

Santiago, ocho de junio de dos mil dieciséis.

VISTOS:

El 17 de octubre de 2014 (fojas 90), Felipe Velasco Silva, en representación de Pampa Camarones S.A. (en adelante, indistintamente, "la reclamante", "el titular del proyecto" o "la empresa"), interpuso, en virtud de lo dispuesto en los artículos 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Medio Ambiente (en adelante, "LOSMA") y 17 N° 3 de la Ley N° 20.600, que crea los Tribunales Ambientales, reclamación en contra de la Resolución Exenta D.S.C./P.S.A. N° 1272 (en adelante Resolución Exenta N° 1272), dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, indistintamente, "la Superintendencia", "la SMA" o "la reclamada"), el 2 de octubre de 2014, en el procedimiento administrativo sancionatorio incoado bajo el Rol D-017-2013 por el referido órgano fiscalizador, que tuvo por extemporáneo un recurso de reposición y un escrito de evacua traslado, presentados con posterioridad a la formulación de cargos. El Rol de la causa es el N° 51-2014, de Reclamaciones.

El 5 de diciembre de 2014 (fojas 171), Pampa Camarones S.A. interpuso una segunda reclamación, admitida a trámite y acumulada a la primera, por resolución de 15 de diciembre de 2014 (fojas 178), asignándosele el Rol N° 55-2014, de Reclamaciones. Esta nueva reclamación se dedujo en contra de la Resolución Exenta D.S.C./P.S.A. N° 1582 (en adelante Resolución Exenta N° 1582), dictada por la SMA el 18 de noviembre de 2014, que tuvo por cerrada la investigación del procedimiento sancionatorio y lo suspendió hasta la resolución de la primera reclamación judicial.

El 19 de junio de 2015 (fojas 292), Pampa Camarones S.A. interpuso una tercera reclamación, que se admitió a trámite y acumuló también a la primera, por resolución de 1 de julio de 2015 (fojas 339), asignándosele el Rol N° 71-2015, de Reclamaciones. Esta tercera y última reclamación se dedujo en

contra de la Resolución Exenta N° 80, de 4 de febrero de 2015, resolución sancionatoria, enmendada por la Resolución Exenta N° 455, de 8 de junio de 2015, ambas del Superintendente del Medio Ambiente.

I. Antecedentes de las reclamaciones

La reclamante es titular de los siguientes proyectos, aprobados por la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Arica y Parinacota:

- i) "Explotación Mina Salamanqueja", aprobado por Resolución de Calificación Ambiental N° 33, de 7 de septiembre de 2011; (en adelante, RCA N° 33/2011) y,
- ii) "Planta de Cátodos Pampa Camarones", aprobado por Resolución de Calificación Ambiental N° 29, de 6 de julio de 2012, (en adelante RCA N° 29/2012).

Mediante Oficio Ord. N° 651, de 11 de septiembre de 2013, la Superintendencia inició un procedimiento administrativo sancionatorio, formulando diversos cargos contra la reclamante, relacionados con el manejo de residuos, la afectación del patrimonio arqueológico y la alteración del hábitat de fauna.

A raíz de nuevos antecedentes, relativos a que la superficie intervenida por las obras de la empresa ascendía a 15 hectáreas y no solo a las, aproximadamente, 7 hectáreas correspondientes a una zona de resguardo y que originalmente había motivado el cargo respectivo, la SMA procedió a reformular los mismos, mediante Oficio Ord. N° 1005, de 28 de noviembre de 2013. Los cargos formulados en contra de Pampa Camarones S.A., según consta en el citado oficio, fueron los siguientes:

- (i) Incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en la RCA N° 33/2011, principalmente, en los considerandos: 3.9; 3.10; 3.14, 4; 5.9; 5.15 y 5.16;

(ii) Incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en la RCA N° 29/2012, principalmente, en los considerandos: 3.8.3, 4.1, 4.2, 6; 7.1; 7.2 y 7.4; y

(iii) El incumplimiento de los artículos primero, segundo y cuarto de la Resolución Exenta N° 574, de la SMA.

Por su parte, los 12 hechos constitutivos de infracción por los cuales la empresa fue finalmente sancionada con multa, fueron los siguientes: 1) Residuos peligrosos a la intemperie y sin señalética; 2) Falta de autorización sanitaria para instalación y funcionamiento de fosas sépticas y de la planta de tratamiento de aguas servidas; 3) Construcción de plataforma de lavado de camiones; 4) Inadecuada señalización y demarcación de monumentos arqueológicos en los sitios Salamanqueja 1-11; 5) Inexistencia de señalética en las zonas de resguardo arqueológico norte, sur, este y oeste; 6) Intervención y afectación de monumentos arqueológicos sin cumplir con la Ley N° 17.288, y sin autorización del Consejo de Monumentos Nacionales; 7) Incumplimiento del compromiso de recolección superficial de al menos un 20% de los eventos líticos emplazados en las hectáreas irregularmente intervenidas, de manera previa a la instalación de las obras del proyecto; 8) Entrega de los planes de monitoreo y contingencia arqueológica después del inicio de la ejecución del proyecto y la afectación de sitios arqueológicos; 9) Proyecto en ejecución sin contar con personal de vigilancia, protocolo de actividades, ruta de patrullaje y plan de monitoreo sobre la caracterización del borde costero, especialmente para la observación de chungungos; 10) No contar con un biólogo permanente; 11) No haber presentado el Plan de seguimiento del componente fauna silvestre, el que debía ser aprobado por el Servicio Agrícola y Ganadero (en adelante, "SAG"); y, 12) No instalación de tres colectores de partículas totales en suspensión en la zona del picaflor.

Previo a la reformulación de cargos, el 15 de octubre de 2013, el titular del proyecto presentó un Programa de Cumplimiento

respecto del cual no hubo pronunciamiento formal por parte de la SMA, atendido precisamente a dicha reformulación.

El 24 de diciembre de 2013, la actora presentó un nuevo Programa de Cumplimiento, que fue finalmente rechazado, mediante Oficio Ord. N° 136, de 3 de febrero de 2014, por falta de integridad y verificabilidad de las medidas propuestas por la empresa, en razón de lo dispuesto en el artículo 9 del D.S. N° 30/2012.

El 8 de enero de 2014, la reclamante presentó sus descargos, con el objeto de desvirtuar todos los cargos formulados por la Superintendencia, alegando, además: i) la existencia de presuntos vicios de procedimiento; ii) la improcedencia de la formulación de cargos; y iii) la afectación del derecho de igualdad en el ejercicio del derecho a defensa. Conjuntamente, solicitó citar a declarar en calidad de testigos a una serie de personas.

Por su parte, el 9 de septiembre de 2014, la SMA dictó la Resolución Exenta D.S.C./P.S.A. N° 1171 (en adelante Resolución Exenta N° 1171), en la cual se resolvió: i) publicitar el Memorándum DFZ N° 924, de la Macro Zona Norte; ii) incorporar el Informe "DFZ-2013-1474-XV-RCA" al expediente causa Rol D-017-2013; iii) otorgar traslado a Pampa Camarones S.A. respecto de la información señalada en los numerales i) y ii) anteriores; iv) rechazar la prueba testimonial ofrecida por la empresa, en su escrito de descargos; y, v) tener por evacuado el traslado otorgado a Pampa Camarones S.A., asociado a la Resolución Exenta D.S.C./P.S.A. N° 963.

El 25 de septiembre de 2014, Pampa Camarones S.A. evacuó el traslado conferido en la Resolución Exenta antes mencionada, solicitando: i) desestimar la documentación publicitada por no considerarla como prueba válidamente incorporada; ii) tener presente la vulneración al debido proceso en la decisión que reformuló los cargos; y, (iii) dejar sin efecto el Ordinario U.I.P.S. N° 1005, así como todo lo obrado posteriormente en el procedimiento administrativo D-017-2013.

Luego, el 29 de septiembre de 2014, Pampa Camarones S.A. interpuso recurso de reposición en contra del Resuelvo IV de la Resolución Exenta N° 1171 antes singularizada, que había rechazado la prueba testimonial ofrecida por la empresa en el escrito de descargos.

El 2 de octubre de 2014, mediante Resolución Exenta N° 1272, el ente fiscalizador tuvo por extemporáneo el traslado evacuado por Pampa Camarones S.A., y rechazó el recurso de reposición interpuesto por la empresa, por haberlo presentado también fuera de plazo. Contra esta resolución se dirigió el reclamo de ilegalidad presentado en la causa Rol R N° 51-2014.

Posteriormente, a consecuencia de la interposición de la reclamación ante el Tribunal Ambiental, la Fiscal Instructora del procedimiento sancionatorio emitió la Resolución Exenta N° 1582, de 18 de noviembre de 2014, que declaró el cierre de la etapa de investigación y suspendió la tramitación del procedimiento sancionatorio, en la medida que la resolución del reclamo de ilegalidad podía incidir directamente en la valoración y ponderación de medios de prueba asociados a uno de los hechos que se estimaba constitutivo de infracción. Contra esta resolución Pampa Camarones S.A. también reclamó de ilegalidad ante el Tribunal, dando origen a la causa Rol R N° 55-2014.

El ente fiscalizador reinició el procedimiento sancionatorio mediante la Resolución Exenta D.S.C/P.A.S. N° 150, de 29 de enero de 2015.

El 4 de febrero de 2015, la Superintendencia dictó la Resolución Exenta N° 80/2015, enmendada por la Resolución Exenta N° 455/2015, que sancionó con multa 12 hechos constitutivos de infracción, singularizados y descritos en la Tabla N° 1, página 7 y siguientes de la resolución sancionatoria. El monto total de la multa ascendió a la suma de 4.308,3 unidades tributarias anuales (en adelante, "UTA").

En contra de dicha resolución la reclamante interpuso recurso de reposición. Previo a resolver la reposición, el 23 de marzo de 2015, mediante la Resolución Exenta N° 211, la Superintendencia requirió información financiera a la reclamante y suspendió el pronunciamiento sobre el recurso.

El 8 de junio de 2015, a través de la Resolución Exenta N° 455, la Superintendencia acogió parcialmente la reposición en el siguiente sentido: i) rebajó de 54 a 49 UTA la multa aplicada respecto de la primera de las infracciones; ii) mantuvo el monto de las demás multas; y iii) aplicó un ajuste por capacidad de pago, en virtud del cual redujo en un 17% el monto total de la multa, rebajándola a 3.575,9 UTA. En contra de la resolución sancionatoria y su enmienda, la empresa presentó el tercer reclamo de ilegalidad ante el Tribunal.

II. De las reclamaciones judiciales

Como se ha señalado, Pampa Camarones S.A. interpuso tres reclamaciones ante el Tribunal, a las que se les asignaron, respectivamente, los roles R N° 51-2014, R N° 55-2014 y R N° 71-2015.

En relación a la primera reclamación, dirigida en contra de la Resolución Exenta N° 1272, la SMA interpuso, el 23 de octubre de 2014 (fojas 121), recurso de reposición con el objeto que el Tribunal dejara sin efecto la resolución mediante la cual admitió a trámite dicha reclamación, fundándose en que el reclamo no estaría debidamente motivado y que fue interpuesto "con el claro objeto de dilatar el procedimiento administrativo sancionatorio". El 28 del mismo mes, el Tribunal resolvió no dar lugar a la reposición, fundamentalmente porque se estimó que las alegaciones hechas por la Superintendencia decían relación con aspectos sustantivos del contencioso-administrativo incoado que se debían, en consecuencia, resolver en la sentencia definitiva, y porque de los antecedentes aportados en la reposición, no se desprendía que la reclamación careciera de la debida fundamentación (fojas 131).

Luego de una solicitud de ampliación de plazo de 29 de octubre de 2014 (fojas 133), concedida el 30 del mismo mes (fojas 134), la SMA evacuó el informe correspondiente (fojas 137), dentro de término legal, por lo que el Tribunal tuvo por presentado el informe según consta de la resolución de 6 de noviembre de 2014 (fojas 153).

El 12 de febrero de 2015 (fojas 277), la SMA presentó un escrito informando al Tribunal que en el procedimiento sancionatorio seguido en contra de Pampa Camarones S.A. se había dictado la resolución sancionatoria (Resolución Exenta N° 80/2015, enmendada por la Resolución Exenta N° 455/2015) y que, en atención a la posibilidad cierta que la empresa reclamara de dicha resolución, era necesario modificar la fecha fijada para la vista de la causa, hasta esperar la acumulación de la tercera reclamación. El Tribunal, el 18 de febrero de 2015 (fojas 278), junto con solicitar a la SMA que certificara si contra la resolución sancionatoria se había interpuesto o no recurso de reposición, accedió a lo solicitado y suspendió la audiencia fijada para el día 5 de marzo.

El 19 de junio de 2015 (fojas 292), el titular del proyecto presentó la tercera y última reclamación del presente juicio, en contra de la Resolución Exenta N° 80/2015, enmendada por la Resolución Exenta N° 455/2015, causa que fue admitida a trámite el 1 de julio del mismo año (fojas 339).

El 10 de julio (fojas 347), la SMA solicitó ampliación de plazo para informar, a lo que el Tribunal accedió el 13 del mismo mes (fojas 349), evacuándose finalmente el informe el 17 de julio (fojas 352). El 21 de julio (fojas 371), el Tribunal tuvo por evacuado el informe en tiempo, y fijó fecha para la vista de la causa para el día 30 de julio de 2015 a las 15:00 horas.

El 27 de ese mes (fojas 372), reclamante y reclamado presentaron conjuntamente al Tribunal, escrito solicitando suspensión de la vista de la causa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley N° 20.600. Al día siguiente (fojas

373), el Tribunal accedió a lo solicitado, suspendiendo la vista de la causa, y fijando, en la misma oportunidad, nueva audiencia para el día 13 de agosto de 2015, a las 15:00 horas.

El 10 de agosto de 2015 (fojas 374), el abogado de la parte reclamante presentó escrito de desistimiento de la causa Rol R N° 55-2014. Conjuntamente con el traslado respectivo, el 11 de agosto, el Tribunal suspendió nuevamente la audiencia fijando nueva fecha para el 25 del mismo mes (fojas 375). Transcurrido el tiempo para evacuar el traslado y no habiendo la SMA evacuado éste, el 20 de agosto (fojas 376) el Tribunal tuvo por desistida la Reclamación Rol N° 55-2014.

Previo a la audiencia de la vista de la causa, el 24 de agosto de 2015 (fojas 480), la reclamante presentó un escrito de "téngase presente", en el que se reiteran las alegaciones incorporadas en la reclamación, junto a adicionales consideraciones de hecho y de derecho. En el mismo, acompaña documentos y solicita, entre otras cosas, inspección personal del Tribunal.

El 25 de agosto de 2015 se efectuó la vista de la causa, en la que alegaron los abogados Javier Vergara Fisher, por la reclamante, y Emanuel Ibarra Soto, por la reclamada. A fojas 577 se certificó que la causa quedó en estudio, a contar de la referida fecha.

El 28 de agosto (fojas 578), el Tribunal resolvió el escrito de fojas 480, teniendo presente lo expuesto por la reclamante, por acompañados los documentos, con citación, y dejando para una etapa posterior la resolución de la solicitud de inspección personal del Tribunal.

El 3 de septiembre de 2015 (fojas 579), dentro del plazo de la citación, la reclamada presentó observaciones al escrito y documentos acompañados por la actora, lo cual fue proveído por resolución de 11 de septiembre de 2015 (fojas 586). El 17 de septiembre de 2015 (fojas 587), la reclamante interpuso recurso

de reposición por considerar que no cabían presentaciones - observaciones- una vez cerrado el debate, además de alegar la extemporaneidad en relación al plazo de la citación, solicitando, por consiguiente, la desagregación material del escrito de la SMA, del expediente de la causa.

El 22 de septiembre de 2015 (fojas 590), el Tribunal, en atención a que el plazo para formular objeciones y observaciones no había vencido a la fecha de la presentación realizada por la SMA, y de acuerdo con las normas pertinentes del Código de Procedimiento Civil, rechazó el recurso de reposición presentado por la reclamante.

El 22 de marzo de 2016 (fojas 591), junto con proveer derechamente el segundo otrosí de la presentación de fojas 480 -relativa a la solicitud de inspección personal del Tribunal- negando lugar a la misma por estimarse innecesaria para la acertada resolución de la reclamación, se dejó la causa en estado de acuerdo.

III. Argumentos de las partes

1. Pretensiones de la reclamante y alegaciones y defensas de la reclamada, en la Reclamación Rol N° 51-2014

La Resolución Exenta N° 1171, de la SMA, de 9 de septiembre de 2014, rechazó, en el resuelvo IV, la prueba testimonial ofrecida por la empresa en su escrito de descargos, en algunos casos por ser impertinente -al no guardar relación con el objeto del procedimiento administrativo sancionatorio en curso-, mientras que, en otros, por ser inconducente en relación a los fines perseguidos. En contra de esa decisión del ente fiscalizador, el titular del proyecto interpuso recurso de reposición. La SMA, mediante la Resolución Exenta N° 1272 resolvió rechazar dicha reposición -resuelvo II-, por haber sido presentada fuera de plazo.

Por su parte, la misma Resolución Exenta N° 1171 decidió, según consta en el resuelvo III de la misma, otorgar traslado a Pampa Camarones S.A. -por un plazo de tres días hábiles- para realizar observaciones a la documentación a la que se hace referencia en los resueltos I y II. La empresa evacuó el traslado el 25 de septiembre de 2014. Sin embargo, en el resuelvo I de la Resolución Exenta N° 1272, la SMA decidió también tener por extemporáneo el trámite de evacúa traslado.

En contra de la Resolución Exenta N° 1272, en lo relativo a los resueltos I y II, se presentó la primera reclamación de autos.

1.1. Competencia de la Fiscal Instructora para resolver el recurso de reposición

En cuanto al recurso de reposición rechazado por extemporáneo, el titular del proyecto alega en primer lugar que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 4° letra i) de la LOSMA, y en virtud también, de lo dispuesto en el artículo 7 de la Constitución Política, el único funcionario facultado para resolver recursos es el Superintendente, siendo indelegable esta facultad en otros funcionarios. Por consiguiente, al haber sido resuelto el recurso por la Fiscal Instructora del procedimiento, dicha funcionaria carecía de competencia y se habría atribuido facultades que no le correspondían.

En efecto, señala que al ser resuelto el recurso de reposición por un funcionario al que la ley no le reconoce previa y expresa atribución para hacerlo, señalando expresamente la LOSMA otro funcionario para dicha gestión, la Fiscal Instructora se extralimitó, usurpando facultades que le corresponden sólo al Superintendente.

Por su parte, la SMA responde que la pretensión de la reclamante demuestra un desconocimiento de la estructura orgánica de la Superintendencia y de los principios inspiradores de su funcionamiento.

Afirma que, el artículo 7° de su Ley Orgánica establece una clara separación de las funciones de fiscalización e instrucción del procedimiento, por una parte, y la de aplicación de sanciones, por otra, a fin de evitar que un mismo órgano sea juez y parte.

Señala que el legislador entregó al fiscal instructor la competencia relativa a la instrucción del procedimiento hasta la emisión del dictamen, momento en el cual se elevan los antecedentes al Superintendente, quien tiene la facultad exclusiva y excluyente de ejercer la potestad sancionatoria.

Agrega que la pretensión de la reclamante desconoce que el Superintendente tiene la facultad indelegable de conocer y resolver los recursos que la ley establece, y que -de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 55 de la LOSMA- el único recurso administrativo que la LOSMA dispone en la esfera del Superintendente, es el de reposición que se deduce en contra de la resolución final del procedimiento administrativo sancionatorio.

1.2. Extemporaneidad del recurso de reposición y del traslado evacuado por el titular del proyecto

En cuanto al recurso de reposición, Pampa Camarones S.A. sostiene que se presentó dentro de plazo, tanto, si se considera, la fecha del timbre de correos en el sobre que notificaba la Resolución Exenta N° 1171, como la presunción del artículo 46 de la Ley N° 19.880. Afirma que el órgano fiscalizador no vio el sobre con el timbre y erró al guiarse por el sistema de seguimiento electrónico de correspondencia de Correos de Chile, que no señaló la fecha exacta timbrada, a partir de la cual se cuenta la presunción. Sostiene que este error en el cómputo del plazo fue el que llevó a la Superintendencia a tener por extemporáneo el traslado evacuado dentro de plazo.

Al respecto señala que no es efectivo -según afirma la SMA en la resolución reclamada ante el tribunal- que la carta haya arribado al Centro de Distribución Postal el día 13 de septiembre, y que en el timbre de correos estampado en el sobre, la única fecha que aparece es el 15 del mismo mes, y que no hay más timbres ni otras fechas. Sostiene que, aplicando la presunción del artículo 46 antes referido, la notificación se entendió legalmente practicada el 22 de septiembre por lo que el plazo para reponer venció el día 29, fecha en que se interpuso el recurso.

Agrega que la fecha indicada en el timbre que se estampa en el sobre de envío prevalece por sobre cualquier otra fecha que se indique, no obstante lo que pueda señalar el sistema de seguimiento electrónico. Al respecto, cita diversos dictámenes de la Contraloría General de la República (en adelante, "CGR") y doctrina, en apoyo de su pretensión.

Por su parte, la SMA afirma que la pretensión de la reclamante relativa al plazo es errada y que ésta expuso los hechos de manera artificiosa para inducir a error al Tribunal. Agrega que, con el simple ejercicio de solicitar el informe de correos, con el número de seguimiento correspondiente, se advierten dos hechos claros e innegables, a saber: i) que la Resolución Exenta N° 1171 fue recibida en la última oficina de Correos el 13 de septiembre de 2014; y ii) que ésta fue comunicada a la reclamante el 15 de septiembre de 2014, específicamente a doña Matilde Córdoba.

Sostiene que si se cuentan los plazos que tenía el titular para recurrir, ya sea desde el día en que la carta certificada llegó a la oficina de Correos correspondiente -es decir, el 13 de septiembre-, como del día efectivo en que la empresa fue notificada, esto es, el 15 de septiembre, la reposición se presentó extemporáneamente. En el primer caso, por aplicación de la presunción y, en el segundo caso, porque prevalecería la notificación efectiva, contándose el plazo desde esa fecha, sin que sea aplicable entonces la presunción. Al igual que la

reclamante, el ente fiscalizador cita jurisprudencia administrativa de la CGR, en particular el Dictamen N° 57574 de 29 de julio de 2014.

En cuanto a la extemporaneidad del traslado evacuado por la empresa, las razones expresadas, tanto por el titular del proyecto, como por el ente fiscalizador, se reiteran y se basan en los mismos argumentos expuestos a propósito del rechazo de la reposición, aunque para distintas fechas.

Según Pampa Camarones S.A., la notificación por carta certificada debió entenderse practicada el 22 de septiembre, en virtud de la presunción del artículo 46 de la Ley N° 19.880, y que, por lo tanto, el plazo para evacuar el traslado venció el día 25, fecha en que, como se señaló más arriba, efectivamente se evacuó el traslado.

La SMA, por su parte, afirma que el traslado evacuado fue extemporáneo, tanto si se contara desde la fecha en que la Resolución Exenta N° 1171 fue recibida en la última oficina de Correos, como si se calculara desde la fecha en que ésta fue comunicada efectivamente a la reclamante; es decir, la extemporaneidad se produjo, tanto bajo la presunción del artículo 46 de la Ley N° 19.880, como de la fecha efectiva de la notificación.

Por último, y en relación al fondo de lo resuelto en la Resolución Exenta N° 1171, la SMA sostiene que ella fue clara en señalar, en la resolución impugnada, que las pretensiones deducidas serían igualmente ponderadas en la resolución final del procedimiento y, concluye que, sin perjuicio de la extemporaneidad de las presentaciones de Pampa Camarones S.A., si se analiza el fondo del asunto, el recurso de reposición igual debió haberse rechazado en todas sus partes.

2. Pretensiones de la reclamante y alegaciones y defensas de la reclamada, en Reclamación Rol N° 71-2014

Del conjunto de cargos formulados por la SMA en contra de Pampa Camarones S.A., el titular del proyecto estructura sus argumentos en cinco ámbitos diferentes, respecto de los cuales es posible identificar las correspondientes respuestas por parte de la SMA. En primer lugar, a juicio de la reclamante, las sanciones impuestas por la ejecución de obras en el sitio Salamanqueja 12-13 se sustentan en una serie de gravísimos errores de hecho y de derecho que vulneran las garantías legales y constitucionales de la empresa. En segundo lugar, la resolución impugnada habría errado en la configuración de la infracción asociada a la construcción de la plataforma de lavado de camiones. En tercer lugar, dicha resolución habría errado también en la clasificación de la gravedad de los hechos infraccionales relacionados al plan de monitoreo y contingencia arqueológica. En cuarto lugar, la resolución sancionatoria habría errado en la clasificación de gravedad asociada al plan de seguimiento de fauna. En quinto y último lugar, las sanciones impuestas resultan, a juicio de la reclamante, evidentemente desproporcionadas habida cuenta de la entidad de las infracciones, la capacidad económica de la empresa y la ausencia de intencionalidad.

2.1. Sobre las sanciones impuestas por la ejecución de obras en el sitio Salamanqueja 12-13

En relación a este punto, la parte reclamante sostiene tres cuestiones diferentes, a saber: i) que no sería efectivo que de la ejecución de obras en el sitio Salamanqueja 12-13, la empresa haya infringido su obligación de recolección superficial de eventos de talla lítica en el área de intervención del proyecto; ii) que la SMA ha infringido la prohibición de doble incriminación contenida en el artículo 60 de la LOSMA; y, iii) que el ente fiscalizador ha ponderado incorrectamente la gravedad de las supuestas infracciones que sustentan la infracción reclamada.

a. En cuanto a la infracción de recolección de eventos de talla lítica en el área de intervención del proyecto

La reclamante cuestiona la interpretación efectuada por la SMA de la medida contenida en el considerando 4.2 de la RCA N° 29/2012 que señala: "[...] *la recolección superficial de al menos un 20% de los eventos líticos emplazados en el área donde serán instaladas las obras del proyecto [...]*", y cuyo incumplimiento fue sancionado con una multa ascendente a 3.508 UTA.

Según la reclamante, el problema detrás del cargo formulado, dice relación con la errónea interpretación del sentido y alcance, por parte de la SMA, de la obligación de recolección de eventos de talla lítica, imponiendo una sanción que habría infringido el principio de tipicidad, al sancionarse sobre la base de una exigencia que no tendría el alcance que la SMA otorgó.

A este respecto, según la empresa, el error consistiría en que, según la SMA, la muestra de 109 eventos -efectivamente rescatados- sobre un total de 511 existentes en el área a intervenir por las obras del proyecto, no sería representativa porque ellos debieron provenir de toda el área intervenible de conformidad con la RCA, interpretación que tergiversaría el verdadero sentido y alcance de la obligación contenida en el considerando 4.2 de la RCA N° 29/2012 y, que, por el contrario, la medida se cumplió a cabalidad y que no habrían antecedentes normativos que permitiesen interpretar la obligación de la RCA en los términos que lo hizo la SMA.

A instancias del titular del proyecto, la SMA en efecto solicitó a la Dirección Ejecutiva del SEA una interpretación del considerando 4.2, quien respondió a través de la Resolución Exenta N° 745/2014, señalando que la recolección superficial debe ejecutarse en cumplimiento de "[...] *la cualidad de representatividad, objetivo cuya consecución debe ajustarse a la definición previa a la metodología de rescate acordada en conjunto con el CMN [...]*", criterio que, según la empresa, no estaría presente, expresamente, en el considerado 4.2 de la RCA.

A juicio del titular del proyecto, de lo señalado por el SEA se sigue que la representatividad no implica un acuerdo previo con el Consejo de Monumentos Nacionales (en adelante, "CMN"), sino que se cumple en la medida que la autoridad vise la propuesta de levantamiento y custodia que formule el arqueólogo a cargo de la recolección superficial, lo que se vería confirmado con lo dispuesto en el ORD N° 2497/2013, de 15 de julio de 2013, del CMN, que autorizó "[...] un muestreo de azar simple [...]", quedando por consiguiente de cargo de la empresa la definición de la muestra.

Por consiguiente, la SMA habría sancionado a Pampa Camarones S.A. por la infracción de una obligación efectivamente cumplida, "[...] con fundamento en una falsa interpretación de la ley, en manifiesta infracción al principio de tipicidad".

Por su parte, la SMA responde a la reclamada señalando que, en cuanto a la obligación de recolección de eventos líticos, el SEA interpretó la RCA N° 29/2012 -mediante Resolución Exenta N° 745/2014-, en el sentido que ésta comprende la exigencia de la representatividad de dicha muestra, de acuerdo a la definición previa de la metodología del rescate de los eventos, acordada con el CMN con anterioridad a la ejecución de las obras del proyecto y la respectiva actividad de levantamiento. Destaca la SMA de dicha resolución, la opinión del SEA en cuanto a que "[...] la correcta interpretación del considerando 4.2 de la RCA, no implica sólo el levantamiento numérico equivalente al 20% de los eventos líticos, sino que además, y en armonía con los documentos de la evaluación ambiental del Proyecto, analizados en el presente acto, debe cumplir con la cualidad de representatividad, objetivo cuya consecución debe ajustarse a la definición previa de la metodología [...]", descartando por consiguiente que para dar por cumplida dicha obligación no basta con un criterio cuantitativo.

Cita también el órgano fiscalizador, el ORD N° 4515 del CMN, de 27 de noviembre de 2013, para afirmar que la empresa inició

las faenas sin haber realizado el trabajo arqueológico necesario previo, afectando además, según el organismo sectorial, la concentración más densa de eventos en el yacimiento, los que ni siquiera alcanzaron a ser muestreados, y que lo anterior estaría comprobado pues los eventos líticos habrían sido georreferenciados en la línea de base del proyecto, siendo entonces posible identificar la ubicación de los mismos por área, permitiendo estimar cuántos de los eventos se encontraban emplazados en el sitio irregularmente intervenido de 15 hectáreas del yacimiento Salamanqueja 12-13.

Por lo tanto, para la SMA, Pampa Camarones S.A. habría optado por interpretar a su arbitrio la forma de cumplir las obligaciones de la RCA N° 29/2012, generando la pérdida del material arqueológico emplazado en las antedichas 15 hectáreas. De la propia información entregada por la empresa durante el procedimiento sancionatorio, en el contexto del programa de cumplimiento presentado, la SMA señala que Pampa Camarones S.A. afectó, sin posibilidad de rescate, 256 eventos de talla lítica, correspondientes al área solicitada de liberación, y que la recolección de 109 que finalmente llevó a cabo la empresa, con la metodología previamente acordada con el CMN, pero luego de la afectación de los 256 eventos sin previo permiso por parte de dicho organismo, son sólo representativos del área liberada por el CMN para realizar el levantamiento, pero no en cuanto al universo total de eventos líticos del sitio, lo que si bien fue suficiente en términos cuantitativos, no lo fue en términos de representatividad.

b. Supuesta infracción a la prohibición de doble incriminación contenida en el artículo 60 de la LOSMA (*principio non bis in ídem*)

En subsidio de las argumentaciones señaladas en la letra a) anterior, la reclamante señala que, en el evento que el Tribunal considere que se configura la infracción, la imposición de una sanción constituiría una infracción al principio *non bis in ídem*. Sostiene que la SMA sancionó el

mismo hecho dos veces, primero como incumplimiento a la Ley de Monumentos Nacionales y, luego, como incumplimiento a la RCA N° 29/2012, lo que vulnera lo dispuesto en el artículo 60 de la LOSMA. En este sentido, afirma que únicamente cabría sancionarla por la intervención en el área sin contar con el permiso sectorial correspondiente, en incumplimiento de la Ley de Monumentos Nacionales, y absolver respecto de la infracción asociada al incumplimiento del compromiso de recolección superficial de al menos un 20% de los eventos líticos, o aplicar la mínima sanción que en derecho corresponda.

Asegura la empresa que, en realidad, dado que el segundo cargo (no levantamiento del 20%) es -de acuerdo con la propia SMA- una consecuencia del primero (infracción a la Ley de Monumentos Nacionales), ambos cargos se basarían en un mismo hecho, consistente en la intervención del área donde serían instaladas las obras del proyecto sin contar con el permiso del CMN, "*[...] esto es, la validación metodológica previa de este organismo respecto de la recolección superficial de los eventos de talla lítica*".

En cuanto al fundamento, la reclamante afirma que tanto el cargo N° 6 como el N° 7, de la Tabla N° 1, si bien se originan en considerandos distintos de la RCA, estarían ambos motivados en la infracción a la Ley de Monumentos Nacionales y su Reglamento, pues se trataría de la autorización requerida para efectuar intervenciones en el yacimiento arqueológico. Según el titular del proyecto, es evidente, el estrecho vínculo entre ambos cargos, al punto que la "*[...] propia SMA afirma en la Resolución Reclamada que para la configuración de la infracción asociada a la omisión de recolección superficial [...] toma como antecedente los elementos fácticos de la infracción probada y configurada en el cargo anterior [esto es, la intervención sin permiso sectorial] [...]*".

En cuanto a la presunta infracción del principio *non bis in idem*, la SMA afirma que ésta no es efectiva, puesto que ella se refiere a la intervención de monumentos arqueológicos en

contravención a la Ley de Monumentos Nacionales y su Reglamento, mientras que la infracción N° 7 de la Tabla, dice relación con las obligaciones adicionales contenidas en la RCA. Mientras, la infracción N° 6 de la Tabla N° 1, es por la inobservancia de los requisitos legales de la intervención, la N° 7 se refiere a la no recolección en forma previa a la instalación del proyecto, de un determinado porcentaje de eventos líticos del área a intervenir. Afirma que se trata de hechos distintos, con fundamentos jurídicos diferentes, pues cada una subsiste por su cuenta y la configuración de ambas no es redundante, pues no existe identidad de hecho y fundamento jurídico. Afirma, ejemplificando lo anterior, que la empresa pudo haber solicitado autorización al CMN y no haber realizado la recolección o, por el contrario, haber realizado la recolección y no haber solicitado autorización alguna al CMN.

c. Sobre la clasificación de gravísima de la infracción N° 7 de la Tabla N° 1

De forma subsidiaria, y para el caso que el Tribunal no acogiera las argumentaciones previas, la reclamante señala que en todo caso la infracción a la obligación contenida en el considerando 4.2 de la RCA N° 29/2012, sería leve al no concurrir ninguna de los requisitos del artículo 36 numerales 1 y 2 de la LOSMA.

La SMA habría errado al estimar que el supuesto daño es irreparable, porque no habría considerado que la recolección superficial de un porcentaje determinado de eventos de talla lítica presentes en el área de intervención, era sólo una de las acciones comprometidas para profundizar en la investigación del yacimiento arqueológico Salamanqueja 12-13, las cuales contemplaban que la caracterización del sitio en cuestión, se llevaría a cabo mediante excavaciones en zonas no intervenidas por el proyecto, la recolección superficial en la zona de intervención del proyecto y, finalmente, el análisis de los eventos y percutores recuperados a partir de las actividades antes señaladas.

Según Pampa Camarones S.A., la misma evaluación ambiental habría reconocido que la caracterización se lograría con la suma de las acciones antes referidas, "[...] de forma que la intervención de un porcentaje de eventos de talla lítica, [...], no conlleva en ningún caso la pérdida de información imputada. Precisamente, ello explica que el CMN aceptara como suficiente [...] la recolección de un porcentaje y no la totalidad de los eventos [...] porque estimó que [...] no constituiría un daño ambiental, menos aún irreparable".

La recolección efectuada por la empresa, luego de la autorización del CMN, dejaría en evidencia para la reclamante que no sería efectivo lo sostenido por la SMA en cuanto a la imposibilidad de generar una investigación completa respecto de las condiciones de vida de los habitantes primitivos del sector, por cuanto existen antecedentes disponibles para llevar a cabo una investigación completa al respecto.

Por su parte, la infracción a la obligación de recolección superficial, no podría tampoco constituir un incumplimiento grave a una medida de compensación en los términos del artículo 36 N° 2 letra e) de la LOSMA, conforme fue calificado en la formulación de cargos, por no concurrir en la especie, los criterios asentados en la propia jurisprudencia de la SMA para determinar el carácter grave del incumplimiento: i) la relevancia o centralidad de la medida incumplida; ii) la permanencia en el tiempo del incumplimiento; y iii) el grado de implementación de la medida. Por último, citando jurisprudencia de este Tribunal, la reclamante afirma que, en el presente caso, no se habría afectado la finalidad de la medida, destinada a compensar los efectos adversos de un proyecto y, por lo tanto, no concurre ninguno de los requisitos que determinan la aplicación de la circunstancia de gravedad.

Por su parte, la SMA señala, respecto de la clasificación de la infracción relativa a la recolección de eventos líticos, que el daño irreparable fue acreditado a partir de los antecedentes aportados por el CMN, de los cuales se desprendía

que la pérdida de los eventos arqueológicos era irreparable desde el punto de vista científico. Afirma que lo anterior fue corroborado en carta remitida por la misma reclamante, donde afirma que la instalación de oficinas y preparación de terreno para la Planta de Cátodos, en el sitio Salamanqueja 12-13 ocupó 6,97 hectáreas y cubrió 218 eventos líticos, reconociendo la pérdida total de los eventos en la zona. Posteriormente, el CMN señaló que en un área aproximada de 15 hectáreas del sitio arqueológico Salamanqueja 12-13, hubo pérdida total de los eventos allí emplazados. Además, refiere que dicho organismo sectorial encomendó la realización de un informe a un perito arqueólogo experto, quien informó la intervención de un área de aproximadamente 15 hectáreas, donde se ubicaba la mayor densidad de conjuntos líticos. Concluye dicho organismo que la afectación es irremediable, pues la información se perdió y que la centralidad del área conlleva que el daño arqueológico sea significativo y lo califica como daño ambiental.

En lo referente a la significancia del daño, sostiene que tomó el criterio de magnitud establecido en el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, "RSEIA") junto con otros criterios, tales como la extensión y la duración, entendiendo por esta última el carácter permanente de la intervención, concluyendo que la importancia de una afectación que termine traduciéndose en daño ambiental debe enfocarse también en su importancia a nivel científico e histórico. Respecto de la extensión, indica que ascendió a 15 hectáreas, siendo uno de los casos más relevantes que se hayan conocido en nuestro país hasta la fecha. En cuanto al valor arqueológico, afirma que éste fue previamente determinado en la evaluación ambiental del proyecto, pues los eventos destruidos correspondían a monumentos arqueológicos consistentes en restos de antiguos asentamientos humanos del periodo arcaico costero. De ahí que la imposibilidad de generar una investigación respecto de las condiciones de vida de los habitantes primitivos del sector, constituye un daño ambiental irreparable.

2.2. Sobre la infracción asociada a la construcción de la plataforma de lavado de camiones

A este respecto, Pampa Camarones S.A. señala que la resolución impugnada erró en la configuración de la infracción asociada a la construcción de la plataforma de lavado de camiones, puesto que ésta no requiere autorización ambiental, toda vez que corresponde a un "ajuste lícito" de la descripción del proyecto, que no excede los términos conforme a los cuales éste fue calificado favorablemente. Lo anterior estaría confirmado, según la reclamante, en la Resolución Exenta N° 22, de 8 de agosto de 2014, donde el SEA responde a la consulta de pertinencia de ingreso que realizó el titular del proyecto, señalando que no requiere en efecto ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, "SEIA").

El no ingreso al SEIA de la actividad considerada infracción por la SMA, se sustenta, de acuerdo con la empresa, en lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley N° 19.300, en relación con el artículo 2 letra g) del Reglamento del SEIA, así como por lo señalado en el Anexo I del ORD N° 131.456 del SEA, que imparte instrucciones sobre consultas de pertinencia de ingreso al SEIA. De lo anterior, desprende la reclamante que el ordenamiento jurídico ambiental reconoce y ampara un legítimo margen de ajustes al proyecto, que no siendo cambios de consideración, no corresponderían al incumplimiento de una condición de la respectiva RCA, y que esto es precisamente lo que habría ocurrido con la plataforma de lavado de camiones. Todo lo anterior, por último, estaría confirmado por la jurisprudencia administrativa tanto de la CGR (Dictamen N° 20.477, de 20 de mayo de 2003) como de la propia SMA (procedimiento contra Vidrios Lirquén S.A., Resolución Exenta N° 138, de 5 de febrero de 2015).

En cuanto a la configuración de esta infracción, la SMA señala que no sancionó al titular del proyecto por eludir el SEIA, sino por incumplir la RCA N° 33/2011, que establece que "el proyecto no considera el lavado de vehículos ni maquinaria en

la Mina" (considerando 3.10). Agrega que la consulta de pertinencia formulada por la reclamante, fue posterior a la formulación de cargos y ofrecida dentro del programa de cumplimiento; por lo tanto, la empresa construyó la plataforma infringiendo su autorización ambiental, en donde se había explícitamente establecido un límite respecto de las obras que podía desarrollar Pampa Camarones S.A. en el marco de su proyecto.

Señala también la SMA, que una consulta de pertinencia en ningún caso debe entenderse como un "mecanismo de regularización de incumplimientos", a propósito de un procedimiento sancionatorio en curso. Sin perjuicio de ello, hace presente que dicha circunstancia fue considerada como conducta posterior positiva. En cuanto al dictamen citado por la reclamante -Vidrios Lirquén S.A.-, de acuerdo con el ente fiscalizador, éste no aplicaría al caso de autos por cuanto en dicho proyecto sí se contemplaba la construcción de obras, las cuales fueron posteriormente modificadas.

2.3. Sobre la infracción referida al plan de monitoreo y contingencia arqueológica

A juicio de la reclamante, la resolución impugnada erró en la calificación de la gravedad de los hechos infraccionales, relacionados al plan de monitoreo y contingencia arqueológica, al no haber ponderado correctamente los antecedentes de hecho y el sentido y alcance de la RCA. Al respecto, afirma que ninguno de los planes tiene el carácter o la naturaleza de una medida de mitigación, reparación o compensación, citando al efecto, la Resolución Exenta N° 198/2015 de la SMA, que resolvió el proceso de sanción en contra de SCM Lumina Copper Chile, en donde se precisa qué debe entenderse por "medidas".

Sostiene, asimismo, que los planes de monitoreo forman parte del seguimiento del proyecto y que no están destinados a hacerse cargo de los efectos identificados en la evaluación, sino evaluar el comportamiento del componente patrimonial, con

el objeto de determinar si corresponde la implementación de una acción de control.

Afirma que, aun en el improbable evento que el Tribunal considere que sí constituyen una medida de esos tipos, en ningún caso el incumplimiento tiene la gravedad que le ha sido asignada, por lo que correspondería reclasificar el hecho infraccional como leve, por cuanto la presentación de los planes una vez iniciada la fase de construcción, no cumpliría con los criterios definidos por la SMA sobre relevancia y centralidad. Agrega a lo anterior, que la propia SMA ha estimado que la omisión de contar con un monitoreo constituye una desviación de carácter leve (Resolución Exenta N° 777, de 29 de diciembre de 2014, y Resolución Exenta N° 1/Rol D-007-2015, de 31 de marzo de 2015).

Ante las argumentaciones de la reclamante, la SMA señala que la interpretación del literal e) del número 2, del artículo 36 de la LOSMA, en base al cual se clasificó como grave la infracción en comento, no puede circunscribirse a "[...] un ámbito más acotado que aquel que el propio legislador reconoció de manera textual".

Señala que los hechos sancionados dicen relación con un plan de monitoreo que constituía un aspecto fundamental para el manejo del impacto arqueológico y que se clasificó como grave, de conformidad con el artículo respectivo, en el entendido que se trataba de una medida que permitía eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto. Lo anterior, sumado a otros cargos de arqueología, en particular el incumplimiento del 20% de recolección superficial en el sitio Salamanqueja 12-13, sin el plan de monitoreo ni de contingencia, impidió a la empresa actuar al menos con un estándar de diligencia aceptable.

En cuanto a la alegación sobre la ausencia del criterio de relevancia o centralidad para haber clasificado la infracción como grave, la SMA señala al respecto que, atendida la presentación tardía del plan de contingencia, se consideró

grave la infracción por cuanto: i) el plan tenía por objeto supervisar la etapa de construcción del proyecto; ii) la intervención irregular y el daño arqueológico irreparable confirmó la centralidad de la medida; iii) era evidentemente importante cumplir con los compromisos adquiridos durante la evaluación ambiental del proyecto para mantener la indemnidad de los monumentos nacionales emplazados en el sitio Salamanqueja 12-13; y iv), la presentación tardía del plan incrementó "el riesgo" en el sitio dañado y en todo el yacimiento, dando cuenta de un actuar irresponsable y descuidado.

2.4. Sobre la infracción referida al plan de seguimiento de fauna

La reclamante afirma que la resolución impugnada erró en la clasificación de la gravedad asociada al plan de seguimiento de fauna. Siguiendo el planteamiento señalado a propósito de la anterior argumentación, sostiene que el hecho imputado no tiene la naturaleza de una medida de mitigación, compensación o reparación, en tanto integra el seguimiento del proyecto en relación a la fauna silvestre. Agrega que resulta evidente que representa un bajo nivel de lesividad y que ha regresado prontamente al estado de cumplimiento, pues dicho plan fue entregado a la autoridad el 6 de septiembre de 2013, por lo que correspondería reclasificar la infracción como leve.

De acuerdo con la SMA, la infracción en cuestión debía ser clasificada de conformidad con el artículo 36, numeral 2, literal e) reiterando los argumentos esgrimidos para la clasificación de la medida precedente. Afirma, adicionalmente que contar con el plan de seguimiento del componente avifauna silvestre, se traducía en una obligación de mitigación de los impactos que generaría el proyecto minero, más aún considerando -señala el ente fiscalizador- que en el sector, las especies a monitorear, son especies vulnerables y algunas insuficientemente conocidas.

Junto a lo anterior, la SMA considera, que haber iniciado la empresa la fase de construcción del complejo de captación de agua de mar sin el plan correspondiente en marcha, previamente aprobado por el SAG, supuso un incumplimiento que no permitió contar con información completa suficiente sobre el comportamiento de la avifauna, durante la labores de instalación del complejo, generando como consecuencia que en la práctica no se implementaran las medidas de mitigación propuestas por la empresa durante la evaluación ambiental.

2.5. Sobre la errónea aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA

En relación a este último aspecto de la reclamación de autos, Pampa Camarones S.A. sostiene que las sanciones impuestas resultan evidentemente desproporcionadas, habida cuenta de la entidad de las infracciones, la ausencia de intencionalidad, y la capacidad económica de la empresa. Asegura que la vulneración al principio de proporcionalidad se debe a la errónea aplicación de las reglas de ponderación establecidas en el artículo 40 de la LOSMA y que ello redundó en los excesivos montos de las sanciones finalmente impuestas.

La pretensión se encuentra estructurada en cuatro apartados, relativos a: i) la importancia del daño causado; ii) la importancia del peligro ocasionado; iii) la capacidad económica; y, iv) la intencionalidad en la comisión de las infracciones imputadas.

a) Sobre la importancia del daño causado

La reclamante sostiene que se habría infringido el principio *non bis in ídem*, al valorar en la determinación del monto de la multa nuevamente la existencia de un daño en el componente arqueológico. Señala que la resolución sancionatoria hace referencia al carácter del supuesto daño causado, al reclasificar como gravísima la infracción al considerando 4.2 de la RCA N° 29/2012. Seguidamente, según el reclamante, estos

mismos hechos fueron considerados en la ponderación de la concurrencia de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA como un componente que aumenta el monto de la sanción.

Enfatiza la reclamante, citando la sentencia de este Tribunal de 17 de diciembre de 2014 (causa Rol R N° 26-2014), donde se señala que *"La calificante está dada por un efecto adicional - de cierta entidad- generado por la infracción, en un caso específico (considerando 30)"*. Sostiene al efecto, que habría una exigencia de adicionalidad fáctica de cierta entidad, que no existiría en este caso concreto, y que aun cuando sean sanciones diversas, el monto de la multa ha sido excesivo al valorar dos veces la magnitud del daño en la determinación de la cuantía de la multa impuesta.

Por su parte, la SMA sostiene que no volvió a analizar si se producía un daño ambiental irreparable, sino que en la etapa de la determinación de la sanción específica que en cada caso corresponda aplicar, lo que se analizó es la "importancia" de ese daño causado que, por lo demás, según la SMA, no solo se reduce al "daño ambiental" en los términos del artículo 2 letra e) de la Ley N° 19.300.

En efecto, alega la SMA, al evaluar la importancia del daño causado respecto de la infracción N° 7 de la Tabla N° 1, se estimó que se generó daño arqueológico sobre 258 eventos líticos emplazados en la zona intervenida en análisis y daño ambiental irreparable sobre aproximadamente 64 monumentos nacionales. En base a dicho análisis, la SMA estimó que esta circunstancia es de aquellas que aumentaban el componente de afectación que correspondía aplicar.

b) Sobre la importancia del peligro ocasionado

En relación a la importancia del peligro ocasionado, Pampa Camarones S.A. sostiene que si bien la SMA argumenta la concurrencia de esta causal en la configuración de cada una de las infracciones, no constata la existencia de tal peligro

respecto de cada uno de los hechos infraccionales en el proceso de sanción. Cita los propios dichos de la SMA en la Resolución Exenta N° 695/2014, considerandos 373.1, que señala que procede esta causal cuando existe un "riesgo objetivamente creado por un hecho, acto u omisión imputable al infractor, susceptible de convertirse en el resultado dañoso". Según la reclamante, si la SMA hubiera hecho este análisis en la resolución impugnada, hubiera llegado a otras conclusiones.

Luego, la empresa expone su propio análisis, abarcando los siguientes puntos: i) manejo inadecuado de residuos peligrosos; ii) instalaciones sanitarias, sin contar con permisos sanitarios; iii) construcción de la plataforma de lavado de camiones; y iv) medidas de protección arqueológica y el plan de monitoreo.

Respecto del punto i), el titular del proyecto sostiene que se habían implementado medidas de seguridad y que el personal se encontraba capacitado en relación al adecuado manejo de residuos, lo que no habría sido considerado por la SMA. Respecto al punto ii), la reclamante sostiene que se trataría de un incumplimiento formal, que por sí mismo no genera un peligro de daño. En cuanto al punto iii), sostiene que la construcción de la plataforma no constituye un cambio de consideración según la Resolución Exenta N° 22/2014 del SEA, por lo que no existiría peligro de daño. Finalmente, en relación al punto iv), señala que existen antecedentes concretos para fundamentar que no existe peligro de daño para los sitios arqueológicos, toda vez que los trabajadores fueron capacitados respecto de las medidas y procedimiento a seguir ante un supuesto hallazgo arqueológico. Esto constaría, según el titular, en los banderines instalados en la época de la fiscalización como medida de protección. Por otro lado, añade que los peligros de daño arqueológico carecen de respaldo en los pronunciamientos emitidos por el CMN.

Frente a lo expuesto por la reclamante, la SMA señala que no efectuó un análisis en abstracto de esta circunstancia,

explicado una a una cómo fue considerada en concreto en cada infracción: i) Respecto a la infracción N° 1 de la Tabla N° 1, referida a los residuos peligrosos, según la SMA, la resolución sancionatoria fue clara al señalar las conductas de riesgo del titular, pues los residuos peligrosos se encontraban a la intemperie sobre polietileno o directamente en el suelo, sin señalética que indicara características de su peligrosidad, exponiendo a los operadores al manejo de residuos peligrosos sin contar con la información necesaria para realizar una adecuada gestión de los mismos; ii) Respecto a la infracción N° 2 de la Tabla N° 1, esto es, la instalación y funcionamiento de fosas sépticas y de una planta de tratamiento de aguas servidas (en adelante, "PTAS") sin contar con autorización sanitaria previa, la SMA afirma que habría un peligro concreto, pues a la fecha de la fiscalización ambiental (23 de mayo de 2013) la empresa ya tenía construidas las fosas y la PTAS sin contar con la autorización de diseño del proyecto, ni de funcionamiento. En la resolución sancionatoria se realizaron observaciones de como el diseño y funcionamiento construidos, asociados a la disposición de lodos, podría afectar la calidad del efluente y su descarga al mar; iii) En relación a la infracción N° 3 de la Tabla N° 1, consistente en la construcción de una plataforma para lavado de camiones, a juicio de la SMA se habría provocado un peligro -concreto- de generación de residuos líquidos que fue justamente lo que quiso expresamente evitar la autorización ambiental. La plataforma, tampoco contaba con autorizaciones sanitarias asociadas para el manejo y disposición de los residuos líquidos que se generasen, y iv) Respecto a la infracción N° 4 de la Tabla N° 1, referida a la inadecuada señalización y demarcación de monumentos arqueológicos en los sitios Salamanqueja 1 al 11 - incumpliendo así las obligaciones que se impusieron en la RCA con la finalidad de proteger los monumentos nacionales-, generó el riesgo correspondiente, y v) En relación a la infracción N° 8 de la Tabla N° 1, sobre entrega tardía del Plan de Monitoreo, reitera la SMA que dicha infracción vulneró un compromiso de supervigilar de manera permanente la etapa de construcción del proyecto. Aquello, a juicio de la SMA, fue tan relevante que,

sumado a que las áreas fueron intervenidas de forma irregular y que la arqueóloga de la faena fuera contratada de manera posterior a dichas intervenciones, no se podía sino sostener que producto del actuar de la empresa se generó peligro de daño ambiental en el yacimiento Salamanqueja 12-13 en su totalidad.

Cabe añadir que, respecto de la infracción N° 1 de la Tabla N° 1, en sede de reposición administrativa, la SMA, en relación a la conducta posterior del infractor, ponderó, como prueba posterior, la construcción de la cabina de RESPEL y estimó, por consiguiente, que dicha circunstancia era de aquellas que disminuía el componente de afectación de la sanción específica que correspondía aplicar por la infracción cometida, reduciéndola, en relación al componente recién dicho, de 44 a 39 UTA.

c) Sobre la capacidad económica

La reclamante alega que la SMA vulnera también el principio de proporcionalidad, toda vez que no considera la capacidad de pago del titular, la que se encuentra comprometida por tratarse de un proyecto minero que recién ha comenzado sus primeras etapas de operación.

Señaló la empresa, que la SMA yerra al aumentar el monto de la multa en base a la proyección proporcional de las ventas en el período agosto - noviembre de 2014. A su juicio, ese criterio sería contrario al concepto mismo de capacidad económica que la SMA ha utilizado en otros procedimientos sancionatorios (ENAP Refinería S.A., 2013, y SCM Minera Lumina Copper Chile, 2015), según el cual debiese atenderse a "*las particulares facultades o solvencia del infractor al momento de incurrir en el incumplimiento*".

Por otro lado, Pampa Camarones S.A. sostiene que, aun cuando la Resolución Exenta N° 455/2015 acoge parcialmente sus alegaciones formuladas en el recurso de reposición y disminuye un 17% el monto total de la multa aplicada, igualmente se

mantendría la desproporcionalidad toda vez que la SMA impone al titular una multa equivalente a las que ha aplicado a faenas que integran la "gran minería", cuando la faena en cuestión correspondería, según la misma reclamante, a "mediana minería".

Finalmente, hace presente que no conocen otro caso de sanción en que esta se acerque al 10% del monto de inversión del proyecto.

Por su parte, la SMA expone que lo argumentado por la reclamante carece de fundamento, toda vez que al resolver el recurso de reposición mediante la Resolución Exenta N° 455, precisamente se acogió éste en lo referido a la capacidad económica del infractor. Para ello, según el ente fiscalizador, se habría analizado la realidad financiera de la empresa en relación al monto total de las multas aplicadas, utilizando el método de ratios financieros aplicado por la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos (en adelante, "EPA", por sus siglas en inglés), y recomendado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, "OCDE"), llegando a la conclusión que efectivamente la empresa se encontraba *"actualmente en una situación financiera particular, especialmente en lo que respecta a su capacidad de hacer frente a sus obligaciones a corto plazo"*. De esta forma habría considerado la situación particular de la empresa dada su reciente entrada en operaciones, la existencia de un daño significativo al patrimonio arqueológico y el hecho que la empresa sea propiedad de importantes holdings.

De acuerdo a dichos antecedentes, la SMA señala haber considerado procedente la aplicación de un ajuste por "capacidad de pago", con un límite para la multa total en proporción a los ingresos por venta del año 2014. Este rango, que, según el fiscalizador, es utilizado por experiencias comparadas (EEUU, Perú, Alemania, Inglaterra, Francia, Sudáfrica, India, Unión Europea, Brasil México y otros), corresponde a un rango entre 4 y un 30% de los ingresos por ventas anuales como límite máximo para la sanción total, siendo

el 10% el criterio más utilizado a nivel comparado. Según la SMA, para el caso de la empresa Pampa Camarones S.A. el criterio utilizado fue limitar la multa total a un 12% de los ingresos anuales por venta del año 2014. Lo anterior, señala la reclamada, en atención a que la empresa inició operaciones el día 4 de agosto de dicho año, utilizó el valor anualizado. Añade la SMA que dicho criterio fue conservador, ya que el valor anualizado correspondía a un 56% de los ingresos proyectados al 2015. Por dichas razones, la reclamada, al resolver la reposición, decidió rebajar en un 17% el monto total a pagar.

Finalmente, la SMA añade que en caso que el Tribunal varíe la configuración, clasificación o ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA en las infracciones impugnadas, la rebaja del 17% carecería de sentido, porque la misma se tuvo en razón del escenario en que Pampa Camarones S.A. hubiere pagado las multas originales.

d) Sobre la intencionalidad en la comisión de las infracciones imputadas

Respecto al criterio de intencionalidad del artículo 40 letra d) de la LOSMA, la reclamante basa sus argumentos en que la realización del tipo infraccional supone necesariamente la comisión de la infracción con un actuar, como mínimo, negligente. Bajo este concepto, a juicio del titular del proyecto, el precepto respectivo del artículo 40 de la LOSMA, escapa a esta generalidad y exige para su aplicación que, además, concorra dolo como elemento subjetivo. Afirma la empresa que la intencionalidad es una circunstancia "calificante" para efectos de incrementar la sanción cuando dicho incumplimiento sea doloso. Alega, que si la intencionalidad abarcara la negligencia, entonces la supuesta "calificante" de la letra d) sería aplicable a todas las infracciones, pues en todas hay como mínimo un presupuesto de negligencia.

Para reafirmar su postura, la reclamante cita la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema dictada el 4 de junio de 2015, Rol 25.931-2014, que resolvió, según la reclamante, que no correspondía aplicar la agravante relativa a la intencionalidad en el proceso sancionatorio que en dicha sentencia era analizada, en razón de la inexistencia de un actuar doloso por parte del supuesto infractor.

Finalmente, Pampa Camarones S.A. concluye que para que exista intencionalidad, se deberá *"confirmar la concurrencia de otros elementos que van más allá de la falta de diligencia, lo que no ocurre en el caso de autos [...]"*. En definitiva, señala la empresa, que el conocimiento de los hechos infraccionales no puede ser considerado como único componente de la intencionalidad.

Por su parte, la SMA sostiene que si bien la reclamante no señala cuál incumplimiento es al que se habría aplicado erradamente el criterio del artículo 40 letra d) de la LOSMA, asumirá que se refiere al compromiso de recolección superficial de al menos un 20% de los eventos líticos emplazados en el área intervenida irregularmente. Frente a esto, la SMA señala que existen antecedentes que hacen aplicable la referida circunstancia, incluso bajo el criterio del fallo de la Corte Suprema citado por la empresa. Añade el ente fiscalizador, que si bien la Corte Suprema exigió un actuar doloso para aumentar la sanción en función del artículo 40 letra d) de la LOSMA, no dotó de contenido a dicho elemento doloso.

Según la SMA, el dolo debe ser identificado con el grado de conocimiento exigido por la entidad fiscalizadora; es decir, *"conocimiento de la obligación contenida en el instrumento normativo, como la conducta que se realiza y sus alcances jurídicos [...]"*.

Sostiene la SMA, que antes de la fiscalización ambiental realizada por ella, el titular y reclamante ya conocía que su actuar no se ajustaba a los estándares exigidos por el

organismo sectorial competente (CMN) en la materia, y sabía que había incumplido el compromiso establecido en la RCA correspondiente, lo que se desprendería de los mismos dichos del titular del proyecto en la Carta N° 013/2013 del Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2013-523-xv-RCA-IA, donde reconoce haber detenido los trabajos que realizaba en la zona Salamanca 12-13, pues a criterio del CMN dichos trabajos estaban fuera del porcentaje autorizado. Sin embargo, aun conociendo dicha contravención, Pampa Camarones S.A. continuó con la construcción de obras que eran fundamentales para su proyecto, hasta intervenir un área de aproximadamente 15 hectáreas del yacimiento Salamanca 12-13, generando la pérdida definitiva de los eventos líticos allí emplazados.

Por aquellas razones, es claro para la reclamada que Pampa Camarones S.A. incumplió su deber de recolección de *"manera intencional, es decir, con pleno conocimiento de que estaba infringiendo su autorización ambiental [...]"*.

CONSIDERANDO:

Primero. Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, *"Los afectados que estimen que las resoluciones de la Superintendencia no se ajustan a la ley, reglamentos o demás disposiciones que les corresponda aplicar, podrán reclamar de las mismas, dentro del plazo de quince días hábiles, contados desde la notificación, ante el Tribunal Ambiental"*.

Segundo. Que, por su parte, el artículo 17 N° 3 de la Ley N° 20.600, que Crea los Tribunales Ambientales, establece que es de competencia de los mismos *"Conocer de las reclamaciones en contra de las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente. Será competente para conocer de estas reclamaciones el Tribunal Ambiental del lugar en que se haya originado la infracción"*.

Correlativamente, el artículo 18 N° 3 de la misma ley establece que podrán intervenir como parte en los asuntos de competencia de los Tribunales Ambientales, "las personas naturales o jurídicas directamente afectadas por la resolución de la Superintendencia del Medio Ambiente".

Tercero. Que, Pampa Camarones S.A. interpuso tres reclamaciones: la primera, en contra de la Resolución Exenta N° 1272, de 2 de octubre de 2014, del procedimiento administrativo sancionatorio incoado por la SMA con el Rol N° D-017-2013; la segunda, en contra de la Resolución Exenta N° 1582, de 18 de noviembre de 2014, del mismo procedimiento; y la tercera y última, en contra de la Resolución Exenta N° 80, de 4 de febrero de 2015, enmendada por la Resolución Exenta N° 455, de 8 de junio de 2015, acto terminal del referido procedimiento sancionatorio. A fojas 178, de acuerdo a lo establecido en el artículo 92 del Código de Procedimiento Civil, se dispuso la acumulación de la segunda reclamación, y a fojas 339, la de la tercera.

Cuarto. Que, respecto de la segunda reclamación, a fojas 374 la reclamante presentó un escrito de desistimiento, a lo que el Tribunal dio traslado, evacuándose éste en rebeldía, y resolviéndose dar lugar al incidente según consta a fojas 376. En consecuencia, dicha reclamación no será objeto de pronunciamiento en esta sentencia.

Quinto. Que, en cuanto a las otras dos reclamaciones, durante el desarrollo de esta parte considerativa, el Tribunal abordará, conforme a los argumentos expuestos por las partes, los siguientes tópicos:

I. Reclamación Rol N° 51-2014

- a. Competencia de la Fiscal Instructora para resolver el recurso de reposición
- b. Extemporaneidad del recurso de reposición y del traslado evacuado por el titular del proyecto

II. Reclamación Rol N° 71-2015

- a. Errónea configuración de las infracciones
 - i. Intervención de los sitios Salamanca 12-13
 - 1. Infracción al principio de tipicidad
 - 2. Infracción del principio *non bis in idem*
 - ii. Construcción de una plataforma de lavado de camiones
- b. Errónea clasificación de las infracciones
 - i. Intervención de los sitios Salamanca 12-13
 - ii. Planes de monitoreo y de contingencia arqueológica
 - iii. Plan de seguimiento de fauna silvestre
- c. Errónea aplicación de las reglas del artículo 40 de la LOSMA
 - i. La importancia del daño causado o del peligro ocasionado
 - 1. Intervención del sitio Salamanca 12-13
 - 2. Hechos infraccionales N°s 1,2,3,4 y 8, de la Tabla N° 1
 - ii. La intencionalidad en la comisión de las infracciones
 - iii. La capacidad económica del infractor

I. Reclamación Rol N° 51-2014

a) Competencia de la Fiscal Instructora para resolver el recurso de reposición

Sexto. Que, en la reclamación interpuesta en contra de la Resolución Exenta N° 1272, la reclamante cuestiona, en primer término, que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 4° letra i) de la LOSMA y en el artículo 7 de la Constitución Política, el único funcionario facultado para resolver el recurso de reposición que se interpuso en contra de la Resolución Exenta

Nº 1171 en lo relativo al resuelvo IV -el cual había rechazado la prueba testimonial ofrecida por la empresa en su escrito de descargos- era el Superintendente, siendo indelegable esta facultad en otros funcionarios. Por consiguiente, al haber sido el recurso resuelto por la Fiscal Instructora del procedimiento, dicha funcionaria habría actuado fuera de su competencia, habiéndose atribuido facultades que no le correspondían.

Séptimo. Que, la SMA responde, en cambio, que la alegación de la reclamante demuestra un desconocimiento de la estructura orgánica de la Superintendencia y de los principios inspiradores de su funcionamiento. Afirma que el artículo 7 de la LOSMA establece una clara separación de las funciones de fiscalización e instrucción del procedimiento, por una parte, y la de aplicación de sanciones, por otra, a fin de evitar que un mismo órgano sea juez y parte. Señala que el legislador entregó al Fiscal Instructor la competencia relativa a la instrucción del procedimiento hasta la emisión del dictamen, momento en el cual se elevan los antecedentes al Superintendente, quien tiene la facultad exclusiva y excluyente de ejercer la potestad sancionatoria. Agrega que -de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 55 de la LOSMA- el único recurso administrativo que se entrega al Superintendente es el de reposición que se deduce en contra de la resolución final del procedimiento administrativo sancionatorio.

Octavo. Que, para analizar la argumentación de la reclamante, es necesario atender a las características del procedimiento administrativo sancionatorio en materia ambiental y la estructura orgánica de la SMA. Al respecto, es claro en este tipo de procedimiento, la separación de funciones, en cuya virtud se asignan a diferentes funcionarios la instrucción del procedimiento, por una parte, y el ejercicio de la potestad sancionatoria, por otra, fue un objetivo deseado y perseguido por el Legislador.

Noveno. Que, en la propia Historia de la Ley consta que la Ministra Presidenta de la ex Comisión Nacional del Medio Ambiente se refirió "a la objeción de la que ya se habló, respecto a la dualidad de juez y parte que tendría la entidad fiscalizadora, agregando que detrás de esta crítica lo que subyace es la idea que no existiría un procedimiento verdaderamente imparcial y objetivo al que se sometería al presunto infractor. Para abordar esa preocupación, se estableció legalmente la separación de las funciones y las personas que realizarán la inspección. Por otra parte, también se separó el cuerpo instructor del proceso, de manera que no exista compromiso en buscar responsabilidad de parte de quién está instruyendo el sumario, que es el mismo que debiera fallar" (Historia de la Ley N° 20.417, p. 707).

Décimo. Que, en virtud de lo anterior, el artículo 49 de la LOSMA establece que "la instrucción del procedimiento sancionatorio se realizará por un funcionario de la Superintendencia que recibirá el nombre de instructor", y el artículo 54 dispone que "emitido el dictamen, el instructor del procedimiento elevará los antecedentes al Superintendente, quien resolverá en el plazo de diez días, dictando al efecto una resolución fundada en la cual absolverá al infractor o aplicará la sanción, en su caso".

Undécimo. Que, por su parte, el artículo 4° letra i) de la LOSMA establece que al Superintendente le corresponderá "conocer y resolver los recursos que la ley establece", facultad que -de acuerdo a lo dispuesto en la letra j) del mismo artículo- no es susceptible de delegación. Sin embargo, aquélla disposición legal debe interpretarse en relación con lo dispuesto en el artículo 55 del mismo cuerpo normativo, el que entrega únicamente al Superintendente el conocimiento del recurso de reposición que se interponga en contra de las resoluciones que él dicte y que apliquen sanciones.

Duodécimo. Que, la estructura orgánica de la SMA, establecida en la Resolución Exenta N° 249, de 28 de mayo de

2014, contempla la existencia de una División de Sanción y Cumplimiento, encargada de la instrucción de los procedimientos administrativos sancionatorios, a través de los funcionarios denominados instructores, quienes, una vez concluidas las diligencias y los plazos respectivos, deben emitir dictamen proponiendo al Superintendente la absolución o sanción del presunto infractor, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 53 de la LOSMA.

Decimotercero. Que, la potestad sancionatoria es ejercida exclusivamente por el Superintendente quien, sólo una vez emitido el dictamen del instructor, interviene en el procedimiento mediante la dictación de una resolución fundada de absolución o sanción. En consecuencia, al no corresponderle al Superintendente intervención alguna en la etapa de instrucción, los recursos de reposición, que sean procedentes, deben ser resueltos por el Fiscal Instructor respectivo.

Decimocuarto. Que, atendido lo razonado en los considerandos precedentes, el Tribunal estima que la Fiscal Instructora del procedimiento administrativo tramitado en contra de Pampa Camarones S.A., actuó conforme a derecho al pronunciarse, mediante la resolución recurrida, sobre el recurso de reposición interpuesto por ésta en contra de la Resolución Exenta N° 1171. Por lo anterior, se rechazará la alegación de la reclamante en este punto.

b) Extemporaneidad del recurso de reposición y del traslado evacuado por el titular del proyecto

Decimoquinto. Que, en segundo término, la reclamante cuestiona que la Resolución Exenta N° 1272, haya tenido por extemporáneo (i) el recurso de reposición que había interpuesto en contra de la Resolución Exenta N° 1171 en lo relativo al resuelvo IV -el cual había rechazado la prueba testimonial ofrecida por la empresa en su escrito de descargos- y, (ii) el evacúa traslado conferido en dicha resolución al titular, a propósito de sus resueltos I y II -en los cuales se había publicitado el

Memorándum DFZ N° 924 de la Macro Zona Norte e incorporado el Informe "DFZ-2013-1474-XV-RCA" al expediente causa Rol D-017-2013.

Decimosexto. Que, en cuanto al recurso de reposición, la reclamante sostiene que, de acuerdo a la evidencia del timbre de Correos de Chile en el sobre de la Resolución Exenta N° 1171, y aplicada la presunción del artículo 46 de la Ley N° 19.880, se demuestra inequívocamente que el recurso de reposición fue interpuesto dentro de plazo. Al respecto, señala que *"La SMA jamás vio el sobre con el timbre y cometió un error de hecho al guiarse por el sistema de rastreo electrónico en www.correos.cl, el que no dio la fecha exacta del timbre en el sobre, a partir del cual contar la presunción"*.

Decimoséptimo. Que, por tanto, la reclamante afirma que *"la SMA se apresuró en su análisis sobre el cómputo de plazos, porque simplemente se guió en forma exclusiva por el sistema de seguimiento de Correos de Chile, sin antes siquiera cerciorarse de la fecha señalada en el sobre de envío de la Resolución Recurrida, con su correspondiente timbre estampado. El sistema le arrojó una fecha que no se condice con la fecha del sobre, y de ahí en adelante la SMA jamás logró enmendar tal error, llevándola a concluir que el recurso de reposición se había interpuesto fuera de plazo, cuando en realidad no fue así. De haber requerido la SMA, en forma previa a resolver, que se le adjuntara el sobre con el timbre de correos estampado -lo que, dicho sea de paso, es la práctica general del Ilustre Tribunal Ambiental-, no habría cometido tan penoso error"*.

Decimooctavo. Que, de este modo, la reclamante considera que, de acuerdo a la evidencia del timbre de correos estampado en el sobre que contenía la Resolución Exenta N° 1171, la recepción en la oficina de Correos de Chile correspondiente al domicilio del titular tuvo lugar el 15 de septiembre de 2014, por lo que, aplicando la presunción del artículo 46 antes referido, la notificación por carta certificada se entendió legalmente practicada el día 22, venciendo el plazo para

interponer el recurso de reposición el día 29 de septiembre, fecha en que éste se interpuso efectivamente. Así, agrega que la fecha indicada en el timbre que se estampa en el sobre de envío prevalece a lo que pueda señalar el sistema de seguimiento electrónico.

Decimonoveno. Que, por su parte, en cuanto a la extemporaneidad del traslado evacuado, la reclamante reitera los mismos argumentos expuestos a propósito de la reposición, señalando que la reclamada concluye que la carta arribó al Centro de Distribución Postal el 13 de septiembre de 2014 mediante el número de seguimiento de Correos de Chile, sin que fuera así realmente, ya que la evidencia del timbre de correos estampado en el sobre de la resolución recurrida indica claramente el día 15 como fecha de recepción en el respectivo Centro de Distribución. Por tanto, la reclamante señala que la notificación por carta certificada debió entenderse practicada el día 22, en virtud de la presunción del artículo 46 de la Ley N° 19.880, y que, por lo tanto, el plazo para evacuar el traslado venció el día 25 de septiembre, fecha en que efectivamente se evacuó.

Vigésimo. Que, la reclamada, en cambio, señala que lo afirmado por la reclamante es errado, habiendo expuesto los hechos de manera artificiosa para inducir a error al Tribunal. Así, señala que "5. La resolución en comento [Resolución Exenta N° 1171], fue notificada mediante carta certificada a Pampa Camarones S.A. Su número de seguimiento de Correos de Chile fue el 307254119560 [...]. 6. Verificado ese código en Correos de Chile, se advierte que el envío arribó al Centro de Distribución Postal, correspondiente al domicilio de la empresa con fecha 13 de septiembre". Por tanto, sostiene que, verificado el número de seguimiento en línea, se advierten dos hechos claros e innegables, a saber: (i) que la Resolución Exenta N° 1171 fue recibida en la última oficina de Correos de Chile el 13 de septiembre de 2014 a las 9:08 horas; y (ii) que ésta fue efectivamente entregada a la reclamante el 15 de

septiembre de 2014 a las 12:14 horas, específicamente a doña Matilde Córdoba.

Vigésimo primero. Que, por tanto, en cuanto a la reposición, sostiene: (i) que si se contaba el plazo utilizando la presunción del artículo 46 de la Ley N° 19.880, esto es, entendiendo que la notificación fue practicada a contar del tercer día hábil siguiente a su recepción en la oficina de Correos que corresponda -verificada el 13 de septiembre de 2014-, el plazo de cinco días hábiles comenzaba a computarse desde el día 22, por lo que el término para interponer el recurso de reposición vencía el día 26, fecha anterior a la presentación del titular, quien interpuso el recurso el día 29; y, (ii) que si se contaba el plazo desde el día efectivo en que la reclamante recibió la carta certificada -15 de septiembre de 2014- el plazo de cinco días hábiles vencía el día 24, fecha anterior a la presentación del titular, quien interpuso el recurso el día 29 de septiembre.

Vigésimo segundo. Que, por su parte, en cuanto a la extemporaneidad del traslado evacuado, la reclamada reitera los mismos argumentos expuestos a propósito de la reposición, señalando: (i) que si se contaba el plazo utilizando la presunción del mencionado artículo 46, esto es, entendiendo que la notificación fue practicada a contar del tercer día siguiente a su recepción en la oficina de Correos que corresponda -verificada el 13 de septiembre de 2014-, el plazo comenzaba a computarse desde el día 22, por lo que el término para evacuar el traslado de tres días hábiles vencía el día 24 de septiembre, fecha anterior a la presentación del titular, quien evacuó el traslado el día 25; y, (ii) que si se contaba el plazo desde el día efectivo en que la reclamante recibió la carta certificada -15 de septiembre de 2014- el plazo de tres días hábiles vencía el día 22, fecha anterior a la presentación del titular, quien interpuso el recurso el día 25.

Vigésimo tercero. Que, para resolver este punto de la reclamación, se debe tener presente que el inciso segundo del

artículo 46 de la Ley N° 19.880 dispone que: "las notificaciones por carta certificada se entenderán practicadas a contar del tercer día siguiente a su recepción en la oficina de Correos que corresponda". Al respecto, en diversos dictámenes de la CGR se ha aclarado que la oficina de Correos que corresponda es aquella del domicilio del notificado (v.gr. dictámenes N° 69.659, de 15 de diciembre de 2009, y 31.277, de 5 de julio de 2006). Por tanto, es manifiesto que la fecha relevante para aplicar esta disposición, es aquella correspondiente a la recepción de la carta en la oficina de Correos de Chile del domicilio del notificado, ya que la notificación por carta certificada se entiende practicada a contar del tercer día hábil administrativo siguiente a dicha fecha.

Vigésimo cuarto. Que, la controversia esencial radica en que la reclamante y la reclamada discrepan precisamente en la determinación del día de la recepción de la carta en la oficina de Correos de Chile del domicilio del notificado. Ello se explica porque, según la reclamante, la fecha es la del timbre estampado en el sobre, que corresponde al 15 de septiembre de 2014, mientras que, según la reclamada, dicha fecha es la que consta en el sistema de seguimiento en línea (N° 307254119560) correspondiente al 13 de septiembre de 2014.

Vigésimo quinto. Que, sobre el particular, cabe precisar que los dictámenes citados, tanto por la reclamante como por la reclamada, no se refieren a casos en que tenga lugar esta excepcional discrepancia, por lo que no es posible sostener que, conforme al criterio de la CGR expresado en dichos dictámenes, deba prevalecer la fecha consignada en el respectivo timbre, más aún, cuando se ha transformado en una práctica habitual que los reclamantes acompañen sobres de Correos de Chile sin ningún timbre, conteniendo únicamente el número de seguimiento en línea y la singularización de la respectiva resolución que está siendo notificada. Desde esa perspectiva, el Tribunal ha considerado determinante la información del seguimiento en línea para aplicar la presunción

contenida en el artículo 46 ya referido, criterio que debe prevalecer en este caso.

Vigésimo sexto. Que, por tanto, el Tribunal concluye, a la luz de los antecedentes tenidos a la vista, que la SMA fundó adecuadamente su razonamiento al tener por extemporáneo tanto el recurso de reposición como el evacua traslado presentados, basándose en el seguimiento en línea de Correos de Chile. Por lo demás, no resultaba pertinente que la SMA exigiera el sobre para obtener una información de la cual disponía, pues si es ella quien emitió la resolución impugnada, es evidente que conoce el número de seguimiento de la misma, para efectos de establecer la fecha de la notificación de la resolución en comento.

Vigésimo séptimo. Que, en definitiva, dado que la fecha de recepción en la oficina de Correos de Chile del domicilio del notificado corresponde al día 13 de septiembre de 2014, la notificación de la Resolución Exenta N° 1171 debe entenderse practicada el día 17. Por consiguiente, el plazo para interponer el respectivo recurso de reposición vencía el día 26 de septiembre, mientras que el término para evacuar traslado vencía el día 24 del mismo mes. Por tanto, al haber presentado la reclamante el recurso de reposición el día 29 de septiembre y el evacúa traslado el día 25, dichas presentaciones se efectuaron extemporáneamente, motivo por el cual se rechazará la alegación de la reclamante en este punto.

Vigésimo octavo. Que, a mayor abundamiento, la reclamante para desvirtuar la presunción contenida en el inciso segundo del artículo 46 de la Ley N° 19.880, tendría que haber acreditado lo siguiente: i) que Correos de Chile no pudo certificar haber despachado y entregado la carta en el domicilio que ella registraba; o ii) que Correos devolvió la carta a su remitente por no encontrarse el destinatario; o iii) que la Resolución Exenta N° 1171 le fue entregada después de los tres días siguientes a la fecha de recepción en la oficina de Correos de Chile del domicilio del notificado, lo que no

aconteció. Contrariamente, los antecedentes indican que doña Matilde Córdova recibió materialmente dicha resolución el día 15 de septiembre de 2014, a las 12:14 horas, esto es, al primer día hábil siguiente de la recepción de la resolución exenta en la respectiva oficina de Correos de Chile, con lo cual, en definitiva, la presunción del artículo antes mencionado no fue desvirtuada.

II. Reclamación Rol N° 71-2014

Vigésimo noveno. Que habiéndose desestimado la reclamación interpuesta en contra de la Resolución Exenta N° 1272/2015, corresponde, a continuación, que el Tribunal se pronuncie sobre la reclamación deducida en contra de la Resolución Exenta N° 80/2015, enmendada por la Resolución Exenta N° 455/2015, acto terminal del procedimiento sancionatorio.

Trigésimo. Que, para una mejor comprensión de lo discutido por las partes del presente juicio, y según el índice contenido en el considerando quinto, a continuación el análisis del Tribunal, se subdividirá en tres grandes apartados. En primer lugar, se abordarán las argumentaciones relativas a la errónea configuración de las infracciones, en relación a la intervención de los sitios Salamanqueja 12-13, y a la construcción de una plataforma de lavado de camiones. En segundo lugar, se revisarán las argumentaciones sobre la errónea clasificación de las infracciones, respecto de la intervención de los sitios antes señalados, así como de los planes de monitoreo y contingencia arqueológicos, y de seguimiento de fauna silvestre. En tercer y último lugar, se analizará la aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, en relación a la importancia del daño o del peligro ocasionado, la intencionalidad en la comisión de las infracciones, y la capacidad económica del infractor, reclamante en autos.

a) Errónea configuración de las infracciones

i. Intervención de los sitios Salamanca 12-13

1. Infracción al principio de tipicidad

Trigésimo primero. Que, sobre el particular, la reclamante expone gravísimos errores de hecho y de derecho en que habría incurrido la SMA al tipificar la infracción N° 7 de la Tabla N° 1. Dicha infracción consiste en la intervención irregular de un área aproximada de 15 hectáreas del sitio Salamanca 12-13, sin cumplir con el compromiso de recolección superficial de al menos un 20% de los eventos líticos emplazados en dicha área, de manera previa a la instalación de las obras del proyecto y por la cual el titular fue sancionado con una multa de 3.508 UTA.

Trigésimo segundo. Que, según la actora, la SMA habría efectuado una errónea interpretación de la obligación de recolección de los referidos eventos líticos, tergiversando el verdadero sentido y alcance del considerando 4.2 de la RCA N° 29/2012, infringiendo con ello el principio de tipicidad. Ello, por cuanto la autoridad administrativa estimó -tal como se desprendería del considerando 269 de la resolución sancionatoria- que la representatividad de la muestra se cumple en la medida que el 20% de ella provenga "de toda el área intervenible", agregando -a juicio de la reclamante- un requisito inexistente.

Trigésimo tercero. Que, en relación a lo anterior, la reclamante señala que, a instancia suya, la SMA solicitó al SEA que interpretara los considerandos 4.2 y 7.4. de la mencionada RCA. Agrega que dicha solicitud fue respondida por la autoridad mediante Resolución Exenta N° 745, de 27 de agosto de 2014, donde se precisa que la recolección superficial debe ejecutarse en cumplimiento de "[...] la cualidad de representatividad, objetivo cuya consecución debe ajustarse a la definición previa a la metodología de rescate acordada en conjunto con el CMN".

Trigésimo cuarto. Que, de acuerdo a lo establecido precedentemente, la reclamante precisa que, conforme a lo señalado por el SEA, se entiende que representatividad no implica un acuerdo previo con el CMN respecto de los eventos de talla lítica a ser recolectados, sino que dicha autoridad vise la propuesta de levantamiento y custodia que formule el arqueólogo a cargo de la recolección superficial. Lo anterior, se confirmaría con lo dispuesto en el Ordinario N° 2497, del CMN, de 15 de julio de 2013, que habría autorizado al titular *"a llevar a cabo un muestreo al azar simple en la recolección superficial de los eventos existentes en el área a intervenir por las obras del proyecto"*. De esta forma -agrega la actora- la carga de la definición de la muestra habría quedado en manos del titular del proyecto.

Trigésimo quinto. Que, conforme al alcance del criterio de representatividad citado, la reclamante afirma que no incurrió en la infracción imputada, ya que dio cumplimiento a la obligación exigida al recolectar una muestra representativa de 109 eventos de talla lítica, de acuerdo a las conclusiones de los trabajos arqueológicos en faena y del análisis de laboratorio de los materiales. En este contexto, no correspondía a la SMA incorporar exigencias que excedieran la interpretación del SEA, como es que las muestras de los mencionados eventos provengan de todo el universo del área a intervenir por las obras del proyecto. Ello implicaría, en definitiva, sancionar al titular en base a un requisito inexistente, incurriendo con ello la autoridad en un error que vulnera el principio de tipicidad.

Trigésimo sexto. Que, por su parte, la SMA hace presente que, tal como se señala en el considerando 266.2.9 de la resolución recurrida, la obligación de no intervenir más del 20% del sitio Salamanqueja 12-13, contemplada en el considerando 7.4 punto 1 de la RCA N° 29/2012, no fue objeto de discusión ni cargo alguno, por lo que sólo le cabe pronunciarse respecto de la eventual ilegalidad en la interpretación del considerando 4.2 de dicha RCA. Respecto a

este punto, sostiene que debe desestimarse lo afirmado por la reclamante, ya que ésta habría interpretado a su arbitrio la forma de cumplir las obligaciones contenidas en el citado considerando, interviniendo irregularmente y generando la pérdida del material arqueológico emplazado en un área de 15 hectáreas del sitio arqueológico Salamanqueja 12-13.

Trigésimo séptimo. Que, sobre el particular, el organismo fiscalizador señala que la Resolución Exenta N° 745 del SEA, zanjó la interpretación de la referida RCA, al afirmar que no bastaba un levantamiento numérico sino que se exigía cumplir con una cualidad de representatividad, de acuerdo a la definición previa de la metodología de rescate acordada en conjunto con el CMN, desestimando -de esta forma- que el rescate de 109 eventos líticos sirviera para dar por cumplida la obligación impuesta en el considerando 4.2 de la RCA.

Trigésimo octavo. Que, asimismo, la SMA señala que la reclamante no definió, con anterioridad a la ejecución de las obras y de forma concertada con el CMN -como organismo técnico competente- la metodología de rescate de los eventos líticos, ni tampoco realizó la respectiva actividad de levantamiento. En efecto, el ente fiscalizador afirma que *"si bien la empresa comenzó con algunas gestiones destinadas a definir la metodología de rescate señalada, antes de lograrse tal objetivo Pampa Camarones realizó la intervención irregular sancionada"*, lo que se encontraría detallado en el Ordinario N° 227, de 29 de abril de 2013 de la Comisión Asesora de Monumentos Nacionales (en adelante, "CAMN") de Arica y Parinacota.

Trigésimo noveno. Que, por último, el organismo fiscalizador agrega que tuvo en consideración, para la dictación del acto impugnado, lo informado por el CMN, mediante Ordinario N° 4515, de 27 de noviembre de 2013, que señala que las faenas comenzaron sin que se hubiera realizado el trabajo arqueológico necesario previo, y que se afectó la concentración más densa de eventos líticos, los que ni siquiera alcanzaron a ser muestreados. Asimismo, sostiene que en la información presentada por la

empresa en el procedimiento sancionatorio ("Informe Ejecutivo de Terreno, Plan de Manejo y Solicitud de Liberación de Áreas", elaborado por los arqueólogos Mauricio Navarro, Juan Chacama y José Müller, de julio 2013, Anexo 6 del Programa de Cumplimiento, de 15 de octubre de 2013) se reconoce que se afectaron 256 eventos líticos, en el área aproximada de 15 hectáreas del sitio Salamanqueja 12-13, intervenida sin haber solicitado liberación alguna al CMN o a la CAMN, ni recolectado previamente eventos líticos. De esta forma, la muestra del 20% de eventos líticos recolectados se habría realizado sobre el universo disponible y no sobre la totalidad, incumplándose el criterio de representatividad exigido por el SEA en su interpretación de la RCA.

Cuadragésimo. Que, en atención a lo señalado en las consideraciones precedentes, lo que corresponde determinar al Tribunal es si, a partir de lo señalado en el considerando 4.2 de la RCA, el deber del titular del proyecto, tal como lo sostiene la SMA, era recolectar superficialmente el 20% de las piezas líticas ubicadas en todo el sitio Salamanqueja 12-13, sin que ello implique una transgresión al principio de tipicidad.

Cuadragésimo primero. Que, en este contexto, es necesario reproducir el citado considerando 4.2, a saber: "Que, sobre la base de los antecedentes que constan en el expediente de evaluación, debe indicarse que la ejecución del proyecto 'Planta Cátodos Pampa Camarones' requiere de los permisos ambientales sectoriales contemplados en los artículos 76; 88; 90; 91; 93; 94 y 96 del D.S. N°95/01 [...] Sobre el Permiso Ambiental Sectorial (PAS) N° 76, el Consejo de Monumentos Nacionales (CMN) mediante su Of. Ord. N° 2568 de fecha 21.06.2012, otorga el permiso condicionado a especificar y formalizar los antecedentes para las dos solicitudes independientes ante el CMN (www.monumentos.cl), una vez aprobado el presente proyecto, en relación a: i) La recolección superficial de al menos un 20% de los eventos líticos emplazados en el área donde serán instaladas las obras del

proyecto, y ii) Las actividades de recolección y excavación indicadas en la Adenda 1, las cuales deberán ser especificadas y actualizadas a las actuales características del proyecto".

Cuadragésimo segundo. Que, de la lectura del considerando reproducido, aparece claramente que el PAS 76 -Excavaciones de carácter o tipo arqueológico, antropológico, paleontológico o antropoarqueológico- se encontraba condicionado a especificar y formalizar los antecedentes ante el CMN, y que la recolección superficial del 20% de los eventos líticos, debía llevarse a cabo en el área donde serían instaladas las obras del proyecto.

Cuadragésimo tercero. Que, en relación al área de recolección -que es el asunto discutido en este punto de la reclamación- consta en los considerandos 226 y siguientes de la resolución impugnada, que aproximadamente 15 hectáreas del yacimiento arqueológico Salamanca 12-13 fueron intervenidas por obras del titular relacionadas, entre otras, con la construcción y habilitación del *electrowinning* y con la instalación de campamento de faena, perdiendo con ello la información arqueológica que allí se ubicaba.

Cuadragésimo cuarto. Que, de acuerdo a las obras constatadas por la Superintendencia en la zona irregularmente intervenida y mencionadas en la resolución impugnada, queda en evidencia que las 15 hectáreas afectadas formaban parte del área donde serían instaladas las obras del proyecto aprobado por la RCA N° 29/2012. Como consecuencia de lo anterior, y conforme lo señala expresamente la RCA, los eventos líticos allí emplazados debían formar parte del 20% de la recolección realizada por el titular del proyecto. Sin embargo, producto de la intervención irregular de la zona, se perdió la información arqueológica que allí se ubicaba, alterando con ello el universo original que la RCA expresamente exigía para cumplir con la recolección superficial de los eventos líticos.

Cuadragésimo quinto. Que, conforme a lo señalado precedentemente, la recolección superficial realizada por el

titular del proyecto, no cumple con la exigencia de la RCA, toda vez que los eventos líticos rescatados no lo fueron en relación al área que la RCA estableció. De esta manera, los argumentos desarrollados por la SMA en la resolución impugnada son suficientes para acreditar la infracción al punto 4.2 de la citada RCA. En efecto, de la simple lectura del mencionado considerando, se advierte que las 15 hectáreas irregularmente intervenidas formaban parte *"del área donde serán instaladas las obras del proyecto"* y, por tanto, el titular no podía desconocer que la recolección superficial debía considerar los eventos líticos ubicados en dicha área.

Cuadragésimo sexto. Que, precisamente, en este sentido, la doctrina y la jurisprudencia han entendido que tratándose de regulados sujetos a relaciones especiales de sujeción, la Administración goza de una mayor libertad interpretativa *"para encuadrar las conductas de los administrados dentro de los tipos infractores (...)"*, en razón del *"especial deber de saber de quien se encuentra en una relación especial de sujeción, pues "la naturaleza o el contenido jurídico de la relación (...) permite una más fácil predicción de aquellas conductas y sanciones."* (REBOLLO PUIG Manuel y otros, *Derecho Administrativo Sancionador*, Editorial LEX NOVA, Valladolid, 2010, p. 175) (destacado del Tribunal).

Cuadragésimo séptimo. Que, en consecuencia, según lo expuesto en las consideraciones precedentes, a juicio del Tribunal, no existe la infracción al principio de tipicidad denunciado por la reclamante, por lo que la reclamación será desestimada a este respecto.

2. Infracción del principio *non bis in idem*.

Cuadragésimo octavo. Que, descartada la argumentación principal sobre la infracción al principio de tipicidad, corresponde hacerse cargo de la petición subsidiaria, mediante la cual la reclamante señala que, en caso de estimarse configurada la infracción a lo dispuesto en el considerando

4.2 de la RCA N° 29/2012, se estaría vulnerando el principio *non bis in ídem* contenido en el artículo 60 de la LOSMA, al haber sido, a su juicio, sancionada dos veces por un mismo hecho. En efecto, sostiene que un solo hecho -la intervención del área donde serían instaladas las obras del proyecto, sin contar con permiso del CMN- fue sancionado, por una parte, como incumplimiento de la Ley de Monumentos Nacionales, al no contar con la validación metodológica previa del CMN -contenido del PAS del artículo 76 del anterior RSEIA- (hecho infraccional N° 6 de la Tabla N° 1 de la resolución recurrida) y, por otra, como incumplimiento del referido considerando de la RCA, relativo a la recolección del 20% de los eventos líticos de la zona, (hecho infraccional N° 7 de la Tabla N° 1 de la resolución recurrida).

Cuadragésimo noveno. Que, en el mismo sentido, sostiene la reclamante que, el segundo cargo, referido al incumplimiento de la RCA, es consecuencia del primero -el incumplimiento de la Ley de Monumentos Nacionales- y que ambos se basan en la intervención del área sin la validación metodológica previa del CMN, respecto de la recolección superficial de los eventos de talla lítica. Por lo anterior alega que, sólo cabría sancionarla por la intervención del área sin contar con permiso sectorial, en incumplimiento de la referida ley, y absolver por la infracción asociada al hecho N° 7 de la Tabla N° 1, o aplicar la mínima sanción que en derecho corresponda.

Quincuagésimo. Que, por su parte, la SMA plantea que se trata de hechos distintos, cada uno con su fundamento jurídico, aunque vinculados: la inobservancia de requisitos legales en la intervención de monumentos arqueológicos (la debida autorización del CMN) y la no recolección de un porcentaje determinado de los eventos líticos antes de la instalación de las obras del proyecto (infracción a lo dispuesto en el considerando 4.2 de la RCA N° 29/2012). Señala que cada una de las infracciones puede subsistir por su cuenta, lo que demostraría que su aplicación conjunta no puede ser entendida como redundante, ni los hechos que las constituyen ser

estimados como iguales. Agrega que, para que opere la regla del artículo 60 de la LOSMA no basta que exista una coincidencia o similitud, sino que debe tratarse del mismo hecho y fundamento jurídico, por lo que en el presente caso la identidad no se produce.

Quincuagésimo primero. Que, en la resolución recurrida, la SMA descarta la alegación relativa a la vulneración del principio *non bis in ídem*, señalando que "la infracción contemplada en el numeral 6 versa sobre la inobservancia formal de no haber dado cumplimiento al procedimiento establecido en la Ley N° 17.288 y su Reglamento (ambas normativas integrantes de la RCA N° 29/2012), en circunstancias que la infracción señalada en el numeral 7 se refiere a la incorrecta ejecución de una actividad material de recolección, cuyo fundamento exclusivo se encuentra en la RCA" (considerando 266.2.2).

Quincuagésimo segundo. Que, para resolver la alegación de la reclamante, es necesario precisar el alcance del principio *non bis in ídem*. En este contexto, el artículo 60 de la LOSMA señala: "Cuando por unos mismos hechos y fundamentos jurídicos, el infractor pudiese ser sancionado con arreglo a esta ley y a otra u otras leyes, de las sanciones posibles, se le impondrá la de mayor gravedad. En ningún caso podrá aplicar al infractor, por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, dos o más sanciones administrativas".

Quincuagésimo tercero. Que, por su parte, y en concordancia con lo dispuesto en el citado artículo 60, la doctrina ha señalado que el principio *non bis in ídem* implica que no pueden imponerse dos sanciones por los mismos hechos, realizados por el mismo sujeto y con identidad de fundamentos (Cfr. LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho Ambiental Administrativo*, 11ª Edición, Editorial La Ley, Madrid, 2010 p. 721). Asimismo, el profesor Jorge Bermúdez Soto, sostiene que "para el ámbito del Derecho administrativo sancionador se define como el derecho público del ciudadano a no ser castigado por el mismo hecho con una pena o sanción administrativa o con dos sanciones

administrativas, siendo indiferentes que éstas operen en el tiempo de forma simultanea o sucesiva. [...] Para que proceda la aplicación de este principio se hace necesario que se verifique la triple identidad entre el sujeto, el hecho y su fundamento, impidiendo de esta forma la doble punibilidad" (BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Derecho Administrativo General, 1° edición, LegalPublishing, Santiago, 2010, p. 189).

Quincuagésimo cuarto. Que, en cuanto a los elementos de la triple identidad, en particular la igualdad de hecho, la doctrina ha desarrollado criterios que permiten determinar cuándo se está ante uno o varios hechos. Así, "existirá un solo hecho cuando la actuación del sujeto corresponda a una misma manifestación de voluntad (criterio finalista) y sea valorada unitariamente en un tipo (criterio normativo). Según la regla de la triple identidad, si con estos criterios se llega a la conclusión de que hay más de un hecho cabrá, con carácter general, más de una sanción" (ALARCON SOTOMAYOR, Lucia. *El non bis in ídem como principio general del Derecho Administrativo*. En SANTAMARIA PASTOR, Juan (Director), *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*, 1° edición, Editorial La Ley, Madrid, 2010, p. 399).

Quincuagésimo quinto. Que, para determinar si corresponde acoger la petición de la reclamante, es necesario determinar si concurren los presupuestos para la aplicación de este principio, que de acuerdo a lo señalado en el artículo 60 de la LOSMA, así como en la doctrina citada, corresponden a la triple identidad, es decir, que exista igualdad de sujeto, hecho y fundamento. Para ello, se debe considerar que la reclamante señala como infringido el citado artículo, por cuanto un mismo hecho habría sido doblemente sancionado como infracción N° 6 y N° 7 de la Tabla N° 1, dando por supuesto los otros dos requisitos.

Quincuagésimo sexto. Que, en este contexto, la reclamante señala que el hecho sancionado dos veces es la intervención del área donde serían instaladas las obras del proyecto, sin

contar con permiso del CMN; sin embargo, y como se explicará en los considerandos siguientes, lo cierto es que el hecho aludido por la reclamante corresponde efectivamente a aquel por el cual se configuró la infracción N° 6 de la Tabla N° 1, pero no es el mismo que dio origen a la infracción N° 7 de dicha Tabla.

Quincuagésimo séptimo. Que, de acuerdo a lo señalado en el apartado IV.3.4.3 de la resolución sancionatoria, el hecho que dio origen a la infracción N° 6 de la Tabla N° 1, corresponde a la intervención y afectación de monumentos arqueológicos, sin autorización del Consejo de Monumentos Nacionales, en los términos prescritos en la Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales y su Reglamento. El citado hecho, infringió, de acuerdo a la Tabla N° 1 de la resolución sancionatoria, los puntos 5.15 y 5.16 de la RCA N° 33/2011, y los puntos 4.1, 6 y 7.4 de la RCA N° 29/2012.

Quincuagésimo octavo. Que, por su parte, de acuerdo a lo señalado a partir del apartado IV.3.4.4 de la resolución sancionatoria, el hecho constitutivo de la infracción N° 7 de la Tabla N° 1, corresponde, en cambio, al no cumplimiento del compromiso de recolección superficial de al menos un 20% de los eventos líticos emplazados en el área de intervención irregular de 15 hectáreas, de manera previa a la instalación de las obras del proyecto, infringiendo con ello el punto 4.2 de la RCA N° 29/2012.

Quincuagésimo noveno. Que, de acuerdo a lo señalado en las consideraciones precedentes, se puede colegir que los hechos por los cuales se sanciona a la reclamante son diferentes. En efecto, en el caso de la infracción N° 6 de la Tabla N° 1, estamos en presencia de una intervención que no contó con la autorización correspondiente por parte del CMN, mientras que en el caso de la infracción N° 7 de la Tabla N° 1, no se presenta una falta de autorización, sino que un incumplimiento al deber de recolectar el 20% de los eventos líticos emplazados en el área donde serían instaladas las obras del proyecto. Lo

anterior, por cuanto el titular no recolectó ninguno de los eventos detectados dentro de las 15 hectáreas intervenidas irregularmente y que -tal como se indicó al resolver la alegación principal- formaban parte del área especificada en el considerando 4.2 de la RCA N° 29/2012.

Sexagésimo. Que, de acuerdo a lo señalado precedentemente, a juicio del Tribunal no se cumple con uno de los tres requisitos exigidos por el artículo 60 de la LOSMA -igualdad de hecho- y por lo tanto no existe la transgresión al principio *non bis in ídem* alegada por la reclamante. Ello, pues los hechos constitutivos de la infracción N° 6 y 7 de la Tabla N° 1, no corresponden a una misma manifestación de voluntad; se trata de conductas diferentes en tiempo y forma (criterio finalista) y que no han sido valoradas unitariamente (criterio normativo), puesto que -como se indicó- las disposiciones infringidas son distintas en uno y otro caso, incluso con contravención a distintas RCAs, como sucede con la infracción N° 6 de la Tabla N° 1. Por todo lo anterior, la alegación subsidiaria de la reclamante, referida a la transgresión al principio *non bis in ídem* será desestimada.

Sexagésimo primero. Que, a mayor abundamiento, es importante señalar que, en el caso de autos, las infracciones N° 6 y N° 7 de la Tabla N° 1, se tipifican como resultado de incumplimientos normativos, de manera tal que sus consecuencias o efectos no integran el tipo infraccional, sino que deben ser considerados como criterios para clasificar la gravedad de la infracción conforme al artículo 36 de la LOSMA, o bien para determinar la sanción específica conforme a los criterios del artículo 40 de la citada ley. En este contexto, que la infracción N° 7 de la Tabla N° 1, se presente como una "consecuencia" de la pérdida de la información arqueológica ubicada en las 15 hectáreas del sitio Salamanca 12-13, producto de la intervención irregular que dio origen a la infracción N° 6 de dicha Tabla, no implica una doble valoración de ese presupuesto, pues conforme a lo señalado en los considerandos 295 y siguientes de la resolución sancionatoria,

la pérdida de los eventos líticos ubicados en las hectáreas intervenidas irregularmente, fueron consideradas para clasificar únicamente la infracción N° 7, y no ambas, de manera tal que tampoco existió, a nivel de clasificación, una doble valoración que permita sostener una transgresión al principio *non bis in ídem*.

ii. Construcción de una plataforma de lavado de camiones

Sexagésimo segundo. Que, respecto a este punto de la reclamación, la reclamante señala que se habría configurado erróneamente la infracción relativa a la construcción de una plataforma de lavado de camiones, no considerada durante la evaluación del proyecto, por la cual fue sancionada con una multa de 11 UTA. Lo anterior, atendido que, a su juicio, dicha construcción no requería autorización ambiental, toda vez que en su concepto correspondía a un "ajuste lícito" de la descripción del proyecto, que no excedía los términos conforme a los cuales éste fue calificado favorablemente. Agrega que la obra fue objeto de una consulta de pertinencia de su parte a la Dirección Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de Arica y Parinacota, la que, mediante Resolución Exenta N° 22, de 8 de abril de 2014, resolvió que no requería ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Sexagésimo tercero. Que, por su parte, la SMA sostiene que la actora no fue sancionada por una hipótesis de elusión, sino por incumplimiento de la RCA N° 33/2011, cuyo considerando 3.10, sobre tratamiento de aguas servidas, señala que el proyecto no considera el lavado de vehículos y de maquinaria en la mina. A lo anterior, el ente fiscalizador añade que no es posible considerar la consulta de pertinencia realizada por el titular -en el contexto del Plan de Cumplimiento presentado en su oportunidad, es decir, después de la formulación de cargos-, como un "mecanismo de regularización del incumplimiento". Sin perjuicio de lo anterior, señala la SMA, "*dicha regularización fue ponderada como conducta posterior positiva*" en la determinación de la sanción específica.

Sexagésimo cuarto. Que, para un acertado pronunciamiento sobre esta alegación, es preciso tener presente que el considerando 3.10 de la RCA N° 33/2011, que calificó el Proyecto Explotación Mina Salamanqueja, referido al tratamiento de aguas servidas, señala que el efluente tratado "será usado en el riego de caminos internos y principalmente en el sector de carga de mineral y caminos al botadero de estériles, a fin de reducir la generación de material particulado" y que "el proyecto, no considera el lavado de vehículos, ni maquinaria en la Mina".

Sexagésimo quinto. Que, la reclamante, mediante presentación de 1 de octubre de 2013, complementada el 24 de diciembre del mismo año -una vez iniciado el procedimiento sancionatorio- efectuó una consulta de pertinencia de ingreso al SEIA a la Dirección Regional del SEA de Arica y Parinacota, del proyecto "construcción y operación de Sistema de Lavado de Maquinaria", al interior de las instalaciones del proyecto "Explotación Mina Salamanqueja", pero fuera del yacimiento arqueológico Salamanqueja 12-13. La operación del proyecto objeto de la consulta contemplaba una hidrolavadora para atender aproximadamente 45 equipos medianos y 20 equipos de gran dimensión por mes, para lo que se utilizaría un estanque de 2.000 litros de capacidad a un caudal de 550 lt/hora. Además, se previó que las instalaciones contarían con un radier de hormigón con pendiente de arrastre gravitacional para el agua usada, un sistema de canaletas para la conducción del agua de lavado, un desbarrenador, y cámaras de decantación, entre otros.

Sexagésimo sexto. Que, por Resolución Exenta N° 22, de 8 de abril de 2014, la Dirección Regional del SEA de Arica y Parinacota resolvió que: "el proyecto denominado 'Construcción y Operación de Sistema de Lavado de Maquinaria' no requiere ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) de forma obligatoria, en forma previa a su ejecución, de acuerdo a lo señalado en artículo 2° y 3° del D.S. 40/2012 del Ministerio del Medio Ambiente, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental".

Sexagésimo séptimo. Que, en consecuencia, la RCA del proyecto "Explotación Mina Salamanqueja" contempla una disposición que descarta expresamente el lavado de vehículos y maquinarias, razón por la cual la construcción de la plataforma de lavado de camiones por parte del titular constituye una infracción del referido instrumento de gestión ambiental, cuya exigibilidad no puede ser modificada por una consulta de pertinencia, más aún, cuando ésta ha sido efectuada con posterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionatorio.

Sexagésimo octavo. Que, por lo señalado precedentemente, el Tribunal concluye que la infracción relativa a la construcción de la plataforma de lavado de camiones, fue correctamente configurada y fundamentada por la SMA, por lo que la alegación de la reclamante será desestimada.

b) Errónea clasificación de las infracciones

i. Intervención de los sitios Salamanqueja 12-13

Sexagésimo noveno. Que, en este apartado, corresponde hacerse cargo de lo planteado en subsidio por la reclamante, respecto de la intervención de los sitios Salamanqueja 12-13 y que se relaciona con la clasificación de la infracción N° 7 de la Tabla N° 1. Sobre el particular, la reclamante argumenta que la SMA habría errado al reclasificar de gravísima dicha infracción, puesto que ésta tendría el carácter de leve, al no concurrir los requisitos de los numerales 1 y 2 del artículo 36 de la LOSMA. Lo anterior, atendido que el órgano fiscalizador estimó que con la intervención irregular de 15 hectáreas del sitio Salamanqueja 12-13 se habría producido daño ambiental irreparable.

Septuagésimo. Que, la reclamante alega que en caso alguno se produjo daño arqueológico, y menos aún daño ambiental. En efecto, sostiene que la recolección superficial del 20% de eventos de talla lítica constituía solo una de las acciones

comprometidas para profundizar en la investigación del yacimiento arqueológico, lo que explica que la autoridad, en la evaluación ambiental del proyecto, aceptara como suficiente la recolección de un porcentaje y no de la totalidad de los eventos líticos. Señala, además, que parte de los eventos identificados se ubicaban en áreas de resguardo y no de intervención, y que muchos de ellos subsisten en terreno en buen estado de conservación o integran el análisis de materiales recolectados. Alega que no es efectivo la imposibilidad de generar una investigación completa respecto de las condiciones de vida de los habitantes primitivos del sector; que el CMN y la CAMN de Arica y Parinacota no están contestes en su criterio para estimar la existencia del daño; y que el Ordinario N° 358/14 del CMN no afirma la existencia de daño.

Septuagésimo primero. Que, adicionalmente, afirma la reclamante que la eventual infracción tampoco puede ser calificada como grave -como se hizo en la formulación de cargos- por incumplimiento grave de las medidas establecidas en la RCA, destinadas a minimizar los efectos adversos del proyecto o actividad en relación al componente patrimonial, en los términos del artículo 36 N° 2 letra e) de la LOSMA. Lo anterior, atendido que, a su juicio, no concurren los criterios establecidos por la SMA para determinar el carácter grave de un incumplimiento, en especial el de centralidad o relevancia de la medida incumplida.

Septuagésimo segundo. Que, por su parte, la SMA sostiene en su informe que existían antecedentes suficientes para reclasificar la infracción, de acuerdo al artículo 36 N° 1 letra a) de la LOSMA, atendido que el daño ambiental irreparable fue claramente acreditado en el procedimiento administrativo sancionatorio. Agrega que, tanto el CMN como la CAMN de Arica y Parinacota, aportaron información de la que se desprendía claramente su ocurrencia (Ordinario N° 119, de la CAMN, de 1° de abril de 2013; Ordinario N° 4164, del CMN, de

29 de octubre de 2013; Ord. N° 4515, del CMN, de 27 de noviembre de 2013; y Ordinario N° 1776, del CMN, de 2 de mayo de 2014).

Septuagésimo tercero. Que, además, el órgano fiscalizador sostiene que tomó en consideración lo informado por la perito arqueóloga Nuriluz Herмосilla, quien señaló que se afectó el corazón del sitio Salamanqueja 12-13, que constituía su área más densa y que se hacía necesaria una recolección de eventos en esa zona, donde no se efectuó recolección alguna. Agrega que, de acuerdo a lo consignado en el informe pericial de la señora Herмосilla, la centralidad del área intervenida, respecto de todo el sitio hacía que el daño arqueológico fuera significativo y que constituyera daño ambiental. Además, la SMA recurre a definiciones doctrinales de irreparabilidad y significancia, para precisar que lo relevante no es la magnitud o extensión de la superficie donde se encuentran los eventos líticos, sino su importancia a nivel científico e histórico. Plantea, asimismo, la imposibilidad de generar una investigación completa respecto de las condiciones de vida de los habitantes primitivos del sector, dando como resultado un daño ambiental irreparable.

Septuagésimo cuarto. Que, conforme a lo señalado por las partes, lo que corresponde determinar al Tribunal, es si los fundamentos contenidos en la resolución impugnada son suficientes para considerar que concurre el requisito de clasificación del artículo 36 N° 1 literal a) de la LOSMA, esto es, que se haya causado daño ambiental no susceptible de reparación, permitiendo con ello, clasificar la infracción N° 7 de la Tabla N° 1, de gravísima. En este contexto, se debe tener presente que el Tribunal debe realizar un control de legalidad de lo resuelto por la SMA, lo que no implica reproducir en sede de reclamación administrativa, las exigencias propias y el estándar de prueba aplicable al procedimiento por daño ambiental regulado en el Párrafo 4° de la Ley N° 20.600.

Septuagésimo quinto. Que, se hace necesaria esta precisión, por cuanto el requisito contenido en el literal a) del citado artículo 36 de la LOSMA, implica que la SMA debe fundamentar la concurrencia de un daño ambiental irreparable. Ello se traduce, en los hechos, en que será el Superintendente quien - a la luz de la definición contenida en el artículo 2 literal e) de la Ley N° 19.300- establezca, en sede administrativa, la concurrencia de este elemento, que a su vez puede llegar a coincidir con uno de los presupuestos exigidos para el establecimiento del régimen de responsabilidad por daño ambiental. Sin embargo, el Tribunal, en el marco de una reclamación contencioso administrativa, sólo debe controlar la legalidad de dicha actuación, debiendo determinar si ella se encuentra debidamente fundamentada.

Septuagésimo sexto. Que, el daño ambiental dentro del sistema sancionatorio regulado en la LOSMA, es un requisito que debe considerar la SMA para clasificar una infracción de gravísima (irreparable) o grave (reparable). La concurrencia de éste permite fijar, conforme al catálogo de sanciones del artículo 39 de la citada ley, cuál de ellas se puede imponer al infractor, no existiendo diferencia entre las sanciones procedentes en caso de una infracción gravísima o grave, salvo -entre otras cuestiones relevantes- en lo que se refiere al tope de la multa, que es de 10.000 UTA y 5.000 UTA, respectivamente.

Septuagésimo séptimo. Que, de acuerdo a lo señalado precedentemente, es manifiesta la diferencia que tiene, desde el punto de vista de sus efectos, el daño ambiental como requisito para la clasificación de las infracciones dentro del procedimiento administrativo sancionatorio, respecto al que tiene como presupuesto de la responsabilidad por daño ambiental. En este último caso, y de concurrir los demás elementos de la citada responsabilidad, se genera la obligación del demandado de reparar el daño. De ahí que, en este procedimiento, se contemple una extensa etapa probatoria, con elementos de oralidad e inmediación, que está directamente

destinada a que las partes discutan latamente acerca de la existencia del daño ambiental y los otros elementos de la responsabilidad, lo que no es reproducible en el procedimiento administrativo sancionatorio, ni en sede de reclamación judicial.

Septuagésimo octavo. Que, de lo anterior, se colige que lo resuelto por el Tribunal al revisar la fundamentación de la SMA, en la aplicación del requisito contenido en el artículo 36 N° 1, letra a) de la LOSMA, por tener un objetivo distinto, no implica necesariamente un antejudio sobre la existencia de la responsabilidad por daño ambiental. En otras palabras, la configuración de este requisito para la clasificación de una infracción en el ámbito de la responsabilidad administrativa no trae aparejado una prueba anticipada del daño ambiental, en el ámbito de la responsabilidad civil, y viceversa, sin perjuicio que puede ser considerado como un antecedente relevante para determinar su concurrencia.

Septuagésimo noveno. Que, precisado lo anterior, corresponde al Tribunal verificar si los fundamentos contenidos en la resolución impugnada, son suficientes para sustentar la clasificación de la infracción N° 7 de la Tabla N° 1, como gravísima, conforme al artículo 36 N° 1 letra a) de la LOSMA.

Octogésimo. Que, la resolución reclamada, en sus considerandos N°s 298 y 299, recalificó la infracción N° 7 de la Tabla N° 1 -que había sido considerada como grave en la formulación de cargos-, estimando que se trataba de una infracción gravísima, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 36 numeral 1 letra a) de la LOSMA. Para adoptar tal decisión, la SMA tuvo en cuenta: i) los antecedentes aportados por el CMN y la CAMN de Arica y Parinacota, señalando que dichos servicios estaban *"contestes y enfáticos en sostener la irreparabilidad del daño sobre los eventos líticos emplazados en el área de aproximadamente 15 hectáreas ubicadas en el yacimiento arqueológico Salamanca 12 y 13"* (considerando

305) y ii) lo informado por la perito arqueóloga Nuriluz Herмосilla Osorio.

Octogésimo primero. Que, la citada resolución justifica la gravedad de la infracción, en el hecho que ningún evento lítico fue recolectado en una superficie aproximada de 15 hectáreas de la zona de intervención del yacimiento Salamanqueja 12-13, siendo ésta el área más densa de emplazamiento de los monumentos arqueológicos (considerando 325) y que la cantidad de eventos en el área intervenida por las obras sin contar con las autorizaciones del CMN ascendía a 322 (considerando 327). Asimismo, en ella se afirma que *"en el sitio de intervención con generación de daño ambiental irreparable, la distribución de eventos líticos era la más densa en comparación a la totalidad del yacimiento Salamanqueja 12-13, por lo que puede deducirse que era necesaria una recolección de eventos en esa zona para entender la historia detrás de los mismos"* (considerando 345).

Octogésimo segundo. Que, en cuanto a lo irreparable del daño ambiental causado sobre el componente arqueológico, la resolución recurrida fundamenta que la alteración a un sitio arqueológico *"es irreparable en especie, debido a que es imposible, una vez alterado, reponer sus componentes al estado original, por cuanto no solo aportan información los objetos individualmente considerados, sino que también el conjunto de relaciones que estos objetos presentaban en su depósito original, tanto respecto a otros elementos culturales como a elementos naturales"* (considerando 334).

Octogésimo tercero. Que, respecto al criterio de significancia, en términos de extensión, la SMA señala que la intervención irregular de parte del sitio Salamanqueja 12-13 constituyó *"uno de los casos más relevantes que las instituciones administrativas o judiciales han conocido hasta la fecha"* (considerando 339). Agrega la resolución recurrida, que la significancia debe considerar, además, criterios cualitativos. En efecto, en el considerando 338 señala que:

"la importancia de una afectación que termine traduciéndose como daño ambiental, no debe necesariamente poner el foco en la magnitud o extensión de la superficie donde se emplazan los eventos líticos dañados, sino que también en su importancia a nivel científico e histórico".

Octogésimo cuarto. Que, al analizar el Tribunal los antecedentes que sustentan las consideraciones reproducidas, correspondientes a aquellos aportados por el CMN y la CAMN de Arica y Parinacota, y a lo informado por la perito arqueóloga Nuriluz Hermosilla Osorio, se pudo constatar, en primer lugar, que mediante Oficio Ord. N° 119/2013, de 1 de abril de 2013, el Coordinador de la CAMN de Arica y Parinacota informó al organismo fiscalizador respecto de la intervención irregular del sitio arqueológico Salamanca 12-13, adjuntando el Informe Arqueológico N° 03/2013, elaborado por la Comisión, el que da cuenta de las "intervenciones y daños registrados en el yacimiento". En dicho informe se señaló que: i) el proyecto se encontraba en pleno desarrollo, sin contar con Plan de Contingencia Arqueológico ni Plan de Monitoreo Arqueológico que sustentara las diferentes medidas, consideradas en las RCA N° 33/2011 y 29/2012; ii) al menos tres frentes de trabajo, próximos y colindantes entre sí, se estaban desarrollando sobre el área definida para el yacimiento Salamanca 12-13: en un área se instalaron las estructuras administrativas de la empresa y estacionamientos; otra corresponde a la instalación de la faena minera y un tercer sector intervenido correspondía al área de electrowinning "donde se ha removido o se ha cubierto toda su superficie para habilitar plataformas mediante la acumulación de material árido"; iii) la forma del polígono de protección norte fue unilateralmente modificada por la empresa, dejando un espacio sin proteger, en el que se habilitaron edificaciones que complementaron las instalaciones de las oficinas de la empresa; y iv) no se especificaron, demarcaron ni señalizaron los caminos vehiculares entre los diferentes sectores de la minera, lo que provocó el surgimiento de diferentes huellas vehiculares en medio del yacimiento.

Octogésimo quinto. Que, en segundo lugar, mediante Ordinario N° 4164, de 29 de octubre de 2013, el Secretario Ejecutivo del Consejo de Monumentos Nacionales informó al Superintendente del Medio Ambiente, que la intervención irregular de los monumentos arqueológicos, en especial del sitio "Salamanqueja 12-13" fue en aumento, y que las actividades contempladas en el Plan de Manejo (inducción a trabajadores, monitoreo arqueológico, señalización de caminos vehiculares, cercado de áreas de resguardo), aplicadas de manera tardía, no habían significado una protección efectiva para los sitios arqueológicos. Concluyó que la intervención irregular de 15 hectáreas afectó el referido sitio de manera directa e irremediable.

Octogésimo sexto. Que, en tercer lugar, se suma a lo anterior, que mediante Ordinario N° 1776, de 2 de mayo de 2014, la Secretaria Ejecutiva (S) del CMN se pronunció sobre la solicitud de liberación de terrenos efectuada por la reclamante. En dicho documento señaló que no le correspondía *"pronunciarse de forma extemporánea sobre áreas que ya han sido intervenidas y donde los componentes arqueológicos han sido destruidos o bien se encuentran totalmente disturbados"*.

Octogésimo séptimo. Que, en cuarto lugar, el informe de la perito arqueóloga, Nuriluz Hermosilla Osorio, emitido el 6 de agosto de 2014, titulado "Informe Técnico Especializado Arqueología, Procedimiento Sancionatorio Rol D-017-2013, Mina Salamanqueja, Pampa Camarones S.A.", da cuenta, tanto de las características del Sitio Salamanqueja 12-13, como de los efectos de la intervención irregular. Señala el citado informe que *"esta afectación del sitio arqueológico, en tanto contexto material es irremediable, definitiva, y hace que la información acerca de la prehistoria que pudo recuperarse allí se haya perdido para siempre"*. Asimismo, sostiene que la intervención al sitio *"es de exclusiva responsabilidad de la Empresa Pampa Camarones S.A., dado que conocía de la existencia de estos materiales en esa área y se había comprometido a resguardarlos"* (p. 14).

Octogésimo octavo. Que, de acuerdo a lo señalado en las consideraciones precedentes, el Tribunal concluye que los fundamentos desarrollados por la SMA son suficientes para considerar que concurre el requisito de la letra a) del N° 1 del artículo 36 de la LOSMA. Ello, por cuanto se desarrollan con claridad las razones que llevaron a la autoridad a clasificar la infracción N° 7 de la Tabla N° 1, como gravísima, siendo ellas coherentes con los antecedentes citados por el ente fiscalizador en la resolución impugnada y analizados por el Tribunal. En razón de lo anterior, la alegación de la reclamante será desestimada.

Octogésimo noveno. Que, como consecuencia de lo expuesto en los considerandos precedentes, esta Judicatura no se pronunciará sobre la alegación subsidiaria de la actora relativa a que la infracción debió haberse clasificado como leve por ser innecesario.

ii) Planes de monitoreo y de contingencia arqueológica

Nonagésimo. Que, sobre el particular, la reclamante afirma la existencia de un error en la clasificación de los hechos infraccionales relacionados con la entrega tardía -el 22 de abril de 2013- de los planes de monitoreo y de contingencia arqueológica, clasificada como grave en los términos del artículo 36 N° 2 letra e) de la LOSMA, por la cual le fue aplicada una sanción de 303,3 UTA.

Nonagésimo primero. Que, la actora sostiene que ninguno de los planes tiene el carácter o la naturaleza de una medida de mitigación, de compensación o de reparación y que estos *"forman parte del seguimiento del proyecto, y de esta forma, no están ni pueden estar destinados a hacerse cargo de los efectos identificados en la evaluación"*. Asimismo, señala que en caso que el Tribunal estime que se tratara de una "medida", en ningún caso el incumplimiento tiene la gravedad que le ha sido asignada, considerando los "criterios" que, según la reclamante, la SMA ha utilizado para clasificarlo de grave,

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

000662
Sesiones
Feseta
2013

por lo que -a su juicio- se debería reclasificar el hecho infraccional como leve.

Nonagésimo segundo. Que, por su parte, la SMA sostiene que la infracción se clasificó como grave, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 36 N° 2 letra e) de la LOSMA, esto es que *"se trataba de una medida que permitiría eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto"*, no asignándosele la calidad de medida de mitigación, de compensación o de reparación.

Nonagésimo tercero. Que, atendido que lo que se discute en esta alegación tiene relación con la debida fundamentación de la SMA respecto de la concurrencia del requisito consignado en la letra e) del N° 2 del artículo 36 de la LOSMA, es necesario señalar que éste debe ser interpretado atendiendo su tenor literal, esto es, que se trata del incumplimiento grave de "medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva Resolución de Calificación Ambiental" (destacado del Tribunal). En virtud de lo anterior, la discusión sobre si el plan de monitoreo es una medida de mitigación no tiene trascendencia pues lo que importa es determinar si éste tuvo por objeto minimizar los efectos del proyecto, y si lo anterior se encuentra adecuadamente fundamentado por la SMA en la resolución sancionatoria.

Nonagésimo cuarto. Que, al revisar la resolución sancionatoria, puede observarse que la SMA desarrolla los argumentos relacionados con esta infracción, en primer lugar, en la Tabla N° 1 donde se describe el considerando 7.4 de la RCA que establece: *"7.4 [...] Desarrollo de un Plan de Monitoreo Permanente sobre el sitio Salamanqueja 12-13, a cargo de un arqueólogo, que considere una evaluación orientada al estado de los elementos de resguardo, señalética, intervenciones (superficie y subsuelo) y el estado general de conservación de sitios y evidencias, informando mensualmente al Consejo de Monumentos Nacionales, durante la etapa de construcción y*

habilitación del proyecto [...] Un plan de contingencia ante potenciales afectaciones a las áreas de resguardo". Luego, en el considerando 277 se afirma que el titular inició "la construcción de las obras del proyecto minero sin contar con un Plan de Monitoreo permanente sobre el sitio Salamanqueja 12 - 13, el que debía generar informes mensuales de monitoreo al CMN y sin un Plan de Contingencia ante las posibles afectaciones". En tercer lugar, el considerando 348 establece que "el objetivo de imponer la obligación de contar con un plan de monitoreo arqueológico permanente en la RCA 29/2012, era precisamente supervisar la etapa de construcción del proyecto en el Sitio Salamanqueja 12-13, debiendo ser implementado en todas las intervenciones de la superficie y subsuelo del proyecto, de manera mensual y luego reportarlo semanalmente a la autoridad competente". Asimismo, y en último lugar, el considerando 349 consigna "[...] la importancia de cumplir con los compromisos adquiridos durante la evaluación ambiental [...] para mantener la indemnidad de los monumentos nacionales emplazados en el Sitio Salamanqueja 12-13" (destacado del Tribunal).

Nonagésimo quinto. Que, a juicio del Tribunal, tanto el Plan de Monitoreo Permanente, como el de Contingencia Arqueológica, constituyen en rigor medidas para minimizar los efectos adversos del proyecto, por cuanto se refieren a acciones contempladas en el instrumento de gestión ambiental para velar precisamente por el resguardo del sitio arqueológico desde el inicio de su ejecución.

Nonagésimo sexto. Que, por su parte, que el Tribunal considera que la clasificación de una infracción debe ser efectuada necesariamente caso a caso, atendidas las particulares características de cada proyecto, en especial, sus impactos y las medidas contempladas para eliminarlos o minimizarlos. En consecuencia, la alegación de la reclamante relativa a que en otros procedimientos sancionatorios, la SMA haya clasificado la omisión de la entrega de un plan de monitoreo como leve, es improcedente.

Nonagésimo séptimo. Que, en definitiva, del análisis de los antecedentes que constan en el expediente administrativo y de la resolución recurrida, el Tribunal concluye que la clasificación de la infracción como grave se encuentra debidamente fundamentada, por lo que la alegación de la reclamante será desestimada.

iii) Plan de seguimiento de fauna silvestre

Nonagésimo octavo. Que, en este punto de la reclamación, la reclamante imputa un error en la clasificación de la infracción asociada al plan de seguimiento de fauna silvestre, el que debía ser previamente aprobado por el Servicio Agrícola y Ganadero, y que fue clasificado como grave por la SMA, en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 N° 2 letra e) de la LOSMA, y por el cual fue sancionada con una multa de 74 UTA.

Nonagésimo noveno. Que, a juicio de la empresa, la clasificación efectuada por la SMA sería improcedente, por: i) no tratarse de una medida de mitigación, reparación o compensación, en tanto integra el seguimiento del proyecto en relación a la fauna silvestre; ii) representar un bajo grado de lesividad; y iii) haberse regresado prontamente al estado de cumplimiento, mediante la entrega del Plan a la autoridad, el 6 de septiembre de 2013.

Centésimo. Que, por su parte, la SMA afirma, al igual que en el caso de los planes de monitoreo y de contingencia arqueológica, la concurrencia del requisito consignado en la letra e) del N° 2 del artículo 36 de la LOSMA para clasificar de grave la infracción. Adicionalmente, el ente fiscalizador señala que contar con el Plan de Seguimiento del componente avifauna silvestre contemplado en el considerando 7.2 parte primera de la RCA N° 29/2012 implica una "obligación de mitigación de los impactos que generaría el proyecto minero", cuya importancia se extrae de la evaluación misma del proyecto. Agrega que, el haber iniciado la fase de construcción del complejo de captación de agua de mar, sin contar oportunamente

con dicho Plan, constituyó un incumplimiento que impidió disponer de información completa y suficiente sobre el comportamiento de la avifauna del sector Punta Madrid, imposibilitando la correcta implementación de las medidas de mitigación propuestas por la reclamante en la Adenda 2.

Centésimo primero. Que, para resolver el punto discutido, al igual que en el caso de los planes de monitoreo y de contingencia arqueológica, se debe verificar si la resolución sancionatoria ha sido debidamente motivada en relación a la concurrencia del requisito consignado en la letra e) del N° 2 del artículo 36 de la LOSMA, por lo que la discusión sobre si el Plan de Seguimiento del componente avifauna silvestre es una medida de mitigación no tiene relevancia, toda vez que lo que debe determinarse es si éste tuvo por objeto minimizar los efectos del proyecto.

Centésimo segundo. Que, al respecto, cabe tener presente que en el considerando 7.2 de la RCA N° 29/2012, se estableció que el titular debía *"presentar un Plan de seguimiento del componente fauna silvestre con mayor detalle que el entregado, para aprobación de la autoridad ambiental (Servicio Agrícola y Ganadero), el que deberá considerar las variables riqueza y densidad poblacional de las especies de fauna silvestre que residen en Punta Madrid y de las características de los sitios de aposentamiento y nidificación de especies aves guaníferas, previo al inicio de la fase de construcción del proyecto, el cual se considerará como referencial durante la fase de construcción del proyecto y durante un período de operación del proyecto, cuyo diseño e implementación debe permitir detectar en forma oportuna potenciales variaciones o efectos negativos en el comportamiento de dichas especies"*.

Centésimo tercero. Que, por su parte, la resolución sancionatoria, en el considerando 160, se refiere al Informe de Fiscalización de la actividad de inspección ambiental efectuada el 24 de mayo de 2013, el que a su vez consigna como Hecho Constatado N° 11, en relación con el considerando 7.2 de

la RCA N° 29/2012: i) "la construcción de caminos para tránsito de maquinarias y vehículos hacia el sitio de captación de agua de mar"; ii) el reconocimiento, por parte del representante de la empresa, señor Francisco Soto, de que "aún no se presenta el plan de seguimiento del componente fauna silvestre al SAG, ni el plan de contingencia asociado"; y iii) la verificación, a partir de la información aportada por el titular, del "envío de informe preliminar al SAG con fecha 28 de mayo de 2013". Asimismo, en los considerandos 285 a 290 la SMA explica las razones que motivaron la recalificación de la infracción de leve a grave, las que básicamente resaltan la importancia de contar con dicho plan dado que i) Punta Madrid es el "[...] lugar de aposentamiento y nidificación de especies de aves guaníferas protegidas [...]", ii) el inicio de la fase de construcción del complejo sin contar con dicho instrumento lo que "[...] impidió disponer de información completa y suficiente durante las labores de instalación del complejo sobre el comportamiento de avifauna [...]" y iii) las medidas de protección presentadas en el plan de seguimiento que tienen como finalidad justamente proteger los hábitat u sitios de nidificación, lo que da cuenta de la gravedad "[...] del derrumbe de material rocoso desde la ladera el acantilado [...] provocado precisamente a raíz de los trabajos asociados a la instalación del complejo de captación de agua de mar [...]".

Centésimo cuarto. Que, tal como se describió en los considerandos precedentes, la RCA exigía que el Plan fuera entregado en forma previa a la fase de construcción del proyecto, y establecía que sería considerado como referencial durante esa etapa y en el período de operación, lo que demuestra la relevancia que éste tenía para minimizar los efectos adversos del proyecto en el componente avifauna. El hecho que con posterioridad el infractor haya vuelto al estado de cumplimiento no puede desvirtuar la fundamentación consignada por la SMA para clasificar la infracción, pues se trata de una circunstancia que -si corresponde- puede ser considerada al momento de determinar la sanción específica como parte de alguno de los elementos listados del artículo 40 de la LOSMA,

en particular la letra i) del citado precepto, pero no como un requisito que incida en la determinación de la gravedad conforme al artículo 36 N° 2 letra e) de la LOSMA.

Centésimo quinto. Que, en definitiva, y conforme a lo señalado en las consideraciones precedentes, el Tribunal concluye que la fundamentación contenida en la resolución sancionatoria, de clasificar como grave este incumplimiento, en virtud de lo dispuesto en la letra e) del artículo 36 N° 2 de la LOSMA, se encuentra debidamente fundamentada por parte de la SMA, por lo que la alegación de la reclamante será desestimada.

c) Errónea aplicación de las reglas del artículo 40 de la LOSMA

Centésimo sexto. Que, la Resolución Exenta N° 80/2015, o resolución sancionatoria, en su apartado VIII, considerandos 351 y siguientes, titulado "Ponderación de las circunstancias del artículo 40 que concurren a las infracciones", comienza con unas consideraciones generales respecto a la forma en que se determinan la sanciones, y continúa luego con la aplicación específica de las características del artículo 40 de la LOSMA en relación a cada una de las infracciones cometidas por el titular del proyecto.

Centésimo séptimo. Que, de acuerdo con el órgano fiscalizador, la aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA se lleva a cabo a través de dos componentes que determinan la sanción específica: el componente asociado al beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, y que corresponde al literal c) del artículo citado, y el componente de afectación, que comprende los demás literales del artículo 40, teniendo como base las letras a), b) y h), que están directamente vinculadas con la infracción y sus efectos en la salud y el medio ambiente. Las restantes circunstancias, relacionadas con el comportamiento y condición del infractor, actúan como factores de ajuste que pueden aumentar o disminuir

la base del componente de afectación. El análisis de las circunstancias que se hará a continuación, seguirá el orden de la LOSMA; por lo tanto, se comenzará con la importancia del daño causado o el peligro ocasionado -directamente vinculada con las infracciones-, y luego se continuará con la intencionalidad y la capacidad económica del infractor, que operan, en efecto, como factores de ajuste.

Centésimo octavo. Que, la argumentación de la empresa en relación a las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, es que éstas se encuentran erróneamente aplicadas, infringiendo en cada una distintas instituciones, según se expondrá a continuación, lo que se traduciría en que la multa impuesta es "desproporcionada", sin perjuicio, que al tenor de la reclamación de autos, se constata que la alegación específica, consistente, en la infracción al principio de proporcionalidad, solo se invoca en relación a la circunstancia del artículo 40, letra f) de la LOSMA, esto es, la capacidad económica del infractor.

i) La importancia del daño causado o del peligro ocasionado

1. Intervención del sitio Salamanqueja 12-13

Centésimo noveno. Que, en este punto, la reclamante señala que hubo una errónea aplicación por parte de la SMA, de la circunstancia contenida en el artículo 40 letra a) de la LOSMA, correspondiente a la "importancia del daño causado". Lo anterior, por cuanto la SMA junto con clasificar la infracción N° 7 de la Tabla N° 1 como gravísima, por haber ocasionado daño ambiental irreparable, habría fundamentado en los mismos hechos la aplicación de la referida circunstancia del artículo 40, vulnerando de esa forma el principio *non bis in idem*, contemplado en el artículo 60 de la LOSMA.

Centésimo décimo. Que, por su parte, la Superintendencia difiere del análisis del titular del proyecto y señala que la

lógica sancionatoria tiene características propias. En este contexto, afirma que al ponderar la circunstancia del artículo 40 letra a) de la LOSMA, no volvió a cuestionar si se produjo un daño ambiental irreparable, requisito de clasificación de la infracción según lo dispuesto en el artículo 36 N° 1 del cuerpo legal citado, sino que analizó la importancia del daño causado, el que no se reduce al daño ambiental en los términos del artículo 2 letra e) de la Ley N° 19.300. En efecto, el ente fiscalizador, en función del incumplimiento del 20% de la recolección superficial de los eventos líticos en la zona de aproximadamente 15 hectáreas del sitio Salamanca 12-13, intervenida irregularmente, afirma que junto al daño ambiental irreparable de 64 eventos líticos, hubo daño arqueológico respecto de otros 258, distinguiendo por consiguiente el requisito de daño ambiental para la clasificación de la infracción (artículo 36), de la circunstancia de la importancia del daño causado (artículo 40).

Centésimo undécimo. Que, a juicio del Tribunal, para resolver la contienda entre las partes, se hace necesario precisar, en primer lugar, cuál es la función que, dentro del sistema sancionatorio ambiental, cumplen en general los artículos 36 y 40 de la LOSMA. En segundo lugar, se deberá precisar la relación que existe entre el requisito de daño ambiental, contenido en el literal a) de los numerales 1 y 2 del artículo 36, y la circunstancia de "importancia del daño causado" regulada en el artículo 40 letra a) de la LOSMA.

Centésimo duodécimo. Que, en este contexto, y tal como se señaló en las consideraciones relacionadas con la clasificación de la infracción N° 7 de la Tabla N° 1, se debe tener presente que el artículo 36 de la LOSMA, tiene por objeto establecer requisitos que permitan al ente sancionador clasificar la correspondiente infracción como gravísima, grave o leve. El efecto que tiene esta clasificación es que, una vez determinada, le permite a la SMA conocer cuál es -conforme a los artículos 38 y 39 de la LOSMA- el catálogo de sanciones que deberá utilizar para luego, conforme a las circunstancias

del artículo 40 de la LOSMA, escoger la sanción definitiva. En caso que ésta última sea graduable, como la multa, deberá determinar, tomando en consideración el citado artículo, el monto específico de ésta. Así, por lo demás, lo ha sostenido el Tribunal en las sentencias dictadas en la causa Rol R N° 6-2013, de 3 de marzo de 2014, considerando trigésimo quinto, R N° 33-2014, de 30 de julio 2015, considerando sexagésimo segundo; R N° 58-2014, de fecha 10 de octubre de 2015, considerando cuadragésimo cuarto; y R N°38-2014, de fecha 7 de mayo de 2015, considerando sexagésimo segundo. En otras palabras, las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, operan como factores de modulación de la sanción específica, permitiendo aumentarla o disminuirla.

Centésimo decimotercero. Que, tal como se señaló precedentemente, en el caso que el Superintendente escoja como sanción la multa, el carácter graduable de ésta implica que se deba determinar su monto específico. En este punto, es de vital importancia comprender que la gravedad de la infracción, determinada conforme al artículo 36 de la LOSMA, no establece diferencias en el monto mínimo de la multa, sino que únicamente establece variaciones respecto de los montos máximos. Ello hace perfectamente posible que una infracción gravísima pueda, luego de analizar las circunstancias del artículo 40, ser sancionada con una multa que se encuentre en el rango de las infracciones leves (1 a 1.000 UTA) o graves (1 a 5.000 UTA).

Centésimo decimocuarto. Que, de lo señalado precedentemente, se desprende que los artículos 36, 39 y 40 de la LOSMA, que contienen los elementos para clasificar y determinar la sanción definitiva y específica de una infracción, se relacionan entre ellos en forma complementaria, como parte de un proceso por etapas. Por este motivo, en principio, no se puede presentar una transgresión al *non bis in ídem* entre los distintos requisitos contenidos en los literales del artículo 36 y las circunstancias del artículo 40, ya que la etapa en que operan y su finalidad será siempre distinta, a saber: clasificar la

infracción y determinar la sanción específica, respectivamente.

Centésimo decimoquinto. Que, aclarado el modo en que operan los artículos 36 y 40 de la LOSMA, se procederá a analizar el caso en concreto para dilucidar si la SMA infringió el principio *non bis in ídem*. En este contexto, cabe recordar que la SMA clasificó la infracción N° 7 de la Tabla N° 1 de la resolución sancionatoria, conforme a lo dispuesto en el artículo 36 N° 1 de la LOSMA, como una infracción gravísima, por concurrir el requisito de la letra a) de dicho precepto, a saber: daño ambiental no susceptible de reparación. Una vez acreditada la concurrencia de daño ambiental, en este caso irreparable, se debe tener presente que su magnitud e importancia no varía en nada la clasificación de la infracción realizada por la SMA, para efectos del artículo 36 antes mencionado. En cambio, el artículo 40 letra a) de la LOSMA, establece como una de las circunstancias para determinar la sanción la "importancia del daño" el que "[...] *si bien en algunos casos puede coincidir, no es equivalente al concepto de daño ambiental, definido en la letra e) del artículo 2 de la Ley N° 19.300*" (Sentencia Rol R N° 33-2014, de 30 de julio de 2015, considerando sexagésimo segundo).

Centésimo decimosexto. Que, el citado literal a) del artículo 40, es justamente la circunstancia que permite a la SMA considerar la importancia y el alcance del daño para graduar su mayor o menor incidencia en el monto definitivo de la multa según sea el caso concreto. Lo esencial de esta circunstancia, es que a través de ella se determina la relevancia, importancia o alcance del daño, con independencia de que éste sea o no daño ambiental. Ello implica que, aún en aquellos casos en que no concorra daño ambiental como requisito de clasificación conforme al artículo 36 de la LOSMA, la circunstancia del artículo 40 letra a) es perfectamente aplicable para graduar un daño que, sin ser considerado por la SMA como ambiental, haya sido generado por la infracción. A su vez, que se haya considerado daño ambiental como criterio de clasificación, sólo

quiere decir que necesariamente concurre un daño en los términos definidos en el artículo 40 letra a) de la LOSMA, cuya importancia o magnitud deberá determinarse conforme al citado precepto.

Centésimo decimoséptimo. Que, así las cosas, no puede sostenerse en el caso de autos, una infracción al principio *non bis in ídem*, toda vez que no se está utilizando el mismo elemento en virtud del artículo 36 N° 1 letra a), y luego nuevamente en virtud del artículo 40 letra a). Como ya se señaló, en el primer caso se utilizó el requisito de daño ambiental irreparable para clasificar la infracción, mientras que en el segundo, se consideró la importancia o magnitud del daño como circunstancia para determinar el monto específico de la multa. En definitiva, en el primer caso se analiza el daño ambiental como requisito del artículo 36 N° 1 de la LOSMA, que permite luego aplicar una sanción en particular de aquellas contenidas en el catálogo del artículo 39. Por su parte, en el segundo caso, el daño -de naturaleza ambiental o no- es un criterio de alcance o magnitud que permite determinar específicamente la sanción y su graduación, considerando su carácter de factor de modulación, particularmente cuando se trata de una multa.

Centésimo decimooctavo. Que, por todo lo anteriormente razonado, a juicio del Tribunal, la aplicación de la circunstancia contenida en el artículo 40 letra a) de la LOSMA no implica una infracción al principio *non bis in ídem*, por lo que la reclamación será desestimada a este respecto.

2. Hechos infraccionales N°s 1, 2, 3, 4 y 8 de la Tabla N° 1

Centésimo decimonoveno. Que, adicionalmente, la reclamante afirma la vulneración de la regla de ponderación del artículo 40 letra a) de la LOSMA, por cuanto, en la resolución reclamada se encontraría ausente el análisis de la existencia del peligro ocasionado respecto de cada uno de los hechos infraccionales.

Según el titular, la SMA no habría fundamentado para cada uno de los hechos alegados, el supuesto peligro ocasionado, de tal forma que sería imposible comprender la aplicación de esta circunstancia.

Centésimo vigésimo. Que, por su parte, la SMA sostiene que se hizo cargo de acreditar la concurrencia de la citada circunstancia para cada uno de los hechos infraccionales señalados por la reclamante, exponiendo sus argumentos en el informe, los que previamente habían sido desarrollados tanto en la resolución sancionatoria como en la que la enmienda. En la primera, en los considerandos 390 a 394 para la infracción N° 1; 107, 399 y 402 para la infracción N° 2; 116 y 406 a 410 para la infracción N° 3; 209, 210, 411 a 416 para la infracción N° 4; y 277 y 438 a 442 para la infracción N° 8, y en la segunda, sólo en el considerando 9.1 para la infracción N° 1, todas de la Tabla N° 1.

Centésimo vigésimo primero. Que, a juicio del Tribunal, para resolver esta controversia, se debe revisar, en primer lugar, si en la resolución sancionatoria, la SMA efectivamente analizó la circunstancia del peligro ocasionado respecto de cada una de las infracciones. Luego, de ser efectivo lo anterior, se deberá determinar si la fundamentación utilizada por la Superintendencia permite afirmar la concurrencia de la misma.

Centésimo vigésimo segundo. Que, realizada una revisión de la resolución sancionatoria, se pudo constatar que en ella la SMA entrega, en primer lugar, una explicación teórica de cómo entenderá los conceptos básicos contemplados en el literal en comento. Así, en el considerando 359, señala que entenderá por peligro "un riesgo objetivamente creado, por un hecho, acto u omisión, imputable al infractor, susceptible de convertirse en el resultado dañoso". En segundo lugar, se pudo determinar que el ente fiscalizador efectúa un análisis concreto sobre la concurrencia del peligro ocasionado para cada uno de los hechos.

Centésimo vigésimo tercero. Que, de acuerdo a lo señalado precedentemente, se puede concluir que el órgano fiscalizador efectivamente analizó, para cada una de las infracciones, la circunstancia del artículo 40 letra a) de la LOSMA, relativa al peligro ocasionado. Por lo tanto, constatado lo anterior, el Tribunal verificará a continuación si la fundamentación contenida en la resolución sancionatoria respecto de la concurrencia de dicha circunstancia, es suficiente.

Centésimo vigésimo cuarto. Que, en relación a la infracción N° 1 de la Tabla N° 1, referida a los residuos peligrosos y su no etiquetación ni rotulado para ser identificados por los trabajadores, el titular señala que se habían implementado medidas de seguridad y que el personal se encontraba capacitado en relación al adecuado manejo de residuos, lo que no habría sido considerado por la SMA. Por su parte, la SMA afirma que los residuos peligrosos se encontraban a la intemperie sobre polietileno o directamente en el suelo, sin señalética que indicara las características de su peligrosidad, lo que constaría en el acta de fiscalización citada en la resolución sancionatoria.

Centésimo vigésimo quinto. Que, a juicio del Tribunal, luego de revisar la Resolución Exenta N° 80/2015, enmendada por la Resolución Exenta N° 455/2015, es razonable comprender que se está frente a una situación de peligro, toda vez que la peligrosidad está dada tanto por la naturaleza misma de los residuos -los cuales son considerados en sí mismos como peligrosos conforme lo regula expresamente el D.S N° 148/2003, que aprueba el Reglamento Sanitario Sobre Manejo de Residuos Peligrosos-, como por lo constatado por la SMA y señalado en el considerando anterior, a saber, la disposición de los mismos a la intemperie sobre polietileno o en el suelo, sin la señalética necesaria que permitiera la adecuada gestión de ellos.

Centésimo vigésimo sexto. Que, en consecuencia, a juicio del Tribunal, lo expuesto por la SMA, principalmente en los

considerandos 390 a 394, permite concluir que la resolución impugnada fundamenta adecuadamente la concurrencia de la circunstancia "peligro ocasionado". Por lo anterior, la resolución sancionatoria se encuentra suficientemente motivada, por lo que la alegación de la reclamante será desestimada. En todo caso, cabe hacer mención aquí, que conociendo del recurso de reposición interpuesto por la empresa en contra de la resolución sancionatoria, el Superintendente rebajó la multa en atención a la conducta posterior de la empresa, consistente en la construcción de una cabina de RESPEL, estimándose la circunstancia respectiva como de aquellas que disminuía el componente de afectación, rebajando la multa, en relación a dicho componente, de 44 a 39 UTA.

Centésimo vigésimo séptimo. Que, respecto a la infracción N° 2 de la Tabla N° 1, esto es, la necesidad de contar con una autorización sanitaria previa a la instalación y funcionamiento de fosas sépticas y de la PTAS, la reclamante alega que se trataría de un incumplimiento formal, que por sí mismo no genera un peligro de daño. Por su parte, para la SMA habría un riesgo concreto, pues a la fecha de la fiscalización ambiental (23 de mayo de 2013) la empresa ya tenía construidas las fosas y la PTAS sin contar con la autorización de diseño del proyecto, ni de funcionamiento, lo que, asociado a la disposición de lodos, podía afectar la calidad del efluente y su descarga al mar.

Centésimo vigésimo octavo. Que, para resolver la presente alegación, corresponde analizar lo expuesto por la SMA en los considerandos 107, 399 y 401 de la resolución impugnada. En el considerando 107, la SMA señala que el acta de fiscalización da cuenta de filtraciones provenientes de la PTAS, lo que para dicha autoridad se "traduce en un mal manejo de los residuos líquidos". Por su parte en el considerando 399, el ente fiscalizador releva que el funcionamiento de las fosas sépticas y las PTAS sin autorización sanitaria previa "desvirtúa el fin preventivo que inspira la normativa ambiental en su conjunto [...]". Por último, en el considerando 401, revela una

discordancia entre lo propuesto a la autoridad sanitaria con lo dispuesto en la RCA N°33/2011, pues en aquella se propuso descargar los efluentes al mar mientras que el considerando 3.10 del instrumento de gestión ambiental establece la utilización de los efluentes para riego de caminos.

Centésimo vigésimo noveno. Que, en consecuencia, a juicio del Tribunal, lo expuesto por la SMA, principalmente en los considerandos 107, 399 y 401, permite concluir que la resolución impugnada fundamenta adecuadamente la concurrencia de la circunstancia "peligro ocasionado". Por lo anterior, la resolución sancionatoria se encuentra suficientemente motivada, por lo que la alegación de la reclamante será desestimada.

Centésimo trigésimo. Que, en relación a la infracción N° 3 de la Tabla N° 1, consistente en la construcción de una plataforma para lavado de camiones, no evaluada en el SEIA, la reclamante señala que la mera construcción de la plataforma no constituye un peligro, puesto que no se ha puesto en funcionamiento. Además, contaría con una consulta de pertinencia de ingreso al SEIA que lo habría eximido de evaluar ambientalmente dicha plataforma. Por su parte, la SMA señala que no obstante la plataforma no estaba en funcionamiento, la RCA expresamente excluyó la actividad de lavado de camiones, y que la infracción de la RCA crea entonces un peligro de generación de residuos líquidos que "[...] fue justamente lo que quiso evitar la autorización ambiental". Además, señala el ente fiscalizador, que "[...] ni siquiera contaba con las autorizaciones sanitarias asociadas para el manejo y disposición de los residuos líquidos". Por último, la SMA afirma que la consulta de pertinencia es posterior a la fecha de la fiscalización.

Centésimo trigésimo primero. Que, a juicio del Tribunal, atendidas las razones expuestas por la SMA, y acreditados en el expediente administrativo sancionatorio los hechos que provocaron la infracción, es claro que se ocasionó un peligro,

en particular, el de la generación de residuos líquidos, al margen de la regularización posterior, circunstancia que, en todo caso, fue considerada por el órgano fiscalizador al ser analizada la conducta posterior del infractor, como parte del artículo 40 letra i) de la LOSMA.

Centésimo trigésimo segundo. Que, en efecto, la sola existencia de dicha plataforma, sin ser evaluada ni contar con las autorizaciones sanitarias correspondientes, supone un escenario de manejo de residuos líquidos no contemplado en la RCA, y, por tanto, una situación de peligro. Por su parte, el argumento del titular relativo a que la plataforma no estuvo en funcionamiento, no es atendible, puesto que la intervención de la autoridad sanitaria -tal como se señala en la resolución sancionatoria- debe ser considerada en la modelación y construcción de la plataforma para salvaguardar la salud de la población y del medio ambiente, y porque el peligro estuvo en todo caso igualmente ocasionado, pues la plataforma se construyó precisamente para el lavado de camiones.

Centésimo trigésimo tercero. Que, en consecuencia, a juicio del Tribunal, lo expuesto por la SMA, principalmente en los considerandos 116 y 406, permite concluir que la resolución impugnada fundamenta adecuadamente la concurrencia de la circunstancia "peligro ocasionado". Por lo anterior, la resolución sancionatoria se encuentra suficientemente motivada, por lo que la alegación de la reclamante será desestimada.

Centésimo trigésimo cuarto. Que, respecto de la infracción N° 4 de la Tabla N° 1, referida a la inadecuada señalización y demarcación de monumentos arqueológicos, la reclamante sostiene que no hubo peligro, toda vez que los trabajadores fueron capacitados respecto de las medidas y procedimiento a seguir ante un supuesto hallazgo arqueológico, y que, en todo caso, este supuesto peligro carecía de respaldo en los pronunciamientos emitidos por el CMN.

Centésimo trigésimo quinto. Que, por su parte, la SMA señala que la obligación de demarcación no se cumplió y que ésta precisamente tenía por objeto proteger los monumentos nacionales. La fundamentación se desarrolla en los considerandos 209, 210, 412 y 413 de la resolución sancionatoria. Los dos primeros, se refieren a la ausencia de una debida señalización y delimitación en los sitios Salamanqueja 1, 2 y 3 y, los siguientes, dan cuenta de la finalidad preventiva que dichas señaléticas tenían en relación con la protección de los monumentos nacionales.

Centésimo trigésimo sexto. Que, a juicio del Tribunal, el incumplimiento de la normativa -Ley N° 17.288 y su Reglamento- que tiene justamente por objeto regular las excavaciones que pudieran afectar monumentos o sitios arqueológicos supone, a lo menos, una situación de peligro para el bien jurídico protegido, y eso es precisamente lo que ocurrió en este caso de conformidad con los antecedentes tenidos a la vista.

Centésimo trigésimo séptimo. Que, en consecuencia, a juicio del Tribunal, lo expuesto por la SMA, principalmente en los considerandos 209, 210, 412 y 413, permite concluir que la resolución impugnada fundamenta adecuadamente la concurrencia de la circunstancia "peligro ocasionado". Por lo anterior, la resolución sancionatoria se encuentra suficientemente motivada, por lo que la alegación de la reclamante será desestimada.

Centésimo trigésimo octavo. Que, en relación a la infracción N° 8 de la Tabla N° 1, esto es, la entrega tardía del Plan de Monitoreo, la reclamante sostiene lo mismo, esto es, que los trabajadores fueron capacitados respecto de las medidas y procedimiento a seguir ante un supuesto hallazgo arqueológico, y que, en todo caso, este supuesto peligro carecía de respaldo en los pronunciamientos emitidos por el CMN. Por su parte, la SMA sostiene que dicho incumplimiento consta en el procedimiento sancionatorio y que comprendía una obligación tan relevante que, sumado a que las áreas fueron intervenidas

de forma irregular, y que la arqueóloga de la faena fue contratada de manera posterior a dichas intervenciones, no podría sino poner en peligro el bien jurídico protegido -sitio Salamanca 12 y 13-, incluyendo sus zonas de resguardo norte, sur, este y oeste.

Centésimo trigésimo noveno. Que, la SMA desarrolla los argumentos relacionados a la concurrencia de esta circunstancia en los considerandos 277 y 438 de la resolución sancionatoria. En este último, señala que precisamente el objetivo de dicho plan de monitoreo era supervigilar de manera permanente la etapa de construcción, la que, según el considerando 277 se inició sin que existiera dicho plan. Al respecto, la Tabla N° 1 de la citada resolución, señala que el Plan de Monitoreo estaba contemplado en el considerando 7 de la RCA N° 29/2012, según el cual el titular se comprometía a implementar las siguientes medidas: "7.4 [...] *Desarrollo de un Plan de Monitoreo Permanente sobre el sitio Salamanca 12-13, a cargo de un arqueólogo, que considere una evaluación orientada al estado de los elementos de resguardo, señalética, intervenciones (superficie y subsuelo) y el estado general de conservación de sitios y evidencias, informando mensualmente al Consejo de Monumentos Nacionales, durante la etapa de construcción y habilitación del proyecto [...] Un plan de contingencia ante potenciales afectaciones a las áreas de resguardo*".

Centésimo cuadragésimo. Que, de los antecedentes que constan en la resolución sancionatoria, es innegable que hubo un incumplimiento de las medidas cuyo objeto era precisamente resguardar los sitios de relevancia arqueológica. Dichas medidas buscaban mantener el control de los datos e información necesaria para actuar frente a cualquier efecto adverso sobre el bien jurídico protegido, así como la identificación de aquellos. Es claro, por lo tanto, que en ausencia de estas medidas, mal podía el titular resguardar los sitios arqueológicos y lo que en ellos se encontrara si no se había levantado la información requerida, situación que sin duda

ocasionó un peligro de afectación sobre el componente arqueológico.

Centésimo cuadragésimo primero. Que, en consecuencia, a juicio del Tribunal, lo expuesto por la SMA, principalmente en los considerandos 277 y 438, permite concluir que la resolución impugnada fundamenta adecuadamente la concurrencia de la circunstancia "peligro ocasionado". Por lo anterior, la resolución sancionatoria se encuentra suficientemente motivada, por lo que la reclamación será desestimada a este respecto.

Centésimo cuadragésimo segundo. Que, en conclusión, a juicio del Tribunal, la circunstancia de peligro ocasionado, contenida en el artículo 40 letra a) de la LOSMA, fue correctamente fundamentada por la SMA, respecto de las infracciones alegadas -N°s 1, 2, 3, 4 y 8 de la Tabla N° 1 de la resolución sancionatoria. Como es posible observar del análisis desarrollado en los considerandos precedentes, el titular puso efectivamente en peligro los bienes jurídicos protegidos cada vez que incumplió las medidas contenidas en la RCA.

ii) La intencionalidad en la comisión de las infracciones

Centésimo cuadragésimo tercero. Que, sobre el particular, la reclamante argumenta, que debe entenderse que el artículo 40 letra d) de la LOSMA, contempla una circunstancia calificante especial, si existe dolo, pues, de lo contrario, ésta sería aplicable a todas las infracciones del artículo 35, sin distinción.

Centésimo cuadragésimo cuarto. Que, por su parte, la SMA postula que en este caso la infracción se cometió con dolo. Este último se identifica, según su informe, con el grado de conocimiento: i) de la obligación contenida en el instrumento normativo, ii) de cómo la conducta se realiza; y iii) de sus alcances jurídicos. "Es decir, habrá intencionalidad cuando pueda imputarse al sujeto conocimiento preciso de sus

obligaciones, de la conducta que realiza en contravención a ellas, así como la antijuridicidad asociada a dicha contravención".

Centésimo cuadragésimo quinto. Que, a juicio del Tribunal, se deben dilucidar dos cuestiones para resolver la controversia. En primer lugar, se debe determinar el alcance que tiene la circunstancia del artículo 40 letra d) de la LOSMA, lo que se traduce en precisar si ella se configura indistintamente con la concurrencia de culpa o dolo, o solo cuando se presenta este último elemento. En segundo lugar, una vez resuelto el punto anterior, será necesario determinar si, en este caso concreto, el infractor ha actuado con dolo, pues es éste el elemento esgrimido por la SMA para aplicar la mencionada circunstancia.

Centésimo cuadragésimo sexto. Que, para resolver el primer punto, es menester precisar la naturaleza jurídica de la circunstancia contenida en el artículo 40 letra d) de la LOSMA. Ello, por cuanto la justificación desarrollada por la reclamante para sostener que el citado literal solo contempla el dolo -excluyendo la culpa- se sustenta en que le otorga a la mencionada circunstancia la naturaleza jurídica de una agravante. Bajo este supuesto, la reclamante entiende que la culpa no integra el concepto de intencionalidad, ya que, si ello fuese así, toda infracción se encontraría siempre "agravada", pues la aplicación del artículo 40 supone para su configuración que haya concurrido a lo menos culpa, elemento mínimo de toda infracción administrativa.

Centésimo cuadragésimo séptimo. Que, a juicio de este Tribunal y a diferencia de lo señalado por la reclamante, la naturaleza jurídica de las circunstancias contenidas en el artículo 40 de la LOSMA, y en este caso particular, de su literal d), no es la de una agravante. Por el contrario, se trata de criterios o factores de modulación que el legislador ha entregado a la autoridad administrativa para que ésta determine y fundamente conforme a la concurrencia o no de

ellas, la sanción específica que impondrá finalmente al infractor. En efecto, así se pronunció el Tribunal en la sentencia correspondiente a la causa Rol R N° 6-2013 (considerando centésimo decimoctavo).

Centésimo cuadragésimo octavo. Que, al ser el artículo 40 letra d) de la LOSMA, una circunstancia para determinar la sanción específica, su aplicación se traduce en el mayor o menor reproche que la SMA pueda hacer a la conducta del infractor, la que podrá variar en la medida que haya actuado con culpa o dolo. Esto permitirá que se pueda considerar la gradualidad del reproche en la determinación de la sanción final, la que incluso puede ser utilizada para fundamentar una rebaja en el monto definitivo, en caso que se opte por una multa, o justificar una sanción de menor entidad, como es el caso de la amonestación. Lo anterior, por cuanto no es lo mismo incurrir en una infracción no habiendo previsto lo que debía preverse o no habiendo evitado lo que debió evitarse (culpa), que incurrir en ella conociendo y queriendo hacerlo (dolo).

Centésimo cuadragésimo noveno. Que lo anterior, es coherente con el principio de culpabilidad, cuya aplicación al ámbito sancionatorio administrativo con matices, junto a otros principios del Derecho penal, ha sido reconocida a nivel jurisprudencial (cfr. STC 479, c. 6 a 10; STC 480, c. 5; STC 1518, c. 24; STC 1245, c. 13 y STC 1233, c. 13). La aceptación en materia administrativa del principio de culpabilidad implica que, para imponer una sanción, se pueda reprochar al infractor, el no haberse sometido a los mandatos o prohibiciones establecidos por la norma (CORDERO QUINZACARA, Eduardo, *Derecho Administrativo Sancionador*, 1° ed. Thomson Reuters, Santiago (2014), pp. 253-254).

Centésimo quincuagésimo. Que, la aplicación del principio de culpabilidad no solo constituye el fundamento para la imposición de la sanción, sino que también -y esto es lo relevante en este punto de la reclamación- determina su magnitud. "Parafraseando una expresión propia del Derecho

penal, podemos decir que la culpabilidad es la medida de la sanción. Si bien esto ha sido objeto de críticas, ya que la sanción está estrechamente vinculada a la magnitud de lo injusto determinada en forma abstracta por la norma, lo cierto es que aquello sólo cobra eficacia en la medida que es asumida de forma consciente por el autor, lo cual permite reprochar a él personalmente la elección de la conducta" (CORDERO QUINZACARA, Eduardo, op. cit. pp. 253-254).

Centésimo quincuagésimo primero. Que, por lo señalado precedentemente, el Tribunal concluye que, por la naturaleza jurídica de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA y los efectos del principio de culpabilidad, se debe realizar una interpretación amplia de la letra d) del citado artículo. Ello, implica entender que, cuando el citado precepto alude a la "intencionalidad en la comisión de la infracción", se está refiriendo al análisis del elemento subjetivo de la infracción, conformado tanto por la culpa como por el dolo. Solo una interpretación en este sentido permitirá al ente fiscalizador considerar toda la gama o alternativas de graduación que va desde la culpa hasta el dolo para realizar un completo juicio de reproche y que este se vea reflejado en la determinación de la sanción definitiva.

Centésimo quincuagésimo segundo. Que, lo anterior, es coherente con lo resuelto por la Excelentísima Corte Suprema en la sentencia dictada el 4 de junio de 2015, Rol 25.931-2014, citada tanto por la reclamante como por el reclamado, puesto que efectivamente es necesario acreditar un actuar doloso para fundamentar, bajo el criterio del artículo 40 letra d) de la LOSMA, una sanción más gravosa. Por el contrario, la culpa o imprudencia, puede ser utilizada por la SMA -conforme a la discrecionalidad que le asiste- para fundamentar -como ya se señaló- la imposición de sanciones de menor entidad, también basado en el criterio de intencionalidad.

Centésimo quincuagésimo tercero. Que, una vez establecido que la circunstancia del artículo 40 de la LOSMA contempla tanto

la culpa como el dolo, corresponde determinar si la fundamentación desarrollada por la SMA para considerar la mencionada circunstancia -dolo- fue suficiente. Sobre el particular, la SMA señala, entre los considerandos 366 a 380 de la resolución sancionatoria, que habrá intencionalidad cuando pueda imputarse al sujeto conocimiento preciso de sus obligaciones, de la conducta que realiza en contravención a ellas, así como de la antijuridicidad asociada a dicha contravención. Agrega que, dentro de los regulados en materia ambiental, se encuentran los sujetos calificados, que son aquellos que *"desarrollan su actividad a partir de una amplia experiencia en su giro específico, con conocimiento de las exigencias inherentes que en materia de cumplimiento de estándares medioambientales exige nuestra legislación. [...] Respecto de estos regulados, es posible atribuir un pleno conocimiento de las obligaciones a las que están sujetos, en un grado mayor en relación a aquéllos que no cuentan con estas características, pues se encuentran en mejor posición para evitar las infracciones que hubieran cometido"*.

Centésimo quincuagésimo cuarto. Que, a juicio del Tribunal, el mayor reproche al titular del proyecto se fundamenta, efectivamente, en el carácter de sujeto calificado que a éste le asiste. El titular de un proyecto o actividad no puede desconocer lo que hace, ni mucho menos las condiciones en que debe llevar a cabo su actividad, esto es, la RCA de su proyecto. En efecto, en el SEIA, es el propio titular quien, a través del Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, propone las condiciones y medidas para desarrollar su proyecto, y la autoridad administrativa quien califica ambientalmente dicha propuesta. Cabe señalar, además, que por la naturaleza preventiva del SEIA, la oportunidad en que se proponen y aprueban las medidas y condiciones para desarrollar el proyecto, ocurren antes de la ejecución de las obras y actividades de éste, y, por tanto, el titular está en pleno conocimiento de qué debe hacer, cómo hacerlo y cuándo hacerlo.

Centésimo quincuagésimo quinto. Que, lo anterior, explica el mayor reproche que la SMA hace al titular del proyecto en las infracciones a las que aplicó la circunstancia del artículo 40 letra d) de la LOSMA. En efecto, respecto a la infracción N° 7 de la Tabla N° 1, el mayor reproche se fundamenta en que por su particular situación de sujeto calificado, el titular no hizo el levantamiento del 20% de eventos líticos en el lugar señalado en el considerando 4.2 de la RCA 29/2012, y lo que levantó, lo hizo tardíamente. Por su parte, para la infracción N° 8 de la Tabla N° 1, la entidad del reproche se fundamenta en que, con pleno conocimiento de la obligación, los planes de monitoreo y de contingencia arqueológica fueron entregados al CMN, de forma posterior al inicio de la ejecución del proyecto y a la afectación de los sitios arqueológicos.

Centésimo quincuagésimo sexto. Que, para dilucidar si el reproche realizado por la SMA al infractor respecto de las infracciones N° 7 y 8, de la Tabla N° 1, corresponde a una conducta dolosa, se debe determinar el contenido de éste en el ámbito sancionatorio administrativo ambiental, donde no se encuentra definido. Para ello, el Tribunal utilizará la clasificación de dolo desarrollada en la dogmática penal -sobre todo considerando la especial relación que existe entre ambos sistemas sancionatorios- y que, como es sabido, distingue entre dolo directo, dolo indirecto o de segundo grado y dolo eventual. En este contexto, para que estemos en presencia de una conducta dolosa, a lo menos debe probarse la concurrencia de dolo eventual, a no ser que la ley expresamente exija dolo directo.

Centésimo quincuagésimo séptimo. Que, la doctrina ha precisado las categorías del dolo señaladas en el considerando anterior. Así, se ha establecido que, habrá dolo directo "cuando la realización del hecho típico es precisamente el objetivo que el hechor quiere lograr" (POLITOFF, Sergio - MATUS, Jean Pierre - RAMÍREZ, María. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, 2° ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago (2013), pp. 275-276). En cuanto al dolo de segundo

grado, se ha señalado que *"si el dolo directo comprende también las consecuencias inherentes del actuar, es más o menos claro que quien conoce esas consecuencias ha de quererlas, aunque no las acepte, o dicho de otro modo, las consecuencias necesarias del actuar querido han de entenderse necesariamente queridas por el agente [...]"* (Ibíd.). Por último, en cuanto al dolo eventual, se ha señalado que: *"cuando las consecuencias inherentes al actuar no aparecen en una consideración ex ante, como necesarias, sino sólo como meramente posibles, surge la pregunta acerca de si quien ha querido su actuar y se representó esa posibilidad -cuya realización no deseaba- actúa también dolosamente respecto de esas consecuencias, o se encuentra en un supuesto más cercano a la de la simple culpa con representación"* (Ibíd.).

Centésimo quincuagésimo octavo. Que, uno de los problemas fundamentales que se presenta respecto del dolo, es la dificultad para acreditarlo, debido a que su configuración requiere averiguar determinadas circunstancias de carácter subjetivas. Por esta razón, la Excelentísima Corte Suprema ha explicitado que *"el medio probatorio por excelencia al que se recurre en la praxis para determinar la concurrencia de procesos psíquicos sobre los que se asienta el dolo no son las ciencias empíricas, ni la confesión autoinculpatoria del imputado, sino la llamada prueba indiciaria o circunstancial, plasmada en los denominados 'juicios de inferencia' (Ragües y Vallés, op. cit., pág. 238) [...]"* Este Tribunal ha sostenido que *un comportamiento subjetivo sólo admite prueba indirecta, porque, como con innegable ironía puntualiza Baumann, 'al dolo nunca nadie lo ha visto' de suerte que la única forma de constatar su presencia es acudiendo a presunciones judiciales"* (Corte Suprema, Rol 7315-2015, de 14 de diciembre de 2015, considerando décimo).

Centésimo quincuagésimo noveno. Que, conforme a lo señalado precedentemente, no cabe sino presumir que el titular actuó queriendo hacerlo, esto es, con dolo, debido a la especial situación en la que se encontraba, pues conocía las medidas a

las que se encontraba obligado, la manera de cumplir con ellas y el curso de su conducta. Lo anterior, por cuanto al conocer todas las circunstancias relacionadas con el deber de realizar un levantamiento superficial del 20% de los eventos líticos emplazadas en el área donde serían instaladas las obras del proyecto, no puede sino presumirse que incumplió queriendo hacerlo, o a lo menos representándose dicha situación. Por lo anterior, a juicio del Tribunal, la SMA fundamentó suficientemente la aplicación de la circunstancia contenida en el artículo 40 letra d) de la LOSMA, por lo que se rechazará la reclamación a este respecto.

iii) La capacidad económica del infractor

Centésimo sexagésimo. Que, resueltas los planteamientos abordados en los apartados anteriores relativas al artículo 40 letras a) y d) de la LOSMA, cabe abocarse en lo sucesivo a la última argumentación de la reclamante relativa a la supuesta infracción por parte de la Superintendencia en la aplicación del literal f) del mencionado artículo, este es, la capacidad económica del infractor.

Centésimo sexagésimo primero. Que, la reclamante señala, en este acápite, en forma expresa, que la resolución sancionatoria, así como la que resuelve el recurso de reposición, vulnera el principio de proporcionalidad *"al aplicar como circunstancia que aumenta el componente disuasivo de la sanción, la capacidad económica de mi representada, cuya capacidad de pago se encuentra actualmente comprometida por tratarse de un proyecto minero que recién ha comenzado sus primeras etapas de operación"*.

Centésimo sexagésimo segundo. Que, a juicio de Pampa Camarones S.A., en la resolución sancionatoria la SMA habría incurrido en el error de haber aumentado el monto de la multa en base a la proyección proporcional de las ventas del proyecto en el período comprendido entre agosto a noviembre de 2014, criterio que atentaría en contra del concepto mismo de

capacidad económica seguido por el ente fiscalizador en otros procedimientos sancionatorios, según el cual se debe atender a "las particulares facultades o solvencia del infractor al momento de incurrir en el incumplimiento". Así, la SMA no habría atendido a la realidad financiera de la empresa y a su falta de disponibilidad de recursos monetarios, realidad que habría sido acreditada durante la sustanciación del recurso de reposición en contra de la resolución sancionatoria, de 11 de febrero de 2015.

Centésimo sexagésimo tercero. Que, a su turno, el ajuste por capacidad de pago que aplicó la SMA y que implicó finalmente la rebaja del 17% del total de la multa, según consta de la Resolución Exenta N° 455/2015 -que resolvió el recurso de reposición antes citado-, no habría hecho desaparecer -a juicio de Pampa Camarones S.A.- la desproporcionalidad atendida la particular situación de la empresa, que para estos efectos se autocalifica de mediana minería. Adicionalmente, el titular del proyecto afirma que este sería el único caso conocido donde la multa se acerca al 10% del monto de inversión del proyecto, lo que revelaría por sí mismo la desproporción alegada.

Centésimo sexagésimo cuarto. Que, por su parte, en su informe la SMA sostiene que la alegación de la reclamante carece de todo fundamento, atendido que, al acoger parcialmente el recurso de reposición, consideró la realidad financiera de la empresa en relación al monto total de las multas aplicadas, en base a un argumento de proporcionalidad de la sanción, de acuerdo a la capacidad de pago de la empresa. Para ponderar esta circunstancia, la SMA solicitó a la empresa la información de sus estados financieros. Sobre la base de dicha información, la SMA evaluó la situación financiera de la empresa a través del método de ratios financieros, de acuerdo con el modelo de la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos (en adelante, "EPA", por sus siglas en inglés), el que ha sido recomendado a su vez por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, "OCDE").

Centésimo sexagésimo quinto. Que, atendidas las alegaciones de las partes, es necesario revisar cómo fue en efecto aplicada por la Superintendencia la circunstancia de la capacidad económica del infractor, cuestión que es posible verificar en los considerandos 384 a 387 de la Resolución Exenta N° 80/2015. En primer lugar, la SMA definió qué debe entenderse por capacidad económica, acudiendo al efecto a la doctrina española, según la cual, ésta "[...] dice relación con la potencialidad económica vinculada a la titularidad y disponibilidad de la riqueza, con la aptitud, la posibilidad real, la suficiencia de un sujeto de derecho para hacer frente a la exigencia de una obligación tributaria concreta por parte de la Administración Pública". Y continúa exponiendo: "De esta manera, la capacidad económica atiende a particulares facultades o solvencia del infractor al momento de incurrir en el pago de la sanción, en relación a la eficacia de la sanción -en especial, tratándose de multas-, en cuanto a la desproporcionalidad del monto de una multa con relación a la concreta capacidad económica del infractor puede tornar ilusoria e inútil la sanción".

Centésimo sexagésimo sexto. Que, la SMA en esa resolución expone las razones por las cuales esta "[...] circunstancia será considerada para determinar la sanción a aplicar, en el sentido de que el infractor cuenta con capacidad de pago para la multa que imponga esta Superintendencia y, en consecuencia, no se requiere aplicar ninguna reducción a su respecto" (destacado del Tribunal). En ese sentido, la SMA da cuenta que para el análisis de esta circunstancia se tomó como referencia las estimaciones que realizó el Servicio de Impuestos Internos (en adelante, "SII") en base a la información tributaria declarada por el contribuyente, del período tributario correspondiente al año 2013. Por encontrarse la reclamante ese año en etapa de construcción, no habiendo por lo tanto ventas, fue calificada por el SII como una micro empresa. Sin embargo, el titular del proyecto informó a la SMA que inició la fase de operación de su proyecto "Planta de Cátodos Pampa Camarones" el 4 de agosto de 2014. En virtud de lo anterior, el Superintendente tomó la

información disponible en la RCA N° 29/2012 para generar una proyección proporcional de ventas en su etapa de operación, correspondiente a los meses de agosto a noviembre de 2014, calculada en base a las 8.400 toneladas/año de cátodos de cobre que produciría el proyecto minero. Dicha proyección fue cotejada con la información solicitada al SERNAGEOMIN (Ord. N° 1712, de 14 de noviembre de 2014), que daba cuenta que la empresa correspondía en verdad a una de gran tamaño N° 2 y que, para el año 2015, atendido que las ventas de 2014 comenzaron recién en el segundo semestre, la empresa sería de gran tamaño N° 4.

Centésimo sexagésimo séptimo. Que, no obstante lo anterior, y ante nueva información, el Superintendente, en sede de reposición administrativa, resolvió en la Resolución Exenta N° 455/2015 antes citada, ajustar la multa en un 17% menos sobre el total, precisamente en base a un argumento de proporcionalidad de la sanción. En efecto, en la resolución se expone que: *"A partir del análisis realizado [a través del método de ratios financieros], se desprende que efectivamente la empresa se encuentra actualmente en una situación financiera particular, especialmente en lo que respecta a su capacidad de hacer frente a sus obligaciones de corto plazo con terceros, a las cuales se adiciona la multa impuesta por la SMA".* A renglón seguido, dice: *"En consecuencia, de acuerdo a los antecedentes analizados, esta SMA considera procedente la aplicación de un ajuste por "capacidad de pago", estableciéndose un límite para la multa total en proporción a los ingresos por venta del año 2014, sobre la base de un porcentaje que se encuentra en el rango utilizado en las experiencias comparadas".*

Centésimo sexagésimo octavo. Que, la SMA explica en la resolución en comento, que el ajuste por "capacidad de pago" se llevó a cabo estableciendo un límite para la multa total en proporción a los ingresos por venta del año 2014, sobre la base de un porcentaje cuyo rango varía, de acuerdo con la experiencia comparada, entre el 4 y el 30% de las ventas anuales, imponiendo en este caso el 12% de los ingresos anuales

por venta de dicho año. Dado que la empresa inició operaciones el 4 de agosto de 2014, la SMA consideró un valor anualizado de los ingresos de ese año, lo que habría implicado un resultado conservador si se comparaba con los ingresos proyectados por la misma empresa para el año 2015, alcanzando sólo un 56% de estos, lo que equivaldría a sólo un 7% de los ingresos por venta proyectados para dicho año.

Centésimo sexagésimo noveno. Que, de acuerdo con las consideraciones precedentes, cabe hacer presente que la reclamante no realiza en rigor ninguna argumentación pormenorizada en relación a cómo y porqué se habría infringido el principio de proporcionalidad en la aplicación de la circunstancia relativa a la capacidad económica del infractor, sino que se limita a alegar que la SMA habría vulnerado "ostensiblemente" el principio de proporcionalidad en atención a la capacidad de pago de la empresa, sin que el actuar del ente fiscalizador haya sido contrastado con alguno de los criterios que han sido delineados por la doctrina y la jurisprudencia respecto de dicho principio (adecuación o idoneidad, intervención mínima o necesidad y, proporcionalidad en sentido estricto). Además, como se ha señalado, la SMA finalmente rebajó un porcentaje de la multa considerable -17% del total- justamente en base a la capacidad de pago de la reclamante. Sin embargo, la reclamante no argumentó ni acreditó, en el caso en específico, por qué a pesar de la rebaja del 17% de la multa por parte de la SMA, el resultado no aseguró a la empresa que haya habido proporcionalidad entre ella y la capacidad de pago concreta de la misma.

Centésimo septuagésimo. Que, a este respecto, además, es pertinente señalar que el Tribunal ha tenido oportunidad, en casos anteriores, de confirmar que, en efecto, la aplicación por parte del ente fiscalizador de la circunstancia de que se trata, debe estar inspirada en alcanzar un resultado proporcionado. En sentencia Rol R N° 48-2014, de 12 de septiembre de 2014, el Tribunal señaló: "[...] la argumentación esgrimida por los reclamantes en cuanto a la aplicación de este

numeral como una circunstancia que aumenta la cuantía de la multa impuesta, fundada en una supuesta gran capacidad de pago, no puede prosperar, ya que el objetivo de dicha circunstancia es precisamente el asegurar que haya proporcionalidad entre el monto de la multa y la capacidad de pago concreta del infractor. [...]" (considerando octogésimo noveno).

Centésimo septuagésimo primero. Que, a la luz de los antecedentes, es evidente para el Tribunal que la SMA consideró la capacidad económica de la reclamante. Primero, lo hizo en la resolución sancionatoria, para concluir que la empresa contaba con capacidad de pago para pagar la multa y que por lo tanto no correspondía ninguna reducción. Con posterioridad, la SMA volvió a considerar esta circunstancia en la resolución que resolvió el recurso de reposición presentado por el titular del proyecto, ajustando a la baja la multa total en un 17%, en razón de la capacidad de pago de la empresa.

Centésimo septuagésimo segundo. Que, por lo tanto, no es correcta la afirmación de la actora, en cuanto a que la SMA aumentó el monto de la multa en base a la proyección proporcional de las ventas del proyecto en el período comprendido entre agosto a noviembre de 2014, según se señaló en el considerando centésimo sexagésimo segundo. Por su parte, a juicio de Tribunal, atendido que durante el procedimiento sancionatorio el titular del proyecto inició sus operaciones, y por consiguiente las ventas de cátodos de cobre, justifica que la SMA se haya apartado del criterio de ponderar la circunstancia bajo el análisis exclusivo de la información entregada por el SII (véase el centésimo sexagésimo sexto), no existiendo por lo tanto ilegalidad alguna a este respecto.

Centésimo septuagésimo tercero. Que, por consiguiente, a juicio del Tribunal, la SMA fundamentó suficiente y correctamente la aplicación de la circunstancia contenida en el artículo 40 letra f) de la LOSMA, pues no se vislumbra una trasgresión al principio de proporcionalidad alegado por la

reclamante, por lo que la reclamación será rechazada a este respecto.

POR TANTO, Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 17 N° 3, 18 N° 3 de la Ley N° 20.600; 35, 36, 38, 39, 40 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente; 15, 41 de la Ley N° 19.880; 21 y 22 de la Ley N° 17.288, y en las demás disposiciones legales y reglamentarias citadas y pertinentes.

SE RESUELVE:

1. **Rechazar** la reclamación interpuesta en contra de la Resolución Exenta D.S.C./P.S.A. N° 1272, de 2 de octubre de 2014, de la Superintendencia del Medio Ambiente, conforme a lo señalado en los considerandos respectivos de esta sentencia.
2. **Rechazar** la reclamación interpuesta en contra de la Resolución Exenta N° 80, de 4 de febrero de 2015, enmendada por la Resolución Exenta N° 455, de 8 de junio de 2015, ambas del Superintendente del Medio Ambiente, conforme a lo señalado en los considerandos respectivos de esta sentencia.
3. No condenar en costas a la reclamante por haber existido motivo plausible para litigar.

Acordada con el voto en contra del Ministro Señor Valdés, quien estuvo por acoger la reclamación solo en cuanto a la falta de debida fundamentación en la aplicación del artículo 40 letra f) de la LOSMA -capacidad económica- por las siguientes consideraciones:

1. Que, en opinión de este Ministro la información disponible en autos no ha sido suficiente como para poder apreciar fehacientemente cómo se aplicó el artículo 40 letra f) de la LOSMA.

2. Que, tampoco se explica adecuadamente, cómo se da cumplimiento al objetivo, declarado por la propia SMA, de orientar la conducta de los regulados promoviendo el cumplimiento y ejerciendo una función disuasiva, cuando, en rigor, lo relevante es si la empresa tiene o no capacidad de pago concreta para hacer frente a una multa de esa magnitud por sí misma, de acuerdo a los parámetros o indicadores comúnmente aceptados (a saber: las ratios o razones financieras), más que en relación a su tamaño o a su pertenencia a un holding de gran tamaño económico, que en este caso particular ni siquiera puede ser considerado solidariamente responsable. La sanción, en este caso, no satisface la finalidad de incentivar el cumplimiento hacia el futuro pues eventualmente podría causar la insolvencia del infractor atendida su "situación financiera particular".

3. Que, en consecuencia, cabe hacer presente la conveniencia de contar con más y mejor información para comprender cómo ejerció la SMA sus facultades discrecionales a este respecto. En efecto, a juicio de este Ministro, no es posible dilucidar la procedencia del monto de la multa ni como ella es capaz de cumplir con los objetivos que la SMA cita en la resolución recurrida para su justificación (considerando 353 de la resolución sancionatoria), en referencia a las recomendaciones que hace la OCDE al momento de aplicar una multa, a saber: i) que permita evitar futuros incumplimientos; ii) eliminar cualquier beneficio obtenido; iii) que sean proporcionales a la naturaleza del daño causado; y iv) que sea flexible y considere distintas opciones para propender al cumplimiento del infractor, por lo que la reclamación debe ser acogida a este respecto.

Notifíquese, regístrese y archívese en su oportunidad.

Rol R N° 51-2014 (acumulada causas Rol R N° 55-2014 y Rol R N° 71-2015).

Pronunciado por el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, integrado por su Presidente, Ministro señor Rafael Asenjo Zegers, y por los Ministros Sr. Sebastián Valdés De Ferrari y Sra. Ximena Insunza Corvalán.

Redactó la sentencia la Ministra Ximena Insunza Corvalán y la disidencia su autor.

En Santiago a ocho de junio de dos mil dieciséis, autoriza el Secretario del Tribunal, señor Rubén Saavedra Fernández, notificando por el estado diario la resolución precedente.

