el nivel medio anual como variable de seguimiento”*¹⁵⁰, la DGA no persistió en sus observaciones, no solicitó aclaración alguna al respecto y, como si fuera poco, terminó pronunciándose conforme respecto de la última Adenda presentada por Escondida¹⁵¹, esto es, su posición institucional era que el proyecto Monturaqui debía ser aprobado y por tanto, validaba que la extracción de aguas subterráneas se extendiese más en el tiempo de lo que de hecho se hizo.

Considerando la naturaleza de los procedimientos de evaluación ambiental, si un organismo de la Administración del Estado con competencias ambientales como la DGA no persistió en sus observaciones y, más aún, luego de las explicaciones de Escondida, se pronunció conforme, es razonable que Escondida haya legítimamente confiado en que el entendimiento que tenía respecto Umbral y su actuar conforme a sus autorizaciones era el acertado.

En síntesis, tanto a partir de los análisis realizados por la DGA, como a la luz del desarrollo de la evaluación del proyecto Monturaqui, legítimamente Escondida confiaba que la autoridad se encontraba conteste con que el Umbral no había sido aún quebrantado, pese a la superación de más de 25 cm en pozos al sur de las Vegas de Tilopozo.

Dichas circunstancias constituyen en el caso concreto lo que la doctrina identifica como un supuesto necesario para la aplicación de la confianza legítima, la denominada base de confianza, esto es, actuaciones de la autoridad que inducen una expectativa referida al comportamiento que en el futuro tendrá un órgano administrativo¹⁵².

Atendida tal base de confianza, resulta totalmente incongruente y arbitrario el actuar sancionatorio de la SMA. Si tanto la autoridad ambiental como la DGA poseían desde el año 2005 en adelante la información base que hoy se utiliza para sancionar a Escondida, carece de sustento que las autoridades no hayan actuado oportunamente de modo alguno que permitiera a Escondida siquiera considerar que la condición del Umbral de su RCA se había transgredido.

149 Ord. DGA N°450/2017, punto N°13, del expediente de evaluación ambiental del Proyecto Monturaqui.

150 Evaluación ambiental proyecto Monturaqui, Adenda, respuesta N°15, p.83

151 Ord N°494/2019 de la DGA del expediente de evaluación ambiental del Proyecto Monturaqui.

152 PHILLIPS Letelier, Jaime. La protección de expectativas en el derecho administrativo chileno, 2020. Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 52-53.

Alternativamente, las autoridades no adoptaron durante los 14 años que habría durado el tiempo de comisión de la infracción (2005 a 2019), medida alguna que evidenciara que mi representada se encontraba infringiendo las condiciones establecidas en la RCA y/o en el PAT MNT, afectando la cantidad de las aguas del Acuífero MNT o algún otro componente ambiental. Sin embargo, la SMA estima ahora en su Resolución que Escondida ha ocasionado un daño ambiental irreparable.

De hecho, cabe notar que el PAT MNT estableció medidas de corrección que permitían a la DGA tomar medidas oportunamente, desde la suspensión del ejercicio de los derechos concedidos a la reformulación de los planes de explotación en el campo de pozos. Ello, con el objeto de velar porque las condiciones fijadas en las resoluciones que constituyeron los derechos de aprovechamiento fuesen cumplidas, entre otras, precisamente

“Que, los impactos generados durante la fase de bombeo y post-bombeo producto de la explotación en la unidad acuífera denominada Monturaqui-Negrillar-Tilopozo, no generen una disminución más allá de 25 cm del nivel freático en el sector de Tilopozo”¹⁵³.

Por otro lado, es importante considerar que el tenor establecido en el PAT-MNT para tales medidas correctivas, no fue facultativo sino imperativo *“Si la evaluación arroja que se está sobrepasando algunas de estas condiciones, entonces la DGA tomará las medidas que permitan ajustarse respeto (sic) de las condiciones ya dichas”*, vale decir, la DGA se encontraba obligada a adoptar tales acciones, sin embargo, nunca se adoptaron.

Si se revisan los antecedentes de investigación de este procedimiento, es posible notar que el cambio de criterio de la DGA tiene como antecedente fundante el intempestivo giro interpretativo que la autoridad realizó el 30 de enero de 2018 y manifestó en el memorándum interno del servicio -el cual Escondida recién conoció con la publicación de los antecedentes de la FdC-, nos referimos al Memorándum N°23 del Jefe Subrogante del Departamento de Conservación y Protección de Recursos Hídricos de la DGA¹⁵⁴ (“Memo N°23/2018”), el cual luego derivó en la denuncia sectorial que inició la etapa investigativa de este procedimiento sancionatorio (Ord. N°23/2018 de la DGA¹⁵⁵).

Al respecto, no se puede dejar de obviar que, del Memo N°23/2018 de la DGA resulta claro que la DGA en dicha oportunidad revisó información que estaba en su poder desde larga data, para ser más precisos, desde el año 1998 en adelante¹⁵⁶.

En otros términos, el carácter intempestivo del cambio interpretativo de la DGA es evidente. Mientras el 2012 y el 2014 la identificación de descensos por sobre los 25 cm en puntos ubicados al sur de las Vegas de Tilopozo no representaba incumplir la condición del Umbral, el 2018, sí. Ello, pese a que ni la RCA N°1/1997, ni el PAT MNT cambiaron la condición bajo análisis.

Lo que sí cambió, más de una década después de la evaluación ambiental y de la entrega tanto de reportes como monitoreos por parte de los usuarios del Acuífero, son los intérpretes

¹⁵³ Véase PAT MNT, sección 4.3, p 12.

¹⁵⁴ Véase anexo N°1 del Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2019-309-II-RCA.

¹⁵⁵ Véase anexo N°1 del Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2019-309-II-RCA.

¹⁵⁶ Véase Anexo N°1 Informes revisados del Memo N°23/2018, disponible en anexo N°1 del Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2019-309-II-RCA.

de la condición de umbral, cuestión que, a nuestro juicio, evidencia la arbitrariedad de la Sanción.

En consecuencia, también se configura el otro supuesto necesario para la invocar la protección de la confianza legítima en un caso concreto, esto es, un cambio de criterio administrativo que transgrede la base de confianza previamente establecida¹⁵⁷.

Adicionalmente, no se puede pasar por alto que la SMA tardó aproximadamente 2 años y medio desde el giro interpretativo de la DGA en iniciar un procedimiento sancionatorio. Este lapso temporal es relevante no solo por lo holgado, sino que también porque tal como la autoridad ambiental sabe, al 2018 Escondida aún se encontraba extrayendo agua subterránea del campo de pozos de Monturaqui, es decir, a diferencia de cuando la SMA optó por iniciar el procedimiento sancionatorio, Escondida podría haber tenido la oportunidad de detener su extracción, vale decir, adaptarse al estándar normativo ahora exigido.

Lo anterior, no es trivial a efectos de considerar la protección de expectativas que protege la confianza legítima, pues como la doctrina ha señalado, precisamente al referirse a la potestad sancionadora y a la confianza legítima, en un caso que guarda características suficientemente análogas:

“La autoridad puede inducir a un particular a cometer una infracción administrativa en contra de lo dispuesto en una norma legal o reglamentaria. Por ejemplo, mediante una publicación en una página web podría declarar a un particular exento de una obligación regulatoria en forma errónea. En teoría, el principio de legalidad permite a la Administración imponer la sanción una vez verificada la infracción, a pesar de la existencia de una información errónea.

Aplicando la idea de protección de expectativas es posible señalar que tal sanción no se ajusta a derecho. Por una parte, teniendo en cuenta los distintos niveles de retroactividad, hay que considerar que la infracción es un hecho concluido en el pasado. Por la otra, desde el punto de vista de la certeza jurídica, se observa que la autoridad indujo a cometer la infracción entregando una información errónea. Por esto, en el caso de un operador que ha obrado con la mínima diligencia, existe una imposibilidad del particular de adaptarse a la norma de conducta respecto del hecho concluido en el pasado que excluye la responsabilidad.”¹⁵⁸

De hecho, la SMA tímidamente esbozó algún reproche en este sentido. Sin embargo, paradójicamente no derivó consecuencia ni crítica alguna en lo que respecta a su propio actuar sancionatorio, en concreto señaló que:

“158° Sin perjuicio de la aclaración anterior, no se puede desconocer que ha existido una omisión por un prolongado periodo, en que la autoridad sectorial no tomó las acciones necesarias para que se sancionara el incumplimiento de la norma infringida, lo que no implica que durante todo ese tiempo se haya validado el punto de control sobre el que la empresa pretende que se mida el nivel freático. Por lo demás, el inicio de un procedimiento sancionatorio es una facultad discrecional, por cuanto la autoridad tiene distintas posibilidades al momento de detectar incumplimientos normativos, de manera que el hecho de no haber ejercido su potestad previamente no obsta a que lo pueda hacer con posterioridad.”

¹⁵⁷ PHILLIPS Letelier, Jaime. La protección de expectativas en el derecho administrativo chileno, 2020. Tirant Lo Blanch, Valencia, p. - 53.

¹⁵⁸ PHILLIPS Letelier, Jaime. La protección de expectativas en el derecho administrativo chileno, 2020. Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 250.

Cabe señalar que, una correcta lectura del principio de coordinación administrativa no le permite a la SMA excusarse simplemente en que la omisión correspondió a una agencia sectorial (DGA), la cual no empaña su propia gestión de la situación.

Además, no es solo la DGA quién tenía un deber de reaccionar si es que consideraba transgredido el Umbral; la autoridad ambiental también debía fiscalizar el cumplimiento de la RCA y de hecho, la propia SMA posee plenas facultades fiscalizadoras y sancionadoras desde el 28 de diciembre del 2012, vale decir, se mantuvo inactiva por más de siete años.

Dicha transgresión es particularmente gravosa en este caso concreto si, como ahora se sostiene en la Sanción, la supuesta infracción ocasionó daño ambiental irreparable, esto es, el estándar de efectos más gravoso posible en nuestro ordenamiento ambiental y que, por tanto, habría requerido, al menos, la adopción oportuna por parte de la SMA de medidas urgentes y transitorias para el resguardo del medio ambiente¹⁵⁹ durante la etapa investigativa, que como hemos señalado inexplicablemente se extendió latamente.

En síntesis, tanto acciones (informes DGA 2012 y 2014, el comportamiento de la DGA en la evaluación de Monturaqui) como omisiones (ausencia de inicio de un procedimiento sancionatorio y de la dictación de medidas correctivas conforme al PAT) extendidas en el tiempo realizadas por la Administración, consolidaron la base de confianza de Escondida de haber actuado conforme a derecho, consideraciones que fueron alegadas en los descargos y que, sin embargo, la SMA desechó en su Resolución.

En esencia, los argumentos de la SMA vertidos en su Resolución para descartar la aplicabilidad de la figura fueron, primero, que el principio de confianza legítima aplicaría solo en aquellos casos en que se haya contravenido un actuar anterior materializado en un acto administrativo resolutorio (primer argumento); y, en segundo lugar, que el inicio de un procedimiento sancionatorio sería una facultad discrecional de la SMA (segundo argumento).

En particular, respecto del primer argumento, la SMA señaló que:

“154° (...) La jurisprudencia ha expuesto que ‘su aplicación [del principio de confianza legítima] es restrictiva y solo puede ser alegada si la Administración que conoce de un procedimiento sancionatorio altera la interpretación de una norma, o resuelve de una manera distinta a la que, consistentemente, lo ha estado haciendo’”¹⁶⁰ (énfasis en el original) (...).

“155° En ese orden de ideas, el principio de confianza legítima no es aplicable al presente caso, toda vez que, no ha existido por parte de la autoridad una decisión materializada en un acto administrativo resolutorio que avale el incumplimiento del Titular, debido a que no se puede mediante este principio amparar conductas contrarias a la ley”¹⁶¹.

Al respecto, cabe señalar que el entendimiento de la SMA sobre la confianza legítima es erróneo, acomodaticio, en extremo formalista y subsecuentemente, más escueto de lo que realmente considera la figura. Son las conductas de la Administración las que generan confianza en los administrados, conductas que pueden expresarse a través de actos o de omisiones, por tanto, no resulta indispensable que exista un acto formal positivo en que se

159 Artículo 3 letra g) de la LOSMA.

160 Considerando 154° de la Resolución.

161 Considerando 155° de la Resolución.

concrete el actuar administrativo. Así lo ha entendido la literatura especializada en materia sancionatoria al señalar que:

“La confianza legítima en el derecho administrativo sancionador ha sido considerada como el error que comete el presunto infractor inducido por la administración pública, por haber facilitado alguna información equivocada, por la dictación de actos administrativos que llaman a la confusión o por la simple inactividad. De este modo, la confianza legítima se ha transformado en una causal de exculpación de la responsabilidad administrativa¹⁶²”.

En la misma línea, también puede considerarse que la doctrina autorizada ha indicado que:

“la sola existencia de una norma o la exteriorización de un determinado criterio de decisión bastaría para gatillar la acción protectora de este principio [confianza legítima]” (...) “La confianza legítima aplicada a la actividad administrativa hace referencia a la posibilidad de controlar la juridicidad de un acto de la autoridad ejecutiva por ser temporalmente inconsistente con norma, decisión o conducta previa de alguna autoridad pública. [...] Se trata de casos en que la autoridad administrativa dicta un acto temporalmente inconsistente con decisiones o conductas pasadas de la propia Administración en un contexto legal estable”¹⁶³.

No obstante lo anterior, el razonamiento de la SMA también resulta equivocado porque no considera el hecho que, precisamente en el caso concreto, tal como ya hemos analizado, nos encontramos frente a acciones de la DGA materializadas en los informes “*Análisis Preliminar de Planes de Alerta Temprana con Condicionamientos de Derechos*”, del año 2012, y “*Diagnóstico y Sistematización de Información de Planes de Alerta Temprana Vigentes con Condicionamiento de Derechos, Informe Final Volumen N°1*”, del 2014, además del pronunciamiento conforme sin observaciones en la evaluación de Monturaqui (Oficio Ord. N°494/2017¹⁶⁴). Las antedichas acciones se encuadran dentro de la definición de acto administrativo que realiza la Ley N°19.880 en su artículo 3. En especial, si se considera la interpretación flexible que la propia Excma. Corte Suprema ha realizado al aplicar el principio de confianza legítima a circunstancias concretas:

“los contenidos publicados por el Instituto de Salud Pública a través de su página web, con el objeto de informar a los interesados sobre ciertos criterios del organismo, generan una legítima expectativa en el administrado en relación a la conducta que tendrá el órgano”¹⁶⁵

Acciones que, por un lado, generaron la legítima expectativa en mi representada de estar actuando conforme a la normativa y su RCA, por el otro, resultan contradictorias e inconsistentes con la Resolución.

También, cabe considerar que la SMA consideró como un argumento relevante para descartar la alegación de confianza legítima el siguiente:

162 OSORIO Vargas, Cristóbal. *Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador*, 2016. Thomson Reuters, Santiago de Chile, p. 350.

163 PHILLIPS Letelier, Jaime. *La protección de expectativas en el derecho administrativo chileno*, 2020. Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 52.

164 DGA, Oficio Ord. N°494/2017, disponible en: https://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientesEvaluacion.php?modo=ficha&id_expediente=2132464691

165 Corte Suprema, 11 de enero de 2017, Rol N°28.422-2016, C°7 y 8, sentencia de reemplazo.

“156° Al efecto, el Titular alega que la DGA expresamente declaró el cumplimiento del PAT en su estudio denominado “Análisis Preliminar de Planes de Alerta Temprana con Condicionamientos de Derechos” (2012), al señalar que en el informe anual N° 11 de Revisión de los Datos de Monitoreo del PAT de MEL “*no se han observado descensos más allá de 25 cm en el nivel de agua de Tilopozo*”, aun cuando en dicho informe se reconocía que desde el año 2010 se observaban descenso de 30 cm en el pozo SAT-2. Al respecto, se aclara que, tal como explicó la empresa en sus descargos, el referido estudio tuvo como objetivo recopilar, analizar y sistematizar la información disponible de los PAT existentes a esa fecha, y no emitir una declaración de voluntad del servicio tendiente a adoptar una decisión formal en los términos establecidos en el artículo 3° de la Ley N°19.88025, es decir, no emitió una decisión sobre el punto de medición a través de un acto administrativo.”

157° En ese sentido, la introducción del documento explica que “*el presente informe tiene como objetivo recopilar la información disponible de los Planes de Alerta Temprana existentes asociados a derechos para un análisis preliminar de ellos que sirva a la hora de formular una metodología de sistematización y síntesis de la información que entregan. Así, en este trabajo se presenta una revisión de los contenidos de cada plan asociado a derechos, el estado actual de ellos, algunos ejemplos de PATs presentados en el marco del SEA que restringen el uso de derechos y un índice preliminar con el contenido de un PAT*” (énfasis agregado). De esta manera, para cumplir con el objetivo del estudio, la DGA revisó ejemplos de Planes de Alerta Temprana vigentes al año 2012 que condicionaban derechos en el marco del SEIA, tales como PAT Calama, PAT Pampa Puno, PAT Elvira, PAT Los Morros, PAT Salar de Ollagüe y PAT Monturaqui– Negrillar –Tilopozo, es decir, la referencia al PAT de MEL fue ilustrativa para un análisis global de esta herramienta preventiva, sin referirse en específico a la RCA N°1/1997 de la empresa ni su contenido.” (énfasis en cursiva y ennegrecido de la cita original)

Al respecto, es importante notar que la argumentación de la SMA es notoriamente insuficiente. Primero, como vimos previamente, resulta en extremo formalista y errada la aplicación e interpretación del concepto de acto administrativo en relación a la confianza legítima, tal como la doctrina señala:

“de la base de confianza no se deriva que solo los actos administrativos formales puedan ser base de confianza, porque, como se ha visto, también otros tipos de actos influyen en la planificación de conducta de los sujetos, como ocurre con la información transmitida a través de la página web de un servicio público”¹⁶⁶.

Segundo, el Análisis preliminar del PAT de la DGA del 2012 fue, de hecho, corroborado el 2014 y allí, como referenciamos previamente, se incluyeron afirmaciones expresas a la RCA y al descenso freático que se verificaba en pozos considerados en la Sanción.

Tercero, respecto a que la finalidad de dicho informe sería recopilar información sobre los PAT para eventualmente formular una metodología, no así emitir una decisión sobre los descensos, es importante notar lo advertido por la doctrina a propósito de la aplicación de la confianza legítima “*más que la finalidad del acto que sirve de base de confianza, lo importante es el contenido objetivo del mensaje entregado por la autoridad al particular*”¹⁶⁷.

En este caso, tal como ya hemos analizado, el contenido del mensaje objetivo entregado por la DGA no solo el 2012, sino también el 2014, fue que disminuciones freáticas en los

¹⁶⁶ PHILLIPS Letelier, Jaime. La protección de expectativas en el derecho administrativo chileno, 2020. Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 237.

¹⁶⁷ PHILLIPS Letelier, Jaime. La protección de expectativas en el derecho administrativo chileno, 2020. Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 222.

pozos ubicados al sur de las Vegas de Tilopozo iguales o superiores a 25 cm, de 3 de los 4 pozos considerados por la SMA en su Resolución, no constituían una transgresión del Umbral.

En cuanto al segundo argumento, esto es, que el inicio de un sancionatorio es de discrecionalidad de la SMA, esta señala que

“158° Sin perjuicio de la aclaración anterior, no se puede desconocer que ha existido una omisión por un prolongado periodo, en que la autoridad sectorial no tomó las acciones necesarias para que se sancionara el incumplimiento de la norma infringida, lo que no implica que durante todo este tiempo se haya validado el punto de control sobre el que la empresa pretende que se mida el nivel freático. Por lo demás, el inicio de un procedimiento sancionatorio es una facultad discrecional, por cuanto la autoridad tiene distintas posibilidades al momento de detectar incumplimientos normativos, de manera que el hecho de no haber ejercido su potestad previamente no obsta a que lo pueda hacer con posterioridad”¹⁶⁸.

Al respecto, primero, como señalamos previamente y pese a los dichos de la SMA, el actuar omisivo de la autoridad no se agota en el sectorial, sino que también incluye a la ambiental. En concreto, la SMA pese a contar con los monitoreos y reportes necesarios, se mantuvo inactiva por siete años, no solo en lo que respecta a iniciar un procedimiento sancionatorio, sino también a dictar cualquier medida de urgente y transitoria que podría haber precavido el supuesto daño ambiental irreparable que ahora observa como concretado durante años.

Segundo, la SMA escuda su inactividad en que el inicio de un procedimiento sancionatorio corresponde a una facultad discrecional, carácter que no objetamos. Ahora bien, que dicha facultad sea discrecional, en lo pertinente, se limita a que la ley establezca un ámbito de libertad a la agencia y, por tanto, no agota o determina cuándo la SMA puede iniciar un procedimiento sancionatorio.

Esto último, no excluye que cuando es ejercida tal potestad se encuentra sometida al control propio de todos los actos administrativos discrecionales, vale decir, sus elementos reglados, motivación, proporcionalidad, arbitrariedad, etc. Asimismo, tal como la doctrina ha señalado, por muy discrecionales que sean corresponden a una

“potestad plenamente sometida a la supremacía de la Constitución, por lo que las decisiones de la Administración se deben sujetar a sus límites, las cuales serán revisadas para constatar si los derechos, libertades y garantías de las personas han sido conculcados, perturbados o amenazados (...) las potestades discrecionales otorgadas por las leyes no pueden tener validez alguna cuando sobrepasan o desbordan la Constitución, peligro que se hace efectivo cuando el ejercicio de una atribución discrecional atropella o desconoce la esencia de las libertades y derechos que la Constitución asegura a todas las personas”¹⁶⁹⁻¹⁷⁰.

Lo anterior es relevante, pues tal como expusimos previamente, la buena fe estatal precisamente obtiene su fundamento normativo en cláusulas y garantías constitucionales. En

168 Considerando 158° de la Resolución.

¹⁶⁹ GÓMEZ González, Rosa. *Discrecionalidad y Potestad Administrativa Sancionadora Límites y Mecanismos de Control*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2021, Valencia, pp. 111-112

¹⁷⁰ Véase también: CEA, J L. *Hermenéutica constitucional, soberanía legal y discrecionalidad administrativa*, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol (11) 1984, pp. 9 y ss, así como también Caldera Delgado, H. *Límites constitucionales de la discrecionalidad administrativa*, *Revista Chilena de Derecho*, Vol (16) 1984, p 424.

otros términos, no porque el inicio de un procedimiento sancionatorio corresponda a una decisión discrecional de la SMA se encuentra exenta de respetar la buena fe y el principio de confianza legítima, que como hemos visto se vulneraron en el caso concreto.

Finalmente, cabe enfatizar que la infracción a la buena fe estatal no consiste en un mero incumplimiento de un principio jurídico, sino que configura derechamente una ilegalidad que debe ser resuelta por este Ilustre Tribunal pues conlleva la transgresión, al menos, del artículo 1 inciso 4°, 5, 6, 7 y 19 N°26 de la CPR y el artículo 5° de la LOCBGAE, en lo que respecta a la coordinación administrativa.

En resumen, según se ha explicado (**sección IV.5.**), desde los descargos se manifestó que previo al inicio de este procedimiento sancionatorio, Escondida poseía la legítima confianza de estar actuando conforme a sus autorizaciones y a la normativa ambiental, confianza que fue inducida por la conducta sostenida de la autoridad administrativa durante años.

Lo anterior, en tanto Escondida reportó a la autoridad ambiental y a la DGA por casi 20 años que no se había sobrepasado el Umbral en las Vegas de Tilopozo, sin que la autoridad ambiental cuestionase de modo alguno el cumplimiento de dicha condición. En el contexto de tales reportes, por lo demás, desde el año 2005 resultaba evidente la superación del nivel de 25 cm en el pozo SAT-2 y progresivamente en los demás de la FdC, sin que antes de la FdC existiera algún reproche al respecto.

Y lo propio ocurrió durante la Evaluación Monturaquí, donde Escondida fue explícita en dar cuenta de su entendimiento acerca de la forma de cumplir con el Umbral, sin que ello hubiera gatillado críticas.

Incluso, el conocimiento de la autoridad sectorial sobre esta situación es expreso en distintos pronunciamientos realizados a lo largo de los años, sin haber manifestado desacuerdo ni menos aún haber ejercido las competencias de que estaba investida en caso de haber detectado incumplimientos a las condiciones asociadas a la extracción.

Esto pues el PAT MNT estableció medidas de corrección que permitían a la DGA actuar oportunamente en caso de infracciones o afectaciones a la cantidad de las aguas del Acuífero MNT o algún otro componente ambiental, pero ninguna de ellas fue impuesta, lo que evidencia que la interpretación contenida en la Resolución no es tampoco aquella que históricamente tuvo la autoridad, sino que representa un intempestivo cambio interpretativo, únicamente atribuible a la diferencia de intérpretes respecto de la condición.

En definitiva, todo lo expuesto da cuenta de que la Resolución vulneró la buena fe y la confianza legítima con que actuó Escondida desde su autorización ambiental.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto y de lo establecido en el artículo 17 N°3 de la Ley N°20.600, así como de las demás normas identificadas a lo largo de esta presentación,

SÍRVASE EL ILUSTRE TRIBUNAL: Admitir a tramitación la presente reclamación en contra de la Resolución y de la Resolución Exenta N°175/2023, ambas de la SMA y, previa

tramitación legal, acogerla en todas sus partes, dejándolas sin efecto y ordenando a la SMA que dicte una nueva resolución ajustada a derecho que ponga término al Procedimiento, con costas.

PRIMER OTROSÍ: En este acto vengo en acompañar los siguientes documentos, con citación:

- 1.- Copia de la Resolución
- 2.- Copia de correo electrónico que notifica la Resolución.
- 3.- Resolución Exenta N°175/2023.
- 4.- Copia de correo electrónico que notifica la Resolución Exenta N°175/2023.

POR TANTO,

SÍRVASE EL ILUSTRE TRIBUNAL: Tener por acompañados los documentos individualizados, con citación.

SEGUNDO OTROSÍ: Mi personería para representar a Escondida, consta en escritura pública de fecha 13 de junio de 2022, otorgada en la Undécima Notaría de Santiago, cuya copia con firma electrónica avanzada acompaño a esta presentación, con citación.

POR TANTO,

SÍRVASE EL ILUSTRE TRIBUNAL: Tenerlo presente y por acompañado el documento, con citación.

TERCER OTROSÍ: Por este acto vengo en designar abogados patrocinantes y otorgar poder, con las facultades de ambos incisos del artículo 7° del Código de Procedimiento Civil, a los abogados habilitados para el ejercicio de la profesión, don Patricio Leyton Florez, cédula nacional de identidad N°9.389.482-0 y Raimundo Moreno Cox, cédula nacional de identidad N°10.357.249-5, de mí mismo domicilio.


POR TANTO,

SÍRVASE EL ILUSTRE TRIBUNAL: Tenerlo presente.

CUARTO OTROSÍ: En conformidad con lo establecido en el artículo 22 de la Ley N°20.600 solicito se notifique vía correo electrónico las resoluciones pronunciadas en el marco de este proceso a las direcciones: pleyton@fn.cl, rmoreno@cariola.cl, hernan.albornoz@bhp.com, juan.urquidi@bhp.com, ctapia@fn.cl, lcannoni@fn.cl, mpdominguez@fn.cl, ttorres@cariola.cl y smarquet@cariola.cl.

POR TANTO,

SÍRVASE EL ILUSTRE TRIBUNAL: Acceder a lo solicitado.


15.827.928-5
Digitally signed
by FELIPE
ANDRES
ESCARATE
MORALES
Date: 2023.02.21
20:43:48 -03'00'

RAIMUNDO
MORENO COX
Firmado digitalmente por
RAIMUNDO MORENO COX
Fecha: 2023.02.21 16:07:03
-03'00'

PATRICIO
EDUARDO
LEYTON FLOREZ
Firmado digitalmente
por PATRICIO EDUARDO
LEYTON FLOREZ
Fecha: 2023.02.21
20:33:43 -03'00'

Antofagasta, veintiocho de febrero de dos mil veintitrés

Proveyendo la presentación de fs. 217, se resuelve:

Téngase por cumplido lo ordenado.

Proveyendo derechamente a la presentación de fs. 1, se resuelve:

A LO PRINCIPAL: Conforme lo dispuesto por el artículo 27 de la Ley N°20.600, habiendo sido la reclamación interpuesta en tiempo y forma, admítase a tramitación la reclamación interpuesta.

Informe el reclamado sobre la materia requerida dentro del plazo de 10 días hábiles, adjuntando copia autenticada del expediente administrativo que dio lugar a la reclamación, en la forma que dispone el artículo 29 de la Ley de Tribunales Ambientales.

Ofíciense al efecto y publíquese el aviso dispuesto en el artículo 19 de la Ley antes citada.

Cumplase con lo acordado por este Tribunal mediante sesión ordinaria N°14 bis, de fecha 14 de febrero de 2018, sobre Georreferenciación de las causas.

AL PRIMER OTROSÍ: Ténganse por acompañados los documentos, con citación.

AL SEGUNDO OTROSÍ: Téngase presente.

AL TERCER OTROSÍ: Téngase presente el patrocinio y poder.

AL CUARTO OTROSÍ: Como se pide, practíquense las notificaciones de la causa a los siguientes correos electrónicos: pleyton@fn.cl, rmoreno@cariola.cl, hernan.albornoz@bhp.com, juan.urquidi@bhp.cl, ctapia@fn.cl, lcannoni@fn.cl, mpdominguez@fn.cl, ttorres@cariola.cl, y smarquet@cariola.cl.

R-86-2023

Sandra
Álvarez
Torres

Firmado
digitalmente
por Sandra
Álvarez Torres
Fecha:
2023.02.28
12:39:03 -03'00'

Virginia
Elena
Soubllette
Miranda

Firmado
digitalmente por
Virginia Elena
Soubllette
Miranda
Fecha: 2023.02.28
13:34:51 -03'00'

Cristián
López
Montecinos

Firmado digitalmente
por Cristián López
Montecinos
Fecha: 2023.02.28
17:17:42 -03'00'

Proveyeron las ministras Srta. Sandra Álvarez Torres y Sra. Virginia Soubllette Miranda, y el ministro Sr. Cristián López Montecinos, estos últimos subrogando legalmente.

Javier
González
Cuevas

Firmado digitalmente
por Javier González
Cuevas
Fecha: 2023.02.28
17:22:32 -03'00'

Autoriza el Secretario Abogado del Tribunal, Sr. Javier González Cuevas.

En Antofagasta, a veintiocho de febrero dos mil veintitrés, se notificó por el estado diario la resolución precedente/pmn.

