

Antofagasta, a diecisiete de septiembre de dos mil veinte.

VISTOS:

1. Con fecha 3 de febrero de 2018, consta que el abogado Sr. Gonzalo Montes Astaburuaga en representación de Compañía Minera Nevada SpA., ("empresa" o "titular" o "compañía" o "CMN SpA." o "CMN"), RUT 85.306.000-3, con domicilio en calle Avenida Ricardo Lyon N°222, piso 8, comuna de Providencia, Santiago, interpuso reclamación judicial en virtud de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente ("LOSMA"), cuyo texto fue fijado por el artículo segundo de la Ley N°20.417, y de lo establecido en los artículos 17 N°3 y 18 N°3 de la Ley N°20.600, que crea los Tribunales Ambientales, en contra de la Resolución Exenta N°72 de fecha 17 de enero de 2018 ("Res. Ex. N°72/2018" o "72/18" o "resolución reclamada", "acto impugnado" o "acto reclamado"), de la Superintendencia del Medio Ambiente ("SMA" o "Superintendencia" o "reclamada"), representada por el Sr. Cristian Franz Thorud, RUT 61.979.950-K, domiciliada en Teatinos N°280, piso N°8 y 9, comuna y ciudad de Santiago, región Metropolitana, solicitando a este Tribunal que acoja la reclamación judicial total o parcialmente, y en definitiva la anule o la deje sin efecto y declare que:

A. La Res. Ex. N°72/18 no es conforme a derecho y a la normativa vigente respecto de números 1, 2, 3, 4, 5, 10, y 20 de su Resuelvo Primero y de los fundamentos que en cada caso los motivan, referidos a las infracciones imputadas con los números 23.2, 23.8, 23.9 y 23.11 y números 4, 6 y 7, dejándolas sin efecto y disponiendo en su lugar, lo que en derecho corresponda.

B. En relación con las infracciones a las que se ha aplicado una sanción pecuniaria, que constan entre los números 6 y 29 del Resuelvo Primero de la Res. Ex. N°72/18, se ordene a la SMA que recalcule las multas impuestas en ellas rebajándolas mediante una correcta



determinación del beneficio económico obtenido, en los términos que fueron expuestos en el cuerpo de la reclamación.

- C. Se deje sin efecto de manera íntegra el Resuelvo Quinto de la Res. Ex. N°72/18, en la medida que no concurren los presupuestos para imponer una Medida Urgente y Transitoria ("MUT") y que la misma, en los términos que se ha ordenado, excede de las competencias que la ley asigna a la SMA.
- D. Se deje sin efecto el Resuelvo Séptimo en tanto interpreta de modo ilegal y arbitrario las resoluciones de calificación ambiental, extendiendo su sentido contra texto expreso.
- E. Lo anterior, con expresa condenación en costas.

2. Por su parte, con fecha 05 de febrero de 2018, consta que los abogados Sres. Cristián Gandarillas Serani, María Soledad Krause Muñoz y Gabriel del Río Toro, en representación de Agrícola Dos Hermanos Limitada RUT 76.564.190-k y de Agrícola Santa Mónica Limitada RUT 78.531.360-7, ("Agrícola Dos Hermanos Limitada y Otro"), con domicilio para estos efectos en Avenida Isidora Goyenechea N°3365, oficina N°1201, comuna de Las Condes, Santiago, Región Metropolitana, interpuso reclamación judicial en virtud de lo dispuesto en el artículo 56 de la LOSMA, cuyo texto fue fijado por el artículo segundo de la Ley N°20.417, y de lo establecido en el artículo 17 N°3 de la Ley N°20.600, en contra de la Resolución Exenta N° 70 de fecha 15 de enero de 2018 y de la Resolución Exenta N°72 de fecha 17 de enero de 2018 ("resoluciones reclamadas", "acto impugnado" o "acto reclamado" o "Res. Ex. N°70 y Res. Ex. N°72 respectivamente"), de la SMA, RUT 61.979.950-k, domiciliada en Teatinos N°280, piso N°8 y 9, comuna y ciudad de Santiago, región Metropolitana, solicitando a este Tribunal que:

A. Declare la contrariedad a derecho de las Resoluciones N°70 y N°72 habida cuenta de las razones presentadas en la reclamación.

B. Deje sin efecto la Resolución N°70, y ordene a Compañía Minera Nevada SpA. que construya el Sistema de Manejo de Aguas en los términos ordenados por la Resolución de Calificación Ambiental ("RCA") como condición previa para dar cumplimiento de las medidas transitorias y urgentes decretadas por la Resolución N°477.

C. Se deje sin efecto la Resolución N°72 y se condene a CMN a las sanciones establecidas por la ley para las infracciones cometidas habida cuenta de su gravedad o las que el Tribunal estime en cada caso ajustadas a derecho, o, en su defecto, se ordena a la SMA que imponga a CMN sanciones que resulten útiles, proporcionadas y razonables en el caso concreto, debiendo motivarse debidamente su imposición en cada caso, con la salvedad de las infracciones que se expresan en la letra siguiente;

D. Se deje sin efecto la absolucón de CMN respecto de los cargos infraccionales números 23.13; 24.2 y 25 del Ordinario U.I.P.S. N°58/2013, aplicándose a su respecto las máximas sanciones establecidas por la ley para las infracciones cometidas habida cuenta de su gravedad o las que el Tribunal estime en cada caso ajustadas a derecho, o, en su defecto, se ordene a la SMA que imponga a CMN sanciones que resulten útiles, proporcionadas y razonables en el caso concreto, debiendo motivarse su imposición en cada caso,

E. Condenar en costas a la SMA.

Antecedentes de los actos administrativos reclamados:

3. De los antecedentes administrativos consta que las presentes reclamaciones nacen a propósito de dos procedimientos sancionatorios que a continuación se indican:

A. El procedimiento administrativo sancionatorio Rol A-002-2013 acumulado ("ac.") Rol D-011-2015, iniciado por la SMA, formuló cargos tras la presentación de una autodenuncia realizada por Compañía Minera Nevada SpA, de fecha 22 de enero de 2013, la que fue rechazada por la SMA por medio de la Res. Ex. N°105/2013, por no cumplir con los requisitos mínimos de aprobación establecidos en el Decreto Supremo N°30/2012 del Ministerio de Medio Ambiente. No obstante lo anterior, esto sirvió de antecedente para iniciar la investigación en contra de la empresa.

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

El proyecto fue ingresado mediante un Estudio de Impacto Ambiental ("EIA") de fecha 3 de agosto del año 2000, siendo calificado favorablemente por medio de la Resolución Exenta N°39, de fecha 25 de abril de 2001, de la Comisión Regional del Medio Ambiente ("CONAMA") de la Región de Atacama, la que fue modificada posteriormente por la Resolución Exenta N°59, de fecha 3 de julio de 2001, de la misma Comisión Regional. El objetivo del proyecto es la producción y comercialización de minerales de oro, plata y cobre, en la forma de metal doré (oro y plata) y concentrado de cobre, contemplando una producción anual de 615.000 onzas de oro, 18,2 millones de onzas de plata y 5.000 toneladas de cobre; proyectando una serie de obras y una vida útil del proyecto de 20 años.

Con fecha 6 de diciembre de 2004, CMN SpA. presentó el EIA, denominado "Modificaciones Proyecto Pascua Lama", que fue calificado ambientalmente favorable por la CONAMA de la Región de Atacama, mediante Resolución Exenta N°24, de fecha 15 de febrero de 2006.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Copiapó, mediante sentencia en causa Rol N°300-2012, de fecha 15 de julio de 2013, recaída en recurso de protección presentado por representantes de Comunidades y Asociaciones Diaguitas en contra de CMN SpA., y la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Atacama, resolvió solicitar a la empresa "[...] el inicio del procedimiento administrativo de revisión de la resolución de calificación ambiental ("RCA"), para determinar si efectivamente la variable ambiental relativa a la línea de base de calidad de aguas del proyecto ha variado sustantivamente, y, por ende, corresponde adoptar las medidas administrativas necesarias para corregir dicha situación." Esta resolución fue confirmada por la Excelentísima ("Excma.") Corte Suprema mediante sentencia Rol N°5.339-2013, de fecha 25 de septiembre de 2013.

Con fecha 22 de enero de 2013, CMN SpA. presentó ante la SMA una autodenuncia donde se informaba a la autoridad que, como consecuencia de dos eventos climáticos extremos, ocurridos los días 22 de diciembre de 2012 y 1° de enero de 2013, que arrastraron y depositaron gran cantidad de material coluvial, se había afectado el Sistema de Manejo de Aguas del Proyecto y en particular, las obras del Canal Perimetral Norte Inferior.

Mediante la Resolución Exenta N°105 de 31 de enero de 2013, la SMA declaró no ha lugar a la autodenuncia, por no cumplir con los requisitos legales para ser aceptada y acto seguido, mediante el Ord. U.I.P.S. N°58 de fecha 27 de marzo de 2013, formuló 23 cargos a CMN, dando inicio al procedimiento sancionatorio A-002-2013.

Mediante la Resolución Exenta N°21, Rol D-011-2015, de 8 de junio de 2016, la SMA resolvió acumular el expediente Rol D-011-2015 al A-002-2013.

Con fecha 17 de enero de 2018, la Superintendencia dictó la Resolución Exenta N°72/2018, finalizando el procedimiento administrativo sancionatorio rol A-002-2013, acumulado al D-011-2015, dictando más de una treintena de sanciones a las infracciones cometidas a su juicio, por el titular del proyecto.

B. Por su parte, la reclamación deducida por Agrícola Dos Hermanos Limitada y Otro, recurre también en contra de la Res. Ex. N°70, de fecha 15 de enero de 2018 que se pronunció sobre la Res. Ex. N°477/2013 de la SMA que estableció las siguientes medidas urgentes y transitorias:

“1. Paralizar la totalidad de las actividades de la fase de construcción del proyecto mientras no ejecute el sistema de manejo de aguas en la forma prevista en la Resolución de Calificación Ambiental. El infractor deberá informar dentro del plazo de 10 días contados de la notificación de la presente resolución el cumplimiento de la presente medida, por medios que permitan acreditar a esta Superintendencia su cumplimiento. Asimismo, deberá informar, en primer término, cada 3 meses el estado de avance de las obras y, en segundo término, la ejecución íntegra del sistema de manejo de aguas en la forma prevista en la RCA, dentro del plazo de 3 días desde su íntegra ejecución. En ambos casos deberá acompañar medios que permitan verificar lo informado.

2. Construir transitoriamente las obras que se indican a continuación. Incorporar las obras de captación, transporte y descarga al estanque de sedimentación Norte, las cuales podrán operar exclusivamente durante el período necesario para implementar las obras definitivas que permitan cumplir cabalmente las condiciones establecidas en la RCA. El diseño de las obras deberá considerar todos los resguardos necesarios, tanto para prevenir deslizamientos y fenómenos de remoción en masa, así como también para evitar el colapso del sistema temporal de conducción y evacuación de aguas de no contacto, tales como disipadores de energía, cámaras de inspección según el manual de normas y

procedimientos de la Dirección General de Aguas, estabilización de cauces y laderas, obras de retención de sedimentos, entre otros. La medida temporal deberá estar operativa antes del inicio de la temporada de deshielos, por lo que el infractor deberá informar al Superintendente la obra a realizar según los conceptos antes indicados y el plazo que requiere para el cumplimiento de la referida medida, dentro de 10 días contados de la notificación de la presente resolución.

3. Seguimiento de las variables ambientales. El titular deberá continuar con todo el seguimiento de las variables ambientales contempladas en su autorización de funcionamiento (RCA), y, por ende, estará facultado para construir todas las obras asociadas y necesarias para ejecutar este seguimiento. El infractor deberá informar dentro del plazo de 10 días contados de la notificación de la presente resolución, el listado de los seguimientos de variables ambientales, indicando las obras que deberá construir."

La mencionada Res. Ex. N°70 de la SMA y reclamada en estos autos, declaró cumplidas las medidas urgentes y transitorias ordenadas en los numerales 1 y 2 del Resuelvo Segundo de la Res. Ex. N°477/2013, y la medida del numeral 3, del Resuelvo Segundo de la Res. Ex. N° 477/2013, señalando que se debía estar a lo que se resolviera en su oportunidad en el procedimiento administrativo sancionatorio rol A-002-2013 ac. al rol D-011-2015.

Antecedentes del proceso judicial de las reclamaciones:

4. En lo que respecta a las reclamaciones y el proceso jurisdiccional derivado de aquellas en autos, consta lo siguiente:

Respecto a la reclamación judicial R-5-2018, a fs. 1 y siguientes, el abogado Sr. Gonzalo Montes Astaburuaga en representación de Compañía Minera Nevada SpA., interpuso ésta en virtud de lo dispuesto en el artículo 56 de la LOSMA y de lo establecido en los artículos 17 N°3 y 18 N°3 de la Ley N°20.600, en contra de la

Res. Ex. N°72/2018 de la SMA, solicitando a este Tribunal que acoja la reclamación judicial total o parcialmente, y en definitiva la anule o la deje sin efecto y declare que:

- A. La Res. Ex. N°72/18 no es conforme a derecho y a la normativa vigente respecto de números 1, 2, 3, 4, 5, 10, y 20 de su Resuelvo Primero y de los fundamentos que en cada caso los motivan, referidos a las infracciones imputadas con los números 23.2, 23.8, 23.9 y 23.11 y números 4, 6 y 7, dejándolas sin efecto y disponiendo en su lugar, lo que en derecho corresponda.
- B. En relación con las infracciones a las que se ha aplicado una sanción pecuniaria, que constan entre los números 6 y 29 del Resuelvo Primero de la Res. Ex. N°72/18, se ordene a la SMA que recalcule las multas impuestas en ellas rebajándolas mediante una correcta determinación del beneficio económico obtenido, en los términos que fueron expuestos en el cuerpo de la reclamación.
- C. Se deje sin efecto de manera íntegra el Resuelvo Quinto de la Res. Ex. N°72/18, en la medida que no concurren los presupuestos para imponer una Medida Urgente y Transitoria y que la misma, en los términos que se ha ordenado, excede de las competencias que la ley asigna a la SMA.
- D. Se deje sin efecto el Resuelvo Séptimo en tanto interpreta de modo ilegal y arbitrario las resoluciones de calificación ambiental, extendiendo su sentido contra texto expreso.
- E. Lo anterior, con expresa condenación en costas.

Además, en el segundo otrosí de su presentación, CMN SpA. acompañó el siguiente documento: Copia de la Res. Ex. N°72/2018 de fecha 17 de enero de 2018 pronunciada por la SMA y de sus anexos respectivos.

A fs. 248, el Tribunal admitió a trámite la reclamación y ordenó informar a la reclamada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley N°20.600.

A fs. 249 y siguientes, CMN solicita al Tribunal tener presente, que mientras se resuelve la reclamación judicial, en el intertanto, CMN SpA., dará cumplimiento a las medidas del Resuelvo Quinto en los términos ordenados por la autoridad en la Res. Ex. N°72/2018, con el solo objeto de evitar verse expuesta a un nuevo procedimiento sancionatorio y solo por cuanto se trata de medidas que pueden ser implementadas con completa independencia de las sanciones de clausura definitiva impuestas por la SMA. Este Tribunal a fs. 254 lo tuvo presente.

A fs. 258 y siguientes, la parte reclamada evacúa informe requerido, solicitando el rechazo en todas sus partes de la reclamación judicial interpuesta con expresa condenación en costas, solicitando, además, se declare que la Resolución Exenta N°72 de fecha 18 de enero de 2018 de la SMA, es legal y fue dictada conforme a la normativa vigente.

A fs. 700, el Tribunal tuvo por evacuado dentro de plazo el informe respectivo.

A fs. 703, CMN SpA. solicitó a este Tribunal que disponga de la vista simultánea de las reclamaciones referidas R-5-2018 y R-6-2018, una en pos de la otra, y que resuelva en el mismo acto, en cuenta, el proceso de consulta S-5-2018, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 68 del Código Orgánico de Tribunales ("COT"). A fs. 709, este Tribunal resolvió como se pide, solo en cuanto a disponer la vista en forma simultánea -una en pos de la otra- de las causas R-5-2018 y R-6-2018.

A fs. 710, el Tribunal atendido al estado procesal de autos, resolvió fijar audiencia para la vista de la causa, para el día 06 de noviembre de 2018.

A fs. 711 y siguientes, el abogado Sr. Álvaro Toro Vega en representación del Sr. Rubén Cruz Pérez y otros, solicitó a este

Tribunal tenerlo como terceros coadyuvantes de la parte reclamada. A fs. 758, este Tribunal accedió a lo solicitado.

A fs. 759 y siguientes, el abogado Sr. Gonzalo Montes Astaburaga en representación del reclamante, designó como abogado patrocinante al abogado Sr. Patricio Leyton Florez. A fs. 781 este Tribunal lo tuvo presente.

A fs. 782 y siguientes, el abogado Sr. Sergio Millamán Manríquez, en representación del Sr. Pascual Olivares Iriarte y otros, solicitó a este Tribunal tenerlos como tercero independiente en estos autos. A fs. 796, este Tribunal resolvió tenerlo como tercero coadyuvante de la parte reclamada.

A fs. 813 y siguientes, el titular acompañó informe técnico con citación, denominado "Análisis del Riesgo en Salud por Manganeso según Res. Ex. 000072 de 17 de enero de 2018". A fs. 836, este Tribunal resolvió tener por acompañado informe técnico con citación. A fs. 837 y siguientes, el titular acompañó informes técnicos con citación, denominados 1) "Seguimiento Transecta SAG 2016 Recuperación Vega Norte" Causa Rol A-002-2013. Estado de la Vegetación de la Vega - Periodo 2018; y, 2) "Antecedentes afectación Vegas - Proceso Sancionatorio Res. 72 de la SMA".

A fs. 899, este Tribunal resolvió tener por acompañados los informes técnicos con citación.

A fs. 900 y siguientes, CMN SpA acompañó informes con citación, denominados: 1) Informe en Derecho elaborado por el Sr. Manuel Núñez Poblete, "Estándares para la revisión judicial de la sanción de clausura total y definitiva decretada por la Superintendencia del Medio Ambiente"; 2) Informe en Derecho elaborado por el Sr. Enrique Navarro Beltrán "Infracción a principios y garantías fundamentales del derecho administrativo sancionador en la Resolución Exenta N°72/2018 de la Superintendencia del Medio Ambiente"; y, 3) Informe elaborado por el Sr. José Miguel Cruz "Comentarios al Informe SMA. Estudio tasa de descuento de Barrick Gold". Además, solicitó tener por acompañada con citación copia simple de la sentencia en causa rol D-2-2013 del Ilustre Segundo Tribunal Ambiental; y, en el segundo otrosí, solicitó oficiar al mencionado Tribunal, con el fin que

remita los autos de la causa D-2-2013 caratulada "Rubén Cruz Pérez y otros contra Compañía Minera Nevada SpA."

A fs. 908, este Tribunal resolvió tener por acompañados los informes, con citación. Respecto a la copia simple de la sentencia, este Tribunal resolvió previo a proveer, acompáñese documento que indica y respecto del oficio al Segundo Tribunal Ambiental, resolvió no ha lugar por ahora.

A fs. 909 y siguientes, la Compañía solicitó a este Tribunal tener presente una serie de consideraciones de hecho y de derecho en relación con la materia discutida en los presentes autos. A fs. 959 este Tribunal lo tuvo presente.

A fs. 962 y siguientes, el abogado Sr. Sergio Millamán Manríquez solicitó tener presente una serie de consideraciones de hecho y de derecho, en atención a los escritos presentados por la parte reclamada y CMN SpA. Además en el primer otrosí, solicitó tener por acompañado el documento "Observaciones a la minuta técnica: Evaluación de riesgos a la salud de la población del procedimiento sancionatorio A-002-2013 de la SMA". A fs. 996, este Tribunal resolvió previo a proveer, venga en forma presentación.

A fs. 998, consta que este Tribunal se constituyó el día 6 de noviembre de 2018 en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 90 N°2 del COT, para la realización de la vista de la causa en causa rol R-5-2018 caratulada "Compañía Minera Nevada SpA. con Superintendencia del Medio Ambiente".

A fs. 1000 y siguientes, el titular cumplió lo ordenado en orden a acompañar copia simple de la sentencia dictada en causa D-2-2013 caratulada "Rubén Cruz Pérez y otros con Compañía Minera Nevada SpA.". Solicitando a su vez, resolver derechamente la solicitud de oficiar al Segundo Tribunal Ambiental, a fin de que remitiese los autos de la mencionada causa. Este Tribunal, a fs. 1166 resolvió tener cumplido lo ordenado y tener por acompañada copia simple de sentencia con citación, y dar lugar a lo solicitado en cuanto al oficio requerido.

A fs. 1169, consta que la causa queda en estudio.

A fs. 1172 y siguientes, el abogado Sr. Sergio Millamán Manríquez, cumplió lo ordenado en orden a acompañar en forma presentación de fecha 6 de noviembre de 2018. A fs. 1194 este Tribunal tuvo por cumplido lo ordenado y por acompañado el documento indicado con citación.

A fs. 1195 y siguientes, la parte reclamada haciendo uso de la citación, realizó una serie de observaciones a los documentos acompañados por el reclamante, a saber: 1) Informe técnico "Antecedentes afectación Vegas-Proceso Sancionatorio Res. Ex. N°72 de la SMA; 2) Informe técnico "Seguimiento Transecta SAG 2016 Recuperación Vega Norte" Causa Rol A-002-2013. Estado de la Vegetación de la Vega - Periodo 2018"; 3) Actualización de informe técnico "Análisis del Riesgo en Salud por Manganeso según Res. Ex. 000072 de 17 de enero de 2018"; 4) Comentarios al informe SMA. "Estudio tasa de descuento de Barrick Gold"; y, 5) Informe en derecho elaborado por don Manuel Núñez Poblete "Estándares para la revisión judicial de la sanción de la clausura total y definitiva decretada por la Superintendencia del Medio Ambiente". A fs. 1207, este Tribunal resolvió tener por observados los documentos indicados.

A fs. 1208 y siguientes, la Compañía haciendo uso de la citación, formuló observaciones al informe denominado "Observaciones a la minuta técnica: Evaluación de riesgos a la salud de la población en el marco del proceso sancionatorio rol A-002-2013 de la Superintendencia del Medio Ambiente", acompañado en la presentación del tercero coadyuvante de la parte reclamada, representado por el abogado Sr. Sergio Millamán Manríquez. A fs. 1220, este Tribunal resolvió tener presentes las observaciones formuladas.

A fs. 1221, se recepcionaron los antecedentes por parte del Segundo Tribunal Ambiental de la causa D-3-2013, teniéndolo presente el Tribunal a fs. 1222.

A fs. 1124, el Tribunal cita a una audiencia de percepción documental respecto de los datos acompañados a fs. 906.

A fs. 1228, consta acta de la audiencia de percepción documental.

A fs. 1244, se dispone como medida para mejor resolver la inspección personal del Tribunal en las instalaciones de la empresa Compañía Minera Nevada SpA.

A fs. 418, en causa rol S-5-2018 de este Tribunal, consta oficio remitido por la Exma. Corte Suprema, en donde solicita informe a los recurridos de Recurso de Queja, rol CS N°26.347-2018, interpuesto por Agrícola Dos Hermanos Limitada.

A fs. 479, de esta misma causa, se tuvo por recepcionado oficio N° 7.169 LGM de la Exma. Corte Suprema, acompañando fallo del recurso antes indicado, dictando el respectivo cúmplase por parte de este Tribunal.

A fs. 495, de la causa antes señalada, el Tribunal deja sin efecto la consulta de la SMA dado el ingreso de las respectivas reclamaciones R-5-2018 y R-6-2018.

Posteriormente en causa R-6-2018, este Tribunal cumpliendo lo ordenado por el la Excma. Corte Suprema, deja sin efecto la sentencia dictada en causa S-5-2018 de fecha 29 de octubre de 2018 y las vistas de las causas roles R-5-2018 y R-6-2018 seguidas ante este tribunal; cumpliendo así con la instrucción emanada de la Excelentísima Corte Suprema en orden a que estas causas sean conocidas en una misma audiencia, acumuladas o una en pos de otra, y falladas por un tribunal no inhabilitado.

A fs. 1254, de la causa R-5-2018, consta compulsas de resolución de fecha 9 de abril de 2019, donde se ordena la acumulación de la causa R-6-2018 a la causa R-5-2018.

A fs. 1255, causa queda en estado de relación.

A fs. 1256, Agrícolas Dos Hermanos Limitada y otros, presentan un recurso de aclaración.

A fs. 1258, el tribunal resuelve: no ha lugar por improcedente.

A fs. 1259, el tribunal fija audiencia para la vista de la causa para el día 23 de julio de 2019.

A fs. 1260, CMN SpA solicitó tener presente consideraciones de hecho y de derecho respecto a la materia discutida y acompañó los siguientes documentos con citación:

1. Resolución Exenta N°2076, de fecha 02 de junio de 2014, de la SEREMI de Salud de la Región de Atacama.
2. Carta D.E. N°120941, de 07 de junio de 2012, del Director Ejecutivo del SEA.
3. Carta D.E. N°130900, de 04 de junio de 2013, del Director Ejecutivo del SEA.
4. Carta PL-058/2016, de 10 de mayo de 2016.
5. Carta PL-0156/2013, de 16 de agosto de 2013, dirigida a la Directora Regional del SEA de Atacama.
6. Carta PL-0083/2015, de 13 de mayo de 2015, dirigida a la Secretaría Regional Ministerial de Medio Ambiente de la Región de Atacama.
7. Ord. N°735, de 5 de septiembre de 2008, del Director Regional de la Comisión Nacional del Medio Ambiente de la Región de Atacama.

A fs. 1345, el Tribunal tuvo presente las consideraciones y tuvo por acompañados los documentos con citación de la contraria.

A fs. 1346, el titular solicitó tener presente una serie de consideraciones técnicas respecto del asunto debatido, como, asimismo, los siguientes documentos:

1. Figura 1, WMS de No contacto.
2. Carta PL-120/2013, de 7 de junio de 2013.
3. Acta de inspección SMA, 27 de mayo de 2014.
4. Carta PL-0085-2015, 14 de mayo de 2015.
5. Ord. N°664/2015, de 29 de septiembre de 2015, del Servicio Agrícola Ganadero ("SAG").

6. Análisis Multitemporal Vegas Afectadas por Eventos Aluvionales Proyecto Pascua Lama. BIOMA Consultores. Septiembre 2015.
7. Inspección personal - Cía. Minera Nevada Spa Causa Rol D-011-2015. Informe Pericial. BIOMA Consultores. Febrero 2016.
8. Informe Técnico Seguimiento Transecta SAG 2016 Recuperación Vega Norte. BIOMA Consultores. Marzo 2017.
9. Plan de Seguimiento de Variables Ambientales. Monitoreo Estacional Vega Norte, Flora y Vegetación, Res. Ex. N°72/2018 SMA año 2018. AMS Consultores. Enero 2019.
10. Plan de Seguimiento de Variables Ambientales. Estudio de Distribución de la Vegetación de la Ladera, Res. Ex. N°72/2018 SMA año 2018. AMS Consultores. Enero 2019.
11. Plan de Seguimiento de Variables Ambientales. Monitoreo del Vigor de las Vegas Pascua, NE-2A, Norte y Sur, Res. Ex. N° 72/2018 SMA año 2018. AMS Consultores. Enero 2019.
12. Análisis de imágenes satelitales multiespectrales para la identificación de ubicación del curso de agua cercana a la "Vega Norte" entre los años 2004 y 2014. 27 de mayo de 2019.
13. Antecedentes afectación Vegas - Proceso Sancionatorio Res. 72 de la SMA. BIOMA Consultores. Septiembre de 2018.
14. Carta PL-0162/2011, de 14 de diciembre de 2011. Consulta de pertinencia cambio de metodología.
15. Informe Propuesta de Adaptación Metodológica Actualizada Niveles de Alerta de Calidad del Agua Proyecto Pascua Lama. Octubre 2011.
16. Carta D.E. N°120941, de fecha 07 de junio de 2012, del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental.
17. Acta de inspección de Terreno N°05/2011 del Comité Operativo de Fiscalización Ambiental, de 15 de noviembre de 2011.
18. Res. Ex. N°163, de 20 de marzo de 2008, de la Dirección General de Aguas ("DGA").
19. Res. Ex. N°2959, de 22 de septiembre de 2009, de la DGA.
20. Informe Técnico DARH DGA Región de Atacama N°22/2012 de 24 de abril de 2012.
21. Exposición de la Unidad de Glaciología y Nieves (UGN) de la

DGA en la comisión Desafíos del Futuro, Ciencia Tecnología en el Senado de Chile, 13 de agosto de 2018.

22. Ord. N°434, del 9 de julio de 2012, de la DGA.
23. Ord. N°451, del 18 de julio de 2012, de la DGA.
24. Ord. N°499, del 7 de agosto de 2012, de la DGA.
25. Carta PL-026/2019, de 29 de mayo de 2019.
26. Informe "Tasa de descuento y sanciones ambientales: el caso de Compañía Minera Nevada", elaborado por José Miguel Cruz González. Octubre 2016.
27. Informe comentarios al Informe SMA, Estudio Tasa de Descuento de Barrick Gold, elaborado por José Miguel Cruz. Octubre 2018.
28. Carta PL-058-2016, de 10 de mayo de 2016.

A fs. 1425, el Tribunal tuvo presente las consideraciones y tuvo por acompañados los documentos con citación de la contraria.

A fs. 1436, la parte reclamante acompañó los siguientes documentos:

1. Dispositivo "pendrive", que contiene carpeta de archivos denominada "Llareta", que contiene una serie de archivos de extensión .shp que se pueden abrir mediante programa Google Earth Pro. Dicha carpeta, se encuentra contenido, a su vez, en el Anexo 10 de la Res. Ex. N°72/2018 del expediente sancionatorio D-011-2015. En este archivo constan las obras del Proyecto que presuntamente habrían afectado a la especie *Azorella madreporica*, motivo por el cual la Superintendencia del Medio Ambiente sancionó a la empresa por daño ambiental en su Res. Ex. N°72.
2. Acta notarial de fecha 18 de julio de 2019, suscrito por el notario suplente Sr. Luis Bórquez Oyarzún de la Trigésima Quinta Notaría de Santiago, que certifica la evolución temporal de las obras contenidas en el archivo precedentemente citado.

A fs. 1493, consta acta de instalación del Tribunal para la vista de la causa.

A fs. 1496, la causa queda en estudio.

A fs. 1499, se decretó como medida para mejor resolver la inspección personal del Tribunal a la zona de emplazamiento del proyecto.

A fs. 1503, el Tribunal suspende la realización de la medida decretada.

A fs. 1504, consta la realización de la audiencia de percepción documental.

A fs. 1513, el Tribunal resuelve dejar sin efecto medida para mejor resolver de inspección personal del Tribunal.

A fs. 1514, el Tribunal dejó en acuerdo la presente causa.

A fs. 1515, se designó ministro redactor al Sr. Cristian Delpiano Lira.

Respecto a la reclamación judicial R-6-2018 y su tramitación previa a la acumulación de autos, esta fue la siguiente.

A fs. 1 y siguientes, Agrícola Dos Hermanos Limitada y Otros, representada por los abogados Sres. Cristián Gandarillas Serani, María Soledad Krause Muñoz y Gabriel del Río Toro, interpusieron ésta en virtud de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, en contra de la Resolución Exenta N°70 de fecha 15 de enero de 2018 y de la Resolución Exenta N°72 de fecha 17 de enero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, solicitando a este Tribunal que:

- A) Declare la contrariedad a derecho de las Resoluciones N°70 y N°72 habida cuenta de las razones presentadas en la reclamación.
- B) Deje sin efecto la Resolución N°70, y ordene a CMN que construya el Sistema de Manejo de Aguas en los términos ordenados por la RCA como condición previa para dar cumplimiento de las medidas transitorias y urgentes decretadas por la Resolución N°477/2013.

- C) Se deje sin efecto la Resolución N°72 y se condene a CMN a las sanciones establecidas por la ley para las infracciones cometidas habida cuenta de su gravedad o las que el Tribunal estime en cada caso ajustadas a derecho, o en su defecto, se ordene a la SMA que imponga a CMN sanciones que resulten útiles, proporcionadas y razonables en el caso concreto, debiendo motivarse debidamente su imposición en cada caso, con la salvedad de las infracciones que se expresan en la letra siguiente;
- D) Se deje sin efecto la absolución de CMN respecto de los cargos infraccionales números 23.13; 24.2 y 25 del Ordinario U.I.P.S. N° 58/2013, aplicándose a su respecto las máximas sanciones establecidas por la ley para las infracciones cometidas habida cuenta de su gravedad o las que el Tribunal estime en cada caso ajustadas a derecho, o, en su defecto, se ordene a la SMA que imponga a CMN sanciones que resulten útiles, proporcionadas y razonables en el caso concreto, debiendo motivarse debidamente su imposición en cada caso,
- E) Condenar en costas a la SMA.

Además, en el primer otrosí de su presentación, Agrícola Dos Hermanos Limitada y otros, acompañó los siguientes documentos bajo apercibimiento legal:

1. Acta de ministro de fe de la Superintendencia del Medio Ambiente en que consta la notificación a la reclamante, de la Resolución Exenta N°72/2018.
2. CD que contiene la Resolución Exenta N°72/2018, junto a sus anexos.
3. Copia de la Resolución Exenta N°70/2018.

A fs. 142, el Tribunal admitió a trámite la reclamación y ordenó informar a la reclamada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley N°20.600.

A fs. 146 y siguientes, la reclamada de conformidad al artículo 66 del COT, solicitó la acumulación de esta reclamación y la consulta Rol S-5-2018 seguida ante este Tribunal, a la reclamación Rol R-5-2018. Este Tribunal, a fs. 148 resolvió autos.

A fs. 152 y siguientes, la parte reclamada evacúa informe solicitando el rechazo en todas sus partes de la reclamación judicial interpuesta con expresa condenación en costas, solicitando, además, se declare que las Resoluciones Exentas N°s70 y 72 de la SMA, son legales y fueron dictadas conforme a la normativa vigente. Además, hacen presente que la copia del expediente administrativo sancionatorio rol A-002-2013 (ac. rol D-011-2015), ya fue remitido a este Tribunal, al momento de elevar en consulta las sanciones de clausura, lo cual dio origen al expediente S-5-2018.

A fs. 238, el Tribunal tuvo por evacuado dentro de plazo el informe requerido.

A fs. 239 y siguientes, este Tribunal resolvió la presentación de fs. 146 y siguientes, rechazando la solicitud de acumulación de autos a la causa rol R-5-2018 interpuesta con fecha 23 de febrero de 2018. A fs. 241 y siguientes, Agrícola Dos Hermanos Limitada y Otros solicita tener por interpuesto recurso de reposición en contra de la resolución con fecha 13 de marzo de 2018 de fs. 239 y siguientes, solicitando se efectúe la acumulación solicitada, a lo a fs. 253 este Tribunal resolvió traslado.

A fs. 254 y siguientes, la reclamada evacúa traslado, solicitando rechazar el recurso de reposición. Este Tribunal resolvió a fs. 259, no ha lugar la reposición interpuesta por Agrícola Dos Hermanos Limitada y otros, ello en virtud de lo resuelto previamente por esta magistratura a fs. 239 y de lo informado por la Superintendencia del Medio Ambiente.

A fs. 264, el Tribunal, atendido al estado procesal de autos, resolvió fijar audiencia para la vista de la causa, para el día 06 de noviembre de 2018.

A fs. 265 y siguientes, Agrícola Dos Hermanos Limitada y Otros, solicitó se ordenara al Sr. Secretario Abogado de este Tribunal, certificar los hechos que constan en autos en las causas rol S-5-2018 y R-6-2018, seguidos ante el Primer Tribunal Ambiental, a lo que el Tribunal por resolución de fs. 267 resolvió, certifíquese lo que en derecho corresponda en las causas en que se es parte.

A fs. 268, se certifica lo previamente ordenado en estos autos.

A fs. 269 y siguientes, Agrícola Dos Hermanos Limitada y otro solicita la declaración de inhabilidad de los ministros Sres. Marcelo Hernández Rojas, Mauricio Oviedo Gutiérrez y Daniel Guevara Cortés, para conocer de la causa, por concurrir la causal de implicancia contenida en el N°8 del artículo 195 del COT. En subsidio, solicitó se declare la inhabilidad por concurrir la causal de recusación contenida en el artículo 196 N°10 del COT. En el tercer otrosí, en virtud del artículo 121 del Código de Procedimiento Civil ("CPC"), solicitó suspender la presente causa, hasta que se resuelva la inhabilitación requerida. A fs. 426, este Tribunal resolvió rechazar la solicitud de inhabilidad, sin costas.

A fs. 429 y siguientes, el abogado Sr. Gonzalo Montes Astaburuaga en representación de Compañía Minera Nevada SpA., solicitó tenerla como tercero independiente en estos. A fs. 454 se accede a lo solicitado, respecto a la resolución N°72 de fecha 17 de enero de 2018.

A fs. 461, Agrícola Dos Hermanos Limitada y otro solicitan a este Tribunal tener presente que la incorporación del tercero independiente constituye un vicio que debe ser corregido de oficio por esta magistratura, de conformidad al artículo 84 del CPC. A fs. 466 este Tribunal lo tuvo presente.

A fs. 467 y siguientes, la Compañía acompañó informe técnico con citación, denominado "Análisis del Riesgo en Salud por Manganeseo

según Res. Ex. 000072 de 17 de enero de 2018". A fs. 490, este Tribunal resolvió tener por acompañado informe técnico con citación.

A fs. 491 y siguientes, CMN SpA. acompañó informes técnicos con citación, denominados: 1) "Seguimiento Transecta SAG 2016 Recuperación Vega Norte" Causa Rol A-002-2013. Estado de la Vegetación de la Vega - Periodo 2018; y, 2) "Antecedentes afectación Vegas - Proceso Sancionatorio Res. 72 de la SMA". A fs. 554, este Tribunal resolvió tener por acompañados informes técnicos, con citación.

A fs. 555 y siguientes, el tercero independiente, acompañó con citación Informe elaborado por el Sr. José Miguel Cruz "Comentarios al Informe SMA. Estudio tasa de descuento de Barrick Gold". Este Tribunal, a fs. 631 resolvió tener por acompañado informe técnico, con citación.

A fs. 632, el tercero independiente solicitó que este Tribunal tuviera presente, una serie de consideraciones tanto respecto de la reclamación interpuesta como del informe evacuado por la SMA. A fs. 712, este Tribunal lo tuvo presente.

A fs. 715, consta que este Tribunal se constituyó el día 6 de noviembre de 2018 en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 90 N°2 del COT, para la realización de la vista en causa rol R-6-2018 caratulada "Agrícola Dos Hermanos Limitada y Otro con Superintendencia del Medio Ambiente".

A fs. 717, consta que la causa queda en estudio.

A fs. 723, el Tribunal decreta como medida para mejor resolver la inspección personal del Tribunal a las instalaciones de la empresa Compañía Minera Nevada SpA.

A fs. 726, Agrícola Dos Hermanos Limitada y otro presenta recurso de reposición en contra de la resolución de fs. 723 y 724, solicitando se reconsidere la fecha de la diligencia.

A fs. 729, el Tribunal rechaza el recurso de reposición.

A fs. 418, en causa S-5-2018 de este Tribunal, consta oficio remitido por la Exma. Corte Suprema, en donde solicita informe a los recurridos de Recurso de Queja rol 26.347-2018, interpuesto por Agrícola Dos Hermanos Limitada.

A fs. 479, de esta misma causa, se tuvo por recepcionado oficio N° 7.169 LGM de la Exma. Corte Suprema, acompañando fallo del recurso antes indicado; dictando el respectivo cúmplase por parte de este Tribunal.

A fs. 495, de la causa antes señalada, el Tribunal deja sin efecto la consulta de la SMA dado el ingreso de las respectivas reclamaciones R-5-2018 y R-6-2018.

Posteriormente en causa R-6-2018, este Tribunal, cumpliendo lo ordenado por la Exma. Corte Suprema, deja sin efecto la sentencia dictada en causa S-5-2018, la resolución de fecha 29 de octubre de 2018 dictada en autos S-5-2018 y las vistas de las causas roles R-5-2018 y R-6-2018 seguidas ante este tribunal; cumpliendo con la instrucción de que estas causas sean conocidas en una misma audiencia, acumuladas o una en pos de otra, y falladas por un tribunal no inhabilitado.

A fs. 739, este Tribunal dispuso la acumulación de esta reclamación a la causa R-5-2018.

A fs. 741, la Compañía solicita la desacumulación de los autos y pide una nueva modalidad de la vista de la causa. A fs. 748, el Tribunal no da lugar a lo solicitado.

CONSIDERANDO:

I. DE LAS PRINCIPALES CONTROVERSIAS SOSTENIDAS POR LAS PARTES:

Que, a continuación, se expondrán los principales argumentos presentados por las reclamantes junto a las alegaciones y defensas de la SMA, las cuales constan en autos y se dan por reproducidas, estimándose como controvertidas en causas R-5-2018 y R-6-2018 las

siguientes:

R-5-2018:

1. La supuesta ilegalidad transversal de las sanciones impuestas por la Res. Ex. N°72/2018.
2. Las supuestas ilegalidades respecto de las sanciones de clausura definitiva aplicadas a cinco de los cargos formulados.
3. Supuestas ilegalidades cometidas en la Res. Ex. N°72/2018, respecto de la sanción de multa aplicada al resto de los cargos formulados.
4. Supuesto exceso en las competencias que habría incurrido la SMA respecto de la manera en que pretende que se implemente la clausura.

R-6-2018:

5. Supuesta falta de legitimación activa alegada por la SMA en contra de Agrícola Dos Hermanos y Agrícola Santa Mónica Limitada.
6. Respecto de las supuestas ilegalidades cometidas en Resolución Exenta N°70.
7. Respecto de otras ilegalidades reclamadas de la Res. Ex. N° 72.

1.1 Ilegalidad transversal de las sanciones impuestas por la Res. Ex. N°72/2018.

Primero Que, la Compañía sostuvo que la Res. Ex. N°72/2018 y las sanciones reclamadas adolecen de ilegalidad al contravenir los artículos 35, 36, 38, 39, 40, 53, 54 y 60 de la LOSMA, en relación con el ejercicio de la potestad sancionatoria que se le confiere a la SMA, además de vulnerar normas y principios básicos de la Ley N°19.880, fundamentalmente, los de imparcialidad y proporcionalidad.

Segundo Que, la Res. Ex. N°72/2018 no cumpliría con el estándar de fundamentación legal que establecen, entre otros, los artículos 53 y 54 de la LOSMA para justificar la imposición de 5 sanciones de

clausura definitiva al proyecto Pascua Lama. Así, sostiene que los argumentos que justificarían la magnitud que se atribuye a las infracciones y las razones por las cuales se debiera asumir que una sanción pecuniaria no basta no son desarrolladas ni motivadas en la resolución. Por el contrario, cuando la SMA analiza las circunstancias del art. 40 de la LOSMA, no consta de ninguna manera la necesidad de una sanción no pecuniaria, y menos una que suponga la clausura definitiva del proyecto en su totalidad. Además, en el análisis de las sanciones no pecuniarias posibles, se limita en un párrafo a contraponer la clausura definitiva a la revocación, omitiendo el análisis de cualquier otra solución, como podría haber sido la clausura parcial o temporal sujeta a condición.

Tercero Que, de acuerdo a lo señalado en la Res. Ex. N°72, existirían tres criterios para la imposición de una sanción no pecuniaria: (i) la importancia del daño” o “peligro de daño ocasionado”, como criterio principal; (ii) la reincidencia en la infracción cometida, en el sentido de que la sanción previa no ha logrado un efecto disuasivo; y, (iii) al hecho de que el beneficio económico obtenido por motivo de la infracción haya sobrepasado en forma significativa los límites establecidos para una sanción pecuniaria. Estos últimos criterios serían supletorios. Sin embargo, para este caso concreto, la SMA habría agregado un cuarto criterio, consistente en la “intencionalidad y relevancia de la infracción” (sic). En efecto, “[...] a partir del carácter retributivo de las sanciones no pecuniarias es que se considera que los criterios para determinar que procede su aplicación no se refieren únicamente al riesgo o daño causados por la infracción, sino que también a otros elementos como la intencionalidad y relevancia de la misma”, según indica en su considerando 7596. De esta forma, la SMA habría modificado arbitrariamente estos criterios generales para el caso en análisis, estableciendo un criterio sancionatorio *ad-hoc* en contra de la actora, para imponerle sucesivamente las sanciones más graves que nuestra legislación ambiental prevé.

Cuarto Que, finalmente, la aplicación de estos criterios se

sustentaría sobre la base de conjeturas y suposiciones. Cita como ejemplo que "habría" un alto riesgo asociado a la continuidad del proyecto, afirmando que las situaciones acaecidas "podrían" volver a ocurrir, así como con imputaciones subjetivas incompatibles con el ejercicio de la potestad sancionatoria, como lo sería sostener que no habría garantías suficientes relativas a que CMN haya adquirido un "convencimiento" de cumplir con sus licencias ambientales.

Quinto Que, la SMA indica que, a nivel teórico, el deber de motivación del acto administrativo habría sido cumplido cabalmente, ya que más allá de su extensión, en la Res. Ex. N°72/2018 se encuentra un razonamiento de todas las alegaciones de todos los interesados en autos y de la empresa, además de la ponderación de pruebas de múltiples naturalezas y complejidades, sustentos técnicos que complementan la resolución sancionatoria. A mayor abundamiento, los considerandos 297 y 298 del mismo acto administrativo deben leerse en armonía con todo lo analizado en concreto para cada cargo, en particular la determinación de todas las circunstancias del art. 40 de la LOSMA, que sirvieron de sustento en la determinación de una sanción no pecuniaria para cada uno de los cargos en que ha sido procedente. Además, en los considerandos 7593 y siguientes de la resolución sancionatoria, se indican los criterios que fueron tenidos en consideración para el presente caso por la SMA, todos los cuales tienen un sustento doctrinario o jurisprudencial y en ningún caso, son criterios *ad-hoc* especialmente creados para sancionar a CMN de sus conductas.

Sexto Que, como segundo argumento de ilegalidad, CMN señala que las clausuras definitivas que la Res. Ex. N°72/2018 impone a CMN y las multas reclamadas constituyen sanciones desproporcionadas, dado que son innecesarias e inidóneas, y revelan una grave discriminación en contra del proyecto Pascua Lama. En efecto, señala que: (a) las cinco sanciones de clausura definitiva no son idóneas para contribuir a los fines u objetivos que debe perseguir la sanción ambiental desde que condenan irremediabilmente al proyecto a su cierre total

y definitivo; (b) las cinco sanciones de clausura definitiva cursadas tampoco son necesarias pues existían disponibles otras alternativas menos gravosas para lograr los mismos objetivos; y, (c) la SMA al aplicar sanciones en otros casos por hechos más graves, incluso que los que se imputan a CMN, no ha aplicado la misma sanción.

Séptimo Que, en relación a la falta de idoneidad de las sanciones de clausura, CMN señaló que el Derecho Administrativo sancionador tiene un enfoque prospectivo, en el sentido que lo importante de la respuesta sancionatoria administrativa no es tanto el reproche que se pueda hacer al afectado por hechos del pasado, sino la necesidad de dirigir su actuación a la superación de la situación infraccional en el futuro, cambiando el comportamiento del infractor. De ahí que la sanción de clausura definitiva condenaría irremediabilmente al cierre del proyecto y en estas condiciones, al decaimiento práctico de su permiso ambiental. No habría, en ese sentido, ninguna intención de reencausar a CMN en el cumplimiento de sus obligaciones ambientales. Agrega que la sanción de clausura definitiva constituye la *última ratio* de la potestad sancionatoria ambiental, en circunstancias que ninguno de los cargos ameritaba la aplicación de una clausura definitiva.

Octavo Que, en cuanto a la alegación de desproporcionalidad de las sanciones por innecesarias, el razonamiento de la SMA habría sido arbitrario, al partir del supuesto que la clausura definitiva era la única opción aplicable en el ejercicio de la potestad sancionatoria, descartando sin fundamento suficiente la existencia de otras alternativas menos extremas que sirven de igual modo al cumplimiento de los fines de la sanción.

Además, habría recibido un trato desigual y desproporcionado por parte de la Administración, aplicando sanciones sin que concurren sus requisitos, e imposibles de vincular con la real magnitud de las infracciones imputadas, no guardando ninguna relación con las respuestas sancionatorias que en otros casos han justificado la imposición de clausuras.

Noveno Que, la SMA señaló que, al tenor de todos los antecedentes del caso concreto analizados en cada uno de los cargos del procedimiento sancionatorio, y tomando como fundamento los criterios esbozados en los considerandos 297 y 7597 de la Res. Ex. N°72, la sanción más adecuada era precisamente la clausura definitiva y no otra de las sanciones no pecuniarias disponibles en el catálogo de sanciones. Así, a juicio de la SMA existiría idoneidad entre la sanción y el fin perseguido por el legislador, a saber, la especial protección al medio ambiente y a la salud de las personas.

Décimo Que, respecto de la existencia de otras sanciones menos gravosas para lograr los mismos objetivos, la SMA sostiene que éstas no resultarían disuasivas ni tampoco óptimas con relación al caso concreto, ya que no cumplirían con los mismos fines perseguidos por la sanción de clausura. Por otra parte, la sanción adoptada se encuentra amparada en lo dispuesto en el art. 39 de la LOSMA, que permite imponer sanciones de carácter no pecuniario ante infracciones de carácter grave o gravísimo, de manera que la sanción cabe dentro de la discrecionalidad administrativa de que goza la Superintendencia del Medio Ambiente.

Undécimo Que, como tercer argumento, CMN sostiene que las clausuras definitivas y las sanciones de multa que la Res. Ex. N°72/2018 pretende imponer, se materializaron después de más de 4 años de ocurridos los hechos que dieron lugar a la formulación de cargos, lo que revela su falta de oportunidad e ineficacia en el ejercicio de la potestad sancionatoria. Así, la reclamante sostiene que para que una sanción sea legal, eficaz y justa debe ser el resultado de un proceso previo, racional y también justo, tramitado en tiempos y con procedimientos adecuados, que eviten la arbitrariedad y las consecuencias de la incerteza para el afectado. En este sentido, la Res. Ex. N°72 fue dictada con fecha 17 de enero de 2018. En ella se sancionó a CMN por hechos constatados por funcionarios de la SMA mediante fiscalizaciones que tuvieron lugar, entre el 22 de diciembre de 2012 y el 18 de enero de 2013.

Posteriormente, se realizaron inspecciones en terreno los días 4 y 5 de diciembre de 2013, 27 y 28 de mayo de 2014, 2 y 3 de junio del 2014, y 2 y 3 de diciembre de mismo año. Desde entonces, con la dictación de la Res. Ex. N°477/2013 y con el fallo de la Iltma. Corte de Apelaciones Copiapó en los autos rol 300-2012, la incipiente fase de construcción del proyecto se ha encontrado totalmente paralizada, manteniéndose vigentes únicamente las obligaciones de seguimiento, monitoreo y control que, de acuerdo con las instrucciones de la autoridad, son necesarias para evitar una afectación al medio ambiente. De ahí que serían casi 5 años (a la fecha del acto reclamado) los que han transcurrido bajo un régimen de paralización, que la Res. Ex. N°72 ha venido a transformar, en definitiva. De esta forma, las sanciones de clausura definitiva impuestas al proyecto aparecen como inoportunas, y actualmente incapaces de vincular a CMN con los hechos que supuestamente las justificarían, pues éstos ya habrían sido largamente superados, o se refieren a aspectos que ya carecen de toda vigencia y que, por lo mismo, resultan inútiles o redundantes.

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

Sin embargo, esto se contradice con el informe evacuado por la SMA en los autos de protección Rol N°4147-2016, en el cual, sobre la necesidad de imponer medidas urgentes y transitorias que resultaran más graves durante este tiempo, señaló que ello no era procedente,

porque fue posible descartar la existencia de todo riesgo inminente, así como comprobar que el sistema de manejo de aguas funcionaba con normalidad. En dicho informe, además, la propia autoridad insistió en que otros órganos con competencia ambiental llegaron a una conclusión semejante, descartando afectación de las aguas del río Estrecho como consecuencia de algún funcionamiento defectuoso del sistema de manejo de aguas. Por esas razones, expuestas por la propia autoridad ambiental, fue que la Il. Corte de Apelaciones de Antofagasta rechazó el recurso de protección interpuesto en contra de CMN, el que fue confirmado por la Excma. Corte Suprema, tomando en consideración los análisis de la DGA y la Seremi de Salud.

Decimotercero Que, la parte reclamante alega el decaimiento de la potestad sancionatoria, al señalar que en el derecho administrativo sancionador no es discutido que los procedimientos que tramita la Administración se encuentran sujetos a plazos específicamente previstos en la legislación, los que se han establecido precisamente para que los procesos se resuelvan dentro de términos específicos y razonables. Conforme a la jurisprudencia, en un procedimiento racional y justo la sentencia debe ser oportuna y la vulneración de estos principios debe necesariamente producir un efecto en el procedimiento, comportándose así, como un hecho sobreviniente que hace decaer sus fines, tornándolo ineficaz e ilegítimo. Agrega que la Excma. Corte Suprema considera que cuando entre el inicio y el término del procedimiento transcurre injustificadamente un plazo superior a 2 años, entonces se produce la extinción del acto administrativo sancionatorio por el decaimiento del procedimiento que le precedió, perdiendo por tanto su eficacia.

Decimocuarto Que, en la especie, sería indiscutible que el procedimiento sancionatorio tramitado en contra de CMN bajo el Rol A-002-2013 -al que se acumuló el proceso Rol D-011-2015- comenzó con la Formulación de Cargos efectuada mediante Ord. U.I.P.S. N° 58, de 27 de marzo de 2013, y terminó con la dictación de la Res. Ex. N° 72/2018, de 17 de enero de 2018. Es decir, el proceso tuvo una duración total de 4 años, 9 meses y 16 días. Por lo tanto, a

juicio del reclamante, se habría producido a su respecto el decaimiento del procedimiento administrativo y la consecuente ineficacia de la resolución que le pone término.

Decimoquinto Que, señala la reclamante en un criterio conservador, esto es, sin considerar el tiempo en que la causa estuvo suspendida con motivo de las acciones contencioso administrativas dirigidas contra la resolución de término, el retraso seguiría siendo de 2 años, 11 meses y 10 días. Incluso, si el plazo transcurrido se cuenta desde la Res. Ex. N°696, de 22 de abril de 2015, que reinició el procedimiento sancionatorio (el mismo día en que además se formularon los cargos del procedimiento D-011-2015), entonces el retraso habría sido de 2 años, 8 meses y 24 días.

Así, aún en el escenario más favorable a la Administración es evidente que en el procedimiento sancionatorio ha incumplido con su deber de resolverlo de manera rápida, eficaz y legítima, resultado gravemente infringidos los principios de celeridad, conclusivo, eficacia y eficiencia, de inexcusabilidad, economía procedimental y no formalización que rigen los procedimientos que tramita la Administración, todo lo cual tiene como sanción específica el decaimiento del procedimiento administrativo sancionatorio.

Decimosexto Que, en este punto, la SMA indicó que ese lapso solo podría aplicar a los hechos que dieron lugar al procedimiento A-002-2013, pero no a aquellos que dieron lugar al procedimiento rol D-011-2015, entendiendo que ambos se encuentran acumulados y resueltos por la resolución reclamada. Por otra parte, agrega que la Corte Suprema ha exigido que el retraso tenga un carácter injustificado, según lo señalado en sentencia rol 38.346-2016, cuestión que no se daría en este caso. Así las cosas, para que esta ilegalidad tuviera asidero, CMN debió haber acreditado un "atraso injustificado", cosa que no hizo a juicio de la SMA. Además, señala que el tiempo transcurrido guarda directa relación con la complejidad de las materias, la cantidad de cargos formulados, el hecho que existen dos procedimientos acumulados, una gran

cantidad de interesados, etc.

Decimoséptimo Que, como cuarto argumento, CMN señala que la Res. Ex. N°72/2018 infringiría el principio *non bis in ídem* contenido en el art. 60 de la LOSMA, en relación con el principio de proporcionalidad, al negarse a establecer alguna forma de agregación de infracciones en los casos que se indica.

Decimoctavo Que, en el régimen sancionatorio ambiental, una particularidad de la aplicación del principio *non bis in ídem* se relaciona con la ausencia de un tipo infraccional establecido claramente en la ley o los reglamentos: es la propia Administración la que identifica el tipo y lo imputa en la Formulación de Cargos, a partir del conjunto de descripciones y mandatos que se establecen en una Resolución de Calificación Ambiental, seleccionando las partes que en conjunto puedan estimarse que constituyen una misma "condición, norma o medida", en los términos del art. 35 de la LOSMA. En este sentido, la propia resolución habría de ofrecer algún criterio que resulte razonable y mediante el cual explique cómo se realiza dicha selección, pues sería un hecho indesmentible que una RCA, como instrumento normativo complejo, es habitualmente ambigua en lo que respecta a la división entre las distintas obligaciones.

Decimonoveno Que, de acuerdo a lo expuesto, señaló la reclamante: (i) la SMA aplicaría arbitraria y equivocadamente los conceptos "fundamento jurídico" y "hecho" para desconocer la aplicación del principio *non bis in ídem*; (ii) el Segundo Tribunal Ambiental no ordenó a la SMA ninguna actuación en particular en la selección de las conductas que imputa, ni podría hacerlo; (iii) la SMA debió agrupar los cargos de manera de evitar sanciones redundantes y desproporcionadas; y, (iv) lo anterior, mostraría que la SMA ha actuado de manera ilegal al descartar toda forma de agrupación de infracciones, infringiendo el art. 60 de la LOSMA, la motivación del acto administrativo y la necesaria proporcionalidad de la sanción.

Vigésimo Que, (i) con relación a la aplicación equivocada de los

conceptos "fundamento jurídico" y "hecho", la SMA asegura que, en el presente caso, existen "fundamentos diferentes" para los hechos imputados en el proceso, lo que justifica sancionarlos de manera independiente, y tratarlos, así como "hechos distintos". En efecto, la SMA se refiere al "bien o interés jurídico protegido" como criterio para agrupar las infracciones y determinar si corresponden a un "mismo fundamento", y así lo afirmaría entre los párrafos 2458 y 2461 de la resolución sancionatoria.

Vigésimo primero Que, para la Excm. Corte Suprema, que se trate de hechos que se refieran a un mismo "sistema", relacionados con la protección de un solo componente o la evitación de un mismo riesgo ambiental -como sería la formulación de cargos en este caso-, son criterios suficientes para entender que es improcedente su sanción independiente, cumpliendo así con la prohibición que establece el principio *non bis in idem*.

Vigésimo segundo Que, ii) la SMA habría errado en rechazar la acumulación de las infracciones imputadas, teniendo en cuenta que el Segundo Tribunal Ambiental no ha ordenado a la SMA ninguna actuación en particular en la selección de las conductas que imputa, ni podría hacerlo. En efecto, la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental recaída en los autos R-6-2013, no habría ordenado a la SMA la aplicación de un criterio sancionatorio específico para decidir cuándo los antecedentes disponibles en el procedimiento deben dar lugar a una o varias infracciones. De ahí que el establecimiento de la sanción y su cuantía son facultades para cuyo ejercicio la SMA cuenta con discrecionalidad, el control de legalidad que realiza el Tribunal Ambiental al respecto tiene como base la motivación expuesta en la resolución sancionatoria, sobre la que se analiza la correcta exposición de las razones que justifican la decisión, con sujeción estricta al principio de proporcionalidad.

Vigésimo tercero Que, iii) la SMA debió agrupar los cargos de manera de evitar sanciones redundantes y desproporcionadas. La reclamante sostiene que la formulación de cargos del Ord. U.I.P.S. N°58/2013

tiene una estructura que resultaba coherente con el criterio sancionatorio que en ese entonces usaba la SMA y que se comentó en los párrafos precedentes. De acuerdo con tal estructura, en el capítulo II de la formulación se exponían los "hechos, actos u omisiones que se estiman constitutivos de infracción", tal y como habían sido constatados en las actividades de fiscalización. A su vez, solo en el capítulo IV la SMA se refiere a las "Normas, medidas y/o condiciones infringidas", las que sin embargo se limitaba a enumerar, sin vincularlas precisamente con ninguno de los hechos que habían sido precedentemente expuestos, sin hacer ninguna relación entre una cosa y la otra, cuestión que resultaba razonable, pues la SMA consideraba que cada instrumento debía dar lugar a una sola infracción. Pero una vez descartado ese criterio, la estructura del Ord. U.I.P.S. N°58/2013 presenta el problema de dejar desconectados los hechos constatados del instrumento infringido.

Vigésimo cuarto Que, iv) la resolución sancionatoria sería ilegal al descartar toda forma de agrupación de infracciones, vulnerando el art. 60 de la LOSMA, la motivación del acto administrativo y la necesaria proporcionalidad de la sanción.

Vigésimo quinto Que, según el criterio de la reclamante, la SMA descartó de manera ilegal la aplicación del art. 60 de la LOSMA, asimilando los conceptos "mismo fundamento jurídico" y "mismo hecho". Como resultado, la SMA particularizó las infracciones hasta el extremo de desvincularlas de su objeto de protección y de la regulación que expresamente establece la RCA al respecto. Lo anterior implicaría la infracción a la prohibición de *non bis in idem* que pesa sobre la Administración, lo que ha llevado a la aplicación redundante de 5 sanciones de clausura definitiva, mediante una forma de imputar y sancionar infracciones que ya ha sido ampliamente superada por la práctica sancionatoria ambiental.

Vigésimo sexto Que, por su parte, la SMA señala que se ha ceñido en su actuación a los criterios jurisprudenciales que la nueva judicatura ambiental ha delineado respecto a la aplicación del

principio *non bis in ídem*, en su aplicación a un contexto intra-competencial e intra-procesal, es decir, de concurrencia de sanciones administrativas, provenientes de una única autoridad administrativa -la Superintendencia del Medio Ambiente- y en una única instancia de persecución, como lo es el presente caso.

Vigésimo séptimo Que, la SMA sostiene que si bien el art. 30 inciso segundo de la Ley N°20.600 establece limitaciones para las decisiones de los Tribunales Ambientales, como la inhibición a "determinar el contenido discrecional de los actos anulados", ello no obsta a que la Superintendencia deba cumplir los mandatos firmes y ejecutoriados de los mismos, así como también pueda considerar sus razonamientos al momento de ejecutar tales mandatos y sus propias facultades discrecionales conforme a derecho. Así, una correcta aplicación del art. 60 inciso segundo de la LOSMA y del mandato realizado por el Segundo Tribunal Ambiental, implicaba en el caso concreto determinar la sanción aplicable a cada cargo, diferenciando cuidadosamente lo distintivo de los hechos involucrados en cada hipótesis infraccional, con el objeto de delimitar unos de otros, cuestión que se realizó en la resolución sancionatoria.

1.2 De las supuestas ilegalidades respecto de las sanciones de clausura definitiva aplicadas a cinco de los cargos formulados.

Vigésimo octavo Que, la reclamante impugna por supuesta ilegalidad cometida en la Res. Ex. N°72 respecto de la sanción de clausura de los siguientes cinco cargos:

En cuanto al sancionatorio A-002-2013:

i) Cargo N°23.2 que consiste : "En la quebrada 9, lugar de descarga de la Obra de Arte de Salida del Canal Perimetral Norte Inferior, se constató que está cubierta por una capa de material coluvial, la cual se ha erosionado debido a la bajada de flujos que ocurre en dicho sector; y que, en razón a lo anterior, se evidenció que el cauce naturalmente no estaba labrado en roca, y por ende, era

necesario protegerlo, mediante el uso de enrocados y geotextil como se estableció en la RCA, cuestión que el titular no realizó, se sanciona a la empresa CMNSpA con la clausura definitiva de la faena minera Pascua Lama, de conformidad a lo dispuesto en el art. 38 literal c) de la LOSMA”.

ii) Cargo N° 23.9 que consiste en: “No activar el Plan de Respuesta de calidad de aguas en el mes de enero de 2013, habiéndose constatado niveles de emergencia, según los niveles de alerta de calidad de aguas determinados en la RCA”.

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

En cuanto al sancionatorio D-11-2015:

iv) Cargo: N°4 que consiste en: “Producto de la construcción de ciertas obras del proyecto minero Pascua Lama, tales como, caminos, campamento barriales, sistema de drenaje - ácido ducto, otras obras y áreas removidas, CMNSpA habría intervenido aproximadamente un total de 13,832 hectáreas de la especie *Azorella madreporica* por sobre lo autorizado en la RCA N° 24/2006, así como también habría intervenido un total de 2,16 hectáreas de vegas altoandinas por sobre lo autorizado en el mismo permiso ambiental”.

v) Cargo N°7 que consiste en: “Incumplimiento parcial a las obligaciones contenidas en el Plan de Monitoreo de Glaciares, en los siguientes componentes: Albedo; MP; Temperatura; Estudios de permafrost; Balance de Masa Combinado; Plan Comunicacional”.

Vigésimo noveno Que, en cuanto al punto que dice relación con (i) Las supuestas ilegalidades cometidas en la sanción de clausura definitiva aplicada al cargo N°23.2 del sancionatorio A-002-2013, la

reclamante señaló que la SMA habría calificado erróneamente esta infracción como gravísima, ignorando una serie de antecedentes probatorios que daban cuenta de la inexistencia de daño ambiental irreparable en el presente caso. Los antecedentes ignorados serían: La información aportada por el SAG que daría cuenta de falta de significancia y de la reparabilidad del impacto causado a las vegas; y, prueba aportada por la misma que reafirma la conclusión del SAG. Además, la SMA pretendería sostener la existencia de daño ambiental irreparable sobre una supuesta falta de "certeza científica" y otros prejuicios respecto al éxito, tiempo y costos en la aplicación de medidas de reparabilidad de la zona afectada.

Trigésimo Que, la SMA sostuvo que la alegación carece de fundamento porque en la resolución reclamada se realizó un examen extenso sobre la calificación de la infracción en el apartado denominado "Antecedentes y medios de prueba relevantes del procedimiento sancionatorio Rol A-002-2013 del año 2013, relativos a la clasificación del cargo en comento", en que se habrían analizado y ponderado tanto los ordinarios del SAG como las pruebas aportadas por la reclamante.

Además, la SMA sostiene que evaluando toda la prueba allegada, llegó a la conclusión que son mayores los antecedentes referidos a la irreparabilidad del daño ambiental ocasionado que a los de su reparabilidad, tanto por una imposibilidad fáctica o física de reparación como por alejarse los tiempos de reparación de la escala humana, por considerar recursos desproporcionados o por tener una probabilidad de éxito incierta o baja. Agregó que la irreparabilidad del daño ambiental se acreditó sobre la base de una serie de criterios que se utilizan en estos casos, a saber: (i) la factibilidad técnica de realizar acciones de recuperación, (ii) certidumbre científica, (iii) tiempo a escala humana, (iv) costo asociado a su recuperación y (v) la interrelación de estos elementos con el valor intrínseco del ecosistema.

Trigésimo primero Que, la reclamante alega la

desproporcionalidad en la aplicación de la sanción de clausura definitiva, dado que la SMA, en el presente caso, ha destinado un acápite especial con argumentos en favor de la clausura definitiva, que escapan a la legalidad vigente, incluyendo un supuesto riesgo futuro e incierto, contra-fáctico y, sobre todo, imposible materialmente de controvertir.

Trigésimo segundo Que, sobre el particular, la SMA señala que la entidad de la infracción por sí sola justificaba la sanción de clausura. Con relación a la hipótesis del riesgo futuro e incierto, éste se funda en el actuar negligente y contumaz de la reclamante, que ha obligado a la SMA a ponderar un posible escenario futuro. Además, el elemento del "riesgo futuro e incierto" no fue el único antecedente al momento de aplicar la clausura, sino que se tuvo en consideración todo el análisis del art. 40 que se hizo en la resolución sancionatoria.

Trigésimo tercero Que, en cuanto a las supuestas ilegalidades cometidas en la sanción de clausura definitiva aplicada al cargo N° 23.9 del sancionatorio A-002-2013 el que consistió en "No activar el Plan de Respuesta de calidad de aguas en el mes de enero de 2013, habiéndose constatado niveles de emergencia, según los niveles de alerta de calidad de aguas determinados en la RCA", la reclamante sostiene como primer argumento, que la resolución sancionatoria N°72/2018 desconocería la validez de la metodología empleada por CMN, contenida en la Consulta de Pertinencia que culminó con la dictación del Ord. 120941 de la Dirección Ejecutiva del SEA.

Trigésimo cuarto Que, en este punto la SMA explicó que la reclamante pretende otorgarle un efecto retroactivo al pronunciamiento de la autoridad ambiental en el procedimiento de revisión de la RCA N°24/2006, conforme a lo previsto en el art. 25 quinquies. Si bien dicho proceso de revisión fue necesario para determinar e implementar las correcciones suficientes, atendido al hecho de que la variable "calidad del agua superficial" del río Estrecho presentó un comportamiento natural distinto al considerado

durante su proceso de evaluación ambiental, la infracción se habría configurado antes de la presentación de la solicitud de revisión de la RCA ya referida, por lo que las obligaciones ambientales tenidas en consideración para la determinación de la infracción fueron las vigentes al momento de la fiscalización.

Trigésimo quinto Que, como segunda alegación de ilegalidad, a juicio de la reclamante, la SMA habría incurrido en excesos metodológicos al incluir los "efectos acumulativos" en el cálculo de excedencias, ya que habría ignorado los pronunciamientos del SEA respecto de la validez del cambio metodológico para la activación del Plan de Alerta Temprana ("PAT"). Además, habría escogido su propia manera de efectuar los cálculos para los efectos de configurar el presente cargo, incluyendo los efectos acumulativos que se habrían presentado durante la etapa de construcción del proyecto, los que no son recogidos en la evaluación ambiental del proyecto ni en la RCA N°24/2006 como supuesto base para la activación del PAT.

Trigésimo sexto Que, al respecto la SMA señaló que el concepto de "efectos acumulativos" fue utilizado para explicar el origen de las concentraciones determinadas en las estaciones de monitoreo que al mes de enero de 2013 determinó que se activara el PATR y no para la determinación de las excedencias; pues la imputación se realiza respecto de medidas tomadas entre el mes de febrero de 2012 a enero de 2013.

Trigésimo séptimo Que, como tercera alegación de ilegalidad, la reclamante indicó que la SMA sancionó dos veces a CMN por los mismos hechos, en infracción al principio *non bis in ídem*. En efecto, los hechos incluidos bajo los cargos 23.8 y 23.9 no pueden ser sancionados de forma independiente, toda vez que el segundo de ellos es consecuencia necesaria del primero, ya que los planes de respuesta se deciden activar o desactivar en función de ciertos niveles de alerta de calidad de aguas superficiales.

Trigésimo octavo Que, en relación con esta alegación, la SMA señaló que el inciso segundo del art. 60 establece los requisitos

copulativos que deben concurrir para impedir la aplicación de una sanción: (a) la identidad de sujeto (infractor); (ii) la identidad de fundamentos jurídicos (premisa normativa de la infracción) y (iii) la identidad de fundamentos de hecho (premisa fáctica de la infracción). Así las cosas, a juicio de la reclamada, la potestad sancionatoria precluiría solamente cuando concurren los tres requisitos en una misma hipótesis infraccional, cuestión que en este caso no ocurre. En este sentido, la reclamante solo se habría referido a la identidad de los fundamentos de hecho.

Trigésimo noveno Que, sin perjuicio de lo anterior, la dicotomía de los fundamentos de hecho se desprendería de los mismos cargos formulados para las dos infracciones en comento. Mientras el cargo N°23.8 se refiere a la utilización de una metodología de cálculo de niveles de alerta de calidad de aguas no autorizada, que utiliza niveles más permisivos que los comprendidos en la RCA; en el cargo N°23.9 se alude al no haber activado el Plan de Alerta Temprana y Respuestas ("PATR") en el mes de enero de 2013, habiéndose constatado niveles de emergencia, de manera que se trataría de hechos diversos. En este sentido, si bien habría relación entre ambos cargos, los presupuestos fácticos de uno y otro no serían los mismos, o que uno sea la consecuencia necesaria del otro, toda vez que los cargos específicos se refieren a hechos distintos que presentan, a su vez, diferencias temporales para su exigibilidad y también para su constatación.

Cuadragésimo Que, a mayor abundamiento, la obligación que se estimó infringida en el cargo N°23.8 consiste en la obligación de hacer en la aplicación de una metodología determinada para la obtención de ciertos datos; mientras que en la infracción referente al cargo N°23.9 se trataría del análisis de los datos brutos obtenidos y de la adopción de una o más acciones de aquellas contenidas en el PATR. Por lo tanto, utilizando el "examen de evitabilidad conjunta" la SMA concluyó que si CMN hubiese evitado la infracción contenida en un cargo 23.8, el cargo 23.9 no desaparece necesariamente.

Cuadragésimo primero Que, como cuarta alegación de ilegalidad, la reclamante impugna la calificación de la infracción en la resolución sancionatoria. En efecto, la generación de un "riesgo significativo para la salud de la población" emanaría de la utilización de un criterio de evaluación del riesgo errado por parte de la SMA. Además, cabe mencionar que la calificación de gravedad se fundó, también, en la existencia de un incumplimiento grave de las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad.

Cuadragésimo segundo Que, como quinta alegación de ilegalidad, la SMA habría calificado el hecho como grave ignorando numerosos antecedentes y abundantes pruebas rendidas durante el procedimiento sancionatorio, que confirman el cumplimiento de los parámetros DAR y la idoneidad de la metodología utilizada.

Cuadragésimo tercero Que, la SMA indicó que la prueba a la que haría referencia la empresa en su reclamo está asociada a la pertinencia relativa al cambio de metodología. Así, la reclamante solo se refirió al análisis de calidad del agua subterránea del Anexo 6, que no incluye la afectación de calidad del agua superficial producida directamente por las descargas de aguas ácidas en el río Estrecho y a la intervención de sus nacientes. Por lo tanto, la reclamante plantea un análisis de una parte de los efectos que impactaron la calidad del agua superficial, los menos relevantes.

Cuadragésimo cuarto Que, con relación a la inexistencia de evidencia que el Botadero Nevada Norte ("BNN") haya generado aguas de contacto, la SMA señala que para tener por acreditado el incumplimiento grave de las medidas no es necesario la concurrencia de los efectos.

Cuadragésimo quinto Que, en cuanto a (iii) Las supuestas ilegalidades cometidas en la sanción de clausura definitiva aplicada al cargo N°23.11 del sancionatorio A- 002-2013, relativo a "La descarga de aguas de contacto al río Estrecho que no cumplen con los objetivos de calidad de aguas. Además, cabe agregar que en la obra señalada en el numeral 23.10 precedente, se toma la decisión de

descargar al río Estrecho, según medición in situ de dos parámetros de calidad (pH y conductividad eléctrica), siendo que la RCA dispone que la descarga al río Estrecho debe cumplir con el DS 90", según la reclamante la SMA habría reclasificado de manera ilegal el cargo por cuanto no existiría el riesgo significativo a la salud de la población, así como también por el incumplimiento grave de las medidas para eliminar o minimizar efectos adversos del proyecto.

Cuadragésimo sexto Que, en cuanto a la calificación de la infracción, la SMA la estimó como grave en virtud de las tipologías descritas en los literales b) y e) del número 2 del art. 36 LOSMA, ya que se habría verificado un riesgo significativo a la salud de las personas, por exposición al contaminante no cancerígeno como el Manganeseo. De igual modo se habría verificado que la infracción se trataría de un incumplimiento a una medida de carácter central, destinada a eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto.

Cuadragésimo séptimo Que, en cuanto a la aplicación de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA, la reclamante señala que la SMA habría estimado la generación de un riesgo a la salud de la población mediante dos operaciones distintas y con resultados acumulativos en perjuicio de CMN, tomando los mismos antecedentes para primero clasificar la infracción y luego para ponderar la letra a) del art. 40; y en cuanto a la intencionalidad atribuida, SMA habría utilizado de forma ilegal la figura de sujeto calificado para presumir dicha intencionalidad.

Cuadragésimo octavo Que, la SMA señaló que, si bien se utilizaron prácticamente los mismos antecedentes al momento de la clasificación y determinación de la sanción, se hizo con un sentido y objetivo jurídico distinto en cada caso, y no es efectivo que exista una doble o idéntica valoración jurídica de los mismos hechos. Así, en cuanto a la utilización del sujeto calificado para presumir la intencionalidad, la SMA señala que es conocido que CMN constituye un sujeto calificado, ya que es de público y notorio conocimiento que se trata de un actor relevante en la industria minera. Por lo mismo

se infiere que el titular incurrió en la infracción intencionalmente, con conocimiento de la obligación específica y conociendo las consecuencias jurídicas asociadas a ello.

Cuadragésimo noveno Que, respecto de (iv) Las supuestas ilegalidades cometidas en la sanción de clausura definitiva aplicada al cargo N°4 del sancionatorio D-11-2015, aquél que señala que "Producto de la construcción de ciertas obras del proyecto minero Pascua Lama, tales como, caminos, campamento barriales, sistema de drenaje - ácido ducto, otras obras y áreas removidas, CMNSpA habría intervenido aproximadamente un total de 13,832 hectáreas de la especie *Azorella madreporica* por sobre lo autorizado en la RCA N° 24/2006, así como también habría intervenido un total de 2,16 hectáreas de vegas altoandinas por sobre lo autorizado en el mismo permiso ambiental", a juicio de la reclamada, la SMA habría incurrido en errores manifiestos sobre la normativa infringida y la ponderación de la prueba rendida de acuerdo con las siguientes consideraciones.

Quincuagésimo Que, como primer argumento, la reclamante señala que la SMA habría impuesto ilegal y arbitrariamente un límite más restrictivo que el evaluado y autorizado ambientalmente. De acuerdo con las autorizaciones ambientales, el proyecto estaba autorizado a afectar 0,8 hectáreas de vegas altoandinas. Por lo tanto, CMN no había afectado más de lo autorizado ambientalmente. Además, sostiene que la calificación de gravedad de la infracción por parte de la SMA sería errada, toda vez que los efectos y el medio afectado por la infracción carecerían de la significancia necesaria para configurar un daño ambiental. En consecuencia, el fundamento de la reclamación dice relación con: i) no se sobrepasó el límite autorizado para afectar vegas alto andinas y ii) en cuanto a la afectación de *Azorella madreporica*, dicha afectación no tendría el carácter de significativo que exige la hipótesis de daño ambiental.

Quincuagésimo primero Que, respecto del límite de afectación de vegas altoandinas, la SMA sostuvo que en la RCA N°24 se regularon dos aspectos claves: a) se regularizó la intervención de 0,2

hectáreas de vegas, en la zona de Campamento Barriales; y, b) se delimitó un polígono donde serían potencialmente intervenidas ciertas vegas, indicando la superficie a la cual ascenderían dichas intervenciones. Además, se debe añadir el área asociadas a la construcción del campamento Barriales. De lo anterior se desprende una superficie de intervención de 0,8 hectáreas de vegas, pero dicho valor estaría asociado a una intervención potencial. Sin embargo, se han descontado aquellas zonas que el mismo reclamante declaró que no intervendría en la evaluación ambiental, dando como resultado final un total de 0,2 hectáreas aproximadas que considera el Campamento Barriales y la modificación del trazado del ducto y los caminos.

Quincuagésimo segundo Que, respecto de la afectación significativa, la SMA señaló que para determinar la significancia del daño ocasionado se utilizaron factores y criterios aplicables y comunes a las evaluaciones de impacto ambiental. La significancia se analizó a partir de la ponderación cualitativa del "medio afectado" y de los "efectos sobre el medio", los que además consideran subcriterios como la singularidad, especies de relevancia o de interés, permanencia y duración, entre otros.

Quincuagésimo tercero Que, como segundo argumento, la reclamante sostiene que la imposición de la sanción de clausura definitiva respecto de esta infracción sería notoriamente desproporcionada y carente de justificación razonable y, además, la sanción se basaría en una errónea ponderación de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA. Así, la reclamante señaló que la resolución sancionatoria no entrega antecedentes adicionales que permitan configurar la importancia del daño que se ha causado, y no justifica la forma en que esta circunstancia incide en la determinación específica de la sanción de clausura definitiva y total del proyecto. Además, tampoco justifica la manera en que la ponderación de esta circunstancia incide en la procedencia de la sanción impuesta.

Quincuagésimo cuarto Que, al respecto la SMA sostuvo que la elección de la clausura se realiza ponderando todas las circunstancias del

art. 40 de la LOSMA que aplicaban, ya que en la especie se concluyó que se estaba en presencia de una infracción clasificada de gravísima en virtud del art. 36 numeral 1 literal a) de la LOSMA, por haber generado un daño no susceptible de reparación en el ecosistema altoandino, el cual se tradujo en el daño de una superficie aproximada de vegas que asciende a 1.550 m² y a 13,832 hectáreas de *Azorella madreporica*.

Quincuagésimo quinto Que, respecto de (v) Las supuestas ilegalidades cometidas en la sanción de clausura definitiva aplicada al cargo N°7 del sancionatorio D-11-2015, la reclamante señala como primera causal de ilegalidad que la SMA habría sancionado por infracciones no configuradas. Al respecto, alega que, a pesar del cumplimiento parcial en todos los casos, se habría cumplido igualmente el objetivo ambiental perseguido por las autorizaciones ambientales. En efecto, los antecedentes del expediente no permitirían dar por acreditada la infracción en los subcargos 7.1, 7.2, 7.4 y 7.6, ya que, pese a que existió una falta de información puntual, el cumplimiento del Plan de Monitoreo de Glaciares versión 3 ("PMGv3") alcanzaría a lograr el objetivo ambiental en cuestión. Además, la actora señaló que el cumplimiento parcial se debe a circunstancias de fuerza mayor, ajenas a su voluntad como lo fueron las condiciones climáticas.

Quincuagésimo sexto Que, la SMA, por su parte, detalló los argumentos que a su juicio acreditarían los hechos y subhechos de la infracción, incluidos los objetivos del PMGv3, agregando que CMN los confunde en su argumentación. Además, indicó que en este caso no concurre la fuerza mayor para justificar el incumplimiento de las obligaciones ambientales.

Quincuagésimo séptimo Que, como segundo elemento de ilegalidad, CMN expresa que la sanción de clausura definitiva se funda en una arbitraria e ilegal clasificación de la infracción, dado que las medidas de monitoreo de glaciares y glaciaretos no corresponderían a medidas "de mitigación" -como lo sostuvo la SMA-, sino que a

medidas "de seguimiento". De ahí que las supuestas infracciones no pueden ser calificados como "incumplimientos graves de medidas", por cuanto no cumplen con los requisitos de "centralidad" que ha definido la propia SMA para hacer aplicable la causal del art. 36 N°2 letra e) de la LOSMA.

Quincuagésimo octavo Que, la SMA señaló que para determinar si el PMGv3 constituye una de aquellas medidas a que se refiere el art. 36 N°2 literal e) de la LOSMA, no sería relevante definir si ha sido designado expresamente como medida mitigatoria, reparatoria o compensatoria en la RCA, sino que se requiere determinar si efectivamente tiene por objeto minimizar efectos determinados del proyecto. Agrega que el PMGv3 surge ante la precariedad de la línea de base de glaciares y glaciaretos presentada durante la evaluación ambiental, razón por la cual lo considera como un instrumento multifactorial, destinado a complementar la línea de base original a través de monitoreos. De esta forma, PMGv3 no sólo consiste en el levantamiento de información relativa a los cuerpos de hielo que se deben monitorear, sino que también consiste en un sistema de medidas destinadas a reducir o eliminar eventuales efectos adversos del proyecto en los cuerpos de hielo cuyo monitoreo está comprometido.

Quincuagésimo noveno Que, como segunda alegación de ilegalidad, la reclamante sostiene que los incumplimientos atribuidos por la SMA no revestirían la centralidad necesaria para ser considerados como graves. Al efecto, señala que el PMGv3 no tiene un rol central en la disminución o eliminación de los efectos adversos sobre glaciares.

Sexagésimo Que, referido a esta argumentación, la SMA señaló que ha entendido el vocablo "gravemente" según lo previsto en el literal e) del numeral 2 del art. 36 de la LOSMA, como la entidad del incumplimiento de las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, y que, para determinar la entidad del incumplimiento, atendió a los criterios que, alternativamente, pueden o no concurrir según las particularidades de cada infracción. Estos serían: (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.

Sexagésimo primero Que, como tercera alegación de ilegalidad, CMN sostiene que la SMA habría ponderado las circunstancias del art. 40 LOSMA con infracción al principio *non bis in ídem*, al considerar el mismo hecho como infracción y como circunstancia agravante, usando el mismo fundamento tanto para configurar la infracción, como para la aplicación de la agravante respectiva, esto es la imposibilidad de verificar la evolución de los glaciares. Además, la SMA habría hecho una aplicación errónea de la circunstancia del art. 40 letra i) de la Ley 20.417, y habría efectuado una exagerada ponderación de las circunstancias de los literales d) y e) del art. 40, a juicio del actor. En este último caso, habría construido un criterio de contumacia improcedente, en razón de los antecedentes que constan en el proceso de sanción.

Sexagésimo segundo Que, la SMA señaló que las alegaciones serían improcedentes en atención a que en la configuración de la infracción la SMA analizó si la reclamante había cumplido su obligación de monitoreo en los términos en que se encontraba obligada. En segundo término, la circunstancia del art. 40 letra i) de la Ley N°20.417 se configuró frente a un cumplimiento calificado de parcial al momento de formular el cargo, y no frente a una presunción de una situación de daño o peligro. A mayor abundamiento, en el análisis de la vulneración al sistema de control ambiental, la SMA indica que ponderó el hecho que este tipo de infracciones privan a la autoridad de información relevante en este tipo de materias, por lo que con ese vacío de información no se pueden realizar estudios acabados sobre el comportamiento del proyecto en relación con el impacto específico.

Sexagésimo tercero Que, respecto de la contumacia, la reclamante alega que las sanciones administrativas en los procedimientos sancionatorios previos utilizados por la SMA para ponderar la "conducta anterior", fueron impuestas el mismo año en que se habrían

generado los incumplimientos parciales que la SMA sanciona, por lo que cuestionan la existencia de contumacia o conducta displicente respecto del cumplimiento, en circunstancia que los incumplimientos fueron verificados en periodos de tiempo cercanos. Asimismo, señalan que se habían desplegado esfuerzos en corregir y mejorar la implementación y el diseño del PMGv3, esto último ingresando el PMGv4.

Sexagésimo cuarto Que, la SMA señala que la conducta anterior de la reclamante se habría configurado a través de antecedentes oficiales que acreditan la comisión de infracciones con anterioridad. A su vez, señala que la empresa retiró el PMGv4 de la revisión de la autoridad, así como también las propuestas de optimización del PMGv3, por lo cual indica debe desestimarse la alegación.

1.3 De las supuestas ilegalidades cometidas en la Res. Ex. N°72/2018, respecto de las sanciones de multa aplicadas, al resto de los cargos formulados.

Sexagésimo quinto Que, la reclamante sostiene, (i) la existencia de supuestas ilegalidades cometidas en la sanción de multa aplicada al cargo 23.8 del procedimiento sancionatorio A-002-2013, el que señala: "La utilización de una metodología de cálculo de niveles de alerta de calidad de aguas no autorizada, que utiliza niveles más permisivos que los contemplados en la RCA".

Sexagésimo sexto Que, la reclamante alega que la SMA desconocería que el mecanismo de consulta de pertinencia de ingreso al SEIA, al momento de cometerse la supuesta infracción imputada, era un mecanismo reconocido por la jurisprudencia administrativa y su respuesta, un acto administrativo dictado por la autoridad ambiental en el ámbito de sus competencias. Asimismo, la SMA habría desconocido que, frente a la consulta de pertinencia efectuada, la autoridad ambiental emitió una respuesta favorable. De haber estimado que la modificación era de consideración, pudo haber dispuesto su ingreso

al SEIA e incluso, iniciado de oficio la revisión de la RCA, cuestión que no hizo.

De esta forma, la reclamante alega que habría actuado bajo el principio de confianza legítima en el cambio en la metodología de cálculo de los niveles de alerta, y que, por lo tanto, se encontraba amparada en el pronunciamiento otorgado por la autoridad competente, cuestión que implica, entre otras cosas, que la intencionalidad no puede ser tomada en consideración como circunstancia para determinar la sanción en virtud del art. 40 letra d) de la LOSMA, toda vez que CMN obtuvo la visación de la autoridad competente antes de efectuar el cambio en la metodología de cálculo.

Sexagésimo séptimo Que, la SMA señaló que la metodología de cálculo objeto del cargo 23.8 se encuentra asociada al Plan de Alerta Temprana del proyecto y, por consiguiente, al Plan de Respuestas de éste. El primero se encuentra destinado a determinar cualquier cambio en la calidad de las aguas a consecuencia del desarrollo del proyecto, considerando todas las fases de éste. Luego, el Plan de Respuestas busca adoptar medidas oportunas ante situaciones de contingencia. De esta forma, se intenta asegurar que el Proyecto no afectará la calidad de las aguas del río Estrecho en ninguna de sus etapas, incluida la fase de construcción. La metodología de cálculo de los niveles de alerta para determinar en qué nivel de respuesta se encuentran los valores medidos fue definida en la RCA N°24/2006.

Sexagésimo octavo Que, referido a la consulta de pertinencia, la SMA señaló que su utilización no puede constituir un mecanismo válido para plantear cambios en una RCA. Como segundo elemento, el cambio de la metodología de cálculo presentada mediante la consulta de pertinencia habría sido hecha para la etapa de operación del proyecto, y no para la etapa de construcción. A mayor abundamiento, el pronunciamiento del SEA es posterior al inicio del prestripping.

Sexagésimo noveno Que, la reclamante alega (ii) ilegalidades cometidas en la sanción de multa aplicada al cargo N°6 del sancionatorio D-11-2015, consistente en el incumplimiento de "sus

compromisos asociados al Plan de Monitoreo Social ("PMS"), toda vez que: 6.1. Desde el mes de junio del año 2014, CMNSpA ha incumplido su obligación de realizar las sesiones periódicas del Comité de Seguimiento Ambiental ("CSA"), en las que debían participar representantes de comunidades de Alto del Carmen, de Vallenar, así como también autoridades locales de las mismas, en conjunto con organismo del Estado y representantes de la empresa. 6.2. No ha realizado los programas continuos de Educación Ambiental ("PdEA"), dirigido a los representantes de las organizaciones comunitarias que integren la instancia de seguimiento, a fin de que comprendan los resultados de los monitoreos y los vinculen a la realidad de las localidades y grupos humanos que representan".

Septuagésimo Que, la reclamante alega que la SMA no habría considerado que el PMS contiene medidas de monitoreo y no de mitigación, compensación o reparación, de forma que la interpretación de la SMA sobre el alcance de la obligación resultaría incorrecta, pues reconoce que el plan está orientado a evaluar la "eventual ocurrencia de impactos no previstos"; en tanto que las medidas destinadas a minimizar efectos adversos están siempre referidas a impactos detectados y evaluados durante los procesos de evaluación ambiental. Por su parte, el CSA es un órgano distinto y ajeno al control de CMN, de manera que la obligación supuestamente infringida no goza de ejecutoriedad inmediata, sino que está sujeta al consentimiento de dicho Comité, como consta en distintas cartas enviadas por CMN a la autoridad ambiental.

Septuagésimo primero Que, la SMA señaló que el CSA se instruyó con el objeto de proveer de una estructura organizacional al Programa de Educación Ambiental. Por lo tanto, la CSA es la instancia en la que se concreta la participación de las organizaciones comunitarias de las comunas de Alto del Carmen y Vallenar en el seguimiento del proyecto Pascua Lama, por lo que las sesiones del Comité debían realizarse regularmente durante todo el tiempo en que esté obligado a cumplir con el PMS. De esta forma, el incumplimiento del Plan de Monitoreo Social establecido en la RCA N°24/2006 se verifica por la

no realización del CSA en el periodo imputado y en la no realización del Programa de Educación Ambiental dirigidos a los miembros del CSA.

Septuagésimo segundo Que, de acuerdo a la SMA, el plan permitiría realizar seguimiento a los impactos socioeconómicos y ambientales del proyecto, vinculados principalmente con el componente humano; y a su vez persigue la detección y reacción temprana ante impactos no previstos en la evaluación ambiental. Un componente esencial de dicho plan es su carácter continuo, dirigido a los representantes de las organizaciones comunitarias, a fin de prepararlos en la comprensión de los resultados de los monitoreos. Por lo tanto, no sería posible sostener el agotamiento del programa de educación ambiental al no ser posible anticiparse y descartar aquellos impactos que no han sido previstos en la evaluación Ambiental; debiendo operar mientras esté vigente el PMS, es decir, durante toda la vida útil del proyecto.

Septuagésimo tercero Que, CMN alega iii) ilegalidades cometidas en la definición de todas las sanciones de multa al establecer un criterio de tasa de descuento que es muy superior al de las empresas similares. La reclamante indicó que, en el procedimiento sancionatorio, habría acompañado estudios y citados casos en que la SMA había fijado tasas de descuento diversas a las que necesariamente ella considera para el sector, sobre la base de los antecedentes señalados por la propia empresa sometida al proceso sancionatorio. En ese contexto, siendo que los antecedentes financieros propios de Barrick Gold, en general no habrían sido cuestionado durante el procedimiento, la SMA habría elegido utilizar un promedio de todas las empresas mineras de base de datos del profesor Damodaran (de gran diversidad en términos de sus estructuras productivas, mercados, escalas de operación y riesgos), cuestión que no se justifica, porque los antecedentes de la reclamante son específicos de empresas de extracción de Oro. Lo anterior, a juicio de la empresa, solo habría dado cuenta de una forma más de arbitrariedad, falta de proporcionalidad y discriminación.

Septuagésimo cuarto Que, por su parte, la SMA indicó que la tasa de descuento utilizada en el caso fue correctamente estimada, sobre la base de la metodología aplicada normalmente por ella. Así las cosas, la SMA señala la pertinencia de considerar una referencia sólida, confiable, independiente e internacionalmente reconocida en el ámbito profesional y académico en materias financieras como fuente para obtener los valores de Betas a utilizar para la estimación de tasas de descuento para los fines que competen a la SMA, como lo son las publicaciones de profesor Aswath Damodaran, efectuadas en base a una amplia base de datos de empresas dedicadas al rubro específico bajo análisis.

1.4 Del supuesto exceso en las competencias que habría incurrido la SMA respecto de la manera en que pretende que se implemente la clausura.

Septuagésimo quinto Que, la reclamante indicó que, al decretarse la clausura definitiva y total de la faena minera, la consecuencia lógica de la sanción impuesta es el cierre de la faena minera, lo que se materializa a través del Plan de Cierre Definitivo. Acto seguido, decretó cuatro medidas urgentes y transitorias a ser aplicables durante o en preparación a las labores del cierre de la faena, a saber: (i) acredite la contratación de un profesional idóneo que supervise todas las labores de cierre; (ii) la instalación de señalética de las vegas Pascua, NE-2°, vega Norte y Sur, (iii) realizar un estudio de distribución y densidad de la vegetación de ladera, y (iv) ampliar los sectores de monitoreo de fauna (mamíferos, aves, reptiles y anfibios).

Septuagésimo sexto Que, a juicio de la actora, en la forma en que se decretaron las citadas medidas, la SMA buscaría dirigir la forma en que debe realizarse la fase de cierre del proyecto aprobado ambientalmente, sobrepasando las competencias legales del SEA y del Servicio Nacional de Geología y Minería ("SERNAGEOMIN"). Además, la SMA no habría considerado que el Proyecto Pascua Lama solo alcanzó

a ejecutar parte de su fase de construcción, de manera que las obras y medidas a implementarse no son aquellas que están definidas en la fase de cierre del Proyecto, que tal como está regulada en la sección 4.3.3. de la RCA 24/2006, fue diseñada, evaluada y calificada ambientalmente para ejecutarse al término de las operaciones del proyecto, concluidos los 20 años de extracción. Por lo tanto, el cierre anticipado del proyecto Pascua Lama puede significar una modificación o ajuste de la fase de cierre, la que habría de ser evaluada en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, sostiene el titular.

Septuagésimo séptimo Que, por otro lado, la resolución sancionatoria también interfiere en las facultades del SERNAGEOMIN, quien, de conformidad con lo dispuesto en la Ley N°20.551 y el Reglamento de dicha ley, es el llamado a aprobar la actualización del Plan de Cierre, y con ella, el conjunto de medidas y acciones destinadas a mitigar los efectos que se derivan de una faena minera.

Septuagésimo octavo Que, señala la empresa que la SMA también extralimitaría sus facultades en tanto decreta la realización de medidas urgentes y transitorias sin justificar el riesgo inminente de daño que debe motivarlas, en atención a lo dispuesto por el art. 3 letra g) de la LOSMA. Además, se extralimitaría en sus atribuciones en la medida que interpreta erróneamente que CMN debe continuar ejecutando actividades de seguimiento y monitoreo que las mismas RCAs que cita no hacen aplicables a la fase de cierre, ni tampoco son consistentes con lo establecido por ellas, con el Plan de Cierre Definitivo aprobado por SERNAGEOMIN el 2/7/2015 (Res. Ex. N°1750), ni tampoco con el Plan de Cierre Temporal y Parcial aprobado por SERNAGEOMIN el 21/8/2017 (Res. Ex. N°2068), actualmente vigente y en ejecución.

Así, por ejemplo, el monitoreo de vegas altoandinas es exigible solo durante las fases de construcción y operación, según se encuentra detallado en el Adenda N°3, sección 9, Anexo 1. El monitoreo de sistemas de vida y costumbres, así como también el de glaciares, se

encuentran circunscritos, de acuerdo con la RCA 24/2006, a los 20 años de explotación. Por su parte, el único monitoreo que el proyecto hace extensible a la fase de cierre y posterior, es el de calidad de aguas.

Septuagésimo noveno Que, la SMA indica que la regulación en materia de clausura se limita a determinar la clasificación de la infracción y a señalar que pueden ser definitivas o temporales, pero no se indica cómo y cuándo se deben ejecutar estas sanciones u otras formas que puedan adoptar. Tampoco se refiere a la eventual y necesaria intervención de organismos de la administración el Estado. En consecuencia, la SMA debe observar y ponderar, en el ejercicio de su acción y en el cumplimiento de los fines que la ley le ha encomendado, los principios generales que gobiernan los actos administrativos, en particular los de eficacia y eficiencia, razonabilidad y coordinación.

Octogésimo Que, por otra parte, la reclamada sostuvo que las acciones que se contemplan en la clausura constituyen en sí misma una modificación del proyecto, por lo que deben ingresar al SEIA con el fin que el Servicio de Evaluación Ambiental se pronuncie sobre la naturaleza, alcance y efectos de éste. La sanción de clausura no constituye por sí misma una modificación del proyecto, sino que pretende que éste deje de operar y sus instalaciones sean desmanteladas. Además, arguye que no es efectiva la intromisión en las facultades de SERNAGEOMIN, ya que la sanción de clausura es un mecanismo de intervención correctivo cuyos alcances sobrepasan a la autorización ambiental o los planes de cierre de faenas mineras.

Octogésimo primero Que, sobre el vicio relativo a la imposición de medidas urgentes y transitorias, señaló la SMA que al tratarse de una MUT que, si bien no consisten en la clausura o detención de funcionamiento de las instalaciones, se relacionan instrumentalmente con la finalidad perseguida por las sanciones, ya que permiten acceder a información asociada a las variables ambientales que se han visto afectadas, y gestionar provisional y parcialmente algunos

de los riesgos constatados y asociados a la implementación de la clausura. En este caso, el objetivo de las medidas es la de realizar acciones de corrección material de hechos que se estiman son configurativos de un riesgo, o la realización de gestiones para asegurar la disponibilidad de información suficiente y de calidad sobre ciertos parámetros, con el objeto de asegurar la eficacia de la intervención administrativa en el corto plazo, así como gestionar las hipótesis de riesgo que se crean a propósito de la implementación de las clausuras definitivas. Además, atendido a que no existe una referencia clara y precisa en la RCA N°24/2006, en orden a las etapas a que deben circunscribirse unas u otras obligaciones de monitoreo, lo más razonable de acuerdo con los principios de prevención y precaución es que se mantengan vigentes mientras las circunstancias materiales del proyecto lo hagan necesario.

1.5 Respecto a la falta de legitimación activa alegada por la SMA en contra de Agrícola Dos Hermanos y Agrícola Santa Mónica Limitada.

Octogésimo segundo Que, la SMA alegó que las empresas agrícolas no serían "directamente afectadas" por la resolución sancionatoria. En efecto, la legitimación activa en estos casos no está relacionada con el hecho de que una persona sea "afectada" o "directamente afectada" por el proyecto, sino que es necesario acreditar que la hipótesis de "afectación" habría de estar dada por la decisión de la SMA, esto es, por la resolución sancionatoria. De esta forma, no es posible entender que una resolución que terminó con la "clausura total y definitiva" del proyecto podría haber afectado a las empresas agrícolas reclamantes.

1.6 Respecto de la Resolución Exenta N°70.

Octogésimo tercero Que, las reclamantes Agrícolas sostuvieron que la Res. Ex. N°477 dio por cumplidas las medidas urgentes y transitorias, pese a que no se habría construido ni se encuentra en

operación el sistema de manejo de aguas en los términos establecidos por la RCA, medida que constituye uno de los compromisos ambientales centrales asumidos por CMN en relación con el Proyecto Pascua Lama y cuya materialización se estimó indispensable y urgente. De esta forma, no correspondía dar por cumplidas las medidas por parte de la SMA. A mayor abundamiento, solo existirían obras transitorias y de menor entidad, de forma que la estimación de cumplimiento por parte de la SMA significaría en la práctica modificar de manera impropia la RCA, facultad que escapa de la SMA, vulnerándose los art. 2° y 3° de la LOSMA, y 6° y 7° de la Constitución Política de la República ("CPR").

Octogésimo cuarto Que, para la SMA, la Res. Ex. N°477 no ordena construir el sistema de manejo de aguas en la forma prevista en la RCA, sino que solo ordenó medidas urgentes y transitorias de: 1) Paralizar la totalidad de las actividades de la fase de construcción del proyecto mientras no ejecute el sistema de manejo de aguas en la forma prevista en RCA, 2) Construir transitoriamente las obras que se indican a continuación [...], y, 3) Seguimiento de las variables ambientales.

Octogésimo quinto Que, la Res. Ex. N° 70/2018, resolvió declarar "cumplidas las medidas urgentes y transitorias ordenadas en los numerales 1 y 2 del Resuelvo Segundo de la Res. Ex. N°477/2013". En consecuencia, no ordenó formalmente como MUT la construcción del sistema de manejo de aguas, de acuerdo con lo ordenado por la RCA, atendido que dicha obligación emana del instrumento mismo.

1.7 Respecto de la Res. Ex. N°72.

Octogésimo sexto Que, las reclamantes sostienen que la Res. Ex. N°72 contiene diversos vicios de legalidad. Como primer vicio, la SMA no habría ordenado en la resolución de término la construcción definitiva del sistema de manejo de aguas, condición que estiman imprescindible para cumplir con las obligaciones derivadas de la RCA, poner fin a la conducta infractora, y hacer posible la clausura

definitiva del proyecto, ya que no bastaba con que la SMA sancionara a CMN por la demora en la ejecución de la referida obra, sino que era perentorio que le ordenara cumplir con su obligación, adoptando las medidas necesarias y suficientes para ello, según lo mandado por los art. 1°, 2° y 3° de la LOSMA, en relación con los art. 6° y 7° de la Constitución.

Octogésimo séptimo Que, la SMA sostuvo que entre las MUT ordenadas en la resolución sancionatoria, sí se consideró una referida a las aguas y su calidad en el resuelvo Sexto, literal h); y que el hecho que el sistema de manejo de aguas no estuviera construido completamente, dio lugar a los cargos 23.4, 23.5 y 23.6 del procedimiento rol A-002-2013. Además, en el escenario de clausura definitiva, resolvió remitir los antecedentes a SERNAGEOMIN, organismo sectorial que, para garantizar el fin del plan de cierre definitivo, deberá tener presente la necesidad de que el sistema de manejo de aguas esté construido.

Octogésimo octavo Que, como segundo vicio, las reclamantes sostienen que la SMA habría impuesto medidas que carecen de un contenido sancionador y que no cumplen con la función disuasiva que les es propio ya que la sanción es una medida coactiva que, por esencia, tiene un contenido gravoso para el administrado, en tanto conlleva la pérdida o limitación de uno de sus derechos o intereses. Además, ésta se impone con una finalidad preventiva, ya que persigue intimidar al infractor actual y persuadir a los potenciales infractores. En efecto, la Res. Ex. N°72 sanciona cinco veces con la clausura definitiva del proyecto por distintos hechos infraccionales, en circunstancias que el contenido aflictivo de una medida como la mencionada, se agotaría íntegramente en el cumplimiento de la primera de ellas, y las restantes resultan carentes de contenido y entidad suficientes para cumplir con su función disuasoria.

De esta forma, si ya se sancionó con la clausura definitiva y total de la faena minera Pascua Lama, las otras 4 infracciones gravísimas

debieran ser objeto de sanciones pecuniarias, en el rango de aquellas establecidas por el art. 35, y que, por lo tanto, no debieran bajar de las 10.000 UTA cada una, con lo que la sanción impuesta por la resolución recurrida debiera incrementarse, por este concepto, al menos en 40.000 UTA.

Octogésimo noveno Que, respecto a este punto, la SMA indicó que, (i) no todas las infracciones sancionadas con clausura fueron clasificadas como "gravísimas". En efecto, los cargos N° 23.9, N° 23.11, y N° 7 fueron clasificados como "graves"; (ii) en ese sentido, en caso de aplicar multa a esos cargos, el tope eran 5000 UTA y no 10.000 UTA; y, (iii) no por el hecho de que una infracción sea clasificada como grave implica inmediatamente, y sin más, una multa de 5.000 UTA, en caso que se aplique una sanción pecuniaria, ni tampoco la clasificación de gravísima de una infracción implica automáticamente la aplicación de una multa de 10.000 UTA.

En efecto, la determinación del monto no implica un ejercicio tarifado; para llegar a la sanción pecuniaria existe la aplicación de una metodología publicada "Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales, actualización 2017".

Nonagésimo Que, las reclamantes alegan como tercer vicio, la resolución exenta N°72 negaría la existencia de daño ambiental a las aguas pese a que el infractor se allanó a los cargos, el Segundo Tribunal Ambiental lo tuvo por establecido y, en subsidio, porque admite que el infractor se beneficie del incumplimiento de su obligación de entregar información, infringiendo los principios básicos que rigen en materia medioambiental.

Nonagésimo primero Que, la SMA señaló que, a pesar que existiría un allanamiento de los hechos, su obligación consiste en hacer un análisis de los antecedentes del expediente para verificar los alcances de los hechos involucrados. Además, si bien la empresa se allanó a los cargos, salvo en uno, en ninguno se imputó la existencia de daño ambiental en materia de aguas, lo cual es lógico, ya que el daño ambiental es un posible efecto de los cargos formulados, pero

no un hecho imputado.

Sería falso que el Segundo Tribunal Ambiental haya constatado una hipótesis de daño ambiental en materia de aguas en el considerando 105 de su sentencia, ya que nada dice al respecto, sino que solo concluyó la existencia de indicios. Por otro lado, el Segundo Tribunal Ambiental entregó consideraciones a la SMA que implican un mandato de investigación y motivación, mas no una indicación sobre la clasificación de la infracción en los cargos 23.9 y 23.11, lo que fue cumplido por este órgano según da cuenta el considerando 5357 de la resolución.

Nonagésimo segundo Que, como cuarto vicio; esto es la falta de fundamentación de la Res. Ex. N°72 en lo que dice relación con la causalidad en la contaminación de las aguas, sostuvo el reclamante que la SMA no cumplió con el deber de fundar las resoluciones administrativas que consagran los art. 11 y 41 de la Ley N°19.880, así como el art. 54 de la LOSMA, especialmente, en el caso de los cargos N°5, 7, 23.1, 23.3, 23.4, 23.5, 23.6, 23.7, 23.8, 23.10, 23.12, 24.2, 24.3, 24.4, 24.5 y 27, entre otros.

Nonagésimo tercero Que, la SMA habría omitido pronunciarse acerca del daño y contaminación de las aguas en gran parte de los cargos infraccionales del procedimiento sancionatorio, porque a su exclusivo juicio dichos cargos no tendrían relación directa con la contaminación de las aguas. Tampoco se haría cargo de las razones por las cuales la no construcción de la planta de tratamiento no tendría relación causal con el daño a la calidad de las aguas - cuando en ella, precisamente, se tratan las aguas contactadas para evitar toda contaminación-, ni tampoco se hace cargo de las razones por las cuales no existiría relación causal entre la construcción de una Cámara de Captación y Restitución ("CCR") de aguas al río Estrecho (no autorizada por la RCA), en la medida que esta instalación fue creada por CMN específicamente para poder descargar agua sin tratar al río Estrecho sin que se haya medido su calidad. Esta omisión de la SMA se habría traducido en la aplicación de una

sanción pecuniaria por la suma de 250 UTA a una infracción calificada de gravísima, en circunstancias que la infracción leve del cargo 23.12 fue sancionada con una multa de 1.000 UTA, lo que carece de toda lógica y reproduce la falta de motivación.

Nonagésimo cuarto Que, la SMA señaló que hubo pronunciamiento en todos y cada uno de los cargos indicados, y que dichos pronunciamientos se encuentran dentro de las facultades de la SMA.

Nonagésimo quinto Que, como quinto vicio, la Res. Ex. N°72 carecería de motivación suficiente al recalificar los cargos 23.13, 24.2 y 25 y al absolver a CMN de éstos. En este sentido, las Agrícolas sostuvieron que es contraria a derecho por cuanto absuelve a CMN de los cargos 23.13, 24.2 y 25, en circunstancias que la empresa se había allanado a ellos y que los hechos ilícitos cometidos debían ser sancionarlos de manera ejemplar, infringiéndose de este modo los art. 11 y 41 de la Ley N°19.880, art. 54 de la LOSMA y omitiendo la aplicación de los art. 35 y 36 de esta última ley, que tipifican las infracciones y establecen su sanción para este caso. A mayor abundamiento, en cada uno de estos cargos la SMA debió haberlos sancionados en cada caso con la imposición de una multa de 5.000 UTA, atendida su gravedad o reproche.

Nonagésimo sexto Que, señaló la SMA que ella está obligada a llevar adelante la correcta investigación de los hechos constitutivos de infracción que son materia de cargos, a pesar de las posturas jurídicas que el sujeto pasivo del procedimiento tenga al efecto, entre ellas, el allanamiento a los cargos, por lo que debía ponderar los antecedentes a fin de que la resolución estuviera adecuadamente motivada. Por otra parte, la clasificación de la infracción solo entrega un rango de sanciones que se pueden aplicar, y para determinar la sanción específica, se debe estar a la metodología que pondera las circunstancias del art. 40, análisis que la reclamante omite.

Nonagésimo séptimo Que, como sexto vicio; las Agrícolas sostienen que la resolución recurrida no habría ponderado ni aplicado en

concreto las circunstancias que contempla el art. 40 de la LOSMA para efectos de determinar la sanción a aplicar a cada infracción, sino que solo se limitó a señalar si estima concurrente o no el criterio y cómo se configuraría, pero sin justificar en absoluto cómo se aplicarían en concreto respecto de cada infracción.

Nonagésimo octavo Que, en cuanto al criterio relativo a la importancia del daño causado o del peligro ocasionado; las Agrícolas sostuvieron que las Bases Metodológicas para la determinación de sanciones elaborada por la SMA utiliza un concepto más amplio que el concepto de daño ambiental del art. 2 letra e) de la Ley N° 19.300, referido también en los numerales 1 letra a) y 2 letra a) del art. 36 LOSMA de forma que "su ponderación procederá siempre que se genere un menoscabo o afectación que sea atribuible a la infracción cometida, se trate o no de daño ambiental".

Nonagésimo noveno Que, de esta forma, hay diversos hechos que guardan una relación directa con la existencia de daños y peligros causados por CMN y su proyecto, que han llevado por lo demás a la clausura definitiva de este último y que no fueron considerados debidamente, por lo que al dar aplicación a las circunstancias del art. 40 de la LOSMA, la SMA no habría analizado correctamente el daño causado ni el peligro ocasionado. En efecto, todas las conductas de CMN se verían agravadas en los hechos, debido a la ocultación de información ambiental que estaba obligada a proveer, lo que no habría hecho posible medir en algunos casos el daño causado, por no existir base de comparación disponible al momento de pronunciarse respecto a cómo se configuraba en la especie esta circunstancia.

Centésimo Que, la SMA habría descartado la existencia de daños o riesgos fundándose en la falta de información que la propia CMN debía suministrar para tales efectos, e incluso considerando en la mayoría de los casos que la infractora había realizado una cooperación eficaz con las labores de la SMA, lo que no es efectivo.

Centésimo primero Que, por último, la resolución recurrida tampoco se haría cargo de cómo influye esta circunstancia en la

determinación de la sanción específica en aquellos casos que han sido sancionados de forma pecuniaria, pues incluso estimándose la existencia de daños o riesgos, las sumas fijadas serían injustificadamente bajas en comparación con infracciones calificadas con menor gravedad.

Centésimo segundo Que, en cuanto al criterio relativo al número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción; para los recurrentes, la SMA habría señalado que este criterio lo aplicó en los cargos N°23.9 y 23.11. Sin embargo, no se habría traducido en una ponderación y aumento concreto de las sanciones. La resolución N°72 no contendría ningún considerando a este respecto, siendo en general una verdadera incógnita la forma de determinación de las sanciones a que se condenó a CMN, y en particular cuál fue el peso de este criterio en la determinación de éstas. A su vez, tampoco considera el riesgo a la salud a los otros cargos relacionados con calidad de las aguas.

Centésimo tercero Que, en cuanto al criterio relativo al beneficio económico obtenido con motivo de la infracción; si bien la SMA sostuvo que las sanciones pecuniarias se calculan sobre la base del componente económico y de afectación, éstos no pasarían de ser una declaración de principios, cuestión que quedaría evidenciada por la disparidad de criterios impuestos por la SMA. A su vez, tampoco se aprecia cómo la supuesta aplicación de este criterio por la autoridad ambiental constituye en la especie un medio eficaz para disuadir al infractor de privilegiar el beneficio económico sobre el cumplimiento de las obligaciones ambientales, dado que en este caso el Estado habría de restituir aproximadamente \$3.000.000.000, con motivo de la rebaja de la sanción pecuniaria impuesta en esta oportunidad a CMN.

Centésimo cuarto Que, en relación al criterio de intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma, si bien la resolución recurrida da por configurada esta circunstancia para

aumentar la sanción, fundado -entre otros aspectos- en la calidad de sujeto calificado que tiene CMN en su rubro, la SMA se habría limitado a hacer mención a la existencia de esta intencionalidad, y estimarla concurrente a propósito de algunas infracciones, pero sin conferirle el peso que realmente corresponde a la contumacia reiterada y continua del infractor.

Centésimo quinto Que, en cuanto, al criterio de conducta anterior del infractor, las reclamantes señalan que la SMA habría sostenido que "opera como un factor de incremento de la sanción cuando se determina que el infractor ha tenido una conducta anterior negativa, es decir, cuando este tiene un historial de incumplimiento de la unidad fiscalizable respectiva". Por el contrario, "esta circunstancia opera como un factor de disminución de la sanción cuando se determina que el infractor ha tenido una irreprochable conducta anterior", señalando además que no existe un límite temporal para analizar la concurrencia de esta circunstancia.

Centésimo sexto Que, por esta razón, su análisis se extiende no solo a otras sanciones anteriores de la SMA, "sino también a infracciones sancionadas por las extintas Comisiones Regionales del Medio Ambiente, las Comisiones de Evaluación Ambiental, organismos sectoriales con competencia ambiental y órganos jurisdiccionales". Así, en este caso son numerosos los pronunciamientos en distintas sedes respecto a la conducta histórica de CMN. No obstante, lo anterior, la SMA se habría limitado a hacer una mención meramente enunciativa a ello en la resolución recurrida, sin que se tradujera en un incremento real de las sanciones impuestas, infringiendo lo dispuesto en los artículos 35 y 40 de la LOSMA, derivando en sanciones carentes de razonabilidad y justificación.

Centésimo séptimo Que, en cuanto al criterio de la capacidad económica del infractor, resultaría injustificado para las agrícolas que por infracciones de carácter gravísimas se impongan multas de 145 UTA (Cargo N°24.5) o 126 UTA (Cargo N°27), y por infracciones graves de 39 UTA (Cargo N°23.3).

Centésimo octavo Que, respecto a la circunstancia relativa a la no presentación de un plan de cumplimiento ambiental, las reclamantes señalan que respecto al procedimiento rol N° A-002-2013, CMN no presentó ningún plan de cumplimiento, mostrando total indiferencia frente a las exigencias que impone un instrumento de esta naturaleza, y que respecto al procedimiento Rol N° D-011-2015, CMN habría buscado beneficiarse -sin corresponderle- de la presentación de un programa de cumplimiento, que adolecería de una serie de reparos que lo hacían improcedente, ya que el PdC no era íntegro ni eficaz, siendo rechazado por el Segundo Tribunal Ambiental.

Centésimo noveno Que, en cuanto a la circunstancia relativa a todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción, las reclamantes se refirieron a la autodenuncia y la cooperación eficaz como circunstancias que no se configuran en autos, ya que el hecho que CMN haya presentado una autodenuncia ante la SMA no puede ser considerado como un criterio atenuante, al haber obedecido a la sola intención de obtener un beneficio, pese a estar durante años incumpliendo la normativa ambiental e instrumentos de protección ambiental.

A mayor abundamiento, la propia SMA habría rechazado la autodenuncia por carecer de información precisa, verídica y comprobable de los hechos constitutivos de infracción. Agregaron que, la SMA habría considerado el allanamiento como una hipótesis de "cooperación eficaz" del infractor. Sin embargo, dicha cooperación no habría sido tal, ya que el titular no hizo sino reconocer la efectividad de los hechos materia de infracción y su calificación.

Centésimo décimo Que, pese a lo anterior, luego de la dictación de la Res. Ex. N°696 de fecha 22 de abril de 2015, por la cual se ordenó la reapertura del procedimiento Rol N° A-002-2013, CMN no hizo sino controvertir los propios hechos materia de cargos, bajo la apariencia de "conductas posteriores" positivas, o aludiendo a errores de interpretación, lo que fue advertido por la SMA en la resolución

recurrida (considerando 6314). Sin embargo, la resolución de término sería contradictoria, ya que reconoce por una parte que CMN contraviene de manera impropia hechos y calificaciones respecto de los cuales existió un allanamiento expreso, y por otra insiste en considerar el allanamiento como una conducta de cooperación eficaz, cuando precisamente su oposición -extemporánea- no hizo sino obstaculizar el curso del procedimiento. Incluso en algunos cargos pese al allanamiento del infractor, la SMA absolvió. (23.13, 24.2 y 25).

Centésimo undécimo Que, por último, la entrega de información y la cooperación eficaz son circunstancias que no se configurarían en autos, dado que el Segundo Tribunal Ambiental habría remarcado la falta de información a entregar por parte de CMN, estimándose que ello constituía derechamente una obstaculización al ejercicio de las atribuciones de la SMA. Ésta constituiría una infracción gravísima conforme al art. 36 N°1 letra d) de la LOSMA, lo que debió agravar la clasificación de las infracciones respectivas (cargos 24.1, 24.4, 24.5, y 24.6), además de excluir por sí la posibilidad de que exista en la especie una cooperación eficaz del infractor.

Centésimo duodécimo Que, respecto del daño o peligro ocasionado por las constantes infracciones como un factor determinante de ponderación de las sanciones desde una perspectiva global y de la vulneración al sistema de protección ambiental, las reclamantes sostienen que la SMA no habría considerado desde una perspectiva global la importancia del peligro ocasionado al medioambiente y la gran cantidad de personas cuya salud pudo verse afectada producto de los incumplimientos a la RCA en que incurrió el titular, aplicando erróneamente los criterios previstos en el art. 40 de la LOSMA, limitando los efectos de las infracciones.

Si bien no existe impedimento alguno para considerar cada una de las infracciones por separado e imponer una sanción a cada una, al momento de ponderar cada sanción se debe considerar el efecto global que causan las infracciones. La SMA estimó que no se había logrado

determinar la existencia de un daño ambiental efectivo, conclusión que sería errada, pues de los antecedentes que obran en el procedimiento sancionatorio, sería posible colegir el daño devenido de la contaminación de las aguas del río Estrecho producido como consecuencia de las diferentes infracciones relativas al sistema de manejo de aguas.

Centésimo decimotercero Que, de forma transversal a las alegaciones previamente expuestas, la SMA señaló que para que éstas tuvieran la seriedad y fundamentación mínima para ser acogida, sería exigible que las empresas agrícolas: (i) identificaran las infracciones respecto de las cuales se habrían ponderado mal las circunstancias del mencionado art. 40 de la LOSMA; y (ii) identificaran las circunstancias específicas referidas a la infracción previamente identificada que hubiesen sido mal ponderadas, entendiendo que en cada infracción la ponderación de ellas fue diferente en relación a las que procedían y la forma en que se consideraron. Sin embargo, la reclamación solo realiza alegaciones generales sobre la mala ponderación.

Centésimo decimocuarto Que, no obstante lo anterior, la SMA señala que:

- i) El daño en las vegas altoandinos se habría considerado en los cargos 23.2. y 23.4;
- ii) La afectación de la calidad de las aguas del río Estrecho se habrían considerado en los cargos 23.9 y 23.11;
- iii) Respecto de la falta de información, no se indica respecto en qué infracción ocurrió;
- iv) Respecto del número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción, no se habría identificado la infracción reclamada, obviando los considerandos 4871 a 8876;
- v) Respecto al beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la reclamante no identificó las infracciones respecto de las cuales se reclama la forma de ponderación;

- vi) Respecto de la intencionalidad en la comisión de la infracción, tampoco se habría identificado las infracciones objeto de impugnación. En todo caso, en cada infracción donde a juicio de la SMA concurrió la intencionalidad, ésta fue considerada como factor de incremento;
- vii) Respecto de la conducta anterior, la reclamación se reduce a realizar declaraciones generales impugnar la legalidad del acto administrativo;
- viii) Respecto de la capacidad económica del infractor, habría sido analizada en los considerandos 270 y siguientes;
- ix) Respecto a la cuestión del programa de cumplimiento aprobado, lo que habría de ponderarse es su incumplimiento, reiniciándose consecuentemente el procedimiento sancionatorio, situación que ocurrió en la especie;
- x) Respecto de la autodenuncia y cooperación eficaz, señaló que en las 5 infracciones que fueron sancionadas con clausura definitiva, la ponderación de la autodenuncia no fue un factor de ajuste que haya servido para disminuir el componente de afectación;
- xi) Respecto de la colaboración de CMN SpA en las diligencias probatorias y en las solicitudes de información formuladas, permitieron el esclarecimiento de la determinación o descarte de la configuración de los hechos constitutivos de infracción, de la clasificación de gravedad de las infracciones y permitió determinar o descartar los efectos generados por las infracciones debidamente configuradas;
- xii) Respecto de los efectos "globales" producidos por las infracciones, señala que habrían sido ponderados, por una parte, sin perjuicio de agregar que la reclamación no indica cuáles serían los efectos globales precisos que no estarían cubiertos en la resolución sancionatoria.

Centésimo decimoquinto Que, por su parte, la SMA alegó que la

parte reclamante no solo pide la nulidad del acto reclamado, sino además que este Tribunal aplique sanciones o, en subsidio, ordene a la SMA a aplicar determinadas sanciones "útiles, proporcionadas y razonables". Dicho petitório estaría en contra de lo dispuesto en el art. 30 de la Ley N°20.600, ya que el Tribunal está facultado para determinar la posible existencia de ilegalidades de los actos impugnados y, en caso de ser esenciales, anular los mismos conforme a derecho, pero no se permite que se apliquen directamente sanciones por el órgano jurisdiccional o que el mismo ordene a la SMA aplicar determinadas "sanciones de reemplazo", ya que la determinación de la sanción específica es una potestad discrecional de la SMA.

II. DE LAS PRINCIPALES CONTROVERSIAS ESTIMADAS POR ESTE ILUSTRE TRIBUNAL:

Centésimo decimosexto Que, señalado lo anterior y con el fin de sistematizar la discusión para un adecuado tratamiento de las controversias, este Tribunal ha estimado como principales puntos de análisis, transversales a las reclamaciones de las partes, los siguientes:

2.1 Legitimación activa de los reclamantes de la Reclamación signada con el rol R-6-2018.

Centésimo decimoséptimo Que, previo al análisis de los aspectos discutidos en las reclamaciones que son materia de la presente sentencia, resulta menester resolver la alegación formulada por la SMA, respecto a la supuesta falta de legitimación activa de las sociedades Agrícola Dos Hermanos Limitada y Agrícola Santa Mónica Limitada, para presentar la reclamación seguida en la causa R-6-2018, de este Tribunal, conforme se expuso en el considerando octogésimo segundo.

Centésimo decimoctavo Que, al respecto es preciso señalar que la legitimación activa para impugnar las resoluciones dictadas por la SMA ante los Tribunales Ambientales se encuentra regulada en los

art. 56 de la Ley N°20.417 y 18 N°3 de la Ley N°20.600. El primer precepto, en su inciso primero, señala: "Los afectados que estimen que las resoluciones de la Superintendencia no se ajustan a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar podrán reclamar de las mismas, dentro del plazo de quince días hábiles, contado desde la notificación, ante el Tribunal Ambiental". Por su parte, la segunda disposición expresa que pueden reclamar en contra de las resoluciones de la SMA "las personas naturales y jurídicas directamente afectadas por la resolución de la Superintendencia". De los citados preceptos se puede concluir que la legitimación activa para impugnar resoluciones de la SMA está asociada al concepto de "directamente afectados", y que se confirma con lo señalado en el art. 18 N°3 de la Ley N°20.600, al referirse a que el afectado por la resolución debe serlo "directamente", es decir, que la afectación surja como consecuencia de lo resuelto en la resolución que se impugna.

Centésimo decimonoveno Que, respecto del mencionado art. 18 N°3 de la Ley N°20.600, se ha indicado que "[...] la persona afectada puede contar con un interés en el acto administrativo, el que pretende que sea dejado sin efecto con su reclamación ante el tribunal. Sin embargo, se debe tratar de un interés directo, ello limitará desde luego a aquellas posiciones jurídicas más alejadas de los efectos de la actuación, como por ejemplo quienes pudieren esgrimir un mero interés en la actuación legal de la SMA. Por el contrario, sí estarán legitimados todos aquellos a quienes la actuación de la SMA no les resulte indiferente, sea porque la actuación es demasiado laxa y, por tanto, admite una actividad que afecta al medio ambiente, o porque es demasiado estricta, impidiéndola, y dicha actuación vulnera un interés individual o colectivo. Será demostrativa del interés directo en la acción, la intervención del reclamante durante el procedimiento administrativo sancionador en la calidad de denunciante, de acuerdo con el artículo 47 inc. 3° LOSMA. Es decir, si una persona ha denunciado ante la SMA, tendrá para todos los efectos legales la calidad de interesado (art. 21 inc. 2 LOSMA), lo

que le habilitará para actuar en el procedimiento administrativo sancionador, pero también para la impugnación judicial, al contar con interés individual o colectivo, lo que será suficiente para ejercer la acción.” (Bermúdez Soto, Jorge, “Fundamentos de Derecho Ambiental”, 2° Edición, año 2015, p.532).

Centésimo vigésimo Que, en efecto, la calidad jurídica de legitimado activo normalmente se puede determinar con los antecedentes que surgen de los escritos de las partes y con los antecedentes que obran en el proceso administrativo sancionatorio que concluyó con la resolución impugnada y que, en este caso, aplicó diversas sanciones a la CMN SpA. En ese contexto corresponde a estos sentenciadores determinar si las sociedades antes aludidas tienen la calidad de directamente afectados por las resoluciones exentas N°s 70 y 72, ambas de 2018, de la SMA.

Centésimo vigésimo primero Que, del expediente administrativo sancionatorio remitido por la SMA, consta que, con fecha 8 de febrero de 2013, las sociedades Agrícola Santa Mónica Limitada y Agrícola Dos Hermanos Limitada presentaron una denuncia ante la SMA en contra de CMN SpA, señalando ser agricultores del Valle del Río Huasco, que sus predios se encontraban aguas abajo de la propiedad que opera la Compañía y, que por tanto, sufrían “[...] los efectos directos de cualquier clase de contaminación que afecte las aguas del río Chollay y demás afluentes del río Huasco”, pues se encuentran dentro del área de influencia del proyecto. En su parte petitoria solicitaron a la SMA que calificara los incumplimientos denunciados como gravísimos y que impusiera a la Compañía determinadas sanciones, ya fuera multa por 10.000 UTA, clausura de faenas o la revocación de la RCA del proyecto.

Centésimo vigésimo segundo Que, por su parte, la SMA mediante Oficio Ordinario N°58, de 27 de marzo de 2013 reconoció expresamente la calidad de interesados a las sociedades Agrícola Santa Mónica Limitada y Agrícola Dos Hermanos Limitada, de conformidad al art. 21 de la Ley N°20.417. En consecuencia, respecto de estos reclamantes

debe entenderse que, por disposición expresa de la LOSMA, se consideran personas cuyos derechos o intereses pueden ser afectados por el proceso administrativo sancionador respectivo y por la Res. Ex. N° 72, de 2018, citada.

Centésimo vigésimo tercero Que, así las cosas, respecto del denunciante es la propia ley la que reconoce una eventual relación de afectación entre su derecho o interés y la resolución absolutoria o sancionatoria que ponga término al proceso sancionatorio, siendo en este contexto y en su calidad de interesado que se le permite hacer valer una pretensión frente a la autoridad administrativa. En este caso, el denunciante interesado solicitó que se calificara la gravedad de las infracciones de la Compañía de una determinada manera y que se le aplicaran determinadas sanciones.

Centésimo vigésimo cuarto Que, es del todo lógico afirmar que quién fue denunciante interesado -y a quien la propia SMA le reconoció su calidad de tal en el proceso administrativo sancionatorio- tenga derecho a reclamar judicialmente en contra de la resolución que no dio lugar a sus pretensiones, o que descartó sus alegaciones incurriendo en alguna ilegalidad que sea motivo de reclamo, u otros defectos de que adolecieren los actos reclamados, y que sean directamente afectadas.

Centésimo vigésimo quinto Que, considerando que la resolución que puso término al procedimiento sancionador, a juicio de los reclamantes, contiene ilegalidades que desencadenaron en que no se clasificaran las infracciones en la forma que aquellos estimaban ni se impusieran las sanciones que ellos consideraban que en derecho correspondía aplicar a la infractora, así como otras ilegalidades que afectan lo resuelto por la SMA, constituyen suficientes circunstancias para estos sentenciadores para tener por acreditada la legitimación activa de las sociedades Agrícolas reclamantes, respecto a la Res. Ex. N°72, de 2018, reclamada.

De esta forma, no resulta plausible estimar que las sociedades mencionadas carecen de legitimidad para reclamar del acto

sancionatorio, por el simple hecho de haberse aplicado por la SMA la sanción de clausura a la CMN SpA por ciertas infracciones, ya que la pretensión deducida por las sociedades Agrícolas es más amplia que la obtención de una determinada sanción, existiendo, según indican, ciertas ilegalidades de los actos reclamados que los perjudican, por lo que deben considerarse directamente afectados.

Centésimo vigésimo sexto Que, asimismo, respecto a la Res. Ex. N°70 de 2018 de la SMA, considerando que los hechos denunciados por las sociedades Agrícolas tienen una directa conexión con lo resuelto en el referido acto administrativo, y con el interés manifestado en su denuncia formulada en el transcurso del procedimiento administrativo sancionatorio, mal puede entenderse que no se encuentran directamente afectadas por la misma, razón por la cual las eventuales ilegalidades alegadas legitiman a esos intervinientes a reclamar.

Centésimo vigésimo séptimo Que, en consecuencia, de acuerdo con lo razonado precedentemente, se encuentra debidamente acreditada la legitimación activa de las sociedades Agrícolas Dos Hermanos Limitada y Santa Mónica Limitada, conforme a los art. 56 de la LOSMA y 18 N°3 de la Ley N°20.600, debiéndose desestimar la alegación formulada por la SMA a este respecto.

2.2 Estándar de motivación exigido.

Centésimo vigésimo octavo Que, un aspecto discutido y transversal a las reclamaciones presentadas por la CMN SpA y las Sociedades Agrícola Dos Hermanos Limitada y Agrícola Santa Mónica Limitada, es la falta de fundamentación de que adolecerían las resoluciones exentas N°s 70 y 72, ambas de 2018, de la SMA.

Centésimo vigésimo noveno Que, en ese contexto, resulta imperioso para este Tribunal determinar el estándar de fundamentación que es exigido a los actos administrativos emanados de la potestad sancionatoria del Estado, para luego aplicarlas a las distintas ilegalidades invocadas por los reclamantes, de manera de determinar

si se cumple con aquel requisito de todo acto administrativo.

Centésimo trigésimo Que, a fin de verificar si una resolución dictada por la SMA en el marco de un procedimiento administrativo sancionador se encuentra debidamente fundada es indispensable acudir a la legislación que regula los actos de la Administración. Así, considerando que la Ley N° 20.417 no contempla reglas especiales acerca del contenido de las resoluciones dictadas por la autoridad del ramo, se debe recurrir de forma supletoria a las disposiciones de la Ley N°19.880, que desarrolla los principios destinados a asegurar un procedimiento administrativo racional y justo.

Centésimo trigésimo primero Que, en efecto, el art. 11 inciso segundo de la aludida Ley N°19.880, contiene la obligación de motivar o fundamentar explícitamente en el mismo acto administrativo la decisión, los hechos y los fundamentos de derecho que afecten los derechos de las personas, norma que se complementa con la disposición del art. 41, inciso cuarto, primera parte, que señala que "Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada". Al respecto se ha indicado que la motivación "[...] permite conocer la justificación del acto (el motivo) y, por tanto, facilita su control. La motivación también es una exigencia derivada de los principios de publicidad y transparencia, que son consustanciales al poder público: mediante el motivo la administración rinde cuenta de sus actos, esto es, de las razones por las que procede" (Valdivia, José Miguel, "Manual de Derecho Administrativo", Editorial Tirant Lo Blanc, Valencia, año 2018, p.222).

Centésimo trigésimo segundo Que, a ello cabe agregar que en aquellos casos que la ley señala expresamente que un decreto o resolución debe ser "fundado" o "motivado", contempla una exigencia particular de motivación. Así ocurre específicamente respecto de los actos de gravamen y aquellos que se pronuncian sobre impugnaciones administrativas. Además, se ha indicado que una resolución carece de fundamento "tanto cuando este se encuentre ausente como cuando la ausencia es parcial o son insuficientes los expresados, al igual que

al existir incoherencia interna, arbitrariedad e irrazonabilidad” (Mosquera Ruiz, Mario, Maturana Miguel, Cristián, “Los recursos procesales”, 2° edición, Ed. Jurídica, Santiago, año 2010, p.258).

Centésimo trigésimo tercero Que, así las cosas, la exigencia de motivación de los actos administrativos se relaciona directamente con el ejercicio de las potestades con las que está revestida la Administración, las que pueden ser regladas o discrecionales. En el caso de las primeras, toda la actuación previa al nacimiento de un determinado acto administrativo se encuentra prevista y determinada en la ley, por lo que la autoridad debe ceñirse estrictamente a ella, tanto al verificar los supuestos de hecho como en el procedimiento que determina la decisión, que está igualmente regulada en relación a la situación fáctica que la origina. En cambio, en el ejercicio de las facultades discrecionales, la Administración goza de cierto ámbito de libertad al momento de adoptar la decisión. Interesa destacar que, en este último caso, indudablemente concurren etapas regladas, toda vez que debe existir norma expresa que entregue a un órgano determinado la libertad para decidir, ante precisos supuestos de hecho (SCS Rol N°12.907-2018, considerando cuadragésimo quinto).

Centésimo trigésimo cuarto Que, en la línea de lo antes expuesto, como ha resuelto la jurisprudencia, tanto el ejercicio de la potestad reglada como la discrecional está sujeta a los límites que determina su control por parte de la judicatura. En efecto, no existe mayor discusión respecto del control que debe efectuarse del ejercicio de la facultad reglada. Sin embargo, existen discrepancias en cuanto al control que corresponde desplegar vinculado al ejercicio de la potestad discrecional.

Centésimo trigésimo quinto Que, más allá del debate doctrinario, se debe ser enfático en señalar que siempre es procedente el control jurisdiccional de los actos administrativos que tienen su origen en el ejercicio de una facultad de carácter discrecional por parte de la administración, toda vez que aquellos, como todo acto administrativo, deben cumplir con las exigencias previstas en la

ley, razón por la que se debe verificar la existencia de los elementos intrínsecos de todos los actos de tal naturaleza.

Así, no sólo se debe controlar la existencia de los supuestos de hecho que facultan el ejercicio de la potestad discrecional, sino que, además, se debe establecer si la decisión de la autoridad está revestida de fundamentos racionales. En efecto, tal materia puede y debe ser controlada por la judicatura en tanto exista un conflicto que ha sido puesto en su conocimiento, dado que la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad.

Centésimo trigésimo sexto Que, en ese mismo orden de ideas, la Excmá. Corte Suprema ha indicado que la exigencia de fundamentar una resolución implica que la autoridad debe indicar en su texto, de manera expresa, los motivos o razones que sirven de fundamento a la decisión que en ellos se adopta, siendo "[...] el fin de la fundamentación permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones" (SCS Rol N° 1.208-2009, 22 de abril de 2009). Dicha exigencia –sobre todo en resoluciones sancionatorias o en las que la autoridad decide no ejercer la potestad sancionadora– tiene por finalidad "[...] convencer a las partes sobre la justicia de la decisión, enseñarles el alcance de su contenido, facilitarles los recursos y otorgar un control más cómodo al tribunal que deba conocer de los eventuales recursos que puedan deducirse" (Segundo Tribunal Ambiental, sentencia de 3 marzo de 2014, causa Rol N° R-6-2013, considerando trigésimo tercero).

Centésimo trigésimo séptimo Que, asimismo, la Contraloría General de la República, por su parte, se ha pronunciado en diversos dictámenes sobre el deber de motivación de los actos administrativos, como exigencia del principio de juridicidad. Así, en dictámenes N°s 30.307, de 2004; 38.859, de 2006; 36.436, de 2010; 32.386, de 2013, entre otros, ha señalado que "[...] el principio de juridicidad –contenido en los artículos 6° y 7° de la referida Carta Fundamental y 2° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado–, coloca a esta última en la

necesidad jurídica de motivar sus actos, lo que conlleva la exigencia de que los mismos obedezcan a razones racionales, con sustento en el correspondiente marco legal, y no al mero capricho de la autoridad, pues, en tal caso, resultarían arbitrarios y, por ende, ilegítimos, debiendo las mismas consignarse en el instrumento de que se trate”.

Asimismo, en los dictámenes N°s 41.457, de 2010; 70.935, de 2011; 68.483, de 2012; entre otros, ha indicado que “[...] los actos administrativos que afecten los derechos de los particulares deben ser fundados, expresándose en ellos los antecedentes de hecho y de derecho que les sirven de sustento, de manera que la sola lectura de su contenido permita conocer cuál fue el raciocinio de la autoridad administrativa para la adopción de su decisión”. Además, esa Entidad de Control ha manifestado a través del dictamen N°7.453, de 2008, que “la exigencia de motivar algunos actos administrativos, expresando los hechos y sus fundamentos de derecho, se vincula tanto con los principios de imparcialidad y de probidad como con los de impugnabilidad de los actos administrativos y de transparencia de los procedimientos”.

Centésimo trigésimo octavo Que, en consecuencia, de acuerdo a lo anteriormente expuesto, estos sentenciadores consideran que una debida motivación por parte del Superintendente al momento de ejercer la potestad sancionatoria en materia ambiental -configurando, clasificando y sancionando las infracciones constatadas-, y al dar por cumplidas las medidas urgentes y transitorias decretados por la Res. Ex. N°477, de 2013, no puede satisfacerse en términos genéricos con referencias o suposiciones que puedan configurar los fundamentos de lo decidido, sin encontrarse debidamente acreditados, o una simple enunciación de la normativa aplicable sin efectuar un análisis de las circunstancias consideradas al momento de establecer la sanción específica.

Centésimo trigésimo noveno Que, así, la debida fundamentación exigida por este Tribunal se tendrá por cumplida, cuando la decisión del acto administrativo reclamado contenga un adecuado análisis y

ponderación de las distintas partes del expediente administrativo que le sirva de sustento, expresándose las razones y argumentos en que se sustentan los actos reclamados, en concordancia con la adecuada apreciación que en este caso la SMA debe efectuar de los antecedentes científicos y técnicos que obren en el expediente administrativo, los que según el art. 41 de la LOSMA, se valorarán conforme a las reglas de la sana crítica.

2.3 Resolución Exenta N°70, de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente.

Centésimo cuadragésimo Que, tal como se expuso en las consideraciones referentes a las alegaciones y defensas formuladas por las partes, uno de los actos reclamados por las sociedades Agrícola Dos Hermanos Limitada y Agrícola Santa Mónica Limitada, es la Res. Ex. N°70/2018, de la SMA, que dio por cumplidas las medidas urgentes y transitorias ordenadas a la CMN SpA en la Res. Ex. N°477/2013.

Centésimo cuadragésimo primero Que, para atender adecuadamente la controversia respecto al referido acto administrativo, es preciso, en primer lugar, determinar el contenido de las medidas urgentes y transitorias decretadas por la SMA en la referida Res. Ex. N°477, para posteriormente exponer las razones y fundamentos que sustentaron la decisión de la autoridad fiscalizadora.

Centésimo cuadragésimo segundo Que, en lo pertinente a lo reclamado por las Agrícolas, la Res. Ex. N°477, de 2013, de la SMA, en virtud de lo dispuesto en el art. 3° letra g) de la Ley N°20.417, y antecedentes contenidos en el expediente sancionatorio, adoptó la MUT consistente en: "1. Paralizar la totalidad de las actividades de la fase de construcción del proyecto mientras no ejecute el sistema de manejo de aguas en la forma prevista en la Resolución de Calificación Ambiental. El infractor deberá informar dentro del plazo de 10 días contados de la notificación de la presente resolución el cumplimiento de la presente medida, por medios que

permitan acreditar a esta Superintendencia su cumplimiento. Asimismo, deberá informar, en primer término, cada 3 meses el estado de avance de las obras y, en segundo término, la ejecución íntegra del sistema de manejo de aguas en la forma prevista en la RCA, dentro del plazo de 3 días desde su íntegra ejecución. En ambos casos deberá acompañar medios que permitan verificar lo informado”.

Centésimo cuadragésimo tercero Que, precisado lo anterior, resulta menester traer a colación lo expresado por la SMA respecto al cumplimiento de la medida antes transcrita en el acto reclamado, indicándose que se habría acreditado su cumplimiento mediante la Res. Ex. N°655, de 2013, aclarada mediante Res. Ex. N°810, de la misma anualidad, ambas de la SMA. Además, se habría remitido trimestralmente información, la cual fue analizada a través de diversos informes de fiscalización (DFZ-2013-6945-III-RCA-IA, DFZ-2014-60-III-RCA-IA, DFZ-2014-2418-III-RCA-IA y DFZ-2015-4112-III-RCA) de los cuales se extrae que las obras de construcción del proyecto se encuentran paralizadas, exceptuándose las obras de mantención necesarias para el seguimiento ambiental, no existiendo, además, cambios de importancia, en el periodo hasta el año 2015.

En cuanto a la situación existente en los años 2016 y 2017, el Memorandum N°13.658, de 2017, del Jefe de Departamento de Gestión de la Información, indica que no se observaron cambios significativos que respondan a la construcción de nuevas obras o faenas. Por consiguiente, la SMA sostuvo que, de acuerdo a lo anteriormente expuesto, es posible dar por acreditado el cumplimiento de la MUT de paralización, declarando cumplida lo ordenado en el numeral 1 del Resuelvo Segundo de la Res. Ex. N°477/2013.

Centésimo cuadragésimo cuarto Que, a continuación, corresponde resolver la controversia planteada por las Agrícolas reclamantes, concerniente a que no puede tenerse por cumplida la MUT antes referida, al no cumplirse la condición principal de haberse construido el sistema de manejo de aguas en la forma prevista en la RCA.

Centésimo cuadragésimo quinto Que, así las cosas, es pertinente analizar el contenido y alcance de la MUT singularizada en el número 1 del resuelvo segundo de la Res. Ex. N°477/2013, para efectos de determinar si el cumplimiento de la misma, está de acuerdo a lo ordenado por la SMA y, por ende, se encuentra debidamente fundamentado el acto reclamado.

Centésimo cuadragésimo sexto Que, de acuerdo a lo indicado, la MUT objeto del reclamo impone a CMN SpA el cumplimiento de 4 obligaciones, a saber: 1) Paralizar la totalidad de las actividades de la fase de construcción del proyecto, mientras no ejecute el sistema de manejo de aguas en la forma prevista en la RCA; 2) Informar dentro del plazo de 10 días contados de la notificación de la Res. Ex. N°477, de 2013, el cumplimiento de la medida antes indicada; 3) Informar cada 3 meses el estado de avance de las obras; y, 4) Informar la ejecución íntegra del sistema de manejo de aguas en la forma prevista en la RCA, dentro del plazo de 3 días desde su íntegra ejecución.

Centésimo cuadragésimo séptimo Que, respecto de la primera y segunda parte de la MUT decretada por la SMA, se advierte de la carta PL-120-2013 ingresada a la referida entidad fiscalizadora el día 7 de junio de 2013 por CMN SpA, que se procedió a la paralización total de las actividades de la fase de construcción del proyecto, “[...] por el tiempo que demore la correcta y completa implementación del Sistema de Manejo de Aguas”, acompañando para tal efecto una declaración jurada que da cuenta de aquellas obras sujetas a la paralización, a fin de acreditar el estricto cumplimiento de la mencionada restricción.

Centésimo cuadragésimo octavo Que, asimismo, la SMA en su Informe de Fiscalización DFZ-2013-6945-III-RCA-IA, relativo a la “Verificación de Conformidad en la Aplicación de Medidas Urgentes y Transitorias”, señala en el apartado de análisis de conformidad con la medida respecto a la paralización de actividades, que “[...] al décimo día hábil contado desde la notificación de la Resolución N°

477/2013, y mediante Carta PL-120/2013 de fecha 7 de junio de 2013 (Anexo 3), el titular remite declaración jurada y set fotográfico con coordenadas UTM y fecha de captura, para acreditar la paralización de la construcción de una serie de obras ubicadas en el Campamento Barriales, Sector Mina, Construcción Túnel, Plataformas temporales, Incinerador, entre otras”.

Centésimo cuadragésimo noveno Que, el referido informe concluye: “1. Las obras de construcción del proyecto se encuentran paralizadas, exceptuando las obras de mantención necesarias para el seguimiento ambiental. 2. El titular ha entregado toda la información solicitada por la SMA y dentro del plazo establecido. 3. La Fase 1 de obras transitorias se encuentra finalizada. 4. La Fase 2 de obras permanentes se encuentra en etapa de ingeniería y diseño, con un avance al 25 de noviembre de 2013 del 79.1% (actualizado) [...]”.

Centésimo quincuagésimo Que, resulta menester indicar que la Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, dictada en la causa R-6-2013, en relación a las MUT decretadas por la Res. Ex. N°477/2013, antes aludida, señala que “[...] sin embargo, en forma totalmente excepcional y en consideración al principio de conservación de los actos administrativos, regulado en el inciso segundo del artículo 13 de la Ley N°19.880, no anulará en estos autos la paralización decretada por la SMA. Especialmente se tiene presente para ello que, en forma muy inusual, al afectado por la paralización y en cuyo interés el legislador exige la autorización previa del Tribunal para imponerle ciertas medidas especialmente gravosas, no reclamó de esta. Por lo tanto, no puede el Tribunal suponer un perjuicio respecto de quien, pudiendo alegarlo, no lo hizo. Tampoco se ve perjuicio que la paralización podría provocar en los reclamantes, por el contrario, se podría asegurar que esta les beneficia, ya que el proyecto permanece paralizado mientras no se ejecute el sistema de manejo de aguas en la forma señalada en la RCA. Esta inactividad fue corroborada por el Tribunal en la visita inspectiva a las dependencias del proyecto Pascua Lama, el 5 de noviembre de 2013, donde se constató que las actividades de construcción del proyecto

se encontraban paralizadas, situación que este Tribunal estima, debe mantenerse" (considerando 139).

Centésimo quincuagésimo primero Que, de lo expresado precedentemente, y del análisis de la demás información aludida en el acto reclamado respecto de la situación del proyecto de Pascua Lama en el periodo 2013 a 2017, se advierte el efectivo cumplimiento de la medida en lo que dice relación a la primera y segunda parte de la medida decretada, según se describió en los considerandos centésimo cuadragésimo séptimo en adelante.

Centésimo quincuagésimo segundo Que, por otra parte, respecto al deber de informar cada tres meses el estado de avance de las obras, el acto reclamado se refiere en el punto 17 al plan de trabajo propuesto por CMN SpA -Fase 1 y Fase 2-, en los siguientes términos: "La implementación de dichas obras, así como su mantención y/o mejora, fueron informadas a través de informes trimestrales por CMNSpA, de acuerdo a lo establecido en la Resolución Sancionatoria. Dichos informes fueron evaluados por la División de Fiscalización y Sanción ("DFZ") de la SMA y sus resultados, tanto el examen de información como las inspecciones en terreno asociadas a dichas obras, se incluyeron en los Informes Fiscalización Ambiental ("IFA") que se señalan a continuación: [...]", precisando el contenido de los siguientes documentos, de acuerdo a las Cartas de la CMN SpA sobre el estado de obras incluidas en el IFA, a saber: DFZ-2013-6945-III-RCA-IA, DFZ-2014-60-III-RCA-IA, DFZ-204-2418-III-RCA-IA, DFZ-2015-398-III-RCA-IA, DFZ-2015-4112-III-RCA, DFZ-2016-768-III-RCA-IA. Además, en el punto N°18 del acto reclamado, se mencionan los informes remitidos trimestralmente por la empresa, desde febrero de 2015 a agosto de 2017.

Centésimo quincuagésimo tercero Que, así las cosas, es posible advertir que, en esta parte, de acuerdo con lo indicado por la SMA en el acto reclamado, así como de los antecedentes remitidos por CMN SpA, se ha dado cumplimiento a lo exigido por la SMA.

Centésimo quincuagésimo cuarto Que finalmente, respecto de la

parte N°4 de la medida decretada, consistente en el deber de informar la ejecución íntegra del sistema de manejo de aguas en la forma prevista en la RCA, dentro del plazo de tres días desde su íntegra ejecución, es necesario efectuar ciertas precisiones respecto al contenido de la obligación ambiental plasmada en los instrumentos de gestión ambiental que regulan el proyecto.

Centésimo quincuagésimo quinto Que, al respecto, la RCA N°24/2006, establece en el numeral 4.2, de los antecedentes generales del proyecto, específicamente, en su literal i), la regulación del "Sistema de Manejo de Aguas Ácidas del Río el Estrecho", distinguiendo en el sistema de manejo de aguas de contacto "SMAC", y no contacto "SMANC". Respecto al SMAC, el literal i.1) de la referida RCA, sostiene que "En el depósito de estériles los sistemas de recolección de aguas de contacto superficiales están diseñados para recolectar flujos de escorrentías e infiltraciones desde el depósito de estériles Nevada Norte y los drenajes desde el área de la mina que incluye el rajo y acopio de minerales de baja ley". Agrega el mismo literal, que las obras relacionadas al depósito de estériles son: a) Batería de pozos de bombeo operacionales constituidas por dos líneas, una activa y otra pasiva; b) pantalla cortafuga impermeable; c) pozos de bombeo de contingencia; d) 3 zanjas colectoras superficiales; e) 2 piscinas de acumulación de drenaje; f) sistema de impulsión y conducción de agua; g) planta de tratamiento de drenaje ácido (unidad de oxidación mediante aplicación de peróxido, unidad de neutralización y unidad de clarificación); h) Piscina de regulación o pulido del efluente; y, i) Planta de tratamiento de osmosis inversa. Por su parte, respecto al SMANC, el literal i.2) indica que se "[...] implementará un sistema de canales interceptores perimetrales para la etapa de operaciones, los cuales descargarán finalmente al río del Estrecho aguas abajo del botadero. Los canales norte y sur transportarán el caudal a quebradas naturales que descargan en la parte superior del río del Estrecho".

En concreto, las obras de este sistema consistirían en: a) Canal

interceptor perimetral superior Norte; b) Canal interceptor perimetral inferior Norte; y, c) Canal interceptor perimetral Sur.

Centésimo quincuagésimo sexto Que, así las cosas, de la Res. Ex. N°72/2018, se advierte que la SMA ha establecido que ciertas obras asociadas al sistema de manejo de aguas, a la fecha de esa resolución, no se habían ejecutado. Así, respecto a la infracción asociada al cargo N°23.4, relativo a no haber construido la unidad de oxidación mediante peróxido de hidrógeno en la Planta de Tratamiento de Drenaje Ácido, la citada resolución en los puntos N°3552 y siguientes, constata que aún no se ha construido la referida obra. Lo mismo ocurre respecto al cargo N°23.6, referido a la no construcción del sistema de evaporación forzada, del cual la SMA sostiene que aún perdura el incumplimiento a la fecha de la citada Res. Ex. N°72/2018, tal como constan en los puntos N°3856 y siguientes.

Centésimo quincuagésimo séptimo Que, de lo anterior y de la información existente en el procedimiento administrativo sancionatorio, se desprende que el sistema de manejo de aguas en la forma dispuesta en la RCA no se encuentra totalmente ejecutado, no habiéndose cumplido el supuesto material para dar cumplimiento a la obligación contenida en el N°1 de la MUT, esto es, informar la ejecución íntegra del referido sistema, dentro del plazo de tres días.

Centésimo quincuagésimo octavo Que, en efecto, considerando que subsiste el deber de CMN SpA de cumplir con la construcción del sistema de manejo de aguas ya señalado, y que por tanto no se ha cumplido con la obligación de "Informar la ejecución íntegra del sistema de manejo de aguas en la forma prevista en la RCA, dentro del plazo de 3 días desde su íntegra ejecución", estos sentenciadores estiman que no se dan los supuestos de hecho para tener por íntegramente cumplida con la MUT del numeral 1 del resuelto segundo de la Res. Ex. N°477, de 2013, por lo que se acogerá parcialmente la reclamación en este punto, tal como se expresará en la parte

resolutiva de la sentencia.

2.4 Decaimiento del procedimiento administrativo y la falta de oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionatorio.

Centésimo quincuagésimo noveno Que, a partir de las alegaciones formuladas por CMN SpA sobre la materia, tal como consta en los considerandos decimotercero y siguientes, estos sentenciadores estiman que la debida congruencia de lo que se resuelva impone la necesidad de pronunciarse respecto de un eventual decaimiento del procedimiento administrativo y, consecuentemente, de la falta de oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionatoria.

Centésimo sexagésimo Que, para el análisis de lo expuesto, es menester tener presente que, tanto la doctrina como la jurisprudencia administrativa y judicial han establecido, con carácter uniforme, que, salvo disposición en contrario, los plazos para la Administración no son fatales, por lo que su incumplimiento no acarrea la nulidad del acto. En efecto, la doctrina ha expresado que "[...] la regla general es que la Administración no está sujeta a plazos para cumplir sus obligaciones, aun cuando la Ley los fije determinadamente", y que "[...] los actos de ejecución extemporánea de dichas obligaciones son válidos" (Cordero Vega, Luis, "Lecciones de Derecho Administrativo", 2ª edición, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2015, p. 391-392).

Centésimo sexagésimo primero Que, por su parte, la Contraloría General de la República en reiterados dictámenes ha sostenido que los plazos para la Administración no tienen el carácter de fatales. Así, ha expresado que "[...] por regla general, la Administración puede cumplir válidamente sus actuaciones en una fecha posterior a la preestablecida, atendido que los plazos que la rigen no tienen el carácter de fatales, lo que debe entenderse sin perjuicio de la responsabilidad administrativa en que puedan incurrir los causantes de tal retardo" (Dictámenes N°s 34.291, 77.444 y 49.044, de 27 de

mayo de 2011, 13 de diciembre de 2012 y 2 de agosto de 2013, respectivamente).

Centésimo sexagésimo segundo Que, luego, considerando el punto reclamado, conviene realizar ciertas precisiones respecto del decaimiento del acto administrativo, que según ha señalado la Corte Suprema, "[...]corresponde a su extinción provocada por circunstancias sobrevinientes de hecho o de derecho, que afectan su contenido jurídico tornándolo inútil o abiertamente ilegítimo" (Rol N°38340-2016, considerando décimo quinto).

Centésimo sexagésimo tercero Que, en esa misma línea, la doctrina ha señalado que la figura del decaimiento exige determinados presupuestos: (a) la existencia de un acto administrativo, esencialmente terminal; (b) la concurrencia de una circunstancia sobreviniente, que puede ser: (i) de carácter fáctico, que afecta la existencia del supuesto de hecho que habilita para la dictación del acto; (ii) que afecte el objeto sobre el cual produce sus efectos el acto administrativo; (iii) de carácter jurídico, es decir, una alteración sobrevinida a la regulación de los efectos del acto, sea que lo derogue o que lo modifique sustantivamente. "En otros términos, el decaimiento se hace cargo del hecho de que ilegitimidades sobrevinientes pueden afectar la legalidad de un acto administrativo, pero dado que en su origen éste es ajustado a derecho (porque es en ese momento en donde se deben analizar los vicios del acto), el sistema legal ocupa el decaimiento para, sin cuestionar la legalidad ex post, considerar que los efectos del acto no se pueden sostener, ya que los presupuestos reglados del acto administrativo (supuesto de hecho, objeto y obligaciones) han desaparecido o se han alterado sustancialmente por una regulación posterior". (Cordero Vega, Luis, op. cit p. 303-304).

Centésimo sexagésimo cuarto Que, respecto a lo anterior, la Corte Suprema ha resuelto que "[...]el decaimiento del acto administrativo resulta procedente solamente en los casos en que se afecta el contenido jurídico del acto por circunstancias sobrevinientes, que

provocan que sus efectos ya no puedan sostenerse, al haber desaparecido los presupuestos reglados del acto administrativo, o por su alteración sustancial debido a una regulación posterior. En el ámbito del procedimiento administrativo sancionador se ha señalado que para que se esté frente a un procedimiento racional y justo, la resolución que lo concluye debe ser oportuna. Para asentar tales decisiones se ha considerado especialmente el principio de la eficacia y eficiencia administrativa, consagrado en diversas disposiciones de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado" (Rol 38340-2016, considerando décimo quinto).

Centésimo sexagésimo quinto Que, en concreto, a partir de lo dispuesto en los art. 3° inciso segundo, 11 de la Ley N°18.575, 7°, 8° y 14 de la Ley N°19.880, se ha construido por la jurisprudencia el "decaimiento del procedimiento administrativo sancionatorio", esto es, su extinción y pérdida de eficacia, que se ha aplicado al constatar el transcurso de un tiempo excesivo para la declaración de responsabilidad y la consecuente decisión terminal sobre la imposición de una sanción.

Centésimo sexagésimo sexto Que, en la búsqueda de un criterio rector para dar por establecido el decaimiento del procedimiento administrativo por el transcurso del tiempo, se suele considerar como referencia los plazos que el derecho administrativo contempla para situaciones que puedan asimilarse. Así, si de acuerdo a lo dispuesto en el art. 53 inciso primero de la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos el plazo que tiene la Administración para invalidar sus actos administrativos es de dos años, resulta válido sostener que si transcurre un lapso de tiempo superior entre el inicio y término del procedimiento, injustificado, produce el decaimiento del procedimiento administrativo y la extinción del acto administrativo sancionatorio, perdiendo por lo tanto su eficacia, pues tal demora en la decisión afecta el contenido jurídico del procedimiento administrativo transformándolo abiertamente en ilegítimo.

Centésimo sexagésimo séptimo Que, asimismo, se ha consignado como una razón adicional para asentar el decaimiento, que el objeto jurídico del acto administrativo -en este caso la imposición de una sanción-, se torna inútil por el tiempo excesivo transcurrido, puesto que aquella tiene principalmente una finalidad preventivo-represora. En efecto, con ella se persigue el desaliento de futuras conductas ilícitas similares, buscando reprimir la conducta contraria a derecho y restablecer el orden jurídico previamente quebrantado por la acción del transgresor. En este mismo sentido, conviene puntualizar que no cualquier dilación en la dictación del respectivo acto administrativo conlleva el decaimiento del mismo, sino que sólo la amerita aquella que es excesiva e injustificada.

Centésimo sexagésimo octavo Que, habiéndose precisado lo anterior, es necesario dilucidar, conforme a los antecedentes que constan en el procedimiento administrativo sancionador, si existió una dilación excesiva o injustificada en la dictación del acto administrativo reclamado, que haga aplicable el decaimiento del procedimiento administrativo sancionador seguido ante la CMN SpA.

Centésimo sexagésimo noveno Que, en efecto, del expediente administrativo que sirve de sustento al acto reclamado se desprenden las siguientes actuaciones de la SMA.

1. A través de la Res. Ex. N°105, de fecha 31 de enero de 2013, la SMA rechazó la autodenuncia presentada por la CMN SpA el día 22 del mismo mes y año.
2. Mediante el oficio Ord. U.I.P.S. N°58 de fecha 27 de marzo de 2013, del Fiscal Instructor de la Unidad de Instrucción de Procedimientos Sancionatorios de la SMA, se formularon cargos a CMN SpA, en procedimiento sancionatorio A-002-2013.
3. Con fecha 24 de mayo de 2013, la SMA dictó la Res. Ex. N°477, por medio de la cual puso término al procedimiento sancionatorio antes referido, aplicando diversas sanciones de multa a la CMN SpA.
4. Con motivo de la sentencia dictada por el Segundo Tribunal

Ambiental en la causa R-6-2013, que acogió las reclamaciones interpuestas en aquellos autos, la SMA, mediante la Res. Ex. N°696, de fecha 22 de abril de 2015, ordenó la reapertura del procedimiento sancionatorio A-002-2013.

5. Con la misma fecha anterior, la SMA abrió un nuevo procedimiento sancionatorio en contra de la CMN SpA (D-001-2015), a través de la Res. Ex. N°1, de 2015, del Fiscal Instructor de la División de Sanción y Cumplimiento de la SMA.

6. Con fecha 24 de junio de 2015, la SMA rechazó el programa de cumplimiento presentado por la CMN SpA en relación con los cargos del procedimiento indicado precedentemente. A su vez, ante el recurso de reposición interpuesto por CMN SpA en contra de la resolución indicada precedentemente, con fecha 24 de julio de 2015, la jefa de la División de Sanción y Cumplimiento de la SMA rechazó el recurso referido a través de la Res. Ex. N°11, de esa fecha. Asimismo, con fecha 31 de julio de 2015, el Superintendente de la Entidad Fiscalizadora rechazó por improcedente el recurso jerárquico igualmente interpuesto, según en la Res. Ex. N°629, de esa fecha y origen.

7. El 17 de diciembre de 2015, a través de la Res. Ex. N°1191 de 2015, el Fiscal Instructor decretó un término probatorio en el procedimiento sancionatorio A-002-2013, fijando puntos de prueba y se dispusieron diligencias probatorias.

8. Con fecha 12 de enero de 2016, a través de la Res. Ex. N°13 de 2016, el Fiscal Instructor del Procedimiento D-001-2015, tuvo presente los descargos formulados por la CMN SpA, y en otras materias, decretó la diligencia probatoria de Inspección Personal de la Faena.

9. A través de la Res. Ex. N°21 de fecha 8 de junio de 2016, la Fiscal Instructor del procedimiento D-11-2015, ordenó la acumulación de ese procedimiento al A-002-2013.

10. A través de la Res. Ex. N°1081 de 21 de noviembre de 2016, el

Fiscal Instructor del procedimiento A-002-2013 (acum. D-011-2015), solicitó información a CMN SpA, e incorporó documentación que indica, entre otras materias.

11. Con fecha 7 de diciembre de 2017, mediante la Res. Ex. N°1456, el Fiscal Instructor del antes aludido procedimiento acumulado, resolvió, entre otros puntos, tener por cerrada la investigación.

12. Con fecha 28 de diciembre de 2017 se deja en el expediente administrativo el Dictamen del Fiscal Instructor del procedimiento sancionatorio seguido en contra de CMN SpA.

13. Mediante la Res. Ex. N°72 de fecha 17 de enero de 2018, el Superintendente de Medio Ambiente procedió a poner término al procedimiento sancionatorio A-002-2013 (acum. D-011-2015), por medio de la cual se aplican diversas sanciones a CMN SpA.

Centésimo septuagésimo Que, es preciso dejar asentado, que los actos administrativos consignados precedentemente son algunos de los que constan en el expediente administrativo, y que sirven de sustento a la Res. Ex. N°72/2018, reclamada en autos, ya que existen otras actuaciones de la SMA a través de la cual solicitó información a CMN SpA, tuvo presente documentación de ese titular como de terceros, otorgó ampliaciones de plazo, entre otras.

Centésimo septuagésimo primero Que, según se desprende de lo expuesto en el considerando precedente y demás antecedentes existentes en el expediente administrativo, se advierte que no se cumple uno de los supuestos esenciales para que proceda la aplicación del decaimiento, esto es, la demora excesiva e injustificada por parte del Organismo Sancionador en la dictación del acto de término, puesto que el proceso sancionatorio en estudio ha tenido una continuación legal donde constantemente se requirió la intervención de la SMA, no advirtiendo actuaciones dilatorias por parte de ésta en el transcurso de aquél. Incluso más, es posible constatar que CMN SpA tuvo una activa participación en dicho procedimiento, acompañando antecedentes y ejerciendo sus derechos, a través de recursos administrativos, presentación de observaciones, así como

solicitando ampliaciones de plazo.

Centésimo septuagésimo segundo Que, asimismo, de los antecedentes expuestos precedentemente y del tenor de la resolución impugnada en autos, no se advierte que haya existido una falta de oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionatoria, puesto que el procedimiento iniciado por la SMA con la formulación de cargos en el año 2013 (A-002-2013), tuvo una resolución de término que fue reclamada judicialmente, culminando con una sentencia del Segundo Tribunal Ambiental del año 2015, cuestión que originó un nuevo procedimiento (D-011-2015), existiendo un constante ejercicio de la función fiscalizadora por parte de la SMA, y como consecuencia de ello, de la potestad sancionatoria de ese órgano. De esos procedimientos, se desprende que existió un total de 33 cargos imputados a CMN SpA, con una gran cantidad de antecedentes a ponderar, de tal forma que no se vislumbra que haya existido un actuar destinado a dilatar el procedimiento, que haga inoportuna la aplicación de diversas sanciones a la CMN SpA.

Centésimo septuagésimo tercero Que, por otra parte, respecto a la alegación de falta de oportunidad e inutilidad de las sanciones de clausura, ésta se fundaría, según CMN SpA, en lo sostenido por la SMA al tiempo de emitir su informe ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en el recurso de protección Rol N°4147-2016, en el que se reconocería una conducta posterior conforme a la normativa vigente de la empresa.

Centésimo septuagésimo cuarto Que, al respecto, debe precisarse que el referido recurso, tal como lo consignó esa Corte en el considerando decimoctavo de su Sentencia, se refiere a "[...] lo ocurrido en el proyecto Pascua Lama a fines de mayo y comienzos de junio de 2016" lo que supuestamente habría afectado la calidad de las aguas de la cuenca del río Huasco. Asimismo, del informe evacuado en esa causa el día 12 de enero de 2017, consta que la SMA se pronunció, específicamente, solo en relación a los hechos relacionadas con las avalanchas y su relación con el proyecto Pascua-

Lama, que era el objeto específico de la referida acción cautelar, por lo que no se observa elemento alguno de lo alegado por la empresa y su relación con las sanciones de clausura, para sostener una eventual conducta positiva posterior.

Centésimo septuagésimo quinto Que, por lo razonado precedentemente, estos sentenciadores estiman que no se configuran los supuestos que hacen procedente la aplicación del decaimiento del acto administrativo reclamado, así como una supuesta falta de oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionatoria en el caso de autos -ello sin perjuicio de lo que se dirá respecto de las reclamaciones relativas a las sanciones de clausura-, por lo que deben rechazarse las alegaciones formuladas a este respecto por CMN SpA.

2.5 De la supuesta infracción al principio *non bis in ídem*.

Centésimo septuagésimo sexto Que, otro de los aspectos reclamados por CMN SpA y que resulta relevante resolver en esta primera parte de la sentencia -cuestión que es condicionante para el análisis de las distintas infracciones reclamadas-, es la supuesta vulneración al principio *non bis in ídem*, tal como se expuso en los considerandos decimoséptimo y siguientes.

Centésimo septuagésimo séptimo Que, en efecto, según sostuvo el reclamante, la infracción se configuraría al haberse negado la SMA a establecer alguna forma de agregación de infracciones en los casos que se indica, alegación que estructura sobre la base de cuatro sub-alegaciones, que son: a) Aplicación equivocada de los conceptos de "fundamento jurídico" y "hecho" para desconocer la aplicación del principio invocado; b) El Segundo Tribunal Ambiental no ha ordenado a la SMA ninguna actuación respecto a la selección de las conductas que imputa; c) La SMA debió agrupar los cargos de manera de evitar sanciones redundantes y desproporcionadas; y, d) Se infringiría lo dispuesto en el art. 60 de la LOSMA, la motivación del acto

administrativo y la necesaria proporción de la sanción.

Centésimo septuagésimo octavo Que, previo al análisis y resolución de la presente controversia, es pertinente traer a colación el inciso segundo del art. 60 de la LOSMA, que dispone que "En ningún caso se podrá aplicar al infractor, por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, dos o más sanciones administrativas", norma que de acuerdo con la historia legislativa tuvo por finalidad establecer el denominado principio *non bis in ídem* (Historia de la Ley N°20.417, p. 131, 174 y 1651).

Centésimo septuagésimo noveno Que, en su versión sustancial, es relevante para el presente caso señalar que el principio consiste en la "[...] prohibición de sancionar simultánea o sucesivamente dos o más veces por un mismo hecho, cuando las normas sancionatorias posean un mismo fundamento o base racional" (Gómez Tomillo, M. y Sanz Rubiales, I., Derecho Administrativo Sancionador. Parte General, 3ª ed., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, p. 212), cerrando con ello la posibilidad de aplicar dos sanciones administrativas en las condiciones expresadas. Es decir, un mismo hecho no puede ser sancionado mediante la aplicación de dos normas que configuran más de una infracción, si éstas tienen un mismo fundamento. A *contrario sensu*, si los hechos o el fundamento son diferentes, no solo no hay impedimento para aplicar las dos sanciones, sino que necesariamente ellas deben ser aplicadas.

Centésimo octogésimo Que, asimismo, en la doctrina nacional, específicamente en materia penal, se ha señalado que "el principio *ne bis in ídem* está constituido por la prohibición de que una misma persona sea juzgada y/o sancionada dos veces por un mismo hecho. [...] En tanto estándar de adjudicación, el principio *ne bis in ídem* se traduce en una prohibición de consideración o valoración múltiple de un mismo hecho, o más técnicamente: de una misma circunstancia o aspecto (de uno o más hechos) en la fundamentación judicial de la sanción a ser impuesta sobre una misma persona" (Mañalich Raffo, Juan Pablo, "El principio de *ne bis in ídem* en el Derecho Penal

Chileno", Revista de Estudios de la Justicia, N°15, año 2011, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 140). A mayor abundamiento, el profesor Mañalich agrega que "el principio ne bis in ídem, no representa más que una concreción de la prohibición de exceso que se deriva del principio (general) de proporcionalidad: considerar dos veces un mismo hecho o más exactamente, la misma propiedad de un hecho para fundamentar o agravar la sanción a ser impuesta sobre una persona, constituye una contravención de esa prohibición de exceso." (Ibídem, p. 142-143).

Centésimo octogésimo primero Que, el Tribunal Constitucional ha señalado que "[...] la prohibición de non bis in ídem tiene como destinatario de referencia normativa fundamental al juez sentenciador que, en el caso concreto, debe resolver si es que en un hecho sometido a un procedimiento radicado en su competencia ya ha sido juzgado, siguiendo la regla clásica de coincidencia de sujetos, hechos y fundamento, o si el comportamiento que ha de ser juzgado se describe y sanciona en diversas disposiciones sin fundamento para ello (prohibición doble valoración)". (rol N°2108-2011, considerando 13°).

Centésimo octogésimo segundo Que, por su parte, la Excelentísima Corte Suprema ha indicado que "[...] uno de los límites al ius puniendi estatal lo constituye el principio de non bis in ídem, que en términos generales, puede identificarse con la prohibición de juzgamiento y punición múltiple a un mismo sujeto, sobre la base de un mismo hecho y fundamentos, limitación que esta Corte ha reconocido, en cuanto estándar limitador ante situaciones en que es posible identificar una manifestación punitiva o sancionadora por parte de la Administración, la que en vista del fin perseguido por la prohibición de doble juzgamiento y punición, pudiera entrar en conflicto con alguna otra manifestación sancionadora concurrente de otros castigos administrativos conforme a la dispersión de normas y procedimientos que podrían inducir una falta al principio invocado. La dilucidación a esta conjetura, pasará en consecuencia, por determinar la efectiva concurrencia de una sanción de carácter

administrativo, por lo que será menester esclarecer –según se expresó– que frente a un determinado caso, se está frente a una misma situación y el anterior presupuesto concurre cuando la pretensión punitiva (acción u omisión que debe ser corregida por infringir la normativa medioambiental de obligaciones dispuestas o validadas por la autoridad sectorial) sea castigar en más de una oportunidad al mismo sujeto, por el mismo hecho y bajo el mismo fundamento” (Rol N°24422-2016, considerando 4°).

Además, la misma sentencia indica que “el principio non bis in ídem tiene aplicación en el campo del derecho administrativo, aunque presentará ciertos matices propios que lo particularizan con motivo de la existencia de competencias sectoriales que corresponde ejercer a diversos tipos de organismos de fiscalización en sus ámbitos de funcionamiento; de ahí que se exija para su debida aplicación que exista aquella triple identidad que debe darse respecto de los antecedentes de hecho que correspondan, de los sujetos que intervienen y de los fundamentos en que se inspiran (sentencia de esta Corte Rol N° 1823-2015 de fecha 25 de mayo de 2015)” (Considerando 5°).

Centésimo octogésimo tercero Que, en efecto, la doctrina y jurisprudencia son contestes que para que exista una vulneración al principio en estudio, es necesaria la concurrencia de los elementos de la triple identidad, esto es, la identidad de sujeto, de hecho y de fundamento jurídico.

Centésimo octogésimo cuarto Que, así las cosas, respecto a la identidad de sujeto, se ha indicado que “si se trata de una persona natural no hay mayores complejidades puesto que se exige que sea la misma persona física, [...] el problema se presenta cuando se trata de personas jurídicas y, en particular, con las personas naturales que actúan por ellas”; tratándose de la identidad objetiva, de hecho o fáctica “importa la configuración efectiva o práctica de una acción u omisión susceptible de ser encasillada en una descripción legal típica”; y, en cuanto a la identidad de fundamento punitivo se indica

que "busca determinar si las normas concurrentes protegen o no un mismo bien jurídico" (Gómez González, Rosa, "El Non bis in ídem en el Derecho Administrativo Sancionador. Revisión de sus alcances en la Jurisprudencia Administrativa", Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIX, Valparaíso, Chile, 2° Semestre de 2017, p.114 -115).

Centésimo octogésimo quinto Que, por su parte, al resolver la controversia asociada al concurso infraccional, el Segundo Tribunal Ambiental, en la parte que incide en la presente controversia sostuvo en el considerando sexagésimo segundo que "[...]rechazará la alegación realizada por la parte reclamada en cuanto a sancionar los trece incumplimientos a la RCA como una sola infracción, considerando sólo uno de ellos para la calificación y los doce restantes como agravantes, en atención a los siguientes criterios: 1. La regla general en el sistema sancionatorio establecido en la LOSMA es que cada infracción sea sancionada independientemente, a menos que exista norma expresa que establezca una especial forma de sanción". Agregó que "6. [...] debe descartarse toda forma especial de sanción relacionada con considerar el número de infracciones como una agravante, por cuanto tampoco existe norma expresa en ese sentido y no pueden utilizarse las disposiciones del Código Penal referidas a los efectos de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en la determinación de las sanciones. 7. En definitiva, lo que existe respecto a los incumplimientos a la RCA, son al menos trece infracciones al tipo contenido en el artículo 35 letra a), independientes unas de otras, que deberán ser calificadas y sancionadas en forma separada por la SMA".

Centésimo octogésimo sexto Que, se agrega en el considerando siguiente, que "[...] en consecuencia, la SMA incurrió en ilegalidad al sancionar los trece incumplimientos a la RCA como una sola infracción y considerar el número de incumplimientos como agravante, por lo que deberá, al dictar la nueva resolución, proceder a sancionar cada uno de los incumplimientos en forma independiente, realizando la calificación de cada uno de ellos conforme al artículo

36 de la LOSMA y determinar, conforme a los criterios del artículo 40, cuál es la sanción correspondiente, de acuerdo a una debida fundamentación". Finalmente, en el considerando sexagésimo cuarto señala que "[...] de acuerdo a los argumentos señalados precedentemente, la SMA deberá proceder de la misma forma respecto de, a lo menos, los seis incumplimientos a la Resolución Exenta N° 107, ya que también se les sancionó como una sola infracción por aplicación del denominado 'concurso infraccional', calificado como improcedente por este Tribunal".

Centésimo octogésimo séptimo Que, conforme a lo anterior, se desprende que el mandato del Segundo Tribunal Ambiental a la SMA dice relación con sancionar en forma individual los incumplimientos asociados al procedimiento administrativo sancionador A-002-2013, calificando cada uno de ellos conforme al art. 36 de la LOSMA, y determinar su sanción conforme al art. 40 del mismo cuerpo legal.

Centésimo octogésimo octavo Que, efectuadas las precisiones anteriores, es menester abordar la discusión planteada por CMN SpA, referente a las distintas subalegaciones que configurarían una infracción al principio del *non bis in idem*.

a) Sobre la supuesta aplicación equivocada de los conceptos de fundamento "jurídico" y de "hecho".

Centésimo octogésimo noveno Que, al respecto, la Res. Ex. N°72 de 2018, señala que "[...] el requisito 'fundamento jurídico' tiene un doble carácter, por un lado, debe considerar el bien jurídico o interés tutelado, entendiendo como componente ambiental atingente a los hechos que se analizan, y por otro debe integrar el fundamento normativo, expresado en las obligaciones concretas que imponen los instrumentos de gestión ambiental y normas. Necesitándose en definitiva, para analizar si dos o más cargos formulados por la propia SMA guardan el mismo fundamento jurídico, en términos del artículo 60 de la LO-SMA que (a) se determine el componente ambiental vulnerado y (b) las normas, condiciones y medidas del instrumento de

gestión ambiental" (considerando 2463); y tratándose de la identidad de hecho, la SMA "[...] estima necesario establecer, para evidenciar la no concurrencia de la violación del principio non bis in ídem, es que los hechos respecto de los cuales se formularon cargos mediante el Ordinario U.I.P.S. N° 58/2013, son diferentes entre sí y pueden configurarse unos respecto de otros de forma independiente, en atención a diferentes criterios a tratar en cada cargo en particular. Así, un criterio es el geográfico, es decir que, analizado los antecedentes recopilados, ciertos cargos comparten efectivamente el sujeto y el fundamento, pero no el mismo hecho, al situarse las obras de cada cargo en zonas diferentes del proyecto, en lugares distintos. A su vez ciertos cargos son diferentes según un criterio temporal al ser las obras construidos en momentos distintos. Por último, ciertos cargos son diferentes hechos dado que, estructuralmente las obras cumplen roles distintos" (considerando 2465).

Centésimo nonagésimo Que, en efecto, 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" (Alarcón Sotomayor, Lucía. "El *non bis in ídem* como principio general del Derecho Administrativo". En: "Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo", 1ª edición, Editorial La Ley, Madrid, 2010, p. 399).

Centésimo nonagésimo primero Que, así las cosas, no debe perderse de vista que las RCAs son actos administrativos complejos, ya que el contenido técnico que sustenta el cumplimiento de la normativa ambiental -y que sirve de fundamento a las distintas obligaciones ambientales que de ella surgen-, emana de las distintas partes del proceso de evaluación, donde se incluyen las presentaciones del titular y los pronunciamientos y observaciones del órgano evaluador y de los distintos órganos de la Administración del Estado con

competencia ambiental.

Centésimo nonagésimo segundo Que, en efecto, a diferencia de lo sostenido por lo reclamante, las partes de un sistema pueden dar lugar a infracciones independientes, puesto que el objetivo con que cada una se concibe en una evaluación ambiental, tiene un determinado fin, y entenderlo de otra forma, generaría un incentivo perverso para los administrados, de incumplir partes de una RCA bajo la lógica de una sola infracción, lo que pondría en serio riesgo la tutela de los bienes jurídicos protegidos por la legislación ambiental.

Centésimo nonagésimo tercero Que, estos sentenciadores, a partir de la forma en como se ha considerado el fundamento de hecho en la Res. Ex. N°72/2018, y que guarda armonía con la descripción de hechos referentes a la formulación de cargos materializada en el Oficio Ord. U.I.P.S. N°58, de 2013, advierten que ha existido una adecuada consideración de este elemento, no resultando artificiosa, errada ni ajena al instrumento de gestión ambiental fiscalizado, lo que se encuentra debidamente fundamentada en la resolución sancionatoria.

Centésimo nonagésimo cuarto Que, por su parte, respecto a la aplicación del fundamento jurídico, es posible advertir que, si bien todas las infracciones imputadas a CMN SpA tienen el mismo bien jurídico protegido, esto es, la protección del medio ambiente, no debe perderse de vista que ese es el mismo bien jurídico protegido en toda la normativa ambiental. Sin embargo, cada norma ambiental -entendida en su sentido más amplio-, tiene además un fundamento jurídico concreto y específico que constituye la razón que motiva su existencia, y que, en definitiva, viene a tutelar las distintas manifestaciones del medio ambiente, conforme lo define el art. 2° letra ll) de la Ley N°19.300.

Lo anterior permite concluir que el fundamento jurídico va a tener una estrecha relación con el contenido sustantivo de la norma, y en el caso de las RCAs, se va a relacionar con el origen de la obligación ambiental que se impone al titular del proyecto, ya que una obligación por específica que sea tiene un fundamento concreto de

protección, lo que, en definitiva, debe ser tutelado. De esta forma, no se advierte error ni ilegalidad alguna en la resolución reclamada al determinar la identidad de fundamento jurídico de los distintos cargos sancionados.

Centésimo nonagésimo quinto Que, en consecuencia, estos sentenciadores advierten que los conceptos de fundamento de hecho y de derecho han sido correctamente entendidos por la SMA, encontrándose debidamente razonado, tanto en los hechos como en el derecho, por lo que no se vislumbra que tal aplicación conceptual determinada por la SMA constituya una ilegalidad, cuestión que aún más, guarda armonía como el mandato del Segundo Tribunal Ambiental -antes expuesto-, al considerar cada hecho en forma individual, tal como ha quedado de manifiesto en el acto reclamado, por lo que debe rechazarse esta sub-alegación de la CMN SpA.

b) Respecto a lo resuelto por el Segundo Tribunal Ambiental en cuanto a la selección de las conductas que imputa.

Centésimo nonagésimo sexto Que, otro de los aspectos alegados por CMN SpA se relaciona con el argumento sostenido por la SMA para negar la posibilidad de acumular las infracciones imputadas, el que se basaría en las instrucciones impartidas por el Segundo Tribunal Ambiental, en la causa Rol R-6-2013, cuestión que no sería posible a partir del art. 30 de la Ley N°20.600, y que, además, no sería lo ordenado por el referido órgano jurisdiccional.

Centésimo nonagésimo séptimo Que, tal como se indicó en los considerandos previos a la resolución de las alegaciones específicas de este apartado, la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental constató ciertas ilegalidades y fijó ciertas directrices en relación a los cargos asociados al procedimiento A-002-2013, dentro de las cuales se encuentra la de "[...] sancionar cada uno de los incumplimiento en forma independiente, realizando la calificación de cada uno de ellos conforme al artículo 36 de la LOSMA y determinar, conforme a los criterios del artículo 40, cuál es la sanción

correspondiente, de acuerdo a una debida fundamentación" (considerando sexagésimo segundo).

Centésimo nonagésimo octavo Que, al encontrarse firme dicha sentencia, a este Tribunal no le corresponde discutir lo resuelto en ella, sino constatar que la SMA haya dado cumplimiento a lo allí ordenado, teniendo presente el resguardo de las garantías propias del debido proceso, como del principio *non bis in ídem*, respecto a los hechos sancionados.

Centésimo nonagésimo noveno Que, tal actuar consta en la Res. Ex. N°72, de la SMA, al señalarse que "[...] esta Superintendencia, en virtud del deber de fundamentación de todo acto administrativo, debe incorporar lo ordenado por el Ilte. Tribunal Ambiental en materia de concurso y armonizar tales mandatos judiciales, con lo planteado por interesados en el presente procedimiento, respecto del principio de *non bis in ídem*. Para lo anterior, resulta de todos modos necesario, delimitar el sentido y alcance del referido principio en el caso específico" (considerando 2417).

Ducentésimo Que, asimismo, se advierte del análisis de la resolución reclamada que la SMA destina un capítulo sobre la aplicación del principio *non bis in ídem* y el concurso infraccional en el procedimiento administrativo sancionador, a partir de los puntos N°s 2417 y siguientes, así como para cada uno de los cargos a que se refiere el Ordinario U.I.P.S. N°58/2013.

Ducentésimo primero Que, CMN alegó que la SMA habría infringido el art. 30 de la Ley N°20.600 al seguir lo ordenado por la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental. Al respecto, estos sentenciadores comparten lo establecido por el Ente Fiscalizador en el acto reclamado, al señalar que "[...] este servicio tiene, en virtud de la ley, reconocido por el Tribunal Ambiental y con sustento en la doctrina, un margen dentro del cual es posible la decisión autónoma de determinados aspectos en el ejercicio de la potestad sancionadora. Dicho margen está delimitado por la Constitución, la ley y los principios generales del derecho. Fuera de dicho margen la actividad

de esta Superintendencia deviene en arbitrariedad. Dentro del margen, sin embargo, la SMA encuentra un espacio de decisión basado en antecedentes y argumentos en variados aspectos, uno de las cuales corresponde a la determinación de la sanción o la absolución respecto de los precisos cargos formulados, la posibilidad de reformular cargos ante la evidencia de nuevos hechos constitutivos de la infracción, la de decretar diligencias probatorias y medidas, otorgar plazos, resolver recursos, clasificar infracciones, considerar circunstancias del art. 40 de la LO-SMA y determinar la sanción particular al caso. De esta forma, y, en definitiva, la alegación de la empresa en orden a argumentar que el Tribunal ha invadido ámbitos de discrecionalidad de este servicio debe ser descartadas, por todo lo indicado anteriormente" (considerando 2411).

Ducentésimo segundo Que, agrega, que "[...] entendiendo que la alegación de CMN SpA está atacando la sentencia del Tribunal, en tanto indica que el fallo ha afectado gravemente la discrecionalidad administrativa de la SMA, con infracción al art. 30, se corresponde con una argumentación que debió haberse alegado en sede de casación, impugnando la sentencia del tribunal, no siendo esta sede administrativa la instancia para realizar alegaciones de este tipo. Por tanto, la sentencia del Tribunal debe leerse y cumplirse teniendo en cuenta el margen de discrecionalidad que tiene esta Superintendencia por mandato legal, en los ámbitos ya mencionados, dentro del procedimiento sancionatorio, con el resguardo del bien jurídico protegido y las garantías de los interesados".

Ducentésimo tercero Que, en efecto, considerando el mandato del Segundo Tribunal Ambiental, y el actuar de la SMA con relación a la verificación de no afectación del principio *non bis in ídem*, además de lo expuesto en la sub-alegación precedente, estos sentenciadores no advierten que se haya efectuado una errada apreciación de lo resuelto por el aludido órgano jurisdiccional, ni se haya afectado lo dispuesto en el art. 30 de la Ley N°20.600.

Ducentésimo cuarto Que, sin perjuicio de ello, es pertinente aclarar que la configuración y clasificación de las infracciones tienen un carácter eminentemente técnico-jurídico, en que el Organismo Fiscalizador debe encuadrar la situación fáctica con el tipo infraccional, conforme a lo previsto en los artículos 35 y 38 de la Ley N°20.417, constituyendo una competencia reglada para la SMA. De esta forma, mal puede entenderse que dicho ejercicio sea únicamente de "contenido discrecional".

Ducentésimo quinto Que, tal razonamiento encuentra asidero en nuestra doctrina, al señalarse que "la labor de subsunción es doble, en primer lugar, por la constatación de los hechos infraccionales y luego por la determinación de las circunstancias que permiten graduar el tipo de infracción. En esta labor no existe margen de discrecionalidad para la Administración del Estado, sino que deberá aplicar los conceptos jurídicos indeterminados que, sobre todo, se contienen en el art. 36 LOSMA. Esta labor resultará capital, ya que al fijar uno de dichos conceptos, la actuación administrativa, al momento de determinar la infracción administrativa ambiental, podrá ser controlado por la vía de la errónea apreciación de los hechos" (Bermúdez Soto, Jorge (2014), ob. Cit. p. 482).

Ducentésimo sexto Que, así las cosas, no advirtiéndose ilegalidad en el actuar de la SMA en relación al punto reclamado, este Tribunal rechazará la sub-alegación formulada por la CMN SpA.

c) Respecto a la falta de agrupación de los cargos y la infracción del artículo 60 de la LOSMA.

Ducentésimo séptimo Que, la presente controversia se basa en la falta por parte de la SMA de una agrupación de hechos infraccionales, ya que, según indica CMN SpA, las infracciones correspondientes a los cargos N°s 23.1, 23.2, 23.3, 23.10, 23.11, 23.12 y 23.13, tendrían un mismo objeto de protección, a saber, la calidad de las aguas del río Estrecho, tratándose de evitar la descarga en él de aguas contactadas; además de provenir de un mismo considerando de la

RCA N°24/2006, este es, el 4.3.1.

Ducentésimo octavo Que, al respecto, es pertinente reiterar, tal como se resolvió en considerandos precedentes, que la SMA ha efectuado un adecuado entendimiento de los conceptos de fundamento de hecho y jurídico en el acto reclamado. Ello, permitió a la SMA a partir de hechos que sirvieron de sustento al referido acto, descartar la concurrencia de la triple identidad en las infracciones sancionadas, no existiendo por tanto una vulneración al principio de *non bis in ídem*.

Ducentésimo noveno Que, asimismo, es menester indicar que CMN SpA a lo largo del procedimiento sancionatorio ha plasmado distintas formas de agrupación, de los cargos asociados al Ord. U.I.P.S. N°58/2013, tal como se desprende de lo indicado en la carta PL-0085/2015 y del Informe en Derecho denominado "El Principio de *non bis in ídem* en el ámbito de las sanciones administrativas: contenido, alcances, efectos y aplicación en la potestad sancionadora de la Superintendencia del Medio Ambiente", del Dr. Juan Carlos Ferrada Bórquez. Tal situación no es muy distinta a lo alegado en estos autos, al sostener la agrupación de las antes mencionadas infracciones a partir de 4 sistemas, sin especificar las infracciones que los constituirían.

Ducentésimo décimo Que, sin perjuicio de lo anterior, para un completo desarrollo de lo alegado por los reclamantes, se efectuará un análisis de lo expuesto por la SMA en la Res. Ex. N°72/2018, en relación a las infracciones asociadas a los cargos 23.1, 23.2, 23.3, 23.10, 23.11, 23.12 y 23.13, respecto a la identidad de sujeto, de hecho y de derecho, tal como se alegó en esta oportunidad.

Ducentésimo undécimo Que, en cuanto a la identidad de sujeto, este Tribunal constata que no es un hecho controvertido por las partes, siendo CMN SpA el infractor en todos los hechos objeto del acto reclamado.

Ducentésimo duodécimo Que, en cuanto a la identidad de hecho y de derecho de las infracciones antes indicadas, la Res. Ex. N°72/2018

indica:

- a) Infracción N°23.1: Se desprende como el fundamento de hecho la construcción no autorizada de dos obras de alivio (considerando 2644 y sgtes.); y, como fundamento jurídico, el cumplimiento de un mandato negativo o de exclusión definido en la RCA, de no construir otras obras de arte, salvo las claramente identificadas (considerando 2641).
- b) Infracción N°23.2: Se desprende que el fundamento de hecho identificado son las deficiencias constructivas de la obra de arte de salida del canal perimetral Norte inferior (considerando 2644 y siguientes); y, el fundamento jurídico corresponde al mandato positivo de construir la obras antes indicada, para salvaguardar la indemnidad de las aguas (considerando 2641).
- c) Infracción N°23.3: El fundamento de hecho asociado es la construcción de un canal auxiliar no autorizado dentro del sistema de aguas de contacto (considerando 2644 y sgtes.); y, el fundamento jurídico correspondería al cumplimiento de un mandato negativo o de exclusión definido en la RCA, de no construir otras obras de arte, salvo las claramente identificadas (considerando 2641).
- d) Infracción N°23.10: Se desprende que el fundamento de hecho corresponde a la realización de una acción no autorizada, consistente en la construcción, habilitación y diseño de la cámara de captación y restitución (considerando 5049); y, el fundamento jurídico, es el incumplimiento de un deber de omisión, de no alterar el sistema de manejo de aguas de contacto, en la forma que fue evaluado (considerando 5045).
- e) Infracción N°23.11: El fundamento de hecho, corresponde a la acción no autorizada de descarga ilícita de aguas de contacto hacia el río Estrecho (considerando 5049); y, el fundamento jurídico consistiría en el no cumplimiento de los objetivos de calidad de las aguas (considerando 5044 y sgtes.).

- f) Infracción N°23.12: Se desprende que el fundamento de hecho es no haber contado con la batería de pozos L1 y L2 operativa (considerando 5049); y, el fundamento jurídico sería el incumplimiento de un mandato positivo que tener operativo la referida batería de pozos (considerando 5044 y sgtes.).
- g) Infracción N°23.13: La SMA no efectuó un análisis el principio *non bis in ídem*, atendido que tuvo por no configurada la infracción, tal como se concluyó en el considerando 6119 y siguientes del acto reclamado.

Ducentésimo decimotercero Que, como corolario de lo anterior, se ha podido constatar por estos sentenciadores, que cada uno de los hechos respecto de los cuales se ejerció la potestad sancionatoria tienen una identidad propia, desde el punto de vista temporal, geográfico y funcional, existiendo, en consecuencia, distintas manifestaciones de voluntad de CMN SpA que condicionan la realización de uno y otro acto u omisión que constituyen las distintas infracciones, cuestión que conlleva necesariamente a concluir que ha existido una correcta identificación de los hechos infraccionales, lo que que permite descartar una falta de agrupación de las infracciones, ya que fundadamente, la SMA ha determinado que corresponden a hechos independientes. En virtud de ello, la SMA se encontraba en el deber de sancionar en forma separada los distintos hechos imputados a la CMN SpA.

Además, ha quedado debidamente acreditado en el acto reclamado, a partir del examen de evitabilidad conjunta realizado por la SMA, que los hechos son distintos, descartando la aplicación en el caso de autos, de la teoría de la unidad de acción.

Ducentésimo decimocuarto Que, asimismo, se advierte de las infracciones antes analizadas, que poseen fundamentos jurídicos distintos que permiten identificar claramente el objeto de protección a partir de la tutela del medio ambiente, desde una visión concreta aplicada al proyecto. Si bien, las infracciones asociadas a los cargos N°s 23.1 y 23.3 tienen un mismo objeto de protección,

carecen, tal como se indicó en el considerando precedente, de una misma identidad de hecho.

Ducentésimo decimoquinto Que, así las cosas, al existir un ejercicio razonado y fundado para descartar una eventual agrupación de infracciones como lo pretende la reclamante, no se cumple la premisa invocada de aplicarse sanciones redundantes y desproporcionadas, debiendo rechazarse las alegaciones formuladas a este respecto.

d) Respecto a la infracción al artículo 60 de la LOSMA y la proporcionalidad de la sanción.

Ducentésimo decimosexto Que, finalmente, la parte reclamante, a partir de las sub-alegaciones precedentes, estima que se ha infringido el art. 60 de la LOSMA, lo que implicaría a su vez, la vulneración al principio de proporcionalidad, cuestión que habría llevado a la aplicación redundante de 5 sanciones de clausura definitiva.

Ducentésimo decimoséptimo Que, estos sentenciadores, a partir de lo antes resuelto, que es la no verificación de la triple identidad en los hechos sancionados, descartándose una vulneración al principio de non bis in ídem, estiman que no se advierte una infracción al art. 60 de la LOSMA, al ser la norma que materializa el referido principio. En este mismo orden de ideas, no se vislumbra una eventual infracción al principio de proporcionalidad por el referido motivo, puesto que el Organismo Fiscalizador se limitó al tiempo de aplicar la sanción a cada hecho infraccional, no observándose una doble consideración de hechos o efectos al tiempo de ponderar las circunstancias del art. 40 de la LOSMA y determinar las sanciones en concreto.

Ducentésimo decimoctavo Que, asimismo, lo que se viene resolviendo, permite descartar la premisa alegada por CMN SpA en orden a la aplicación redundante de 5 sanciones de clausura, puesto

que la imposibilidad de agrupar las infracciones al no darse los supuestos de vulneración del principio del *non bis in ídem*, en nada altera lo resuelto por la SMA en los casos en que se aplicó la referida sanción, sin perjuicio de lo que se dirá respecto del análisis concreto de tales infracciones.

Ducentésimo decimonoveno Que, por todo lo anteriormente expuesto, este Tribunal rechazará las alegaciones abordadas en estos apartados, al no advertirse ilegalidad alguna por parte de la SMA, encontrándose debidamente fundada, jurídica y técnicamente, el descarte de una infracción al art. 60 de la LOSMA, que consagra el principio del *non bis in ídem*.

2.6 En cuanto a la metodología para la determinación de sanciones ambientales, la tasa de descuento, y la proporcionalidad de las sanciones, de la Resolución Exenta N°72/2018.

Ducentésimo vigésimo Que, la SMA utilizó como metodología para el cálculo de sanciones de la Res. Ex. N°72/2018, la aplicación de las "Bases Metodológicas para Determinación de Sanciones Ambientales", aprobada mediante Res. Ex. N°1002, de 29 de octubre de 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente ("bases metodológicas-2015").

Ducentésimo vigésimo primero Que, respecto a las bases metodológicas mencionadas anteriormente, éstas indican que la sanción se determina mediante la siguiente fórmula:

$$\text{Sanción} = [\text{Beneficio Económico (BE)} + \text{Componente de Afectación (CA)}]$$

Donde la sanción responde a la suma del beneficio económico obtenido y el componente de afectación.

Ducentésimo vigésimo segundo Que, el beneficio económico, mencionado en el considerando anterior, y de acuerdo con la metodología en cuestión, se define como circunstancia que "[...] se construye a partir de la consideración de todo beneficio que el

infractor haya podido obtener por motivo de su incumplimiento, el cual puede provenir de una disminución en los costos o un aumento de los ingresos en un determinado momento o periodo de tiempo, que no hubiese tenido lugar en ausencia de la infracción. En este contexto, se distingue el beneficio económico obtenido por costos retrasados o costos evitados, y el beneficio económico obtenido por ganancias anticipadas o ganancias adicionales, de acuerdo a la denominación realizada por la SMA para este tipo de beneficio”.

Ducentésimo vigésimo tercero Que, en este contexto, se define el beneficio económico asociado a costos retrasados o evitados como “[...] el beneficio que el infractor obtiene por el hecho de retrasar el incurrir en costos asociados al cumplimiento, o de evitar completamente el incurrir en ellos [...]”.

Ducentésimo vigésimo cuarto Que, en consecuencia, el beneficio económico por costos retrasados se define como “[...] beneficio asociado al hecho de incurrir en determinados costos vinculados al cumplimiento con posterioridad al momento en que la normativa lo requería. En términos concretos, es el beneficio económico obtenido con motivo del retraso, ya sea en la realización de inversiones en activo fijo o en incurrir en costo de tipo no recurrentes y no depreciables necesarios para el cumplimiento de las exigencias legales”.

Ducentésimo vigésimo quinto Que, asimismo, las bases metodológicas-2015 define los costos evitados como “[...] beneficio asociado al hecho de obtener un ahorro económico al evitar incurrir en determinados costos vinculados al cumplimiento de la normativa. En términos concretos, es el beneficio económico obtenido por no incurrir en costos de tipo recurrente, como son los costos de operación y mantenimiento de las inversiones necesarias para el cumplimiento, los cuales, al no realizarlos durante el periodo de incumplimiento, fueron evitados completamente. Asimismo, corresponden a costos evitados aquellas inversiones en activo fijo y costos de tipo no recurrentes y no depreciables, en los casos en

que no se ha incurrido ni podrá incurrirse en ellos, para dar cumplimiento a la normativa que lo requiere”.

Ducentésimo vigésimo sexto Que, por otro lado, el componente de afectación, que constituye la sanción, se basa en “[...] el valor de seriedad, el cual es ajustado de acuerdo a determinados factores de incremento y disminución que concurren en el caso”.

Ducentésimo vigésimo séptimo Que, asimismo, las bases metodológicas indican que “[...] considera la importancia de la vulneración al sistema de control ambiental que implica la infracción cometida, circunstancia invocada en virtud de la letra i) del artículo N°40 de la LOSMA. Cabe señalar, que la relevancia de ésta última circunstancia en la determinación del valor de seriedad queda supeditada a la no concurrencia, o concurrencia no significativa, de las circunstancias correspondientes a las letras a), b) y h), del artículo N°40 de la LOSMA”.

Ducentésimo vigésimo octavo Que, en consecuencia, el componente de afectación se expresa con la siguiente fórmula:

$$CA = [Valor de Seriedad \times (1 + \Sigma(\text{Factores de Incremento}) - \Sigma(\text{Factores de Disminución}))] \times \text{Factor de Tamaño Económico}$$

Por lo tanto, de acuerdo a las bases metodológicas-2015, el valor de seriedad “[...] se determina a través de la asignación de un puntaje de seriedad al hecho constitutivo de infracción, de forma ascendente de acuerdo al nivel de seriedad de los efectos de la infracción o de la importancia de la vulneración al sistema de control ambiental. Posteriormente, este puntaje es convertido a un valor monetario, expresado en unidades tributarias anuales (UTA), a través de relaciones específicas definidas en base a tres categorías de seriedad y de carácter creciente, es decir, a mayor puntaje de seriedad, mayor es el monto monetario asignado”.

Ducentésimo vigésimo noveno Que, por lo anteriormente señalado en las bases metodológicas de referencia, se indica que “[...] la forma de las funciones que definen el valor de seriedad, se ha establecido con el fundamento de reservar los mayores valores de sanciones

pecuniarias, dentro de los rangos establecidos por la LOSMA, para aquellas infracciones con un mayor nivel significativo de afectación o riesgo inferido al medio ambiente, la salud de las personas o al sistema de control ambiental, según corresponda [...]”. En consecuencia, esta situación se observa gráficamente mediante la siguiente figura:

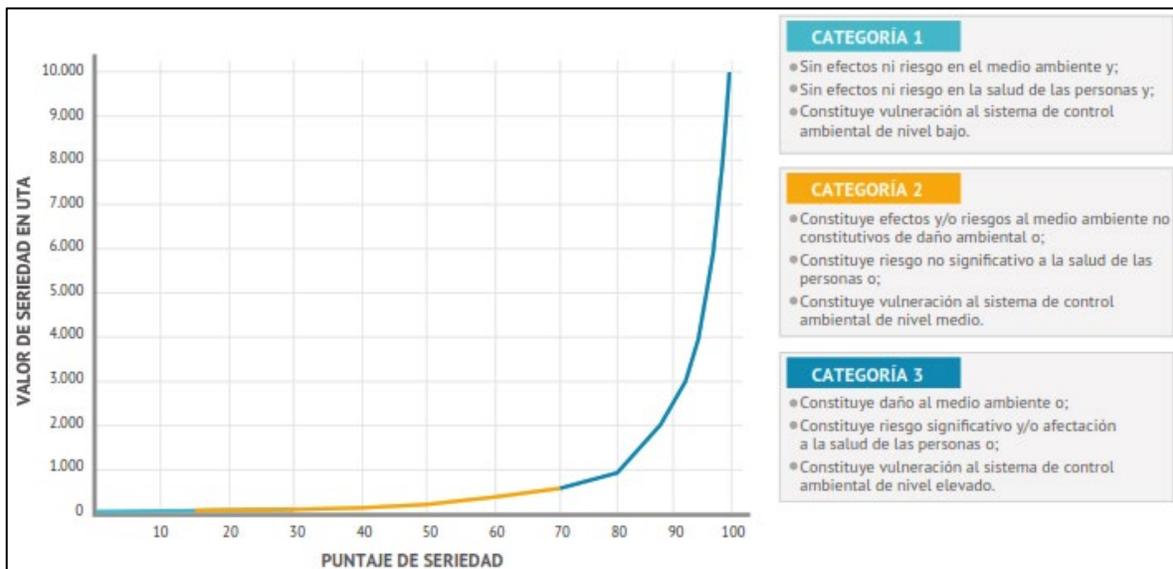


Figura 1. Valor de Seriedad como función del puntaje de seriedad. Muestra gráficamente la relación entre las variables de valor de seriedad, y puntaje de seriedad. Recuperado de Bases Metodológicas para la determinación de Sanciones Ambientales, Superintendencia del Medio Ambiente.

Ducentésimo trigésimo Que, en relación con la conformación del componente de afectación, los factores de incremento y disminución, de acuerdo a las bases metodológicas-2015 “[...] se asocian a circunstancias relacionadas, generalmente, con la conducta del infractor, y corresponde a un valor porcentual asignado según su importancia en el caso específico”, que se encuentra bajo análisis.

Ducentésimo trigésimo primero Que, consecuente a lo anterior, el componente de afectación también está conformado por el factor de tamaño económico, el cual “[...] en términos operativos, y en atención a lo señalado en la letra f) del artículo 40 de la LOSMA, se considera como un indicador de la capacidad económica del infractor, su tamaño económico, conforme a la clasificación de tamaño económico utilizada

por el Servicio de Impuestos Internos [...]”, siendo esta clasificación, realizada sobre la base de la estimación de ingresos por ventas anuales, a partir de las declaraciones tributarias respectivas, realizadas por el contribuyente.

Ducentésimo trigésimo segundo Que, de conformidad con las bases metodológicas-2015, “[...] el factor de tamaño económico actúa como un factor de disminución del componente de afectación de la sanción, dejando este componente inalterado en el caso que la empresa se encuentre en los tramos de mayor tamaño dentro de la clasificación de empresas grandes, pudiendo reducirlo hasta un 0,1% de su valor original si se trata de una empresa en el primer tramo de la clasificación de microempresas. Cabe señalar, sin embargo, que se ha definido un valor límite para el ajuste por el factor de tamaño económico, el cual corresponde a un valor mínimo de una (1) UTA para el componente de afectación”.

Ducentésimo trigésimo tercero Que, atendido lo expuesto, es posible señalar algunas consideraciones relacionadas a la metodología expuesta en los considerandos anteriores.

Ducentésimo trigésimo cuarto Que, en relación con la determinación del beneficio económico, éste es posible de establecer con un alto nivel de exactitud mediante la aplicación de la metodología planteada por la SMA, lo que fue corroborado por este tribunal a través de los cálculos basados en la metodología antes indicada.

Ducentésimo trigésimo quinto Que, en cuanto a la determinación del componente de afectación, se aprecia por parte de estos sentenciadores que corresponde a una variable propia y privativa de la potestad sancionatoria que el legislador ha radicado en la Superintendencia, para cuya determinación el acto debe necesariamente fundarse en los criterios contenidos en el artículo 40 de la LOSMA.

Ducentésimo trigésimo sexto Que, en relación con el factor de tamaño económico, elemento constitutivo de la fórmula de cálculo del componente de afectación, cabe indicar que ésta es una variable que

es posible de determinar mediante la aplicación de la metodología planteada.

Ducentésimo trigésimo séptimo Que, para estos efectos, de acuerdo con la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental Rol R-23-2015, confirmada posteriormente por la Excelentísima Corte Suprema en causa Rol N°38.340-2016, se indicó que “para determinar la cuantía de las multas, la SMA está obligada a ponderar los factores del artículo 40 de la LOSMA de acuerdo a la Res. Ex. N°1002/2015, mediante la cual la SMA aprueba las “Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales”.

Ducentésimo trigésimo octavo Que, en este orden de ideas, cabe señalar que el art. 2° de la Res. Ex. N°1002/2015, indica claramente que dichas bases “[...] serán aplicables a todos los procedimientos sancionatorios incoados por la SMA”. En este sentido, dicho tribunal señala que “[...] en ningún caso puede considerarse que la Guía tenga un carácter referencial, sin perjuicio de casos excepcionales y debidamente justificados, la SMA pueda apartarse de ella”.

Ducentésimo trigésimo noveno Que, por consiguiente, la SMA es poseedora de la exclusiva facultad de imponer sanciones administrativas, disponiendo para ello de un procedimiento reglado, razón por la cual se entiende que se han diseñado las bases metodológicas mencionadas, como un elemento que tiene por objeto la búsqueda de la consistencia, coherencia y, sobre todo, proporcionalidad en la motivación de las sanciones.

Ducentésimo cuadragésimo Que, de lo anteriormente dicho, estos sentenciadores arriban a la convicción que la SMA no posee una libertad absoluta en la determinación de los componentes que conforman la sanción, ya que ésta debe sujetarse a los principios generales de todo acto administrativo, específicamente, el deber de fundamentación, descartando cualquier espacio de arbitrariedad.

Ducentésimo cuadragésimo primero Que, además, no debe perderse de vista, que las bases metodológicas tienen el objetivo de elaborar detalladamente los criterios que ha utilizado la SMA para la

determinación de las sanciones, poniendo a disposición de las partes los lineamientos y principios que la SMA tiene como parámetros dentro del marco de su potestad sancionatoria, sin que ello signifique, en ningún caso, una obligación de tarificación de las multas.

Ducentésimo cuadragésimo segundo Que, en ese contexto, del análisis de los cálculos efectuados por el Tribunal respecto de las multas impuestas por parte del organismo fiscalizador, no advierte una desproporcionalidad o arbitrariedad en la determinación de las sanciones pecuniarias, que constituya un vicio de una entidad tal que ameriten ser reparables solo con la declaración de nulidad del acto.

Que, lo anterior, es sin perjuicio de lo que este Tribunal determinará en el análisis y resolución de las controversias en específico.

2.7 En cuanto al cálculo de la Tasa de Descuento descrita en las "Bases Metodológicas para Determinación de Sanciones Ambientales",

Ducentésimo cuadragésimo tercero Que, respecto de la tasa de descuento utilizada para la estimación del beneficio económico de cada infracción, CMN SpA realizó una serie de alegaciones referentes a la tasa mencionada, en el marco de la Res. Ex. N°72/2018. Para estos efectos, la tasa de descuento se puede definir como la tasa de interés utilizada para calcular el valor presente de un flujo futuro; ergo, para su cálculo es posible determinar dicha tasa mediante la aplicación de los modelos de Costo Promedio Ponderado de Capital (WACC), y el modelo de Valoración de Activos Financieros ("CAPM").

Ducentésimo cuadragésimo cuarto Que, en relación al modelo de Costo Promedio Ponderado de Capital ("WACC"), es dable la fórmula que se expresa a continuación:

$$WACC = Ke \times \frac{E}{E + D} + Kd \times (1 - T) \times \frac{D}{E + D}$$

Donde:

E: Patrimonio

D: Deuda

Ke: Modelo de valoración de activos financieros (CAPM)

Kd: Costo de la deuda

T: Tasa de impuesto a la renta

Asimismo, en relación al modelo de Valoración de Activos Financieros, la fórmula de cálculo queda expresada de la siguiente forma:

$$Ke = R_f + \beta_{im} \times (R_m - R_f)$$

Donde:

Ke: Modelo de valoración de activos financieros (CAPM)

Rf: Rendimiento de activo libre de riesgo

Bim: Beta, riesgo sistemático

Rm: Rendimiento del mercado

En este orden de cosas, en relación al Beta, la fórmula de cálculo está definida con la siguiente expresión:

¹ Lally, M. (2002). Time Varying Market Leverage, the Market Risk Premium and the Cost of Capital. *Journal of Business Finance & Accounting*, 29(9/10), 1301–1318. <https://doi.org/10.1111/1468-5957.00470>

$$\beta_{con\ deuda} = \beta_{sin\ deuda} \times \left(1 + \frac{D}{E} \times (1 - T)\right)$$

Ducentésimo cuadragésimo quinto Que, con relación a lo anterior, CMN SpA presentó un anexo denominado "Tasa de Descuento y Sanciones Ambientales: El Caso de Compañía Minera Nevada" ("Informe TdD"). En este informe, CMN SpA realiza el cálculo de una tasa de descuento, utilizando la metodología de cálculo anteriormente descrita y que consta en el documento bases metodológicas-2015. En efecto, a lo largo del documento se realiza una aplicación metodológica de cálculo, dando como resultado, una tasa de descuento en pesos de 8,8%. Para realizar el cálculo de la tasa en cuestión, CMN SpA utilizó un Beta sin deuda calculado estadísticamente en base a seis empresas, el que dio como resultado un Beta sin deuda de 0,45. En consecuencia, el resultado puede ser interpretado como un riesgo sistemático tendiente a cero.

Ducentésimo cuadragésimo sexto Que, la SMA manifestó sus reparos respecto al cálculo del Beta sin deuda (0,45) al que llegó CMN SpA, toda vez que "las afirmaciones efectuadas en relación al comportamiento de los retornos asociados a la minería del oro en relación al mercado, se sustentan íntegramente en literatura que se refiere al oro como metal, o *commodity*, y no a la minería del oro como actividad productiva".

Ducentésimo cuadragésimo séptimo Que, en efecto, al momento de emplear el método de cálculo, CMN SpA consideró el mercado del Oro, metal precioso en que los inversores buscan refugio en momentos de inestabilidad económica, y, en consecuencia, de un riesgo bajo por la naturaleza del metal. No obstante, de acuerdo a la SMA, este cálculo se debió realizar considerando a la empresa como parte de la industria extractiva del Oro, la cual posee un riesgo mayor, tal como quedó demostrado posteriormente con el cálculo de la tasa de descuento, considerando el riesgo de la industria extractiva de metales preciosos, datos extraídos de la página web y bases de datos

del académico de la Universidad de New York, Aswath Damodaran, donde se consideró una muestra de 1.517 empresas del sector. A la luz de estos antecedentes, y producto del cálculo realizado por la SMA, se determinó una beta sin deuda de 1,01, el que al final del ejercicio arrojó una tasa de descuento en pesos de 13,6%.

Ducentésimo cuadragésimo octavo Que, a mayor abundamiento, y a modo referencial, la literatura recomienda un enfoque de tasa de descuento social de un 7%² (en dólares), y que corresponde a aquella que hace que un proyecto posea un Valor Actual Neto ("VAN") igual a cero, toda vez que el VAN representa un indicador financiero que determina la viabilidad de un proyecto que crece en la medida que el negocio es más rentable. Así las cosas, en la circunstancia que el VAN sea igual a cero, la tasa de descuento será baja, empero la tasa definida por CMN SpA representa una tasa de descuento baja, de un 8,8%, siendo similar a la tasa social de descuento utilizada como referencia, de un 12% del Ministerio de Planificación -actual Ministerio de Desarrollo Social de Chile-, tasa a la cual se evalúan proyectos sociales, o el 9.4% (en pesos) que utiliza como base la EPA.

Ducentésimo cuadragésimo noveno Que, en este contexto cabe señalar que CMN SpA en ningún caso representa un proyecto susceptible de ser evaluado con una tasa social de descuento, dada su naturaleza productiva y su vocación de rentabilidad, naturaleza intrínseca de un proyecto productivo que busca maximizar sus beneficios. Por esta razón, no resulta plausible la propuesta de tasa de descuento proporcionada por la empresa. Para efectos metodológicos, el ejercicio anterior representa solamente una aproximación en abstracto, producto del análisis de la revisión de la base de cálculo proporcionada por la SMA en las bases metodológicas-2015.

Ducentésimo quincuagésimo Que, conforme a los argumentos expuestos anteriormente, y atendiendo el reparo expuesto por el

² Edwards, G. (2016). Estimación de la tasa social de descuento a largo plazo en el marco de los sistemas nacionales de inversión. Aplicación al caso chileno. *El trimestre económico*, 83(329), 99-125. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2448-718X2016000100099&lng=es&tlng=es.

sancionador, a juicio de este Tribunal, los criterios expuestos y utilizados por la SMA resultan adecuados para el cálculo de la tasa de descuento, toda vez que dicho cálculo se realizó, en específico del beta, usando como base de cálculo la industria extractiva de metales preciosos, dando como resultado una tasa de descuento acorde a los parámetros normales de la industria, y ajustándose a la metodología propuesta.

2.8 El estándar de proporcionalidad en el ejercicio de la potestad sancionatoria de la Superintendencia del Medio Ambiente.

Ducentésimo quincuagésimo primero Que, una de las alegaciones transversales formuladas por las partes reclamantes en autos dice relación con la supuesta desproporcionalidad de las sanciones pecuniarias y no pecuniarias aplicadas por la autoridad reclamada en las Resoluciones Exentas N°s 70 y 72, referidas precedentemente. En efecto, la desproporción alegada se funda en que la medida de clausura definitiva sería i) inidónea, ya que condenaría al cierre total y definitivo del proyecto minero; ii) innecesaria, toda vez que, bajo su criterio, existen otras alternativas menos gravosas para lograr el mismo objetivo, y; iii) contraria al principio de igualdad, al aplicar la SMA sanciones distintas para hechos más graves.

Ducentésimo quincuagésimo segundo Que, acerca de la falta de idoneidad de la sanción de clausura, CMN profundiza acerca del enfoque prospectivo del derecho administrativo sancionador en virtud del cual la sanción tiene por objeto modificar el comportamiento futuro del infractor. En este sentido, la sanción de clausura definitiva no permitiría reencausar el actuar de CMN hacia el cumplimiento de sus obligaciones ambientales futuras.

Ducentésimo quincuagésimo tercero Que, en cuanto a la falta de necesidad de la referida sanción de clausura, CMN indica que la autoridad administrativa podría haber logrado los mismos objetivos

con la imposición de otras medidas menos gravosas como la clausura parcial o temporal, situación que no sería explicada en la resolución reclamada. En consecuencia, el criterio adoptado en este sentido por la SMA evidenciaría un razonamiento arbitrario.

Ducentésimo quincuagésimo cuarto Que, por último, acerca de la supuesta infracción al principio de la igualdad, la reclamante fundamenta su alegación indicando haber sido objeto de un trato desigual y desproporcionado por parte de la autoridad administrativa, ya que las sanciones impuestas no guardarían relación con otros cuatro casos donde la SMA impuso también la sanción de clausura. En este ejercicio, CMN añade que en ninguno de los cuatro casos la autoridad impuso en forma sucesiva, esto es, en el mismo proceso, la sanción de clausura. Señala además CMN que los casos citados se referían a proyectos en operación y que habían generado un efecto grave en el medio ambiente. En cambio, el proyecto Pascua Lama ha sido objeto de sanciones redundantes, encontrándose en etapa de construcción y sin haber provocado un daño significativo al medio ambiente.

Ducentésimo quincuagésimo quinto Que, los casos en referencia son los siguientes: a) D-014-2015, correspondiente al proyecto minero Refugio cuyo titular es Compañía Minera Maricunga, sancionado con la clausura definitiva del sector de pozos de extracción de agua RA-1, RA-2 y RA-3; b) D-12-2014, sobre una explotación minera clandestina del titular Minera Española, castigada con la sanción de clausura definitiva de las instalaciones; c) F-054-2014, seguido en contra del proyecto Los Bronces, del titular Anglo American Sur, donde se sanciona con la clausura del depósito de estériles Donoso y; d) sancionatorio seguido en contra de la titular Tecnorec S.A. por su proyecto denominado Planta de Reciclaje de Baterías Emasa, aplicándose la medida de clausura temporal el sistema de abatimiento de emisiones.

Ducentésimo quincuagésimo sexto Que, en cuanto al requisito de idoneidad de la sanción de clausura, la SMA sostiene que la especial

protección al medio ambiente y la salud de las personas justifican la imposición de la referida sanción, ambos fines perseguidos por el legislador. En relación con la necesidad, sostiene que la clausura definitiva garantiza de mejor modo el fin perseguido, específicamente, los frágiles ecosistemas altoandinos, el ecosistema glaciar y la salud de niños en condición de extrema vulnerabilidad, adolescentes y adultos.

Ducentésimo quincuagésimo séptimo Que, la reclamada añade que las sanciones y la medida urgente y transitoria impuestas en la Res. Ex. N°477 no cumplieron con su fin disuasivo o de prospección, toda vez que con posterioridad CMN fue objeto de un nuevo procedimiento sancionatorio (D-011-2015), por lo que no es posible acudir a la sanción como un instrumento de incentivo en la modificación del comportamiento del infractor. Además, señala que la continuidad del proyecto genera un alto riesgo ya que nada asegura que en la etapa de operación no se reiteren los incumplimientos verificados en la etapa de construcción.

Ducentésimo quincuagésimo octavo Que, en relación con la infracción al principio de igualdad y al supuesto trato discriminatorio, señala que la sanción se encuentra amparada en el art. 39 de la LOSMA, norma jurídica que le otorga la posibilidad de imponer sanciones no pecuniarias, entre las cuales se encuentra la clausura total y definitiva. Añade la SMA que su discrecionalidad administrativa le permite escoger dentro de una pluralidad de sanciones justas, aquella que se adecúe de mejor manera a los hechos. Además, indica que los casos invocados por CMN para justificar su alegación de discriminación son disímiles al presente caso.

Ducentésimo quincuagésimo noveno Que, a su turno, las reclamantes Agrícola Dos Hermanos y Agrícola Santa Mónica Limitada, indican que las sanciones de clausura son insuficientes y carentes de proporcionalidad, en consideración a la gravedad, duración y efectos de las infracciones.

Ducentésimo sexagésimo Que, a juicio de este Tribunal, para

abordar adecuadamente la presente alegación es necesario precisar el contenido y alcance del mencionado principio de proporcionalidad, y su aplicación al caso concreto. En este sentido, la doctrina ha expresado que la proporcionalidad "consiste en que la sanción que se va a aplicar como resultado de una infracción administrativa sea adecuada a la entidad o cuantía que ha tenido la infracción" y, por lo tanto, su correcta aplicación debe llevar a "encontrar una solución justa, frente al espectro de posibilidades sancionatorias que tiene la Administración" (Bermúdez, Jorge. Derecho Administrativo General. 3a Edición. 2014. Thomson Reuters. p. 346 y 347).

Ducentésimo sexagésimo primero Que, en materia sancionatoria ambiental, se ha afirmado que la proporcionalidad se materializa en las circunstancias de ponderación o graduación previstas en el art. 40 de la Ley N°20.417. En este contexto, la Excmá. Corte Suprema ha señalado que los criterios de ponderación de las sanciones deben tender a "materializar el principio de proporcionalidad" (rol N° 41.815-2016, de fecha 1 de marzo de 2017, considerando quincuagésimo octavo). Como se puede advertir, es la propia ley la que fija rangos para determinar la sanción según la gravedad de la infracción definida con anterioridad. De esta forma, le entrega al sancionador un margen de discrecionalidad para optar entre una u otra opción. Por lo tanto, el ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de la SMA implica efectivamente el uso de una cierta discrecionalidad, la cual puede y debe ser controlada en esta sede. En efecto, en materia ambiental el juez está llamado a ejercer un control pleno sobre el acto administrativo, lo que incluye la revisión de los hechos, la calificación jurídica que sobre éstos efectúa la Administración y la ponderación de aquellas circunstancias que finalmente determinan el tipo o cuántum de la sanción.

Ducentésimo sexagésimo segundo Que, a mayor abundamiento, tanto la doctrina como la jurisprudencia han reconocido que un acto administrativo puede transformarse en injusto o ilegal cuando no se guarda la debida equidad entre el hecho infraccional y el castigo

que la autoridad impone. En consecuencia, en el control de legalidad que le corresponde a este Tribunal, debe hacerse cargo de las alegaciones formuladas en el proceso y cautelar que las sanciones escogidas por la Superintendencia del Medio Ambiente para reprimir los incumplimientos del titular del Proyecto minero Pascua Lama correspondan a la entidad o gravedad de las infracciones.

Así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional en sentencia librada con fecha 21 de octubre de 2010 en causa rol N°1.518-2010, al señalar "que el derecho a un procedimiento justo y racional no sólo trasunta aspectos adjetivos o formales, de señalada trascendencia como el acceso a la justicia de manera efectiva y eficaz, sino que también comprende elementos sustantivos de significativa connotación material, como es -entre otras dimensiones- garantizar la proporcionalidad de las medidas adoptadas en su virtud" (Considerando 28°).

Ducentésimo sexagésimo tercero Que, en el procedimiento sancionatorio administrativo materia de revisión, la SMA ha optado por dos tipos de sanciones: clausura definitiva y multa. En este contexto, lo primero que se debe precisar es que dicha elección se efectúa dentro de los parámetros que la misma ley prevé, por lo tanto, se trata de una actuación conforme a derecho. Luego, el análisis formal obliga a verificar que las referidas medidas sancionatorias correspondan a la entidad de la infracción constatada. Este segundo control de legalidad también es positivo, toda vez que tanto la clausura definitiva como las multas aplicadas corresponden a las alternativas que la ley establece para las infracciones calificadas como graves por la SMA. Por lo tanto, la Superintendencia ha actuado correctamente en esta etapa.

Ducentésimo sexagésimo cuarto Que, en materia de análisis de proporcionalidad, este Tribunal recurrirá al test desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia (sentencia Tercer Tribunal Ambiental, rol R-6-2014, confirmada por sentencia de la Excma. Corte Suprema rol 5.838-2015), el cual propone que una sanción deberá ser

capaz de responder satisfactoriamente a tres requisitos o subprincipios, estos son: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (ver Bermúdez, Jorge, Op. Cit., p. 347; Osorio, Cristóbal, Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador, Parte General, 2a edición, Thomson Reuters, 2017, p. 901). Es preciso indicar que en este análisis las circunstancias previstas en el art. 40 de la LOSMA son el antecedente que sustentan la elección de las sanciones y que otorgan legitimidad a la discrecionalidad de la Administración.

Ducentésimo sexagésimo quinto Que, en cuanto al requisito de idoneidad, corresponde al análisis de eficacia de la sanción adoptada para conseguir el fin deseado, es decir, a la coherencia que debe existir entre el medio -la sanción- y el fin perseguido (Osorio, C., op.Cit. p. 901). En este sentido, respecto de la sanción de clausura definitiva, las bases metodológicas-2015 expresan que la imposición de este tipo de medidas (no pecuniarias) se considera en aquellos casos en que las sanciones pecuniarias no son suficientes para cumplir con el objetivo de disuasión o el objetivo del adecuado resguardo del medio ambiente y la salud de las personas, siendo los efectos de la infracción de una magnitud tal que se hace necesario tomar acciones para el resguardo del bien jurídico protegido. Por lo tanto, la clausura será idónea en la medida en que la multa probable de aplicar no sea capaz de cumplir con su rol disuasivo o no tenga la virtud de resguardar adecuadamente el medio ambiente o la salud de las personas. Como se puede apreciar, basta con que la multa no pueda satisfacer alguno de los referidos objetivos, para que el sancionador esté facultado para optar por una sanción no pecuniaria.

Ducentésimo sexagésimo sexto Que, el efecto disuasivo de la sanción fuerza a revisar la situación infraccional anterior del proyecto, incluyendo las sanciones impuestas por organismos con competencia ambiental y sectorial, que digan relación con incumplimientos sobre el mismo componente ambiental o respecto de medidas contenidas en un mismo instrumento de gestión ambiental. De esta manera, no será posible acudir al efecto disuasivo de una multa,

cuando anteriormente ya se han levantado sanciones por órganos con competencia ambiental o sectoriales, sin limitar el tiempo transcurrido entre dichas medidas. Lo anterior deja en evidencia la incapacidad de revertir situaciones anómalas especialmente reguladas en un instrumento ambiental o, simplemente, la desidia en el cumplimiento normativo ambiental.

En lo que respecta al adecuado resguardo del medio ambiente y la salud de las personas, se debe señalar que los referidos elementos (medio ambiente y salud de las personas), con ciertas características, son utilizados por el legislador para clasificar la infracción y para ponderar los criterios previstos en el art. 40 de la LOSMA.

Ducentésimo sexagésimo séptimo Que, si bien la ley no define y no prioriza los objetivos que intenta proteger con la imposición de las sanciones, no cabe duda de que la protección del medio ambiente y la salud de las personas constituyen el interés superior de toda la normativa ambiental. Por lo tanto, debe primar este análisis por sobre el rol disuasivo de las sanciones ambientales.

Ducentésimo sexagésimo octavo Que, en consecuencia, cuando la multa no pueda ser eficaz para detener, eliminar o minimizar los efectos adversos derivados del incumplimiento, la clausura e incluso la revocación de la respectiva RCA serán la solución idónea.

Ducentésimo sexagésimo noveno Que, la necesidad de la sanción implica examinar entre las diversas alternativas con que cuenta el sancionador, para escoger la menos lesiva o más benigna para el derecho fundamental afectado, y que consiga el mismo resultado de la medida atacada (Osorio, Cristóbal, ob. Cit. p. 901). Para el caso de las infracciones graves, las sanciones posibles son: la revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura o multa de hasta 5000 UTA. Doctrinariamente se ha distinguido entre clausura definitiva, temporal, total y parcial.

Ducentésimo septuagésimo Que, en consecuencia, para cada cargo en particular el análisis deberá recaer en la conveniencia de

optar por la clausura definitiva y no en la clausura temporal o parcial, o en una multa. En este sentido, las bases metodológicas-2015 señalan que el criterio principal para la aplicación de una clausura o revocación es la importancia del daño o el peligro de daño ocasionado. Por lo tanto, el análisis particular deberá considerar la magnitud de los daños o el peligro.

Ducentésimo septuagésimo primero Que, con relación al test de proporcionalidad en un sentido estricto, deben ser ponderados los beneficios que se obtienen con la medida y los efectos que ésta produce en el ejercicio del derecho del sancionado para la consecución de una finalidad. En específico, los beneficios que se esperan con la clausura definitiva deberán ser superiores a los efectos que produce sobre el patrimonio del titular del proyecto, y el costo social que pueda generar el cierre de Pascua Lama. Si el beneficio es superior, la sanción cumplirá con el test de proporcionalidad estricto.

III. DEL ANÁLISIS DE LAS RECLAMACIONES EFECTUADAS PARA CADA CARGO EN PARTICULAR ALEGADO RESPECTO DE LA RESOLUCIÓN EXENTA N°72, REALIZADO EN CAUSA R-5-2018.

3.1 De las supuestas ilegalidades cometidas en la sanción de clausura definitiva aplicada al cargo 23.2.

Ducentésimo septuagésimo segundo Que, respecto a la infracción **N°23.2** del ordinario U.I.P.S N°58/2013, referida a que "En la quebrada 9, lugar de descarga de la Obra de Arte de Salida del Canal Perimetral Norte Inferior, se constató que está cubierta por una capa de material coluvial, la cual se ha erosionado debido a la bajada de flujos que ocurre en dicho sector; y que, en razón a lo anterior, se evidenció que el cauce naturalmente no estaba labrado en roca, y por ende, era necesario protegerlo, mediante el uso de enrocados y geotextil como se estableció en la RCA, cuestión que el

titular no realizó, se sanciona a la empresa CMNSpA con la clausura definitiva de la faena minera Pascua Lama, de conformidad a lo dispuesto en el art. 38 literal c) de la LOSMA", este Tribunal tiene presente lo siguiente:

Ducentésimo septuagésimo tercero Que, tal como se expuso en los considerandos vigésimo noveno y siguientes, los aspectos reclamados en relación con la infracción 23.2, apuntan tanto a: i) la calificación de la infracción, así como a; ii) la ponderación de la sanción asociada, esto es, clausura definitiva. En cuanto a la calificación de la infracción, los argumentos fundamentales esgrimidos por la reclamante se refieren a la apreciación de la prueba y alteración de la carga de la prueba, así como también la vulneración del principio *non bis in idem*. En cuanto a la ponderación de la sanción, argumenta la consideración de elementos ajenos a la clasificación de la infracción o a las circunstancias del art. 40 de la LOSMA, así como la vulneración del principio de proporcionalidad.

Ducentésimo septuagésimo cuarto Que, al respecto, en la resolución sancionatoria la Superintendencia razonó que tanto para la aprobación del proyecto Pascua Lama mediante la RCA N°39/01, como asimismo la aprobación ambiental de las modificaciones a dicho proyecto mediante la RCA N°24/06, siempre se contempló la construcción de una obra de arte de salida del canal perimetral con determinadas características, las que formarían parte del sistema de manejo de aguas de no contacto. Este contempla dos canales perimetrales, uno Norte y uno Sur, con tramos superiores e inferiores respectivamente. Respecto del canal perimetral Norte inferior, éste se desarrolla sobre el límite superior del depósito de estériles. Las aguas que conducirían este canal serían descargadas a través de una obra de salida, lo que permitiría transportarlas hasta el fondo del valle por una de las quebradas, definida como "Quebrada 9", aguas que ingresarían posteriormente al sedimentador Norte para luego ser restituidas al río Estrecho. Sin embargo, según afirma la SMA, el titular construyó esta obra de salida del Canal Perimetral Norte Inferior de manera distinta a lo autorizado en su evaluación

ambiental.

El cambio radica en cuanto a que la RCA N°24/06 indicaba que en suelos de roca fracturada o coluvio se debía extender su construcción y proteger estos sectores con enrocados. La construcción realizada por la empresa en cambio consiste en una cascada controlada hecha con un tubo de acero corrugado (Ø1,0 mm) con hormigón y roca de protección, en vez de un trapecio excavado en roca en la extensión aguas abajo de la obra salida del Canal Perimetral Norte Inferior ("CPNI"). Este solo hecho constituiría por sí, a juicio de la SMA, un incumplimiento que habría traído como consecuencia que, a propósito de los dos eventos aluvionales de diciembre 2012 y enero de 2013, esta obra no resistiera y colapsara, no conteniendo el agua que bajaba desde la "Quebrada 9", arrastrando de esa manera el material coluvial, el que alcanzó al sedimentador Norte, a las vegas aledañas a la obra, al río mismo y al ecosistema aledaño. Todo esto se encuentra acreditado para la Superintendencia en virtud de las actas de fiscalización de fecha 25 y 29 de enero de 2013, la autodenuncia de la empresa de fecha 22 de enero de 2013, y la Res. Ex. N°159 de la DGA de Atacama, de fecha 12 de marzo de 2013.

Ducentésimo septuagésimo quinto Que, de acuerdo con lo establecido en la resolución reclamada, el titular no sólo habría decidido no llevar a cabo una serie de obras incluidas en la RCA, sino que además ejecutó obras no autorizadas en ella, de forma que no podría más que afirmarse una planificación por parte de la empresa en orden a no observar sus obligaciones ambientales contraídas, ejecutando obras de las que sólo se tuvo conocimiento a raíz de los citados eventos aluvionales. De ahí que la Superintendencia sostiene que este cambio en la construcción no es posible imputarlo a una mera negligencia, ya que existe un reconocimiento expreso por parte de la empresa de que éste se hizo con pleno conocimiento de causa, incluso cuando las condiciones del suelo pudieran indicar que debían construirse de una forma distinta.

Ducentésimo septuagésimo sexto Que, la SMA sostiene que en cuanto

a la magnitud y alcance de afectación del Ecosistema Alto Andino - indistintamente altoandino-, el colapso de la obra de salida del CPNI provocó un daño generalizado en el ecosistema de la parte alta del río Estrecho y aguas abajo del Depósito de Estériles, alcanzando un área de, al menos, 1,9 ha. del ecosistema altoandino de la parte alta del río Estrecho, generando como consecuencia la pérdida de hábitat, individuos de flora y fauna y modificaciones en el régimen de escurrimiento de las aguas, tal como:

- a. Pérdida de hábitat para vegetación zonal y fauna por la sepultación de al menos 1,8 ha. de ambiente de estepa y ladera rocosa, generando un detrimento al ecosistema altoandino. Debe considerarse que este valor es conservador, pues la empresa pudo haber subvalorado la real magnitud del daño, pudiendo incluso superar las 5 ha.
- b. La pérdida de al menos 34.368 individuos de *Chaetanthera acheno-hirsuta*.
- c. La pérdida de al menos 1.164 individuos de *Senecio segethii*.
- d. La pérdida de 1.870 individuos de *Azorella madreporica*.
- e. La pérdida entre 1 y 6 individuos de *Liolaemus robertoi*.
- f. La pérdida por remoción de al menos 490 m² de una sección de la vega Norte conformada por las especies *Deschampsia cespitosa*, *Deyeuxia velutina*, *Oxychloe andina*, *Puccinellia frigida*, *Mimulus sp.* y *Triglochin sp* y el respectivo sustrato de suelo y turba.
- g. El menoscabo de una superficie entre 477,6 m² y 584,1 m² en el lado Este de la vega Norte.
- h. El menoscabo de cojines de *Oxychloe andina* en el lado Noreste de la vega Sur.

Ducentésimo septuagésimo séptimo Que, por su parte, en la Res. Ex. N°72/2018 se constata que, durante el procedimiento sancionatorio, CMN SpA alegó la autodenuncia como un hecho que no habría sido considerado como un criterio atenuante en la clasificación de la infracción o circunstancias del art. 40 de la LOSMA. Dicha autodenuncia consistió en indicar que, durante el año 2011, inició la construcción de las obras: "canal perimetral Norte superior y

canal perimetral Norte inferior", las que hasta el mes de marzo del año 2012 llevaba un avance del 60% de las obras relacionadas a ambos canales. Respecto de la obra de salida del CPNI indica que no fue construida de la forma adecuada, en los términos dispuestos en la RCA. Con posterioridad, durante el aluvión del mes de diciembre del año 2012 la obra de salida CPNI habría colapsado, provocando un fenómeno de remoción en masa de material coluvial, dañando la obra de manera significativa para enfrentar posteriormente un nuevo evento de similares características. Por último, señala que, con el aluvión del 10 de enero de 2013, la obra de salida construida finalmente colapsó, alcanzando con el movimiento de tierra ocasionado por este aluvión, una zona de vegas localizada al otro lado del río Estrecho y al río mismo.

Ducentésimo septuagésimo octavo Que, el 29 de abril del 2013 el titular, al contestar el ordinario U.I.P.S. N°58 de la SMA, acepta los cargos. Sin embargo, durante el proceso sancionatorio la empresa sostuvo que con relación al supuesto daño que se habría ocasionado en dicha zona, éste no sería tal por las razones que indica. En el procedimiento administrativo, señaló la reclamante que pese a tratarse de una perturbación de origen antrópico, el material depositado sobre la vega es conocido por el sistema, dado que en esa zona se produce naturalmente aluviones, por lo que sería esperable que una vez removido, la vega expresara su capacidad de resiliencia y comenzara a operar un sistema sucesional de formaciones vegetacionales en un mediano-largo plazo que permitiera su recuperación. Añade que esto sería posible principalmente porque la vega tiene disponibilidad de recurso agua, elemento central que permite su recuperación. A su vez, esto habría sido constatado en la visita realizada por el SAG -y que consta en el expediente administrativo-, en el que pudo observarse indicios de recuperación natural de la vegetación, lo que permite inferir la posibilidad de una reparación asistida.

Ducentésimo septuagésimo noveno Que, sobre el Ordinario SAG N°664/2015, de fecha 1 de octubre de 2015, el que da respuesta al

Ordinario D.S.C. N°755/2015, la empresa indica que, en este Ordinario, el SAG pudo enmendar lo señalado en su Ordinario N°152/2013. Las principales conclusiones del Informe que releva CMN SpA son las siguientes:

- a) En cuanto a la caracterización de los sistemas afectados, el SAG, determinó que el valor social de la vega afectada no es de gran consideración dada su ubicación dentro del proyecto Pascua Lama. Por otra parte, en cuanto a la importancia biológica del sistema, se estableció que ésta se vincula a su función en cuanto a proveer alimentación a fauna silvestre, así como lugar de refugio, nidificación y alimentación de algunas especies silvestres. En suma, su valor central estaría vinculado a los servicios biológicos que presta;
- b) En cuanto a la extensión del daño, de acuerdo a la empresa, el SAG habría concluido que la Vega Sur no sufrió daño alguno producto de los eventos aluvionales, ya que el área previamente considerada como afectada no contenía vegetación y, por tanto, no formaba parte del sistema denominado Vega Sur; y
- c) En cuanto a la recuperabilidad del daño ocasionado, de acuerdo a la empresa, el SAG habría constatado que existían signos de repoblamiento por especies vegetales en el área de la vega Norte afectada, lo anterior, aun considerando que la época de la fiscalización por parte del Servicio, no era la más adecuada, pues la vegetación ribereña se encontraba en dicha época en período de estrés térmico.

Ducentésimo octogésimo Que, en virtud de lo expuesto precedentemente, y en especial lo que consta en las actas de fiscalización de fecha 25 y 29 de enero de 2013, la autodenuncia de la empresa de fecha 22 de enero de 2013, y la Res. Ex. N°159 de la DGA de Atacama, de fecha 12 de marzo de 2013, este Tribunal tendrá por acreditada la configuración del cargo 23.2 imputado por el ente

fiscalizador en el Ord. U.I.P.S. N°58/2013.

Ducentésimo octogésimo primero Que, ya acreditada la configuración del cargo, queda por esclarecer tres hechos controversiales, que este Tribunal resume en: (1) la determinación de si la SMA ha calificado erróneamente la infracción como gravísima, ya sea por su sustento fáctico y su existencia de daño ambiental ocasionado y su posibilidad de reparación (2) la determinación de si la SMA ha vulnerado el principio *non bis in ídem* al clasificar la gravedad de la infracción (3) la determinación de si la clausura definitiva es la medida idónea para este cargo contando con la fundamentación adecuada.

- (1) **Sobre la calificación de la infracción como gravísima y su fundamento, ya sea por la apreciación de la prueba, alteración de la carga de la prueba, o por la vulneración del principio non bis in ídem.**

Ducentésimo octogésimo segundo Que, en cuanto a la calificación de la infracción, la resolución impugnada desarrolla sus fundamentos generales entre los considerandos 2895 y 3031, para luego realizar un análisis específico entre las consideraciones 3032 y 3128. En dichos numerales se precisa que la infracción es calificada como gravísima, en virtud del art. 36 numeral 1 letra a) de la LOSMA, por haberse generado un daño al medio ambiente, no susceptible de reparación a 1,9 hectáreas aproximadas del ecosistema alto andino por la acción del proyecto.

Ducentésimo octogésimo tercero Que, para arribar a esta conclusión, la SMA consideró en su resolución sancionatoria que la masa de material rocoso ocasionó el arrastre completo de una porción de la vega, el sepultamiento de otra sección, y que, a su vez, producto del aluvión, se habría generado la modificación del cauce del río Estrecho, lo que habría ocasionado la pérdida de hábitat y de individuos de fauna. En este sentido, se trataría de un efecto sobre el ecosistema Alto Andino y sus componentes suelo, fauna, flora

y vegetación zonal y azonal del lugar y por consecuencia, en una afectación sobre el hábitat de flora y fauna que se sustenta de dicho ecosistema.

Ducentésimo octogésimo cuarto Que, la SMA sostiene, que se generó la afectación de un área aproximada de 1,8 ha. de ladera rocosa y estepa, las que fueron sepultadas por el alud. Sin embargo, sobre dicho valor, se concluyó luego del análisis de georreferenciación de las masas de material aluvial cercanas a las vegas afectadas, que no se consideró todo el cono de material aluvional que queda como consecuencia de un evento de remoción en masa, los cuales no solo generan un efecto en la sección final del flujo aluvial sino en todo el camino recorrido.

Ducentésimo octogésimo quinto Que, por esta razón, y buscando fundamentar su decisión de la calificación de la infracción generada, la Superintendencia procedió a realizar el análisis de significancia (valoración cualitativa) de la afectación para ser considerado como daño ambiental, de la misma manera que lo hizo en el Cargo N°4, es decir aplicando criterios y categorías, que fueron utilizados ponderando la relación entre el "Medio afectado" y de los "Efectos sobre el medio" de manera cualitativa, según la tabla que a continuación se presenta:

Tabla N°1: Fórmula de Significancia del Daño según SMA, utilizada para Clasificar la Infracción asociada al cargo 23.2

SIGNIFICANCIA DEL DAÑO = (MEDIO AFECTADO x EFECTOS SOBRE EL MEDIO)	
A. MEDIO AFECTADO	B. EFECTOS SOBRE EL MEDIO
a. Singularidad	a. Magnitud y alcance
b. Especies de relevancia o de interés	b. Permanencia y duración
c. Resiliencia	c. Pérdida de hábitat
d. Servicios ecosistémicos	d. Efecto de Borde

Fuente: SMA, Res Ex 072/2018, considerando 3032, pág. 877.

Ducentésimo octogésimo sexto Que, en cuanto al análisis del **Medio**

Afectado, y en particular al análisis del criterio de singularidad, la SMA utilizó iguales argumentos tanto para este cargo como para el Cargo N°4. En síntesis, señaló que la singularidad del ecosistema afectado se determina a partir de la conjugación y dinámica de la singularidad de sus componentes (piso vegetacional, forma de cojín, actúan como nodrizas), como de la unidad ecológica en su totalidad (especie constructora de nichos). Por su parte, la singularidad del ecosistema alto andino surge en gran medida por la presencia de humedales alto andinos y vegetación aledaña, que concentra la productividad y biodiversidad de dicho sector de la fauna del lugar, como los servicios ecosistémicos presentes en la cuenca. Asociado a ello, la presencia del río sustenta a su vez la vegetación y fauna del lugar, como los servicios ecosistémicos presentes en la cuenca.

Ducentésimo octogésimo séptimo Que, en cuanto al criterio de especies de relevancia o interés, la SMA realizó en detalle el análisis de este criterio a propósito de la configuración de la infracción del Cargo N°4 de la Res. Ex. N°1/Rol D-011-2015. En particular, se analizan las consideraciones esgrimidas para la vegetación zonal de ladera como la *Azorella madreporica*, *Chaetanthera acheno-hirsuta* y *Senecio segethii*, con la excepción que el análisis de estas dos especies es parte integrante del análisis de daño ambiental, y no solo de la ponderación de circunstancias del art. 40 de la LOSMA. Lo anterior, importará que la *Azorella madreporica*, aun cuando no ostente una categoría de conservación, es una especie clave en el ecosistema alto andino, por su rol de nodriza, sumado a que es una especie que debido a hábito de crecimiento y la arquitectura imposibilitan que sea trasplantada. Luego, en lo que respecta a las especies *Chaetanthera acheno-hirsuta* y *Senecio segethii*, ambas fueron identificadas en la evaluación ambiental como especies con problemas de conservación y se encuentran desde el año 2008, en categoría "Vulnerable", siendo entonces tal consideración la que se releva en el presente criterio.

Ducentésimo octogésimo octavo Que, en lo que respecta a fauna, sobre la base de los antecedentes del procedimiento, se estimó que

producto del colapso de la obra de salida y de los eventos aluvionales se provocó la pérdida de individuos de la especie *Liolaemus robertoi* (Lagartija de Roberto), ya que el escurrimiento del material coluvial por el cono de deyección, habrían sepultado un número de estos individuos en un rango entre uno a seis. Esta especie se encontraría clasificada en categoría de conservación en estado vulnerable, es decir, se encuentra en un riesgo alto de extinción en estado silvestre.

Así, y tal como ya se indicó, a la fecha de ocurrencia de la infracción la especie se encontraba reconocida por el Reglamento de Caza, regulado en el D.S. N°5/1998 del Ministerio de Agricultura ("MINAGRI"), como S y E, es decir, especie catalogada con densidades poblaciones reducidas y como benéfica para la mantención de los ecosistemas naturales, respectivamente. Misma clasificación ostenta en el D.S. N°65/2013 MINAGRI. No obstante, ello, ya en el año 2004 la literatura daba cuenta de la amenaza de la especie producto de actividades antrópicas, lo que culmina con su clasificación de vulnerable en el año 2016 (D.S. N°16/2016, Reglamento de Clasificación de Especies del Ministerio del Medio Ambiente). Por su parte, en lo que respecta a otras especies de fauna que se hayan visto afectadas producto del colapso de la obra de salida del CPNI, no existen antecedentes en el proceso sancionatorio, referido a las mismas, por lo que su exposición debe relacionarse con la pérdida de hábitat producto de la infracción.

Ducentésimo octogésimo noveno Que, en cuanto al criterio de resiliencia del medio, la SMA utiliza los mismos argumentos planteados a propósito del análisis de dicho criterio en el Cargo N°4, y que dicen relación a las características de la vegetación zonal de ladera como la *Azorella madreporica* y la vegetación azonal o ribereña de vegas. En cuanto a las especies *Chaethanthera acheno-hirsuta* y *Senecio segethii*, cabe indicar que, pese a no existir datos suficientes para evaluar la resiliencia de la especie, se pueden considerar otros factores, tales como requerimientos de hábitat, fragmentación del hábitat, y la capacidad de colonización de la

especie. Dado que la resiliencia depende a su vez de la naturaleza de la afectación y del efecto ocasionado, se estimó que éstas requieren que las condiciones que permiten su desarrollo sean recuperadas, en las que pudo influir el material propio del alud que se encuentra depositado. En conclusión, si bien las especies son resilientes, el medio afectado dificulta la capacidad intrínseca de las mismas de recuperarse.

Ducentésimo nonagésimo Que, en cuanto al *Liolaemus robertoi*, la SMA estima que este podría ser capaz de enfrentar el evento impactante, puesto que parte de su hábitat no fue alterado en la proximidad de la vega, manteniéndose espacios de rocas y piedras.

Ducentésimo nonagésimo primero Que, respecto a las vegas, de manera general, es de indicar que las alteraciones en los componentes físicos de éstas, sean eliminación de topografía e hidrológia, resultan en un daño más severo que de alterarse los componentes bióticos, como la vegetación. Así, las características de vegas pueden ser reducidas o eliminadas si se ocasionan cambios en los regímenes hidrológicos ocasionados por actividades humanas.

Ducentésimo nonagésimo segundo Que, considerando que la resiliencia se concibe desde sus componentes particulares (flora y fauna, además del medio físico), como de la unidad en su totalidad, se estima que mientras no se restablezcan las propiedades básicas de los componentes físicos involucrados, no es posible que el ecosistema afectado pueda retornar, en cierta medida, al estado que se encontraba antes del efecto ocasionado, existiendo antecedentes en el procedimiento sólo de la limpieza de las vegas, no así de los sectores de ladera rocosa afectados.

Ducentésimo nonagésimo tercero Que, en cuanto al criterio de servicios ecosistémicos, la SMA desarrolla latamente estos argumentos a propósito del análisis del mismo criterio en el Cargo N°4 de la Res. Ex. N°1/Rol D-011-2015, indicando que las consideraciones esgrimidas para la vegetación zonal de ladera como la *Azorella madreporica* y para la vegetación azonal o ribereña de

vegas, en lo que respecta a los servicios ecosistémicos que éstas prestan, los que se encuentran relacionados con la regulación y mantención de los ecosistemas, en particular, de las condiciones físicas, químicas y biológicas del mismo y también, permiten mantener la composición y formación del suelo. La SMA estimó que la Lagartija Roberto juega un rol en el mantenimiento de la diversidad florística y del estado del suelo, así como en la generación de sedimentos y en los procesos de formación de suelo, aporte de nutrientes y en el equilibrio de las poblaciones de vertebrados menores. Estas funciones se consideraron de relevancia en el contexto del ecosistema alto andino en cuestión, debido a que éstas contribuirían en generar condiciones para el establecimiento de las especies vegetales, en especial en los ambientes de ladera rocosa.

Ducentésimo nonagésimo cuarto Que, respecto a las especies *Chaethanthera acheno hirsuta* y *Senecio segethii*, su rol en el ecosistema estaría dado por las interacciones que permiten el mantenimiento de la red trófica, por la contribución a la fijación de carbono al suelo, aporte a los procesos de formación de suelo, la contención de la erosión, estabilización de taludes y disminución del riesgo de remociones en masa, su relación con agentes polinizadores, provisión de alimento y refugio para fauna.

Ducentésimo nonagésimo quinto Que, en cuanto a los Efectos Sobre el Medio, el análisis de la SMA se estructura a partir de la descripción realizada en el considerando ducentésimo octogésimo sexto. Así, en lo que respecta a la modificación de una sección del cauce del río Estrecho, con el correspondiente cambio en el régimen de escurrimiento de las aguas y afectación de vegetación, el ente fiscalizador consideró que el hecho de que el sector Norte de la vega Sur no correspondiere a vegetación propia de la vega sino más bien a un cuerpo de agua intermitente, no implicaría de modo alguno que no se haya generado un daño sobre el ecosistema altoandino, sino que sólo habría cambiado el componente afectado, es decir, el cauce del río Estrecho.

Ducentésimo nonagésimo sexto Que, la afectación de la vegetación zonal y azonal repercute necesariamente, a juicio de la SMA, en una menor disponibilidad de forraje, alimento, refugio y; en general, de los servicios e interacciones que permitían el mantenimiento del ecosistema altoandino en su conjunto y para los organismos que se sustentan de él, como consecuencia de la disminución de la productividad primaria (entendida como biomasa disponible) y de hábitat del ambiente en su conjunto. Para la Superintendencia, esta afectación es de suma relevancia, más aún considerando la importancia que la misma empresa le habría otorgado a la protección de las vegas emplazadas en el sector del proyecto y así también de especies como la *Azorella madreporica*, *Chaetanthera acheno-hirsuta* y *Senecio segethi*.

Ducentésimo nonagésimo séptimo Que, en cuanto a la categoría denominada permanencia y duración, esta última está referida al tiempo en que el efecto persiste en el medio. En el caso concreto, la Superintendencia estimó que la duración es permanente toda vez que ocurrido el efecto, se produjo una pérdida y la sepultación de una sección de la vega Norte y se dañaron individuos de la vega Sur. Sin embargo, a pesar de que la empresa entregó antecedentes que acreditaron la limpieza y posterior recuperación de otra de las secciones de la Vega Norte que fue sepultada por el aluvión, no se da cuenta del estado actual ni de la ejecución de labores de limpieza en las aproximadamente 1,8 ha. que impactaron el ambiente de ladera rocosa y estepa, afectando a vegetación zonal y fauna en categorías de conservación.

Lo anterior resulta en extremo relevante durante el procedimiento sancionatorio para la SMA, ya que consideró que dado que son los mismos informes internos de la empresa los que sugirieron que "las labores de despeje podrían extenderse a las otras áreas afectadas por el alud que no fueron incluidas en esta temporada", desconociéndose a la fecha el estado de esas otras áreas no incluidas en las labores de despeje, según lo indicado por la Superintendencia. Concluye que mientras no se generen acciones para restaurar la

sección de la vega Norte removida y, a su vez, recuperar el hábitat de ladera afectado en términos de vegetación, a juicio de la SMA, el efecto en el ecosistema altoandino sigue siendo permanente.

Ducentésimo nonagésimo octavo Que, en cuanto a la categoría definida como pérdida de hábitat, según la SMA ésta se evidenciaría por la disminución de áreas de alimentación y refugio para una gran variedad de especies silvestres de aves, mamíferos, reptiles y para vegetación zonal y azonal de dicho ecosistema. Si bien todas las especies cumplen un rol en el ecosistema, existen las que desempeñan funciones relevantes, tales como ser nodrizas en el proceso de colonización y generación de suelo, tal es el caso de *Azorella madreporica*.

Ducentésimo nonagésimo noveno Que, por su parte, en lo que respecta a la pérdida de hábitat para la fauna del sector afectado por el colapso de la obra de salida del CPNI, es de indicar que, de conformidad a lo dispuesto en la RCA N°24/06 y sus anexos, éste no es un sector comprometido para el monitoreo de fauna de la empresa, por lo que no se tuvieron antecedentes específicos sobre las especies que habitaban en el mismo. Sin embargo, el informe "Estudio, Monitoreo y Actualización de Línea Base Recursos Bióticos", da cuenta que en el sector 3A, correspondiente al área de humedales y laderas aledañas al río Estrecho, camino de acceso a la Mina, se han observado diversas especies, algunas de las cuales se encuentran en categoría de conservación, tales como el Lagarto Müller (*Lioalemus lorenzmuelleri*), en estado de conservación "Vulnerable" (D.S. N°65/2013 MINAGRI, Reglamento de la Ley de Caza; y, D.S. N°16/2016 Reglamento de Clasificación de Especies del MMA), el Guanaco (*Lama guanicoe*), en estado de conservación "En Peligro de Extinción" (D.S. N°65/2013 MINAGRI) y "Vulnerable" (D.S. N°33/2011 MMA), el Churrete chico (*Cinclodes oustaleti*), el cual se encuentra en categoría de conservación Vulnerable (D.S. N°65/2013 MINAGRI y D.S. N°23/2009 MMA). Además de la Lagartija Roberto (*Lioalemus robertoi*), en estado de conservación "Vulnerable" (D.S. N°16/2016). En este mismo orden de ideas, el sector afectado era hábitat de una serie de aves, como

el Piuquén (*Chloephaga melanoptera*), especie Vulnerable (D.S: N°65/2013) y de la Perdicitita cordillerana (*Attagis gayi*), especie catalogada como Rara (D.S. N°65/2013) y de Preocupación Menor (D.S. N°16/2016), el Pato juarjual (*Lophonetta specularioides*) y la Dormilona cenicienta (*Muscisaxicola cinereus*). Todo lo anterior, según los informes acompañados por la misma empresa.

tricentésimo Que, a juicio de la SMA, la afectación en la vegetación zonal y azonal implicó un cambio negativo en la capacidad de regeneración y renovación de dichos recursos, que, si bien esto no ha ocurrido en la totalidad del ecosistema, en una sección se han eliminado las condiciones básicas y fundamentales para que el hábitat pueda regenerarse y recuperarse. Por ello, el daño provocado no puede ser considerado uno que mantenga la capacidad del hábitat “[...] después de haber sufrido los daños, de recuperar en breve plazo, sin más intervención que el incremento de las medidas de protección, un estado que, tan solo en virtud de la dinámica de la especie o del hábitat, dé lugar a un estado equivalente o superior al básico”, como ocurre con los daños no significativos. Así, la Superintendencia ha sostenido que el daño efectuado se trata de un caso en el que se han afectado “[...] las condiciones que hacen posible la presencia y desarrollo de las especies y ecosistemas”, en los términos indicados por el art. 6 del RSEIA, al removerse una sección de un humedal altoandino y eliminar el suelo y sustrato, los cuales son, en el caso de estos ecosistemas, los estructuradores fundamentales de las comunidades que sostienen.

tricentésimo primero Que, en cuanto a la categoría efecto borde, la SMA se refiere a ella y la denomina de esa manera cuando dos hábitats naturales diferentes se encuentran colindantes en un ecosistema, siendo una de las consecuencias de la fragmentación ecológica. Si bien para este caso no se produce fragmentación propiamente tal, al no dividirse la vegetación azonal en parches de menor tamaño, sí pueden generarse consecuencias como las perturbaciones que merman la calidad del hábitat (vega Norte), por aumento de las presiones exteriores y en consecuencia aumenta el

riesgo de pérdida del parche (vega Norte), ahora menor, de vegetación.

tricentésimo segundo Que, en relación con la procedencia del daño ambiental, la SMA sostiene que la afectación del ecosistema altoandino ha implicado cambios negativos permanentes de la disponibilidad y aprovechamiento futuro de los recursos naturales, con la consecuente afectación de la flora y fauna que se sustentaba del humedal, siendo probable que se mantenga a futuro debido a que no es posible afirmar con certeza los índices de éxito de su reparación. Para la Superintendencia, la afectación del ecosistema altoandino habría implicado cambios negativos en la capacidad de regeneración y disponibilidad del recurso, ya que se han eliminado condiciones básicas fundamentales para que el hábitat pueda regenerarse y recuperarse; y, por otro lado, se habrían afectado el estado de los componentes bióticos y abióticos actualmente presentes, mermando en consecuencia los servicios propios del ecosistema altoandino.

tricentésimo tercero Que, por todo lo antes expuesto, la SMA concluyó que la alteración ocasionada al medio ambiente debe ser considerado de carácter significativa, concurriendo los elementos para que se configure una hipótesis de daño ambiental irreparable, que en esencia es la base para calificar la infracción como gravísima.

tricentésimo cuarto Que, en este orden de ideas y basado en la definición de daño ambiental de la Ley N°19.300 y en las disposiciones pertinentes de la Ley N°20.417 citadas en los considerandos inmediatamente anteriores, y para mejor entendimiento del análisis que este Tribunal desarrollará para este hecho controversial, es importante tener a la vista las siguientes consideraciones científico-técnicas:

a. Técnicamente la pérdida, disminución, detrimento y menoscabo, son tipos de alteraciones al medio ambiente, como lo son la mejora, aumento, cohesión y beneficio.

- b. En consecuencia, el impacto ambiental, al igual que el daño ambiental se configuran sobre la base de alteraciones del medio ambiente.
- c. En términos de su signo, el impacto ambiental podría generar alteraciones tanto positivas como negativas, en cambio el daño solo genera alteraciones negativas.
- d. Las alteraciones negativas en el medio ambiente cuando son significativas, dejan de ser impacto ambiental y pasan configurar daño ambiental.
- e. Una alteración negativa al medio ambiente es creada por un impacto ambiental previsto, pero también por uno no previsto. Sin embargo, el hecho que sea no previsto no implica en sí mismo que este impacto se transforme en un daño ambiental, ya que para que ello ocurriese, este debe ser significativo.
- f. El impacto ambiental se predice en el Estudio de Impacto Ambiental que dio origen a la licencia ambiental correspondiente, y también es posible constatarlo y registrarlo en el seguimiento ambiental, en cambio el daño ambiental solo es posible constatarlo.
- g. Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, un efecto es definido como "aquello que sigue por virtud de una causa". En este orden de ideas, una alteración es un tipo de efecto causado por una actividad.
- h. En el ejercicio de análisis probabilístico de un Estudio de Impacto Ambiental, se identifican los efectos significativamente adversos que son tratados mediante la estrategia de jerarquía de mitigación, la que consiste en abordar estos efectos primero evitándolos, luego minimizándolos, posteriormente rehabilitándolos o restaurándolos y finalmente si es factible, compensándolos.
- i. Luego que los efectos significativamente adversos son analizados y se proporcionan antecedentes fundados para su predicción estos son tratados, dejando como trazabilidad de su condición residual, un grupo de acciones que configuran el plan de seguimiento ambiental, por lo que la condición de "significativamente adversos" por sí mismo no los convierte en candidatos a generar daño ambiental, ya que si bien conceptualmente

se habla en ambos casos de significancia, en estricto rigor, el primero es una condición probabilística y el segundo es un hecho de constatación física.

j. Que el concepto de "significativo" para una alteración negativa, es un punto en el cual los efectos causan una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo, entendiendo que el entorno es el que reacciona de manera diferente a estos estímulos, por lo que el razonamiento de "significativo" no depende totalmente de la alteración provocada, sino que en gran parte de la condición del objeto de protección y su reacción a esos efectos.

k. Que aproximarse a la determinación de daño ambiental significativo, basándose en una relación entre el "Medio afectado" y los "Efectos sobre el medio", es una abstracción mínima que podría ser insuficiente, si es que no se logra establecer, con la debida rigurosidad, todas las relaciones entre las variables ambientales asociadas al objeto de protección y las alteraciones que las actividades generan en el entorno, visto de un punto de vista matemático, la correcta definición de la variable dependiente (alteración) y las variables independientes (causa de la alteración).

tricentésimo quinto Que, teniendo claro entonces, las consideraciones científico-técnicas expuestas, esta magistratura concuerda con la SMA en cuanto a que las actividades que estaban comprometidas en la RCA N°39/01, como asimismo la aprobación ambiental de las modificaciones a dicho proyecto mediante la RCA N°24/06, que siempre contemplaron la construcción de una obra de arte de salida del canal perimetral con determinadas características, no se realizaron como estaba establecido, lo que provocó que se produjera un efecto en el ecosistema altoandino. Esta diferencia constructiva, constituye por sí solo un incumplimiento a la RCA, la que provocó un impacto ambiental no previsto que generó una alteración negativa al medio ambiente.

tricentésimo sexto Que, sin perjuicio de ello, lo cierto es que la calificación jurídica de la infracción se debe identificar en

función de un determinado efecto o consecuencia de ésta, el cual en el caso de autos sería la generación de daño ambiental de carácter irreparable, hipótesis esta última que a juicio del Tribunal no logra configurarse.

tricentésimo séptimo Que, para arribar a esta conclusión se ha tenido a la vista las siguientes consideraciones según se pasa a explicar. En primer lugar, la premisa de la SMA que sostiene que la afectación ambiental ocasionada debe ser considerada de carácter significativa, al concurrir los elementos que configuran una hipótesis de daño ambiental, que además se plantea como irreparable, se basa en una adaptación de los factores y criterios comunes aplicables al análisis de significancia de la evaluación ambiental (Garmendia, A.; Salvador, A.; Crespo, C.; Garmendia, L. 2005. Evaluación de Impacto Ambiental. Pearson Educación, S.A., Madrid. ISBN: 84-205-4398-5. 117, 118, 131, 137, 189, 225 pp.) utilizada para identificar si un impacto ambiental tiene una significancia tal que amerite la implementación de un plan de medidas ambientales (D.S. N°40/2012 MMA Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Título VI.), por lo que no necesariamente un impacto significativo (o como lo plantea la Ley N°19.300, un efecto significativamente adverso), sobre la base de la misma evaluación de significancia, es susceptible de generar un daño ambiental, como ya se ha expuesto latamente en el considerando tricentésimo quinto.

tricentésimo octavo Que, teniendo en consideración que "daño ambiental" no es equivalente a "impacto ambiental significativo o efectos significativamente adversos", y entendiendo que el criterio de significancia debe ser atendido caso a caso, debe tenerse presente que la Excmá. Corte Suprema ha sostenido diversos criterios que pueden ser utilizados para entender la significancia del daño. En efecto, sostiene que "si bien la ley no ha conceptualizado el carácter de significativo del daño ambiental, es posible reconocer razonablemente de la propia normativa ambiental una serie de criterios que permiten dilucidar esa interrogante, tales como: a) duración del daño; b) la magnitud del mismo; c) la cantidad de

recursos afectados y si ellos son reemplazables; d) la calidad o valor de los recursos dañados; e) el efecto que acarrearán los actos causantes en el ecosistema y la vulnerabilidad de este último; y f) la capacidad y tiempo de regeneración". (rol N°27.720-2014, considerando quinto). Sin embargo, se debe consignar que estos criterios aún no han logrado ser lo suficientemente robustos para definir sobre una base científica cuando se entiende configurado el daño ambiental atendiendo al criterio de significancia.

tricentésimo noveno Que, por las consideraciones antes esgrimidas, se estima razonable, pero limitado desde el punto de vista científico-técnico, por las razones expuestas en el considerando tricentésimo quinto, que la SMA intente una aproximación desde una valoración cualitativa sobre la base de la ecuación planteada en el considerando 3032 de la resolución reclamada (numeral 12.2.3.5.1. "Análisis de significancia del daño ambiental"), donde se define en la Tabla N°11 que: SIGNIFICANCIA DEL DAÑO = (MEDIO AFECTADO x EFECTOS SOBRE EL MEDIO).

tricentésimo décimo Que, en consideración a lo anterior, este Tribunal considera que aun cuando es entendible el razonamiento técnico propuesto en la ecuación planteada de "significancia del daño", esto no pasa de ser un ejercicio incompleto, ya que metodológicamente solo se enuncian los criterios y categorías, sin entregar los atributos y definiciones necesarias para contextualizar el análisis realizado, desarrollados por parte de la SMA de manera descriptiva y acomodaticia, sin vincularlos con la ecuación que ese organismo fiscalizador estableció, situación que pudiese haber esclarecido la relación entre variables dependientes e independientes, no asignando ni pesos, ni ponderando tampoco en un rango o valor cada uno de los criterios propuestos. Es decir, no hubo un razonamiento completo del argumento que sustenta la clasificación de la infracción del cargo en cuestión.

tricentésimo undécimo Que, sin perjuicio de lo anterior, y a objeto de corroborar si los resultados de una definición más acuciosa de

las variables que configuran cada uno de los criterios y factores utilizados por la SMA dan respaldo a las conclusiones descriptivas alcanzados por el organismo fiscalizador, se procedió a realizar el mismo análisis esbozado por la SMA sobre la base de los mismos criterios y categorías contemplados en la Res. Ex. N°72/2018, es decir: Singularidad, Relevancia o Interés, Resiliencia, Servicios Ecosistémicos, (Criterios del Medio Afectado); Magnitud y Alcance, Permanencia y Duración, Pérdida de Hábitat, Efecto de Borde (Categorías de Efectos Sobre el Medio). En este sentido, cabe señalar que desde el punto de vista metodológico, cualquier tipo de indicador debe cumplir con estándares para alcanzar el objetivo deseado, ejercicio metodológico que en el caso de marras no se desarrolló por parte de la SMA, debiendo entre otros visualizar sus atributos bajo los parámetros que a continuación se indicarán, los que se sustentan en lo planteado por FAO 1995 en el Informe de la reunión de expertos FAO/OIMT sobre la armonización de criterios e indicadores, Italia. 13-16 de febrero de 1995 y los autores Chaverri y Herrera 1996, en su documento titulado criterios e indicadores para el manejo sostenible, Informe para FAO, siendo estos los siguientes:

- a) Claridad: pueden ser comprendidos fácilmente en los diferentes niveles público, político y técnico.
- b) Solidez técnica: han sido utilizados previamente.
- c) Flexibilidad: su aplicación puede darse en sitio de diferentes zonas y localidades, no está delimitado por su componente geográfico.
- d) Pertinencia: el indicador es relevante respecto al factor determinante que lo propone.
- e) Factibilidad: debe ser fácil de detectar, recolectar e interpretar.
- f) Confiabilidad: Las técnicas o métodos necesarios para conseguir la información requerida por indicador deben ser lo suficientemente confiables, así como indicativos y repetibles.

tricentésimo duodécimo Que, en este orden de ideas, los criterios y sub criterios (para medio afectado) y categorías (para efectos sobre el medio), se han estandarizados de la siguiente

manera:

1. SINGULARIDAD: Cuando un elemento del medio, presenta condiciones fuera de lo común, que se manifiesta porque el elemento del medio goza de una alta riqueza y diversidad, su abundancia natural es baja, pertenece a un sistema ecosistémico rico y diverso, es una especie objeto de conservación o el ecosistema al que pertenece es de carácter relictual y se encuentra amenazado (Basados en Valoyes, Z., Ramírez, G., Klinger, W., & Carabalí, F. 2012. Ecological principal structure of Chocó Biogeographic according to criterion of diversity and singularity of species and ecosystems. Revista Bioetnia, Volumen 9 N 2 julio-diciembre, 2012 ISSN 1990-0561, 9(2), p. 114; y, Ramos, Á. 1987. Diccionario de la naturaleza: hombre, ecología, paisaje. Espasa-Calpe.S.A., Madrid.).

Subcriterios:

- a. ARD = El medio es considerado de alta riqueza y diversidad.
- b. BAN = El medio es considerado de baja abundancia natural.
- c. ERD = El medio forma parte de un ecosistema rico y diverso.
- d. ECP = Es una especie objeto de alguna categoría de conservación o protección.
- e. EPR = El ecosistema al que pertenece es de carácter relictual.
- f. EEA = Su ecosistema se encuentra amenazado.

2. ESPECIE DE RELEVANCIA O DE INTERÉS: Una especie relevante es aquella que al ser perturbada genera cambios relativamente drásticos en su entorno, dado que presenta una alta riqueza endémica, está clasificada como amenazada, es una especie dominante en su ecosistema, su población es restringida o tiene la cualidad de paragua, carismática o clave en el ecosistema (sobre la base de Ramos-Jiliberto, R., Urbani, L., Razeto-Barry, P., Encina-Montoya, F., & Medina, M. 2013. Identificación de especies ecológicamente relevantes para la Evaluación de Riesgo Ecológico: Una propuesta desde la ecología teórica. Revista chilena de historia natural, 86(1), p. 21-31; y, Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) 2015. GUÍA PARA LA DESCRIPCIÓN DE LOS COMPONENTES SUELO, FLORA Y FAUNA DE ECOSISTEMAS TERRESTRES EN EL SEIA, p. 96 Editada por SEA.).

Subcriterios:

- a. ARE = Alta Riqueza Endémica.
- b. ECA = Especie Clasificada como Amenazada.
- c. EDE = Especie dominante en el Ecosistema.
- d. PRE = Población Restringida de la Especie.
- e. ECE = Especie de cualidades especiales para el ecosistema, como paragua, carismático o clave.

3. RESILIENCIA: La capacidad de un Medio o Ecosistema de retener su estructura organizacional y su productividad ecosistémica tras una perturbación. Caracterizada por la resistencia a los shocks (eventos extremos) y la capacidad de recuperación del Medio (sobre la base de Altieri, M. A., & Nicholls, C. I. 2013. Agroecología y resiliencia al cambio climático: principios y consideraciones metodológicas. *Agroecología*, 8(1), p. 7-20; y, Balvanera, P., Astier, M., Gurri, F. D., & Zermeño-Hernández, I. 2017. Resiliencia, vulnerabilidad y sustentabilidad de sistemas socio ecológicos en México. *Revista Mexicana de Biodiversidad*, 88, p. 141-149.).

Subcriterios:

- a. RSH = El Medio no tiene Resistencia a Shocks o Eventos extremos
- b. CRE = El medio no presenta Capacidad de Recuperación por el daño causado.

4. SERVICIOS ECOSISTÉMICOS: Corresponden a los beneficios que las personas obtienen de los Ecosistemas. Estos incluyen los servicios de provisión, regulación, apoyo, culturales. Su evaluación está en torno a la calidad de prestación de los Servicios Post evento extremo o shock vivido por el territorio (sobre la base de SEA 2015. Guía de Evaluación de Impacto Ambiental, Efectos Adversos sobre Recursos Naturales Renovables. Editada por Servicios de Evaluación Ambiental. Ministerio de Medio Ambiente Chile, p. 56; y, Millennium Ecosystem Assessment (MA) 2005. *Ecosystems and Human Well-being: Biodiversity Synthesis*. World Resources Institute, Washington DC.).

Subcriterios:

- a. SEP = El Medio se vio afectado en su servicio ecosistémico de Provisión de Alimento o Agua.

b. SER = El Medio se vio afectado en su servicio ecosistémico de Regulación de Clima Local, Control de Inundaciones, Degradación de Suelos, Polinización u otro.

c. SEA = El Medio se vio afectado en su servicio ecosistémico de Apoyo como formación de suelo y hábitats, recarga de acuíferos, circulación de nutrientes.

d. SEC = El Medio se vio afectado en su servicio ecosistémico Cultural como espiritual, recreativo, religioso.

5. MAGNITUD Y ALCANCE: Corresponden a la cantidad e intensidad del daño en relación con la condición del recurso en el área de influencia, y se manifiesta en el área de influencia del daño en relación con el entorno del proyecto (sobre la base de SEA 2015. Guía de Evaluación de Impacto Ambiental, Efectos Adversos sobre Recursos Naturales Renovables. Editada por Servicios de Evaluación Ambiental. Ministerio de Medio Ambiente Chile. 56p. y Coria, I. D. 2008. El estudio de impacto ambiental: características y metodologías. Invenio: Revista de investigación académica, (20), p. 125-135.).

Categorías:

a. MDPu = Magnitud del Daño en relación con el entorno del proyecto considerado Puntual.

b. MDPa = Magnitud del Daño en relación con el entorno del proyecto considerado Parcial.

c. MDTo = Magnitud del Daño en relación con el entorno del proyecto considerado Total.

6. PERMANENCIA Y DURACIÓN: Tiempo que permanece el daño desde su aparición y a partir del cual el factor afectado retorna a las condiciones iniciales previas a la acción por medios naturales, o mediante la introducción de medidas correctoras (sobre la base de Coria, I. D. 2008. El estudio de impacto ambiental: características y metodologías. Invenio: Revista de investigación académica, (20), p. 125-135.).

Categorías:

a. PDFu = Permanencia del Daño considerado Fugas, es decir menos de 1 año.

b. PDTe = Permanencia del Daño considerado Temporal, es decir entre 1 y 10 años.

c. PDPe = Permanencia del Daño considerado Permanente, es decir más de 10 años.

7. PÉRDIDA DE HÁBITAT: Corresponde al daño de mayor complejidad y magnitud generado sobre el medio. Implica la remoción total del suelo, vegetación o cuerpos de agua, lo cual modifica significativamente las condiciones y recursos para la existencia de muchas especies nativas (sobre la base de Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) 2008. Guías de Evaluación Ambiental. División de Protección de Recursos Naturales Renovables. Editado por Servicio Agrícola y Ganadero. Ministerio de Agricultura y Coria, I. D. 2008. El estudio de impacto ambiental: características y metodologías. Invenio: Revista de investigación académica, (20), p. 125-135.).

Categorías:

a. PHPu = remoción de alguno o todos los componentes del hábitat como el suelo, vegetación o cuerpos de agua considerado Puntual.

b. PHPa = remoción de alguno o todos los componentes del hábitat como el suelo, vegetación o cuerpos de agua considerado Parcial.

c. PHTo = remoción de alguno o todos los componentes del hábitat como el suelo, vegetación o cuerpos de agua considerado Total.

8. EFECTO DE BORDE: Es un cambio profundo en los procesos ecológicos; donde se constata la aparición de propiedades y dinámicas generadas por el contacto de los fragmentos con la matriz externa y que a la postre convierten a los bordes en hábitats diferentes de los que existen en el interior de los fragmentos (sobre la base de Granados, C., Giné, D. S., & García-Romero, A. 2014. Efecto de borde en la composición y en la estructura de los bosques templados. Sierra de monte-Alto, centro de México: Edge effect on composition and structure of temperate forests. Sierra de Monte Alto, Central Mexico. Caldasia, 36(2), p. 269-287 y Peña-Becerril, J. C., Monroy-Ata, A., Álvarez-Sánchez, F. J., & Orozco-Almanza, M. S. 2005. Uso del efecto de borde de la vegetación para la restauración ecológica del bosque tropical. Tip Revista Especializada en Ciencias Químico-Biológicas, 8(2), p.91-98.).

Categorías:

- a. EB0 = No se observa cambios ecológicos relevantes en los bordes de fragmentos de los hábitats.
- b. EB1 = Se observa cambios ecológicos medianamente relevantes en los bordes de fragmentos de los hábitats.
- c. EB2 = Se observa cambios ecológicos totalmente relevantes en los bordes de fragmentos de los hábitats.

tricentésimo decimotercero Que, con estos criterios, subcriterios y categorías parametrizadas por este Tribunal sobre la base de sus definiciones científico-técnicas, esta magistratura puede concluir que las argumentaciones desarrolladas por la SMA de manera general entre los considerandos 2895 y 3031, sumado a el análisis específico desarrollado entre los considerandos 3032 y 3128, no aborda íntegramente la ecuación y variables que sustentan todo el análisis.

tricentésimo decimocuarto Que, con todo lo anterior, a juicio de este Tribunal no están todos los elementos fundantes y necesarios que permitan acreditar la "significancia del daño ambiental", ya que, como resultado de la evaluación realizada en función de los antecedentes presentados por la SMA respecto de este cargo, no se alcanza un umbral razonable para determinar la existencia de un daño en los términos de la Ley N°19.300, atendido el análisis de la SMA y el conocimiento científico disponible. Por lo antes descrito, este Tribunal considera que la SMA configura erróneamente la hipótesis de daño ambiental, confundiendo una alteración negativa de un impacto no previsto que no presenta efectos que causen una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo, con una alteración negativa que genere daño ambiental.

tricentésimo decimoquinto Que, ahondando más en la conclusión de este Tribunal, la aproximación científica con que la SMA pretendió basar su conclusión, esto es la relación entre el "Medio afectado" y los "Efectos sobre el medio", está planteada por el organismo fiscalizador de manera general y descriptiva, sin mediar ni definir la relación entre las variables que pudiesen apoyar tan importantes

conclusiones y los análisis que se desarrollaron. De esta manera, aun cuando el efecto ambiental que configuró la infracción genera una alteración negativa, sobre la base de los antecedentes ya expuestos, este Tribunal no ha logrado corroborar la hipótesis de daño ambiental invocada por la SMA, careciendo la resolución reclamada de la motivación suficiente respecto a este punto.

tricentésimo decimosexto Que, al determinar que efectivamente la SMA ha clasificado infundadamente la infracción como gravísima, ya que no se acreditó el daño ambiental respecto a la infracción en análisis, este Tribunal estima innecesario abordar la cuestión respecto a si éste es reparable o no.

(2) De las demás alegaciones formuladas respecto a la infracción en estudio.

tricentésimo decimoséptimo Que, a partir de lo resuelto precedentemente, este Tribunal estima inoficioso emitir pronunciamiento sobre las alegaciones de alteración de la carga de la prueba, así como de vulneración del principio *non bis in idem*, debiendo la SMA proceder a clasificar nuevamente la infracción en análisis conforme al art. 36 de la LOSMA, y determinar la sanción aplicable a partir de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA, todo ello debidamente fundado.

3.2 De las supuestas ilegalidades cometidas en la sanción de clausura definitiva aplicada al cargo 23.9.

tricentésimo decimoctavo Que, el Cargo N°23.9 del Ord. U.I.P.S. N°58, de 27 de marzo de 2013, referido a hechos, actos u omisiones que se estiman constitutivos de infracción dispuso: "No activar el Plan de Respuesta de calidad de aguas en el mes de enero de 2013, habiéndose constatado niveles de emergencia, según los niveles de alerta de calidad de aguas determinados en la RCA" (en adelante e indistintamente Cargo N°23.9).

tricentésimo decimonoveno Que, en este cargo, las controversias consisten en: 1) Las alegaciones relativas a la validez de la metodología empleada por CMN contenida en la consulta de pertinencia que culminó con la dictación del Ord. N°120941 de la Dirección Ejecutiva del SEA; 2) Potenciales excesos metodológicos incurridos por la SMA al incluir los "efectos acumulativos" en el cálculo de excedencias; 3) Infracción al principio non bis in idem; 4) La clasificación del hecho infraccional como grave, por cuanto habría generado un riesgo significativo a la salud de la población; 5) La SMA habría clasificado el hecho como grave ignorando numerosos antecedentes y abundantes pruebas rendidas durante el procedimiento sancionatorio que confirman el cumplimiento de los parámetros DAR y la idoneidad de la metodología utilizada, cuestión que dice relación con la apreciación de la prueba rendida durante el procedimiento sancionatorio por parte de la Superintendencia del Medio Ambiente; 6) La SMA habría hecho una errada configuración de las circunstancias de las letras a), b) y d) art. 40 de la LOSMA; 7) La sanción de clausura definitiva aplicada carecería de justificación adecuada, sería desproporcionada, discriminatoria y abiertamente inidónea, y; 8) Falta de fundamentación en la aplicación de la sanción.

(1) Sobre las alegaciones relativas a la validez de la metodología empleada por CMN SpA contenida en la Consulta de Pertinencia que culminó con la dictación del Ord. N°120941 de la Dirección Ejecutiva del SEA.

tricentésimo vigésimo Que, tal como se expuso en los considerandos trigésimo tercero y siguientes, uno de los aspectos reclamados en relación a la infracción 23.9, dice relación con la no consideración por parte de la SMA de la metodología respecto de la cual el Director Ejecutivo se pronunció, con motivo de una consulta de pertinencia, a saber, la Carta N°120941.

tricentésimo vigésimo primero Que, al respecto, resulta pertinente traer a colación que la SMA, en el punto 4415 del acto reclamado,

ha desvirtuado la presente alegación -al igual que la formulada a este respecto para el cargo N°23.8-, al señalar que de conformidad a la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República ("CGR") del año 2003 y otros, el pronunciamiento parcial de la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental, en el cual se ampara la empresa, tal como indica la misma Carta D.E. N°120941, no implica que ésta se encuentre exenta de cumplir con sus obligaciones ambientales, derivadas de la RCA N°24/2006. Ello pues, para modificar una variable ambiental que ha evolucionado distinto a lo originalmente contemplado en el proyecto, debía la empresa modificar la autorización ambiental, a través de mecanismos formales y reglados, que asegurasen la participación de terceros interesados en el procedimiento. Agregó que la empresa debió ingresar, según fuera el caso, un nuevo EIA o bien solicitar el inicio del proceso de revisión de la licencia ambiental, en virtud del art. 25 quinquies de la Ley N°19.300. Como consecuencia de ello, no procede la aplicación de la confianza legítima en el caso concreto, razón por la cual la empresa debió, en todo momento, ceñirse a lo indicado en la referida RCA hasta obtener un pronunciamiento formal, el que no fue dictado sino hasta junio de 2016, según lo estimado por el referido Servicio.

tricentésimo vigésimo segundo Que, sobre la base de lo anteriormente expuesto, estima el Organismo Fiscalizador que la CMN SpA debió haber activado el PATR en el mes de enero de 2013, tomando como periodo de verificación de la obligación de 12 meses móviles hacia atrás, es decir, desde enero de 2013 a febrero de 2012.

tricentésimo vigésimo tercero Que, de acuerdo a lo señalado por la SMA, la empresa habría explicado cómo, en virtud de lo resuelto por el SEA en el procedimiento de revisión de la RCA N°24/2006, se justificó su actuar a propósito de la infracción en comento alegando "la legítima confianza" con que actuó a partir del pronunciamiento de la Dirección Ejecutiva del SEA en su Carta D.E. N°120941, de fecha 7 de junio de 2012. De esta manera, la Compañía señaló en esta instancia, que ocupó la metodología que estaba en conocimiento de

las autoridades ambientales, y cuyos fundamentos ya han sido ampliamente reconocidos por ella, como consta en el resultado del proceso de revisión de la RCA N°24/2006 conforme al art. 25 quinquies de la Ley N°19.300.

tricentésimo vigésimo cuarto Que, respecto de lo ya señalado y en consideración a los principales aspectos del procedimiento de revisión del art. 25 quinquies asociado a la RCA N°24/2006, cabe señalar que dicho procedimiento comenzó con fecha 9 de diciembre de 2013, a través de la Res. Ex. N°266/2013. Dicha resolución indica que la revisión es necesaria para determinar e implementar las correcciones suficientes atendiendo al hecho de que la variable "calidad del agua superficial" del río Estrecho, la que fuera evaluada y contemplada en el plan de seguimiento contenido en el EIA y sobre la cual se establecieron las condiciones y medidas en base a las cuales se aprobó el proyecto, ha presentado un comportamiento natural distinto al considerado durante el proceso de evaluación ambiental (información disponible hasta el mes de abril de 2005).

tricentésimo vigésimo quinto Que, la SMA observó que en dicha resolución se agrega que la RCA señala que la construcción de las obras e instalaciones de manejo y tratamiento de drenajes ácidos del depósito de estéril Nevada Norte debían estar operativos antes de iniciar la remoción de sobrecarga y estéril de la mina, la cual asegura que el Proyecto no afectará la calidad del río Estrecho en ninguna de sus etapas. En ese orden de cosas, la variación de los niveles de calidad de agua que la autoridad ha considerado para dar inicio a esta revisión, corresponde a información de línea de base de calidad de agua, de fecha previa al inicio del *prestripping* del proyecto, el cual data de mayo de 2012. De lo anterior se obtiene que las reiteradas excedencias de dichos niveles de alerta calculados conforme a la metodología de la RCA, se presentan en tiempo previo a la depositación de estéril.

tricentésimo vigésimo sexto Que, el procedimiento de revisión culminó con la Res. Ex. N°94/2016, acto que se encuentra firme, al

haber sido rechazados los recursos judiciales interpuestos en su contra. En dicho acto administrativo, entre otras materias, consta que finalmente la línea de base utilizada en el procedimiento de revisión de la RCA N°24/2006, abarca el periodo comprendido entre el año 1996 hasta el mes de septiembre del año 2009. De igual modo se indica que, el objeto de la modificación planteada en la Res. Ex. N°94/2016, es garantizar que efectivamente la calidad de las aguas del río Estrecho, no se verá afectada producto de las actividades asociadas a la operación del proyecto "Modificaciones del Proyecto Pascua Lama", en sus distintas etapas.

tricentésimo vigésimo séptimo Que, por consiguiente, a juicio de la SMA es un hecho no controvertido que la presentación de la solicitud de revisión de la RCA se efectuó con posterioridad a que haya comenzado a configurarse fácticamente la infracción en comento. Además, que los fundamentos de la revisión, de acuerdo a lo expuesto por la empresa, dicen relación con la incertidumbre que rodeaba ciertos presupuestos fácticos de la evaluación ambiental, la cual no fue aclarada y resuelta institucionalmente sino hasta el pronunciamiento definitivo de la autoridad ambiental, el año 2016, momento al cual ya se había configurado la infracción.

tricentésimo vigésimo octavo Que, a juicio de este Tribunal, es dable concluir que solo en el momento en que se resuelve la revisión en cuestión, se tienen por corroborados legal e institucionalmente los presupuestos fácticos que justifican la revisión y modificación de la RCA. Sostener lo contrario, conllevaría desnaturalizar el sentido de un acto administrativo vigente y cuyas obligaciones son exigibles *in actum*. Así las cosas, y como bien señaló la SMA, se podría generar un incentivo perverso relativo a que los titulares puedan especular sobre el resultado de la revisión, que al ser un procedimiento complejo tanto técnica como jurídicamente, es completamente incierto. No puede por tanto la empresa escudarse en dicha incertidumbre para postergar el cumplimiento de sus obligaciones, máxime si ellas son exigibles tanto jurídica como materialmente, y más aún si se trata de medidas destinadas a

enfrentar las externalidades de un proyecto en cualquiera de sus etapas.

tricentésimo vigésimo noveno Que, en concreto, para los efectos de la alegación en análisis, es menester indicar que la doctrina nacional ha expuesto, respecto de la consulta de pertinencia, que ésta "[...] se inicia con una consulta de un interesado en desarrollar un proyecto o actividad, que normalmente consiste en una modificación de una actividad ya existente, acerca de la necesidad de sometimiento del mismo al SEIA [...]" . A continuación, se explica que "[...] Se trataba de una práctica administrativa no regulada en la LBGMA y que la modificación introducida por la Ley N°20.417 tampoco reconoció expresamente. El RSEIA en su art. 26 hoy en día la regula expresamente [...]" (Bermúdez Soto, Jorge, "Fundamentos de Derecho Ambiental", 2° Edición, Año 2015, p. 295)".

tricentésimo trigésimo Que, en cuanto a la posibilidad que una consulta de pertinencia modifique una RCA, la CGR ha sostenido en su Dictamen N° 76.620, de 2012, que "[...] el acto de que se trata no constituye, por cierto, una decisión destinada a calificar ambientalmente el respectivo proyecto o una modificación al mismo – aspecto que sí debe ser resuelto por la correspondiente Comisión de Evaluación del artículo 86 de la Ley N° 19.300, o por el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, según el caso, en virtud de lo estatuido en los artículos 9° y 15 de la Ley N° 19.300– , sino solo un pronunciamiento sobre la pertinencia de que tal actividad sea sometida al procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental". Agrega el citado pronunciamiento, que "[...]cumple dejar en claro que dicho oficio no importa una alteración a lo decidido mediante el indicado acto administrativo, toda vez que, según se indicara, no resuelve la evaluación ambiental de una modificación al proyecto original, sino tan sólo y, en forma previa al inicio de un procedimiento de calificación ambiental, determina que no resulta obligatorio que ciertos cambios a aquél, en razón de que no son de consideración, sean sometidos a tal proceso".

tricentésimo trigésimo primero Que, efectuado los alcances precedentes, es necesario traer a colación lo resuelto por el Segundo Tribunal Ambiental, en la citada causa R-6-2013, que concluye respecto a la materia en análisis, que se "ha confirmado que dicha modificación metodológica había sido propuesta para recalcular los niveles de alerta de calidad de agua aplicables durante la Fase de Operación, y no para la Fase de Construcción. En efecto, en el 'Informe - Niveles de Alerta de Calidad del Agua Proyecto Pascua-Lama', Rev.1 del 17-04-2008, que se somete a consulta de pertinencia al SEA, en su 'Sección 3: Propuesta de Adaptación Metodológica', punto '3.7 Frecuencia de Evaluación de Niveles de Alerta', letra 'a) Niveles de Alerta NA-0', se indica que 'La primera instancia de evaluación del nivel NA-0 se dará al término del primer año de operación del Proyecto...'. Asimismo, en esta misma sección, letra 'b) Nivel de Alerta NA-1', se indica que 'La primera instancia de evaluación del Nivel NA-1 se dará al término del primer mes de operación del Proyecto...'. En consecuencia, de acuerdo a lo previamente citado, es evidente que la metodología propuesta estaba diseñada para ser aplicada solo durante la fase de operación (...)" (considerando octogésimo).

tricentésimo trigésimo segundo Que, lo anterior, resulta de suma relevancia ya que, para los efectos del cargo, CMN SpA descarta el razonamiento sostenido por esos sentenciadores, estimando que la metodología propuesta a través de la consulta de pertinencia era aplicable a todas las fases del proyecto, incluyendo la etapa de construcción. Así las cosas, esta magistratura no puede obviar lo dispuesto por aquella resolución judicial firme y ejecutoriada, de forma tal que, teniendo presente lo en ella resuelto, mal podría entenderse entonces que la infracción se encontraría amparada en la legítima confianza de que su actuar se ajustaba a lo resuelto en la Carta N°120941. Ello, dado que, a la fecha de imputación de la infracción, el proyecto minero "Pascua Lama" se encontraba en etapa de construcción, no resultando justificado efectuar un cambio de metodología alguno, por lo que mal puede entenderse en ese evento

que lo resuelto a través de la carta de pertinencia pudo haber tenido aplicación. De esta forma, la alegación de vulneración al principio de confianza legítima que reclama el actor debe ser rechazada, ya que aún en el evento de resultar aplicable, no pudo haber modificado lo establecido en la RCA.

tricentésimo trigésimo tercero Que, a mayor abundamiento, aún en el evento de no considerar lo resuelto por el Segundo Tribunal Ambiental, la carta DE N°120941 de 2012, complementada con la Carta DE N°130900 de 2013, no tiene el mérito para modificar lo aprobado ambientalmente mediante la RCA N°24/2006, en su considerando 9.3, tal como ha sido resuelto por la jurisprudencia administrativa de la CGR, antes aludida, criterio que compartimos. Confirma lo anterior, la circunstancia que los documentos que se pronuncian sobre el cambio de metodología, señalan en su párrafo final que "El presente pronunciamiento ha sido elaborado sobre la base de los antecedentes proporcionados por los señores José Antonio Urrutia Riesco y don Manuel Tejos Lemus, en presentación de Compañía Minera Nevada SpA y, cuya veracidad es de su exclusiva responsabilidad y en ningún caso se exime del cumplimiento de la normativa ambiental aplicable al Proyecto, ni de la solicitud y obtención de las autorizaciones sectoriales necesarias para su ejecución", cuestión que confirma la obligatoriedad del deber ambiental existente sobre la materia.

tricentésimo trigésimo cuarto Que, de acuerdo a lo precedentemente expuesto, este Tribunal desechará la alegación formulada a este respecto por CMN SpA.

(2) En cuanto a las alegaciones relativas a potenciales excesos metodológicos incurridos por la SMA al incluir los "efectos acumulativos" en el cálculo de excedencias.

tricentésimo trigésimo quinto Que, en lo concerniente a la ilegalidad invocada por CMN SpA, relativa a que la SMA habría ignorado la resolución del SEA que sirve de respaldo al cambio metodológico para la activación del PATR, y el pronunciamiento del

SEA en la Res. Ex. N°94/2016, escogiendo su propia manera de efectuar los cálculos para los efectos de configurar el presente cargo. Con tal objeto, la SMA habría considerado los efectos acumulativos que se habrían presentado durante la etapa de construcción del proyecto, los que no son recogidos en la evaluación ambiental del mismo ni en la RCA N°24/2006 como supuesto base para la activación del PATR.

En este sentido, a juicio de la empresa, la SMA habría estimado que los eventuales efectos acumulativos que se habrían generado con motivo de la ejecución de las obras de la etapa de construcción del proyecto habrían sido determinantes para la configuración del presente cargo. Lo anterior, no obstante que en la RCA N°24/2006 el único presupuesto válido para efectos de gatillar la obligación de activar el PATR es la afectación de la calidad de las aguas del río Estrecho derivado de la generación del DAR del BNN, y la única manera válida de constatar lo anterior consiste en ocupar una metodología capaz de distinguir entre las causas naturales que pudieran haber afectado la calidad de las aguas del río Estrecho y aquella afectación de la calidad de las aguas del mismo que eventualmente podrían haberse generado con motivo del proyecto, considerando como hito para ello el inicio del *prestripping*.

tricentésimo trigésimo sexto Que, a mayor abundamiento, CMN SpA señala que fue la propia autoridad ambiental quien reconoció a lo largo de la tramitación y aprobación del proceso de revisión de la RCA (mediante procedimiento del art. 25 quinquies de la Ley N° 19.300), el que culminó con la dictación de la Res. Ex. N°94/2016, del SEA de Atacama, que la variable calidad del agua superficial había variado sustantivamente de modo natural en relación con lo proyectado (considerando 13 de la Res. Ex N°94/2016). Lo anterior conlleva a la extensión de la línea base de calidad del agua hasta el mes de septiembre de 2009, que corresponde al inicio de la construcción del proyecto, modificando, entre otros, el sistema de alerta, su metodología y de las acciones que contempla el PATR, para de esa manera poder identificar las causas naturales de impacto en la calidad del agua del río Estrecho de aquellas que podrían

eventualmente haber sido causadas con ocasión del proyecto. De esta forma, concluye CMN SpA, se habría generado una afectación al principio de tipicidad, ya que la interpretación de la SMA desconocería abiertamente el contenido de la RCA N°24/2006 y el proceso de revisión de la misma.

tricentésimo trigésimo séptimo Que, la SMA sostiene que el sentido y alcance que se le otorgó a los efectos acumulativos en el contexto de la infracción 23.9, no se hizo para determinar la configuración de la infracción, sino que para efectos de la clasificación de la infracción.

tricentésimo trigésimo octavo Que, a juicio de estos sentenciadores, de los antecedentes que constan en el expediente administrativo y judicial, aparece como incorrecta la aseveración de la reclamante, en términos que se hubieran incluido "efectos acumulativos" para la determinación de las excedencias que, luego en enero de 2013, implicaron una activación del PATR fijado por la RCA N°24/2006, pues como se describe en los considerandos 4406 y 4407 de la resolución sancionatoria, la imputación se realizó con el conjunto de concentraciones medidas en las estaciones de monitoreo ya descritas, entre el periodo de febrero de 2012 a enero de 2013, como requería la obligación infringida asociada al cargo 23.9, la que la SMA analizó en detalle en los considerandos 4354 y siguientes, numeral 12.9.1.1.1, y 4420 a 4438, del numeral 12.9.1.6, del acto impugnado.

tricentésimo trigésimo noveno Que, de la misma forma, según el ente fiscalizador no se dan los elementos fundantes que hagan suponer por parte de CMN SpA, que los únicos impactos que la RCA N°24/2006 y su respectiva evaluación ambiental son los asociados a la depositación de estériles en el BNN, por lo que los efectos acumulativos referidos a la construcción del proyecto no estaban contemplados, o no fueron evaluados y, por lo tanto, la empresa no tendría responsabilidad sobre ellos. Esto, efectivamente es un error, porque dichos efectos acumulativos fueron utilizados al

momento de clasificar la infracción.

tricentésimo cuadragésimo Que, así las cosas, conforme a los argumentos desarrollados anteriormente, a juicio de estos sentenciadores la alegación en comento no puede prosperar.

(3) Sobre la alegación relativa al principio *non bis in idem*.

tricentésimo cuadragésimo primero Que, en tercer lugar, nos referiremos a las alegaciones relativas a que la SMA no habría cumplido con aplicar el art. 60 de la LOSMA, sancionando dos veces a CMN SpA por los mismos hechos (infracción al principio *non bis in idem*). En efecto, tal como se expuso en los considerandos trigésimo séptimo y siguientes, la presente alegación formulada por CMN SpA para sostener la ilegalidad del acto reclamado, se basa en que los hechos aludidos en las infracciones N°s 23.8 y 23.9 no pueden ser sancionados de forma independiente, toda vez que el segundo de ellos es consecuencia necesaria del primero, atendido que los planes de respuesta se deciden activar o desactivar en función de ciertos niveles de alerta de calidad de aguas superficiales, todo ello con arreglo a una cierta metodología que, en su oportunidad, nadie puso en duda.

tricentésimo cuadragésimo segundo Que, sobre el punto, es menester tener presente lo ya resuelto por este Tribunal en lo que dice relación a la infracción al principio en estudio, donde este Tribunal estimó que del análisis del acto reclamado, así como de los antecedentes del procedimiento administrativo sancionador, determinó que los conceptos de fundamento de hecho y de derecho fueron correctamente entendidos por la SMA, encontrándose debidamente fundada su aplicación en cada una de las infracciones. Lo anterior, lleva a la conclusión, que aun cuando todos los hechos imputados fueron ejecutados por la CMN SpA -identidad de sujeto-, no se configuran los demás supuestos para que exista una vulneración al principio del *non bis in idem*, por lo que debe ser rechazada la alegación en estudio desde ya.

tricentésimo cuadragésimo tercero Que, sin perjuicio de ello, para un pronunciamiento íntegro por parte de este Tribunal, se analizarán los fundamentos de hecho y de derecho de las infracciones cuestionadas, atendido que es un hecho no controvertido, que todas las infracciones sancionadas en el acto reclamado, fueron ejecutadas por CMN SpA. En efecto, de la identidad de fundamento o de causa, la SMA sostiene que un correcto entendimiento de este elemento en las infracciones analizadas implica la consunción de una noción abstracta de protección al componente, es decir, en cómo dicha protección se concreta en cada caso conforme a la evaluación ambiental. Fundamenta, en que más allá de la mera "protección de las aguas", el cargo N°23.8, busca a través de una metodología de cálculo, delimitar los umbrales máximos para 9 parámetros de indicadores de drenaje ácido en cinco estaciones clave de monitoreo ubicadas en el río Estrecho, tomando como referencia las cuatro estaciones del año, es decir, su fundamento jurídico es fijar un umbral de alerta.

El cargo 23.9, por su parte, persigue que para el caso de superar una cierta cantidad de veces dichos umbrales, se adopten medidas específicas para prevenir cualquier efecto referido a la superación de parámetros indicadores de drenaje ácido. Es decir, su fundamento jurídico es adoptar medidas en caso de superar en un determinado número de veces dicho umbral de alerta. Por consiguiente, sostiene que es evidente que el fundamento de uno sirve al otro, pero eso no los hace coincidentes como para sostener que existe identidad de fundamento jurídico. Complementa el argumento anterior, al sostener que la normativa ambiental concreta infringida en uno y otro caso es distinta. Mientras que para el cargo N°23.8, se imputó dentro de su normativa infringida el considerando 9.8 de la RCA N°24/2006, el cual toma elementos del considerando 4.5.2 de la misma licencia ambiental, el cargo N°23.9 se funda en la infracción del considerando 4.5.2 letra b), concluyendo que no se da tal identidad.

tricentésimo cuadragésimo cuarto Que, en lo que se refiere a la identidad de hecho, la SMA sostiene que es innegable que las

infracciones se relacionan, pero presentan diferencias temporales para su exigibilidad y constatación. Así, en términos de la exigibilidad temporal, la metodología de cálculo es una herramienta que debía ser utilizada por la empresa en el marco de seguimiento ambiental del proyecto minero, esto es, desde la fase de construcción, debiendo cotejar los monitoreos de los 9 parámetros indicadores de drenaje ácido, en los cinco puntos clave. Por su parte, el PATR se tornó exigible solo desde el inicio del *prestripping*, es decir, desde mayo de 2012, debiendo desde esa fecha, verificar en los dos meses previos, si los niveles de alerta aprobados por la COREMA en el año 2008, habían superado en las condiciones establecidas. Por otra parte, los periodos de incumplimiento para cada una de las infracciones son disímiles. Así, en el caso del cargo N°23.8, se imputó el periodo que abarca desde el 28 de diciembre de 2012 al 27 de marzo de 2013, mientras que para el cargo N°23.9, se requirió un periodo de análisis de los monitoreos de calidad de agua de 12 meses móviles hacia atrás, contados desde enero de 2013 hasta febrero de 2012.

tricentésimo cuadragésimo quinto Que, en base a ello, la SMA demuestra que no se está frente a cargos en los que se verifique una identidad de hecho, habiéndose descartado la relación consecucional invocada por CMN SpA en sede administrativa, a partir del denominado "examen de evitabilidad conjunta". De esta manera, concluye que los hechos son perfectamente distinguibles entre sí, pues la empresa pudo haber utilizado la metodología de cálculo contemplada en el considerando 9.8 de la RCA N°24/2006 y aun así haber incurrido en la infracción 23.9, pudiendo hacer lo uno y lo otro alternativamente.

tricentésimo cuadragésimo sexto Que, a partir de lo expuesto precedentemente, se confirma lo resuelto por este Tribunal respecto a la ausencia de identidad de hecho y de derecho en los cargos aludidos, quedando de manifiesto la independencia de cada infracción, cuestión que legitima que la SMA haya aplicado una sanción a cada hecho, por lo que no existe vulneración al principio del *non bis in ídem*. En consecuencia, deberá rechazarse la alegación

de CMN SpA relativa a la infracción al art. 60 de la LOSMA, por los motivos antedichos.

(4) La SMA habría clasificado el hecho infraccional como grave, por cuanto habría generado un riesgo significativo a la salud de la población.

tricentésimo cuadragésimo séptimo Que, en cuarto lugar, nos referiremos a las alegaciones relativas a que la SMA habría clasificado el hecho infraccional como grave por cuanto habría generado "riesgo significativo para la salud de la población".

tricentésimo cuadragésimo octavo Que, la controversia planteada en este punto, conforme se desarrolló en el considerando cuadragésimo primero, se basa, de acuerdo a lo sostenido por CMN SpA, en que la infracción 23.9 no habría generado una hipótesis de riesgo significativo para la salud de las personas, dado que: 1) utiliza un criterio de evaluación del riesgo errado; 2) se mezclan metodologías, y, por extensión, no habría riesgos agudos o subcrónicos asociados al Manganeso; 3) la OMS no considera riesgo para la salud porque los efectos organolépticos, que hacen el agua no bebible, están muy por debajo de los límites a los cuales se observa riesgo para la salud; 4) la SMA no considera el análisis y conclusiones de su propia División de Fiscalización, que descarta establecer una relación de causalidad entre el proyecto y los mayores niveles de elementos no cancerígenos presentes en el agua; 5) la exposición a Mn constituye un riesgo natural presente; y, 6) inexistencia de un riesgo incremental asociado al proyecto.

(4.1) Respecto de una posible evaluación errada del riesgo.

tricentésimo cuadragésimo noveno Que, CMN SpA alega que la exposición crónica al Manganeso que afirma la resolución sancionatoria no sería tal, ya que los principales organismos de salud pública en el mundo, como la ATSDR (Agency for Toxic Substances and Disease Registry), la EPA (Environmental Protection Agency) y la OMS (Organización Mundial

de la Salud), definen como "exposición crónica" a toda exposición sostenida por un año y más (365 días continuos y más). Sin embargo, la propia SMA, conforme consta en el considerando 4436, reconoce que el número de excedencias identificadas dentro del periodo móvil de los 12 meses previos a la presunta infracción (enero 2013) sólo alcanzaría un total de 8 excedencias. Agrega que no existió exposición crónica, dado que el aumento por sobre parámetros se manifestó durante un período de 8 meses (240 días) y que aún más, fue discontinuo. Adicionalmente, se indica que en enero de 2013 (mes en el cual la SMA imputa el presente cargo) los valores de Manganeseo en el punto NE-8 se encuentran muy por debajo (0,653 mg/L) de los valores de línea base para el punto indicado (1,7 mg/L).

tricentésimo quincuagésimo Que, en este contexto, a juicio de la SMA, el método para la determinación del nivel de riesgo que finalmente se usó en la resolución sancionatoria fue descrito en el numeral 12.9.4 (Diligencia probatoria referida a la evaluación de riesgo a la salud de las personas), el cual en sus considerandos 4457 y siguientes, y considerandos 4557 y siguientes del acto recurrido, primeramente se analizó la validez de la evaluación realizada por la SMA al tenor de las observaciones formuladas por la empresa durante la tramitación del procedimiento sancionatorio, para luego realizar nuevos cálculos en una evaluación de riesgo de la SMA corrigiendo errores que fueron advertidos por la empresa y que tenían asidero técnico.

tricentésimo quincuagésimo primero Que, en cuanto al período de exposición, la SMA determinó el período de 12 meses que se requieren para tomar la decisión de activación de la PATR, usando como concentraciones el valor UCL 95 del periodo febrero 2012 a enero de 2013, tal como fuera usado en la Minuta Técnica DFZ y que coincide con el periodo de verificación de la infracción. Tal periodo, fue valorado en forma positiva por la misma empresa en su carta PL-48/2016. A mayor abundamiento, dicha valoración y otras consideraciones referidas a la calidad e idoneidad de la Minuta Técnica DFZ, de las cuales hace mención la carta en comento se

destacan a continuación.

tricentésimo quincuagésimo segundo Que, en primer lugar, la empresa destaca la calidad del diseño del estudio realizado por la SMA, el que muestra una adecuada caracterización del área de estudio, así como una correcta selección de los puntos de control, esto es el punto VIT-8 en la sub cuenca del río El Carmen y NE-9, que, a su juicio, ampliaría el área en la cuenca del río Estrecho, aguas abajo del punto NE-8.

tricentésimo quincuagésimo tercero Que, de igual modo CMN SpA, señala que hubo un empleo correcto de las metodologías de evaluación de riesgo, así como el uso del valor UCL95 para caracterizar las concentraciones representativas de los períodos analizados; además la Minuta Técnica DFZ, se habría hecho adecuadamente cargo de las incertidumbres que la evaluación de riesgo presenta para este caso, al señalar que "la calidad del agua en el período pre-proyecto -en la subcuenca en estudio, así como en la sub cuenca de referencia- ya presenta niveles elevados".

tricentésimo quincuagésimo cuarto Que, CMN SpA destaca que se haya hecho presente en el estudio de la SMA, que la metodología aplicada no considera herramientas específicas orientadas a identificar relaciones de causalidad entre los niveles de riesgo y la presencia de un proyecto específico, cuestión que impide confirmar o descartar que el Proyecto Pascua Lama, por sí solo haya generado aportes adicionales al nivel de riesgo.

tricentésimo quincuagésimo quinto Que, además, respecto del uso del valor UCL95 para caracterizar las concentraciones representativas de los períodos analizados, según la SMA fue la misma concentración que fue utilizada por la empresa en su propia evaluación de riesgos que es descrita en el numeral 12.9.4.2.1.4, considerandos 4490 y siguientes. En tal sentido, la SMA indicó que el planteamiento de la empresa referente a que solo en 8 meses se habría dado la mayor exposición plantea una versión contraria a lo propuesto por ella previamente, durante el procedimiento

sancionatorio, en cuanto al periodo de exposición asociado al periodo de configuración de la infracción, lo que viene a cambiar las reglas con que analiza la empresa el concepto de tiempos de exposición.

tricentésimo quincuagésimo sexto Que, conforme lo anterior, es posible visualizar en el documento técnico contenido en la carta PL-48-2016, referido a la evaluación experta de los riesgos para la salud de la población derivados de la ingesta de aguas del río Estrecho, durante el período de estudio (2009 a 2014), que CMN SpA aceptó el uso de concentración de exposición equivalente al UCL95 del período de un año (entre febrero 2012 y enero 2013), por lo que no se aprecia un período acomodaticio por parte de la SMA para usar el criterio ATSDR, como lo sostiene CMN. En consecuencia, la alegación debe ser descartada en este punto, toda vez que la alegación por parte de CMN SpA resulta ser a lo menos contradictoria con los antecedentes que obran en resolución reclamada.

(4.2) Respecto de la mezcla de metodologías, y, por extensión, no habría riesgos agudos o subcrónicos asociados al Manganeseo.

tricentésimo quincuagésimo séptimo Que, respecto de la mezcla de metodologías, CMN SpA sostiene que la SMA mezcló los criterios utilizado por ATSDR y EPA con relación a los tiempos de exposición y dosis de referencia, lo cual llevaría a sobreestimar los eventuales efectos que habría generado la exposición analizada. En este orden de ideas, la reclamante considera que habría una inconsistencia en la metodología de evaluación de riesgo, en la definición de dosis de exposición que va a utilizar para el análisis (RfD o MRL), y en los tiempos de exposición que cada metodología utiliza para validar que se trata de efecto crónico (365 y más o durante toda la vida).

tricentésimo quincuagésimo octavo Que, respecto de tal argumento, la SMA señala que en los considerandos 4508 y siguientes de la resolución reclamada, se explica el concepto de los tiempos de exposición, aplicándose el concepto más conservador de la OMS, en cuanto al factor FE (factor de exposición). Sin embargo, como se describe en los considerandos 4517 a 4524 de la Res. Ex. N°72/2018,

las fórmulas aplicadas para el cálculo de dosis de exposición a contaminantes con efectos no cancerígenos, tanto de la OMS, ATSDR, y EPA, son equivalentes entre sí, de manera que no habría mezcla de metodologías, tal como alega la reclamante.

tricentésimo quincuagésimo noveno Que, a juicio de estos sentenciadores, se desprende claramente los considerandos 4517 a 4524 de la resolución sancionatoria, que la SMA efectúa un análisis técnico riguroso y fundado que da cuenta que la fórmula planteada por la ATSDR y EPA en su evaluación de riesgos, así como la fórmula simplificada de la OMS utilizada por la SMA, son equivalentes u homologables entre sí, para los contaminantes que no presentan efectos cancerígenos. Por lo tanto, no existe error metodológico al calcular las dosis de exposición relativa a agentes no cancerígenos, y que en los cálculos realizados para los contaminantes Al, Fe y Mn, no hubo sobrestimación en la evaluación de riesgos agudos o subcrónicos asociados al Manganeseo. A ello cabe agregar que, como pudieron constatar estos sentenciadores, la alegación relativa a la inexistencia de riesgos agudos o subcrónicos asociados al Manganeseo constituye, en esencia, una accesoria a la analizada en los considerandos precedentes, de forma que estos mismos argumentos científico-técnicos constituyen fundamento suficiente para desechar dicha alegación.

(4.3) Respecto de la alegación relativa a que la consideración de la OMS de riesgos para la salud por los efectos organolépticos que hacen el agua no bebible, estarían muy por debajo de los límites a los cuales se observa riesgo para la salud.

tricentésimo sexagésimo Que, CMN SpA alega que esta circunstancia no constituye un criterio para incluir en el análisis de riesgo. Así, mientras la OMS incluye la aceptabilidad en el análisis de riesgo de este elemento (de manera que ha descartado definir un valor guía de Manganeseo en el agua de beber o, en otras palabras, ha considerado que la presencia de Mn en el agua no es una preocupación para la salud de las personas en razón que el agua se

torna inaceptable con niveles de Mn muy inferiores a aquellos que pudieran generar algún potencial efecto), la SMA no lo acepta, evidenciando una intención positiva destinada a rechazar cualquier antecedente provisto por la compañía, aunque éste sea sostenido por la principal autoridad mundial en materias de salud pública.

tricentésimo sexagésimo primero Que, la SMA hace referencia en primer lugar al considerando 4538 de la resolución sancionatoria, en que se consigna que la empresa no ha probado que efectivamente las personas que puedan beber directamente del río Estrecho, en el punto NE-8, hayan dejado de hacerlo en atención a los efectos de aceptabilidad que pudieran generar las concentraciones UCL95 determinadas en el punto NE-8 y que sean de un nivel tal, que cualquier persona la consideraría no aceptable para la bebida, y por lo tanto no la bebería, por lo que no es posible reducir o minimizar el riesgo determinado, por ejemplo, para el Manganeso.

tricentésimo sexagésimo segundo Que, en segundo lugar, la SMA revisa el documento "Manganese in Drinking-water Background document for development of WHO Guidelines for Drinking-water Quality" y "History of Guideline Development Manganese", ambos de la Organización Mundial de la Salud. El primero de ellos plantea que a concentraciones en el agua que exceden los 0,1 mg/L, el Manganeso imparte sabor no deseado para la bebida. En el segundo, que en la 2^{da} edición de la Guía para calidad de agua potable, de 1993, se había concluido que el peso de la evidencia para el valor de ingesta diaria de Manganeso, y los estudios de toxicidad en animales de laboratorio, respaldarían un valor guía provisional para la salud de 0,5 mg/L, lo cual debería ser adecuado para proteger la salud pública; en ese tiempo ya se notaba que concentraciones menores a 0,1 mg/L son usualmente aceptables para los consumidores, aunque indican que esto puede variar de acuerdo a circunstancias locales. Por su parte, en la 3^{ra} edición de la guía, de 2004, se establece un valor guía de 0,4 mg/L para el Manganeso. La 4^{ta} edición de la Guía, publicada en 2011, concluye que dado que el valor basado en salud (derivado a 0,4 mg/L) está por encima de las concentraciones de

Manganeso que normalmente se encuentran en el agua potable, no era necesario derivar un valor guía formal.

tricentésimo sexagésimo tercero Que, la SMA arriba a la conclusión que, si bien es cierto que la OMS no ha derivado un valor guía formal para el Manganeso en la última actualización de la referida guía, también es cierto que plantea que el valor de aceptabilidad puede variar según circunstancias locales, pudiendo ser factible que las personas no perciban sabores indeseables a mayores concentraciones. Así las cosas, la SMA señala que el ejercicio de evaluación de riesgo a la salud o "ERS" aplicado determina el índice de peligro para el Manganeso, como valor intrínseco del riesgo que representaba éste en el punto NE-8, donde, de acuerdo a la evaluación ambiental, se determinó que era el primer punto de captación de agua para la bebida, y no consideró un factor de reducción -que no aplica en una ERS- que pudiera aplicarse, debido a la posibilidad de presentar sabor no deseable en virtud de las concentraciones monitoreadas en ese punto. Lo anterior, porque no se cuenta con un factor de reducción del riesgo que indique que un determinado porcentaje de personas no beberá el agua debido a su sabor modificado por la presencia de Manganeso. Así, las conclusiones referidas al riesgo determinado frente a la exposición al Manganeso se basan en estos valores intrínsecos.

tricentésimo sexagésimo cuarto Que, de los argumentos en controversia, se puede colegir por parte de estos sentenciadores que comparten lo razonado por la SMA, en términos que su ejercicio propuesto para la evaluación del riesgo a la salud o "ERS" aplicado, determina el índice de peligro para el Manganeso, como valor intrínseco del riesgo que representa en el punto NE-8, es decir se relaciona con la determinación y/o presencia de dicho analito. A mayor abundamiento, resulta concluyente la justificación planteada por la SMA en el considerando 4539 de la resolución reclamada. Por lo tanto, la pretensión de la empresa no puede prosperar.

(4.4) Sobre la no consideración por la SMA del análisis y conclusiones de su propia División de Fiscalización, que descarta establecer una relación de causalidad entre el proyecto y los mayores niveles de elementos no cancerígenos presentes en el agua.

tricentésimo sexagésimo quinto Que, CMN SpA expone que la SMA desechó este análisis señalando que el aumento de los niveles coincide con la época de inicio de ejecución del Proyecto Pascua Lama, omitiendo en la resolución el hecho que el índice HQ (que emplea para concluir riesgo, aunque metodológicamente no corresponde) evidencia un aumento no solo en la red de monitoreo asociada al PAT, sino que también en los puntos de control (VIT8) medidos en otra cuenca, en la cual se determinaron HQ muy superiores a los registrados en el río Estrecho.

tricentésimo sexagésimo sexto Que, a juicio de la SMA, esta alegación estuvo incluida en las cartas PL-48/2016, su complemento, PL-066/2016 y PL-144/2016 de CMN SpA, ante lo cual se ponderó en el considerando 4540 de la resolución sancionatoria. De acuerdo con lo establecido por la SMA, ésta sí considera el desarrollo y análisis de un acápite para argumentar que existe causalidad entre el proyecto y las concentraciones que finalmente determinaron un riesgo de nivel de significancia, según lo discurrecido en los considerandos 4769 a 4775 de la resolución en comento, en los anexos 4 y 7 del acto recurrido.

tricentésimo sexagésimo séptimo Que, de los elementos controvertidos y teniendo en cuenta la sola lectura de los considerandos 4540, 4769 a 4775 de la resolución recurrida, así como de sus Anexos 4 y 7, queda en evidencia para estos sentenciadores el análisis de causalidad existente entre el proyecto y las concentraciones que finalmente determinaron un riesgo de nivel de significancia, asociado al riesgo para la salud de las personas en la Estación NE-8. En este contexto, la alegación de la empresa enfatiza en que las conclusiones de la Minuta Técnica elaborada por DFZ/SMA, descarta una relación de causalidad entre el proyecto y los

mayores niveles de elementos no cancerígenos presentes en el agua.

tricentésimo sexagésimo octavo Que, al respecto, a este Tribunal le asiste la convicción que, desde un punto de vista estrictamente metodológico, ningún diseño de investigación permite concluir o afirmar relaciones de causalidad entre dos variables. La posibilidad de establecer relaciones de causalidad -al menos provisoriamente- se realiza mediante inferencias lógicas como las propuestas por Hill o Rothman ampliamente utilizadas en epidemiología ambiental (Hill, A (1965), *The environment and disease: association or causation?* Proceedings of the Royal Society of Medicine, 58(5), p. 295-300; y Rothman, K. (1976), *Causes*. American Journal of Epidemiology, 104(6) p.587-592).

Sin perjuicio de lo anterior y siguiendo los criterios de Hill, la Minuta Técnica elaborada por la SMA aporta criterios de: a) consistencia en la evidencia; b) especificidad en el sitio afectado por la actividad minera del proyecto Pascua Lama; c) temporalidad de las variaciones de las concentraciones de los analitos en el agua superficial en relación a los períodos del pre-proyecto, pre-infracción, no activación del PATR, y post-infracción; y d) plausibilidad lógica de la relación entre la construcción del proyecto, los incumplimientos asociados al manejo de aguas de contacto y no contacto del proyecto, y el aumento en la concentración de contaminantes como Manganeso en el agua superficial del río Estrecho-Chollay.

tricentésimo sexagésimo noveno Que, así las cosas, la alegación debe ser descartada, toda vez que la resolución reclamada se hace cargo fundadamente de todos los elementos controvertidos en este punto, no apreciando estos sentenciadores ilegalidad alguna en dicho análisis.

(4.5) Sobre la alegación relativa a que la exposición a Manganeso constituye un riesgo natural presente.

tricentésimo septuagésimo Que, CMN SpA indica que el valor de línea base para Manganeso en NE-8 es de 1,7 (mg/L), lo que

significa que, si una persona consume 2 litros de agua al día directa del río, está ingiriendo 3,4 mg/día de Manganeso, por debajo del valor de riesgo identificado por la OMS.

tricentésimo septuagésimo primero Que, por su parte, la SMA argumenta que el valor de concentración de Manganeso de 1,7 mg/L, en el punto NE-8, corresponde al máximo valor histórico medido en ese punto en el periodo considerado como línea base para efectos del procedimiento de revisión de la RCA N°24/2006, que luego fue establecido en la Res. Ex. N°94/2016, valor que permitirá verificar la mantención de la línea base de la calidad del agua en la Estación de seguimiento NE-8, a partir de su establecimiento. Cabe señalar que en el procedimiento de revisión de la RCA N°24/2006, no se aplica una evaluación de riesgos a la salud de las personas, para fijar el valor que definía la mantención de la línea base.

tricentésimo septuagésimo segundo Que, según la SMA, también cabe recordar que el riesgo que se configuró en el cargo 23.9 se determinó a partir de un índice de peligro, que considera además de la concentración del Manganeso en el agua, la tasa de ingesta diaria, y el peso de un individuo. En el caso concreto, se evaluó para individuos de rango etario de 0 a 4 años, 5 a 9 años y 10 a 16 años y adultos; y finalmente la dosis de referencia del Mn, que corresponde a un valor de 0,024 mg/kg-día, para ingesta oral, mismo valor utilizado por la empresa en su carta PL-048/2016, de 15 de abril de 2016. La evaluación de riesgos que hizo finalmente la SMA, determinó que en el período pre-proyecto, en adultos, no existía un índice de peligro superior a la unidad, incrementándose por sobre ese valor en los siguientes períodos, presentando en el período de configuración de la infracción, un valor de 2,54 en adultos, 7,62 en niños de 0 a 4 años, 4,08 en niños de 5 a 9 años, y 1,57 en niños de 10 a 16 años (considerandos 4770 a 4772 de la Res. Ex. N°72/2018).

tricentésimo septuagésimo tercero Que, la concentración fijada para el Manganeso en el procedimiento administrativo de revisión de la RCA N°24/2006 para verificar la mantención de la línea base, para

efectos de calcular el índice de peligro equivalente tanto en adultos como en niños, fueron realizados con los mismos parámetros utilizados por la SMA en la resolución sancionatoria. Así, del análisis efectuado por la SMA se puede advertir, que efectivamente con el valor de concentración máxima fijada por la Res. Ex. N°94 de 2016, como equivalente a mantención de línea base, en el punto NE-8, se generan de igual modo condiciones de riesgo inaceptable para los todos los rangos etarios estudiados.

tricentésimo septuagésimo cuarto Que, de los antecedentes fundantes de la presente alegación, queda de manifiesto con total claridad para estos sentenciadores, que el valor de concentración de Manganeso de 1,7 mg/L en el punto NE-8 corresponde efectivamente al máximo valor histórico medido en ese punto en el periodo considerado como línea base, de acuerdo con lo establecido en la Res. Ex. N°94/2016, que dio término al procedimiento de revisión de la Res. Ex. N°24/2006, y en ningún caso se consideraron dichos valores en la aplicación de una evaluación de riesgo para la salud de las personas, como lo interpreta la empresa.

tricentésimo septuagésimo quinto Que, en consideración a lo anteriormente, no queda más que rechazar en este punto la alegación presentada por CMN SpA.

(4.6) Sobre la inexistencia de un riesgo incremental asociado al proyecto.

tricentésimo septuagésimo sexto Que, CMN SpA indica que los valores registrados demuestran que las variaciones en el punto de control NE-8 se relacionan con eventos puntuales y acotados, insuficientes para generar un efecto crónico en la salud de la población. Asimismo, los valores registrados en el punto indicado se encuentran dentro de los rangos históricos de línea de base.

tricentésimo septuagésimo séptimo Que, la SMA señala que dicha alegación fue abordada en los considerandos 4632 a 4757 de la resolución sancionatoria. En tal sentido, se puede concluir que el actuar por parte de la SMA fue el adecuado y que se abordaron de

manera suficiente y debidamente fundada las variaciones experimentadas para el analito Manganeso, en el punto de control NE-8.

tricentésimo septuagésimo octavo Que, de lo razonado por estos sentenciadores en la alegación relativa a que la exposición a Mn constituye un riesgo natural presente, se puede concluir que los valores históricos de línea base en ningún caso fueron considerados desde la perspectiva de una evaluación de riesgo para la salud de las personas. En definitiva, una cosa son los valores históricos de la línea base y otra cosa muy diferente es la evaluación de riesgo para la salud de las personas, análisis contenido en la Minuta Técnica elaborada por DFZ/SMA. En este orden de ideas, a juicio de este tribunal no se puede lisa y llanamente asumir que con el solo hecho de considerar las variaciones históricas de la línea base se pueda descartar *a priori* un escenario de riesgo para la salud de las personas, situación que por lo demás quedó en evidencia para el analito Manganeso, luego del análisis efectuado por la SMA mediante la Minuta Técnica DFZ, por lo que esta alegación debe ser desechada.

(5) Sobre las alegaciones relativas a que la SMA habría clasificado el hecho como grave ignorando numerosos antecedentes y abundantes pruebas rendidas durante el procedimiento sancionatorio que confirman el cumplimiento de los parámetros DAR y la idoneidad de la metodología utilizada, cuestión que dice relación con la apreciación de la prueba rendida durante el procedimiento sancionatorio por parte de la Superintendencia del Medio Ambiente.

tricentésimo septuagésimo noveno Que, CMN SpA, concluye sus alegaciones a propósito de la clasificación de esta infracción, refiriéndose a los numerosos antecedentes y abundantes pruebas rendidas durante el procedimiento sancionatorio, que confirmarían el cumplimiento de los parámetros DAR y la idoneidad de la metodología que fue modificada mediante la Carta D.E. N°120941.

tricentésimo octogésimo Que, la SMA señala que estas alegaciones

y sus argumentos fueron abordadas dentro del procedimiento sancionatorio, específicamente en los considerandos 4051 a 4075; 4084 a 4098, y 4118, de la resolución sancionatoria, y, además, en el análisis de las alegaciones sobre la configuración de la infracción N°23.8.

tricentésimo octogésimo primero Que, sobre el punto es menester tener presente que, respecto a la clasificación de la infracción conforme al art. 36 N°2 literal e), de los antecedentes contenidos en el proceso, y que las partes tuvieron la oportunidad de debatir, permiten a este Tribunal confirmar la calificación realizada por la autoridad administrativa. Ello, por cuanto, a juicio de este Tribunal, concurren elementos que permiten sostener que se está frente a un incumplimiento grave que tiene por objeto eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, configurándose la gravedad exigida en la norma, de conformidad al análisis efectuado en los considerandos precedentes, y que se dan por reproducidos.

tricentésimo octogésimo segundo Que, en este sentido, fue posible observar un completo y detallado análisis en el acto recurrido, en a lo menos los considerandos: 4387 a 4390; 4393 a 4394; 4411 a 4412; 4787 y siguientes; 4793. Así como en Anexos de los cuales se hace referencia (Anexos, 4, 6, 7 y 8).

tricentésimo octogésimo tercero Que, por consiguiente, de la revisión y análisis realizado por este tribunal respecto de la alegación en este punto, se puede indicar por parte de estos sentenciadores que la resolución reclamada se hace cargo de manera robusta, contundente y fundada de los antecedentes y pruebas rendidas durante el procedimiento sancionatorio, encontrándose debidamente valorados por la SMA conforme a las reglas de la sana crítica, destacándose la adecuada aplicación de los conocimientos científicamente afianzados, por lo que no existe reproche alguno de ilegalidad que formular a este respecto.

(6) Sobre las alegaciones relativas a una errada configuración de las circunstancias de las letras a), b) y d) artículo 40 de la LOSMA.

tricentésimo octogésimo cuarto Que, respecto a la circunstancia del literal a) del art. 40 de la LOSMA, esto es, la importancia del daño causado o del peligro ocasionado, la reclamante sostiene que no existe un riesgo adicional a la salud de la población con motivo de las presuntas infracciones al sistema de manejo de aguas del proyecto.

tricentésimo octogésimo quinto Que, a juicio de la SMA, de los antecedentes expuestos en la resolución reclamada (numeral 12.9.4 Diligencia Probatoria Referida a la Evaluación de Riesgo a la Salud de las Personas), se puede señalar que se ha determinado la existencia de un riesgo a la salud de la población de carácter significativo por exposición al Manganeso.

En tal sentido, para el rango etario infantil entre 0-4 años, cuyo índice de peligro dio como resultado un valor 4,63, es de una importancia alta, no solo por el nivel de exposición a los agentes contaminantes no cancerígenos como el Manganeso, sino también por la alta vulnerabilidad que presenta este grupo etario a causa de su bajo peso y escasa madurez de los mecanismos de detoxificación que desarrollan los humanos con la edad. En lo que respecta al rango etario infantil del rango entre 5-9 años, para el periodo de la infracción se obtuvo un índice de peligro de 2,48 sobre la unidad aceptable, por lo que la importancia del peligro que representa la exposición del Manganeso a este grupo será de nivel media alta, pues sigue siendo una exposición que excede considerablemente la dosis de referencia, y por lo tanto, existe una posibilidad de presentarse efectos potencialmente adversos en la salud de esta población.

En cuanto al rango etario adulto, por exposición a agentes no cancerígenos (Mn), los resultados del índice de peligro superaron en el periodo de la infracción en 1,542 veces la unidad, por lo que, en razón de la magnitud de la exposición, se estima que esta situación representa de igual modo, un peligro de importancia media

alta. En lo que respecta al rango etario infantil de 10-16 años, en razón a que la contribución del proyecto ha variado el escenario de uno sin riesgo a uno con riesgo, representa un peligro de importancia bajo, pues la contribución adicional del proyecto al índice de peligro no es lo suficientemente significativa como para ponderar este riesgo en otro orden de magnitud.

tricentésimo octogésimo sexto Que, por otro lado, en lo que respecta al riesgo por consumo de alimentos que puedan haberse regado con aguas contaminadas, a juicio de la SMA se estima que, para el rango etario infantil entre 0-4 años, tal situación podría inducir a que existe un peligro o riesgo alto producto de su extrema vulnerabilidad como grupo etario, medio alto para el rango etario entre 5-9 años y medio para el rango etario entre 10-16 años, por las razones ya explicitadas para cada uno.

tricentésimo octogésimo séptimo Que, de las alegaciones presentadas y el razonamiento expuesto por la SMA, a juicio de este tribunal no se aprecia una inconsistencia, desproporción e idoneidad de los argumentos asociados a la ponderación de la circunstancia del literal a) del art. 40 de la LOSMA, en los términos alegados por CMN SpA, encontrándose debidamente fundada su aplicación según los hechos que constan en el procedimiento sancionador, de forma que el Tribunal no aprecia ilegalidad ni falta de motivación de la resolución sancionatoria, por lo que la alegación formulada en este punto no puede prosperar.

tricentésimo octogésimo octavo Que, respecto a la circunstancia del literal b) del art. 40 de la LOSMA, esto es, el número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción, la reclamante sostiene que ha descartado los riesgos a la salud de la población por exposición crónica al Manganeso, y además descarta la aplicación de esta circunstancia debido a que: (i) la SMA caracterizaría la exposición para una población asumiendo que una persona adulta bebería 2 litros de agua directamente del río, a la altura del punto de monitoreo NE-8, situación que sería un escenario hipotético sin

asidero en la realidad, ya que la población del área de Chollay es abastecida de agua mediante sistemas de agua potable rural ("APR") y/o mediante camiones aljibes; (ii) la Minuta Técnica DFZ, incluye datos previos a la ejecución del proyecto, y que demostrarían que la cuenca del río del Estrecho-Chollay ya mostraba alta presencia de metales; y, (iii) la misma Minuta reconocería que la metodología no está diseñada para identificar relaciones de causalidad entre los niveles de riesgo que pudieran identificarse y la presencia de un proyecto específico en el territorio, por tanto impide confirmar o descartar que el proyecto Pascua Lama, por sí solo, haya generado aportes adicionales al nivel riesgo pre-existente en el territorio.

tricentésimo octogésimo noveno Que a juicio del ente fiscalizador en lo concerniente a la letra b) del art. 40, las alegaciones de la empresa fueron debidamente ponderadas en la resolución sancionatoria. En específico, fueron ponderados en los considerandos 4528 al 4536, en los cuales se señaló que la definición del punto NE-8 como punto de control de norma para consumo humano se efectuó sobre la base de la evaluación ambiental que fijó en aquel punto de monitoreo, el cumplimiento de la NCh 409, tal como se indica en el considerando 4.5.2, literal b) de la RCA N°24/2006. Por su parte, el cumplimiento normativo de la NCh 409 en el punto NE-8 se estableció como medida de mitigación, tal como se indica en el considerando 5 de la RCA N°24/2006, por lo que el presupuesto de utilización de NE-8 como primer punto de captación de bebida humana, se mantiene válido.

Respecto de la cuestión de los APR y el abastecimiento de camiones aljibes, fue igualmente reconocido en la misma evaluación de riesgo de la SMA. En la sección 3.3.1.2 de la Minuta Técnica DFZ, se señala que los sistemas APR están orientados a satisfacer la demanda de localidades rurales concentradas, es decir, aquellas localidades con una población superior a 150 habitantes y una densidad igual o superior a 15 viviendas por kilómetro de red. La Municipalidad de Alto del Carmen, habría informado la localización de las captaciones

de agua para la bebida humana y animal, así como para riego, utilizadas en los asentamientos semipermanentes asociados a las actividades de trashumancia en la parte alta de la comuna, las cuales se realizan directamente de cursos de agua superficial, de forma que no resulta incompatible realizar una ERS y que existan APR de abastecimiento, pues éstos tienen un alcance limitado.

Por último, la evaluación de riesgos en la resolución impugnada está orientada principalmente a cuantificar el riesgo por individuo, y solo uno de los resultados obtenidos, es de nivel poblacional.

tricentésimo nonagésimo Que, en cuanto a la alegación (ii), la SMA indica que, de acuerdo a lo señalado por el Segundo Tribunal Ambiental, en su sentencia causa Rol R-6-2013 la SMA ponderó toda la información disponible en el procedimiento sancionatorio para efectos de determinar la sanción aplicable al caso concreto, particularmente en lo relativo a los efectos causados con la no activación de los planes de alerta temprana y la incidencia que ello puede generar en la determinación de la clasificación o en la ponderación de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA. En tal sentido, se estima que la evaluación de riesgos considerando el período previo a la ejecución del proyecto, recoge en esencia el mandato planteado por el Tribunal Ambiental, teniendo en consideración los elementos útiles para determinar hechos y su respectiva ponderación en la resolución sancionatoria.

tricentésimo nonagésimo primero Que, con relación a la alegación (iii), el considerando 4540 de la resolución reclamada señala que si bien existen otros mecanismos que permiten distinguir esos efectos, en relación al período de comisión de la infracción, lo que se muestra en los análisis de información de calidad de aguas, tanto espacial, como temporal, y los antecedentes de la evaluación de impactos ambientales del proyecto, a que se refieren los Anexos 4 Modelo Conceptual de la Dinámica Hídrica y Calidad del Agua, y Anexo 7 CCR y Efectos Derivados en la Calidad del Agua, y dentro de éste, en particular, el Apéndice 7-2, de la resolución mencionada.

tricentésimo nonagésimo segundo Que, a partir de las alegaciones presentadas y el razonamiento expuesto por la SMA, a juicio de este Tribunal no se aprecia una inconsistencia, desproporción e inidoneidad de los argumentos asociados a las ponderaciones de las circunstancias del literal b) del art. 40 de la LOSMA, en los términos alegados por CMN SpA, encontrándose debidamente fundada su aplicación según los hechos que constan en el procedimiento sancionador, por lo que la alegación formulada en este punto no puede prosperar.

tricentésimo nonagésimo tercero Que, respecto de la circunstancia del literal d) del art. 40 de la LOSMA, esto es, la intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma, CMN SpA señala que no se ha producido ninguna prueba que permita concluir que haya existido una voluntad específica, consciente y voluntaria de infringir exigencias cuyo incumplimiento se imputa a los cargos N° 23.8 y 23.9. Asimismo, reitera haber actuado amparada por la legítima confianza y cita en tal sentido la transcripción del testimonio de don Manuel Tejos, de fecha 29 de enero de 2016.

tricentésimo nonagésimo cuarto Que, la SMA sostiene que la intencionalidad fue debidamente acreditada a través de presunciones. En ese sentido, la figura jurídica a la que se acude es la del sujeto calificado, que hace operativa la presunción del conocimiento de las obligaciones, su alcance y exigibilidad, así como las consecuencias asociadas a su incumplimiento lo que, a su juicio, conlleva una alteración del objeto de prueba. Ya no se prueba, directamente, la intencionalidad, en tanto hecho volitivo; sino por el contrario, se prueban otros hechos que permiten inferir aquélla. El objeto de prueba, entonces, corresponde a demostrar la existencia de un sujeto que desarrolle su actividad a partir de una amplia experiencia en su giro específico y con una organización sofisticada en torno a su negocio. Este, sin dudas y como es de público conocimiento, y ha sido reconocido por la misma empresa, es el caso de Pascua Lama. A mayor abundamiento, en los considerandos 4901 a 4905 se indica

expresamente los elementos concretos que fueron tenidos en consideración para determinar la aplicación del literal d) del art. 40 de la LOSMA. En particular el considerando 4904 del acto recurrido.

tricentésimo nonagésimo quinto Que, así las cosas, a juicio de estos sentenciadores es posible advertir del procedimiento sancionatorio seguido en contra de CMN SpA, y tal como dejó constancia la SMA en el acto reclamado en los puntos 4900 y siguientes, existen una serie de hechos que justificarían la aplicación de esta circunstancia. Ello se ve agravado con el hecho que no informó a la comunidad, en particular a la Junta de Vigilancia del río Huasco y sus afluentes, ni tampoco a la autoridad competente, sobre la calidad de agua en las estaciones de monitoreo involucradas. A ello debe agregar que CMN SpA es un sujeto calificado, por lo que resulta dudoso sostener que no conociera el contenido y alcance de sus obligaciones ambientales y así también las consecuencias de incumplir cada una de ellas.

tricentésimo nonagésimo sexto Que en consecuencia, de las alegaciones presentadas y el razonamiento expuesto por la SMA, este Tribunal no encuentra reproche alguno que hacer al actuar de la SMA, considerando que se encuentran acreditados en el procedimiento sancionatorio, especialmente, el hecho infraccional, el periodo de incumplimiento, el actuar de CMN SpA y su calidad de sujeto calificado, no apreciándose una inconsistencia ni falta de fundamentación de los argumentos asociados a la ponderación de la circunstancia del literal d) del art. 40 de la LOSMA en los términos alegados por CMN SpA, por lo que la alegación formulada en este punto no puede prosperar.

(7) Respecto a las alegaciones relativas a que la sanción de clausura definitiva aplicada carecería de justificación adecuada, sería desproporcionada, discriminatoria y abiertamente inidónea

tricentésimo nonagésimo séptimo Que, de acuerdo a las alegaciones

generales y específicas formuladas por CMN con relación a esta infracción, este Tribunal estructurará la presente controversia sobre la base del examen de la falta de proporcionalidad y de fundamentación de la resolución sancionatoria, a partir del análisis de los siguientes aspectos: 1) De la eventual falta de proporcionalidad de la sanción aplicada; 2) Del supuesto actuar discriminatorio de la SMA en la determinación de la sanción.

(7.1) De la eventual falta de proporcionalidad de la sanción aplicada.

tricentésimo nonagésimo octavo Que, para analizar la proporcionalidad de la sanción de clausura definitiva referida al presente cargo, se hace necesario acudir al test de proporcionalidad, en aquellos aspectos reclamados por la CMN SpA. A su vez, para comprender la idoneidad y necesidad de la sanción, es preciso situar el contexto y objeto de la medida incumplida toda vez que ésta formó parte de un proceso previo de evaluación de efectos ambientales, el cual, si bien no puede ser reemplazado en esta sede, se constituye como un elemento relevante al momento de analizar la magnitud de la infracción y del castigo jurídico correlativo.

tricentésimo nonagésimo noveno Que, en este orden de ideas, el PATR tiene por objeto "detectar tempranamente el inicio de un proceso de acidificación para proceder a las acciones detalladas en la página 124 del ICE, y de esta manera hacerse cargo de los efectos sobre la salud de la población" (considerando 6.1 RCA N°24/2006). Al respecto cabe destacar que el efecto de acidificación de las aguas del río Estrecho por el contacto con materiales de depósito del proyecto minero, constituye uno de los efectos ambientales evaluados con mayor profundidad, atendida la magnitud de los efectos en la salud de las personas que este puede provocar. Es así como en la misma RCA N°24/2006 se han previsto un conjunto de obras y actividades principales, tendientes a minimizar o eliminar los efectos del drenaje ácido e incluso mantener la calidad de agua potable en el punto N°8, "donde se encuentra la primera captación para uso de

bebida de las personas”.

cuadringentésimo Que, además, se debe acudir a lo indicado en el considerando 4.3.1 letra a) de la RCA N°24/2006, el que indica que “la construcción de las obras e instalaciones de manejo y tratamiento de drenajes ácidos del depósito de estéril Nevada Norte se llevará a cabo de manera tal que estén operativas antes de iniciar la remoción de sobrecarga y estéril de la misma, lo cual implicará su disposición en el depósito. De esta forma se asegura que el Proyecto no afectará la calidad de las aguas del Río del Estrecho en ninguna de sus etapas, incluida la fase de construcción”.

cuadringentésimo primero Que, con la ejecución irregular de la actividad de *prestripping* a partir del mes de mayo de 2012, surgió la necesidad de monitorear la calidad de las aguas del río Estrecho de forma permanente a objeto de determinar la activación del PATR a fin de verificarse o no la situación de Pre-emergencia o Emergencia previstas en el considerando 9.9 de la RCA N°24/2006.

cuadringentésimo segundo Que, es un hecho no controvertido que en el mes de enero de 2013 CMN SpA tuvo la obligación de activar el PATR al encontrarse en situación de emergencia, al detectarse seis o más “no cumplimientos” para por lo menos un parámetro, en alguna de las cinco estaciones claves de monitoreo de drenaje ácido de roca. A su vez, la no activación del PATR imposibilitó, entre otras medidas, el aviso a los servicios competentes y a la Junta de Vigilancia, de modo de tornar en conjunto las decisiones para administrar la emergencia. Por el contrario, las personas que habitan en la localidad de Chollay -cercana al punto de monitoreo NE-8- se vieron expuestas a los efectos no cancerígenos del Manganese. Estos últimos son los efectos adversos generados con el incumplimiento de la medida de no activación del PATR.

cuadringentésimo tercero Que, con independencia del número de personas expuestas al referido riesgo en su salud, este solo hecho constituye el elemento de magnitud suficiente para justificar la sanción de clausura definitiva, toda vez que los efectos del

incumplimiento violentan no solo la salud de las personas, lo que por sí es de gravedad, sino también la subsistencia del entorno biótico, la agricultura y la ganadería, lo que no puede permitirse bajo ninguna circunstancia. A mayor abundamiento, restringir el alcance a una sanción no pecuniaria distinta a la clausura definitiva, limitándola a un sector determinado como lo es el BNN, sería minimizar la protección que esta judicatura debe otorgar a los recursos hídricos, máxime cuando abastecen directamente al consumo humano, tal como se consigna en la misma RCA N°24/2006. Por lo anterior, estos sentenciadores consideran que una sanción no pecuniaria, distinta a la clausura definitiva, no es apta para detener, eliminar o minimizar los efectos adversos derivados del incumplimiento.

cuadringentésimo cuarto Que, estos sentenciadores consideran que la SMA ha obrado dentro del ámbito de la legalidad ponderando correctamente los elementos de la proporcionalidad al optar por la sanción de clausura definitiva y no por una clausura parcial o temporal acotada al sector del BNN tal como lo pretende CMN SpA, ya que la magnitud del peligro de daño en la salud de las personas hace necesario el cierre del proyecto minero Pascua-Lama, al no parecer viables otras alternativas de funcionamiento seguro para el medio ambiente y la salud de la población.

cuadringentésimo quinto Que, en efecto, de la resolución sancionatoria así como los hechos que le sirven de sustento, se advierte que la sanción aplicada por la SMA guarda armonía con la consistencia y equilibrio que debe existir entre la infracción y sus efectos, y la finalidad buscada con la sanción, cuestión que garantiza la idoneidad del injusto aplicado en el presente caso, lo que sumado al objetivo de evitar el daño al medio ambiente o a la salud de las personas, ciertamente confirman la necesidad de la sanción de clausura definitiva impuesta por la presente infracción.

cuadringentésimo sexto Que, por lo anterior, estos sentenciadores desestimarán las alegaciones formuladas a este respecto por la CMN

SpA, existiendo un ejercicio proporcionado de su facultad de sancionar.

(7.2) Del supuesto actuar discriminatorio de la SMA en la determinación de la sanción.

cuadringentésimo séptimo Que, sobre este punto, la reclamante ha invocado un trato manifiestamente discriminatorio y contrario al principio de igualdad por parte de la SMA, considerando la respuesta sancionatoria por la que se optado en el caso de autos y aquella aplicada a los siguientes proyectos: Proyecto Minero Refugio de Compañía Minera Maricunga (Rol D-014-2015); Proyecto Los Bronces de Angloamerican (Rol F-054-2014); Proyecto de Reciclaje de Baterías de Tecnorec S.A. (Rol D-014-2013); y, Proyecto de Minera Española de Chile (Rol D-12-2014); todos los cuales demostrarían un trato desproporcionado en relación a CMN SpA.

cuadringentésimo octavo Que, previo al análisis de los casos invocados por CMN SpA, es pertinente dejar asentado que si bien el actuar del ente sancionador debe ser imparcial y carente de cualquier arbitrariedad, así como también, debe evitar incurrir en cualquier discriminación, el ejercicio discrecional de la potestad sancionatoria debe efectuarse considerando las circunstancias particulares de cada caso, no pudiendo estimarse que existe un actuar discriminatorio a partir de un simple análisis formal, acotado a ciertos aspectos.

En esa línea, no debe perderse de vista, que la "discrecionalidad vuelve a aparecer al momento de determinar la sanción específica a aplicar, en el entendido de que esta actividad debe someterse a algunas reglas básicas que delimitan el ejercicio de la facultad sancionatoria, pero sin regular cómo se configuran estas circunstancias o el porcentaje de incremento o disminución que corresponde aplicar por su configuración [...]" (Tejeda Castillo, Pablo, "Discrecionalidad administrativa en la determinación de las sanciones ambientales", Revista de Derecho Ambiental, N°11, año 2019, p. 80).

cuadringentésimo noveno Que, precisado lo anterior, en cuanto al Proyecto Minero Refugio de Compañía Minera Maricunga (Rol D-014-2015), se desprende que mediante la Res. Ex. N°234, de 2016, la SMA impuso una sanción de clausura definitiva parcial, respecto del sector de pozos de extracción de agua de la aludida Sociedad (pozos RA-1, RA-2 y RA-3), ubicados en el Corredor Biológico Pantanillo-Ciénega Redonda, al único cargo formulado, relativo a la omisión de ejecutar acciones necesarias para hacerse cargo de los impactos ambientales no previstos, consistentes en la disminución del nivel freático en la cuenca Pantanillo-Ciénega Redonda, infracción que habría desencadenado un daño ambiental irreparable, clasificándose conforme al art. 36 N°1 literal a) de la LOSMA.

Del caso expuesto, es posible advertir que la definición de las circunstancias contenidas en el art. 40 de la LOSMA, presentan una identidad distinta del cargo en análisis -como de las demás infracciones sancionadas con la misma sanción-, cuestión que queda en evidencia de la solo lectura de la aplicación de la circunstancia del literal b) de la referida disposición, no aplicada al caso en análisis, cuestión si valorada por SMA para la infracción 23.9, y que en definitiva, demuestra que no es posible efectuar un análisis comparativo formal, únicamente a partir de la clasificación y sanción determinada, ya que la SMA, caso a caso, ponderó ciertos elementos para fijar la sanción en concreto. Además, el contexto infraccional es totalmente distinto, ya que en el caso de Minera Refugio se formuló un solo cargo y en el caso de autos, 33 cargos.

cuadringentésimo décimo Que, el segundo caso invocado por el reclamante corresponde al Proyecto Los Bronces de Angloamerican (Rol F-054-2014), en el cual, mediante la Res. Ex. N°363/2015, la SMA aplicó la clausura temporal del Depósito de Estériles Donoso, sujeta a la condición de implementar en un plazo de un año, una solución definitiva a la generación de drenajes ácidos, en cumplimiento de su RCA. Al respecto, es preciso señalar que la infracción fue clasificada conforme al literal e) del número 2 del art. 36 de la LOSMA, y la aplicación de la sanción se basó en la concurrencia de

distintas circunstancias del art. 40 de la LOSMA, pudiendo señalarse para estos efectos, por ejemplo, que no se consideraron las circunstancias de las letras a) y b) de la disposición antes indicadas, lo que demuestra que la entidad de la gravedad para aplicar la sanción indicada no es similar a la infracción del cargo N°23.9, razón por la cual no se advierte trato discriminatorio alguno.

cuadringentésimo undécimo Que, en tercer lugar, cabe señalar que el procedimiento sancionatorio seguido en contra de la empresa Tecnorec S.A., materializado en la Res. Ex. N°695, de 2014, la SMA aplicó la sanción de clausura temporal por la infracción N°18, relativa a la ejecución de diversas obras destinadas a modificar el proyecto original aprobado, sin contar con la RCA, debiendo hacerlo, la cual había sido clasificada conforme al art. 36 N°1 Literal a) de la LOSMA.

Cabe señalar, que dentro de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA para la determinación de la sanción, no se aplicó la intencionalidad en la conducta del infractor, y la circunstancia de la conducta anterior del infractor fue considerada como negativa “[...] por lo que las sanciones que se apliquen respecto de cada infracción deben incrementarse levemente para lograr tener un efecto realmente disuasivo” (considerando 373 de la Res. Ex. N°695, de 2014, de la SMA). De esos antecedentes, es posible apreciar que los casos en cuestión no son equiparables con la aplicación de la sanción de clausura, ya que las circunstancias de cada caso para graduar el injusto son diferentes. Igual situación, es posible apreciar respecto a la infracción N°13, relativo a que “los resultados obtenidos dan cuenta de una emisión promedio de plomo de 9,03 [mg/m³N], concentración que supera el valor de emisión de plomo establecido en el considerando 3.12.4”.

En efecto, la magnitud de las circunstancias que motivan la aplicación de la sanción de clausura temporal es diametralmente distinta respecto a la situación de CMN SpA, en que las

circunstancias de las letras a), d) y e) del art. 40 de la LOSMA, fueron determinantes para aumentar la determinación de la sanción, por lo que no se vislumbra discriminación alguna con relación a la situación de autos.

cuadringentésimo duodécimo Que, el último caso invocado corresponde al Proyecto de Minera Española de Chile (Rol D-12-2014), en el cual, la SMA a través de la Res. Ex. N°432, de 2015, sancionó con la clausura definitiva de las instalaciones y faenas desarrolladas por la empresa en el sector Quebrada de la Plata, comuna de Maipú, por la realización de un proyecto de desarrollo minero, en la mina Panales 1 al 54, sin contar con una Resolución de Calificación Ambiental que autorice a efectuar dichas labores, clasificado conforme al art. 36 N°1 letra f) de la LOSMA. En concreto, se aprecia que el daño ambiental determinado por la SMA es de importancia, por lo que se aumenta el componente de afectación, conforme al literal a) del art. 40, no siendo aplicable el literal b) de la misma disposición, el cual resulta aplicable a la infracción 23.9, como a otras de las sancionadas con clausura definitiva.

cuadringentésimo decimotercero Que, las diferencias expuestas precedentemente, dejan en claro que la determinación de una sanción y el mérito de la misma, no es un ejercicio matemático que permita bajo ciertas circunstancias aplicar una misma sanción o no aplicar una en particular, sino por el contrario, tal como se indicó, en cada caso en particular, atendido el alcance de los hechos verificados y apreciados por la SMA, su intensidad y dimensión servirán para determinar una sanción, que no necesariamente debe coincidir con otro caso previo, sino que debe estar debidamente fundado.

cuadringentésimo decimocuarto Que, por lo expuesto precedentemente, este Tribunal desechará la alegación formulada por CMN SpA, al considerar que no existe trato discriminatorio por parte de la SMA que transcienda en una ilegalidad del acto reclamado.

8) De la falta de fundamentación en la aplicación de la sanción.

cuadringentésimo decimoquinto Que, tanto en las alegaciones generales como específicas asociadas al presente cargo, la compañía ha indicado que la Res. Ex. N°72/2018 carecería de la fundamentación suficiente para aplicar la sanción de clausura definitiva, invocando una supuesta falsa fundamentación. En este cometido, es necesario el análisis de una alegación general formulada por CMN SpA respecto a los cargos sancionados con clausura definitiva -siendo el cargo N°23.9 uno de ellos-, consistente en la aplicación arbitraria de los criterios administrativos utilizados para la determinación de la sanción.

cuadringentésimo decimosexto Que, al respecto, es preciso señalar que la resolución sancionatoria expresa que “[...] en virtud de los literales a), c) y d) del artículo 38 de la LO-SMA, referidos a sanciones no pecuniarias, la SMA ha asentado ciertos criterios para la aplicación de las mismas, en caso de estar ante infracciones de carácter leve, grave o gravísimo, de conformidad a lo indicado en el art. 36 y 39 del mismo cuerpo normativo” (considerando 292).

Agrega el mismo acto administrativo, que “[...] en atención a las circunstancias establecidas en el artículo 40 de la LO-SMA y tomando en consideración la teoría de la aplicación óptima de las sanciones no pecuniarias, se reconocen determinados criterios que fundamentan la aplicación de este tipo de sanciones. En particular, el criterio principal para la aplicación de una clausura o la revocación de una resolución de calificación ambiental es la importancia del daño o el peligro de daño ocasionado, especialmente cuando la magnitud de ellos hace necesario el cese temporal o definitivo de la operación o actividad involucrada en la infracción, con el objetivo de detener, eliminar o minimizar los efectos sobre el medio ambiente y/o salud de las personas. Es decir, la circunstancia preponderante para el análisis, será aquella descrita en el literal a) del artículo 40 de la LO-SMA y sobre la cual, en párrafos previos se ha delimitado su alcance y forma de aplicación” (considerando 297).

Finaliza señalando que "Otros criterios que, de forma supletoria fundamentan la aplicación de estas sanciones, son los siguientes: (i) la reincidencia en la infracción cometida, bajo el supuesto de que el efecto disuasivo de una sanción previa no ha sido suficiente para lograr el efecto preventivo requerido, teniendo incidencia por tanto, aquello dispuesto en el literal e) del artículo 40 de la LOSMA, es decir, la conducta anterior del infractor; y el (ii) el beneficio económico obtenido por motivo de la infracción sobrepasa de forma significativa los límites establecidos para una sanción pecuniaria, lo cual imposibilita la eliminación de la totalidad del beneficio económico obtenido a través de la aplicación de una multa, y por lo tanto limita de forma importante el efecto disuasivo de la sanción" (considerando 298).

cuadringentésimo decimoséptimo Que, lo expuesto precedentemente, fue reiterado por la SMA al analizar los elementos que se contemplan para determinar la aplicación de sanciones no pecuniarias, a partir los considerandos 7593 y siguientes del acto reclamado, en que expresamente se indica que "[...] los criterios relevantes a considerar en relación a las infracciones objeto de los procedimientos sancionatorios para el presente caso son: (a) magnitud del daño o riesgo ocasionado al medio ambiente y/o a la salud de las personas; (b) riesgo ambiental asociado a la continuidad en la construcción u operación del proyecto Pascua Lama; (c) conducta anterior de CMNSpA y reiteración o contumacia de infracciones; (d) conducta displicente y/o intencional de CMNSpA con el cumplimiento, incluso en obligaciones elementales del proyecto Pascua Lama [...]" (considerando 7597).

cuadringentésimo decimoctavo Que, a partir de lo expuesto, se desprende que la SMA ha efectuado un ejercicio fundado de la determinación de los criterios relevantes para la determinación de sanciones no pecuniarias al caso concreto, en concordancia con las circunstancias del art. 40 de la LOSMA, no resultando arbitrarios ni carentes de contenido, teniendo presente que ese organismo, en el considerando 299 del acto reclamado, señaló expresamente que "[...]

los criterios anteriormente indicados con relación a las sanciones no monetarias son considerados por la Superintendencia en la determinación del tipo de sanción a aplicar, sin perjuicio de la revisión y consideración de todas aquellas otras circunstancias que concurran en el caso específico, de acuerdo al art. 40 de la LOSMA"; por lo que no se advierte ilegalidad alguna a este respecto, guardando armonía y coherencia con la regulación del procedimiento sancionatorio ambiental.

cuadringentésimo decimonoveno Que, precisado lo anterior, la SMA ha indicado que "[...] al tenor de los antecedentes que constan en el procedimiento sancionatorio, se estima que la magnitud de la infracción justifica por sí sola, la aplicación de una sanción no pecuniaria, principalmente por haber expuesto a niños, adolescentes y a adultos a un riesgo producto de su actuar, junto con que, este incumplimiento, refleja la desidia de cumplir, obligaciones que resultan elementales para el funcionamiento de la faena minera" (considerando 7604). A partir de ello, esta magistratura no advierte cómo tal razonamiento puede incluir criterios desconocidos para el administrado, ya que las expresiones utilizadas por la SMA no son sino una concreción o referencia a elementos que ese propio organismo ha definido como claves para la determinación de la sanción, como lo son las circunstancias de los literales a), b) y d) del art. 40 de la LOSMA, latamente desarrolladas por el referido organismo.

Asimismo, a partir de lo señalado precedentemente en materia de proporcionalidad, se permite validar que la SMA ha efectuado una correcta apreciación de los hechos, encontrándose debidamente fundada la magnitud de la infracción, ya que a diferencia de lo que estima CMN SpA, el acto reclamado efectúa una correcta ponderación de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA, estimando procedentes las de los literales a), b), c), d), e), f) e i), en lo que se refiere a la cooperación eficaz; todas circunstancias que sirven de sustento al ejercicio discrecional de la potestad de determinar la sanción aplicable a la infracción.

cuadringentésimo vigésimo Que, así las cosas, en el ejercicio de determinación de la sanción, la propia Res. Ex. N°72/2018 ha señalado que "En virtud de lo indicado en el art. 39 de la LO-SMA, y en razón de la evaluación de las circunstancias del art. 40 del mismo cuerpo normativo, es que se procederá a proponer la adecuada sanción para cada una de las infracciones imputadas en el presente procedimiento sancionatorio Rol A-002-2013 (acumulado Rol D-011-2015) [...]" (considerando 7577). Además, consta que en la determinación de la clasificación de la infracción, conforme a los literales b) y e) del número 2 del art. 36 del antes referido cuerpo legal, resultó esencial la determinación del "riesgo significativo para la salud de la población"; y en la ponderación de las circunstancias del art. 40, se estimó procedente, entre otras, la del literal a), b) y d), todos elementos que a diferencia de lo sostenido por CMN SpA, sirven de sustento suficiente para determinación de la sanción, ya que estimar que existe una "falsa fundamentación", implicaría desconocer la validación técnica que ha realizado la SMA, lo que no ocurre en el caso de autos.

cuadringentésimo vigésimo primero Que, no debe olvidarse que la determinación de una sanción corresponde a un proceso complejo que contempla distintas etapas, configuración y clasificación de la infracción, y ponderación de diversas circunstancias asociadas al infractor, la infracción y sus efectos, todas etapas que culminan con la determinación de una sanción. Así las cosas, el ente sancionador, sobre la base de los antecedentes antes mencionados, y en el ejercicio de sus facultades discrecionales, determinó la sanción que en este caso era la más idónea atendido los hechos del procedimiento, así como también respecto a las demás sanciones no pecuniarias, como se indicó al analizar la proporcionalidad de la clausura definitiva aplicada a la infracción.

cuadringentésimo vigésimo segundo Que, finalmente, se advierte de las alegaciones formuladas por CMN SpA, que existe una disconformidad con la apreciación realizada por la SMA, más que una falta de fundamentación, toda vez que limitarse a lo consignado en un solo

apartado, significaría omitir el análisis efectuado a lo largo de toda la resolución sancionatoria en relación a la infracción del cargo N°23.9. En consecuencia, este Tribunal constata que ha existido un ejercicio fundado de la potestad sancionatoria por parte de la Superintendencia en relación a la presente infracción, y no se verifican las ilegalidades denunciadas por la reclamante, debiendo rechazarse la alegación formulada a este respecto.

3.3 De las supuestas ilegalidades cometidas en la sanción de clausura definitiva aplicada al cargo 23.11.

cuadringentésimo vigésimo tercero Que, respecto al cargo **23.11** la Superintendencia del Medio Ambiente dispuso que los hechos, actos u omisiones que se estiman constitutivos de esta infracción son: "La descarga de aguas de contacto al río Estrecho que no cumplen con los objetivos de calidad de aguas. Además, cabe agregar que en la obra señalada en el numeral 23.10 precedente, se toma la decisión de descargar al río Estrecho, según medición in situ de dos parámetros de calidad (pH y conductividad eléctrica), siendo que la RCA dispone que la descarga al río Estrecho debe cumplir con el DS 90". (en adelante e indistintamente Cargo N°23.11).

cuadringentésimo vigésimo cuarto Que, la evaluación ambiental del proyecto, así como la RCA N°24/2006 y la Res. Ex. N°1106/2014, de la Dirección Ejecutiva del SEA, señalan que la descarga de aguas de contacto constituye una medida excepcional, debiendo preferirse su acumulación, recirculación para objetivos industriales, o evaporación forzada. Además, a la empresa se le permitió el manejo diferenciado de aguas de contacto en las piscinas de acumulación. Sin embargo, para descargar aguas de contacto sin tratamiento, éstas debían cumplir con los límites de caudal establecidos en el considerando 7, letra a.1) de la RCA N°24/2006, así como con todos los valores establecidos dentro de los rangos de la línea de base de calidad de agua medidos en el punto NE-5 y presentados en el Apéndice

1 del Anexo II de la Adenda 2. Además, CMN debía cumplir con la Res. Ex. N°1106/2014, que interpretó la RCA N°24/2006 y estableció de forma definitiva los límites que debían cumplir los parámetros controlados en las descargas al río Estrecho. Por último, los muestreos de calidad de aguas y sus resultados, debían decir relación con el agua que efectivamente se descarga.

cuadringentésimo vigésimo quinto Que, para la SMA, la empresa efectuó descargas de aguas de contacto al río Estrecho desde la cámara de captación y restitución (en adelante, "CCR") entre enero y marzo del año 2013, que no cumplían con la condición habilitante para realizarlas, ya que debía cumplir con los parámetros de calidad establecidos en la RCA N°24/2006. Sin embargo, CMN SpA habría tomado la decisión de descargar aguas de contacto solo a partir de la medición en línea y resultados de caudal, pH y conductividad eléctrica, no obstante existir una serie de parámetros más que debían ser cumplidos.

cuadringentésimo vigésimo sexto Que, el reproche realizado por la SMA en este cargo tiene su origen en la mala calidad de aguas que habrían sido devueltas al río Estrecho, ya que la descarga o restitución de las aguas no se encontraba justificada bajo los estándares de calidad establecidos en los instrumentos ambientales. La SMA fundamenta este cargo en el Informe de Fiscalización DFZ-2013-63-III-RCA-IA y sus anexos, que habrían detectado por ejemplo que las aguas descargadas al río Estrecho por CMN SpA entre diciembre de 2012 y enero de 2013, no cumplieron con los parámetros de calidad pH, Conductividad Eléctrica, Aluminio, Arsénico, Cobre, Hierro disuelto, Hierro total, Manganeso, Sulfato y Zinc. Es decir, la empresa no solo habría efectuado descargas de aguas de contacto que excedieron aquellos parámetros que decidió unilateralmente no tomar en cuenta, sino que, además, habría excedido aquellos parámetros que media en línea y que en su concepto se consideran indicadores de una mejor calidad de las aguas, no presentando ésta argumentos plausibles que justificaran su modo de operación para efectuar descargas.

cuadringentésimo vigésimo séptimo Que, por otra parte, la SMA, teniendo presente el mandato de investigación y motivación que el Segundo Tribunal Ambiental le entregó (sentencia causa Rol R-6-2013), referidos a investigar la calidad de las aguas que pudieron verse alteradas a causa de los incumplimientos a condiciones establecidas en la RCA, relacionadas con ese componente ambiental, debía establecer si hubo o no daño ambiental y descartar o confirmar si se afectó gravemente o se generó un riesgo significativo para la salud de la población, a lo que este órgano concluyó que en el periodo de configuración de la infracción, sí se generó un riesgo significativo a la salud de las personas, para ambos grupos etarios adulto e infantil; siendo de especial consideración los resultados referidos a la exposición al Manganeso, en el rango etario que va entre 0 a 4 años.

Por otro lado, con los antecedentes del procedimiento sancionatorio, la SMA no pudo determinar que, la alteración a la calidad de las aguas ocasionada en el periodo de verificación de la infracción 23.9, fue de una significancia tal, que importara un daño ambiental al recurso hídrico.

cuadringentésimo vigésimo octavo Que, la SMA ha sostenido que la empresa ha tenido un actuar doloso considerando que la conducta antijurídica se habría extendido hasta diciembre de 2013, siendo contumaz en su actuar concurriendo, por lo tanto, intencionalidad y participación en los hechos, no habiéndose verificado una conducta posterior positiva que incidiera en la disminución del factor de afectación de la sanción que le corresponde al presente cargo.

Que, por su parte, CMN SpA indicó que los efectos de las descargas desde la CCR han sido puntuales y acotados en el tiempo y espacio. En su carta PL-0085/2015, de 14 de mayo de 2015, CMN indicó de modo general que, para la configuración de esta infracción, se requiere de dos elementos para su análisis: (i) la intencionalidad en la comisión de la infracción; y (ii) el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma. Luego y en

particular sobre los cargos N°s 23.10 y 23.11, señala que, si bien la empresa ha reconocido que la CCR no es una obra que se encuentre expresamente en la RCA N°24/2006, lo cierto es que tanto la construcción como la operación de la CCR, se justificaron en la convicción que tuvo la empresa de que el manejo diferencial de las aguas de contacto que se realizaba a través de dicha obra, se encontraba aprobado durante el proceso de evaluación e incluido en la misma. Para tal efecto la empresa cita la Adenda N°2, respuesta N°2.7 y el considerando N°4.3.1a) 2 de la RCA N°24/2006.

A su vez, la obra se encontraría expresamente incluida en las siguientes resoluciones por las cuales la DGA otorgó los permisos de modificación de cauce y obras hidráulicas mayores: Resolución Exenta N°163, de fecha 20 de marzo de 2008, que aprueba el proyecto de modificación de cauces naturales y la Resolución Exenta N°2959, de fecha 22 de septiembre de 2009, que aprueba proyecto y autoriza la construcción de obras hidráulicas mayores del Proyecto Pascua Lama. De esta forma, la empresa sostiene que existen antecedentes fundados para concluir que tanto la construcción como la operación de la CCR no obedecieron a una intención positiva de incumplir con las condiciones y medidas de la RCA N°24/2006. Lo anterior, habría sido motivado por la legítima interpretación que la empresa hizo de dicho instrumento, en relación al manejo diferencial de aguas de contacto.

cuadringentésimo vigésimo noveno Que, por otro lado, la empresa sostiene que el análisis en materia de riesgo en la salud de las personas que se traducirían específicamente en el riesgo extra de cáncer por exposición al Arsénico en el periodo de la infracción a los que debieron estar sometidos los grupos etarios antes indicados, no se habrían verificado resultados que excedieran los límites aceptables de las recomendaciones internacionales por exposición a éste. En lo que dice relación con el Manganeso, si bien se pudo haber verificado que el límite se encontraba excedido, se descartó la probabilidad de riesgo a la salud de las personas producto de la exposición a los otros parámetros. Así las cosas, a juicio de la empresa no es posible establecer una relación de causalidad entre el

proyecto y los niveles de metales no cancerígenos encontrados en el agua del río. Fue justamente la conclusión a la que arribó el órgano fiscalizador al descartar un riesgo significativo para la salud de la población.

cuadringentésimo trigésimo Que, a continuación, se analizarán las controversias específicas que se plantearon por las partes, que se pueden resumir en las siguientes: 1) la SMA habría reclasificado ilegalmente el cargo por cuanto no existe el riesgo significativo a la salud de la población, así como el incumplimiento grave de las medidas para eliminar o minimizar efectos adversos del proyecto, que ella pretende sostener; 2) la SMA habría aplicado erróneamente las circunstancias de los literales a), b) y d) del art. 40 de la LOSMA.

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

cuadringentésimo trigésimo primero Que, CMN SpA basa sus alegaciones haciendo mención principalmente a lo señalado en el considerando 5386 de la resolución reclamada, así como referenciando los alcances técnicos del análisis de riesgo a la salud de las personas, ambos elementos ya alegados en el marco de la infracción del cargo 23.9. En tal sentido, sostiene la empresa que se debe descartar la hipótesis sostenida por la SMA y se enmiende la calificación efectuada, por considerarla completamente errónea. A su vez, en lo referente a la alegación de la letra b) del número 2 del art. 36 de la LOSMA, la empresa reitera las alegaciones que ya expuso a propósito de la clasificación de la infracción 23.9. Señala, además, que la alegación no contiene argumentos que vengán a controvertir la tipología de clasificación descrita en el literal e) del numeral y artículo citado precedentemente. De esta forma, la empresa replica en sus alegaciones los fundamentos ya expuestos a

propósito de la clasificación de la infracción del cargo 23.9.

En este orden de ideas, y habiéndose pronunciado sobre la naturaleza y sentido de dichas materias, a juicio de este tribunal las partes deberán estarse a lo ya señalado en los considerandos tricentésimo cuadragésimo octavo y siguientes de la presente sentencia.

(2) Sobre la aplicación de las circunstancias de los literales a), b) y d) del artículo 40 de la LOSMA.

(2.1) Respecto a la importancia del daño causado o peligro ocasionado.

cuadringentésimo trigésimo segundo Que, lo alegado por CMN SpA respecto a esta circunstancia, art. 40 literal a) de la LOSMA, se centra en la supuesta doble consideración del “peligro ocasionado”, tanto para clasificar la infracción conforme al art. 36 N°2, letra b) de la LOSMA, como para la determinación de la sanción de acuerdo a la circunstancia en análisis.

cuadringentésimo trigésimo tercero Que, sobre el particular, la doctrina ha indicado que para el ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de la SMA “[...]se deben seguir una serie de pasos o trámites concatenados, que terminan en la imposición de una sanción específica. El proceso se inicia con “una tipificación genérica de conductas como infracciones, las que luego deben ser objeto de un proceso de subsunción en que se debe determinar la clase de infracción de que se trata. Una vez determinada la infracción, deberán considerarse ciertos criterios de graduación y ponderación de sanciones [...]” (Tejada Castillo, P. (2019). Discrecionalidad administrativa en la determinación de las sanciones ambientales. Revista de Derecho Ambiental, (11), p.61).

cuadringentésimo trigésimo cuarto Que, en ese orden de ideas, es pertinente traer a colación lo sostenido por el Segundo Tribunal Ambiental, en cuanto a que la regulación del procedimiento sancionatorio ambiental contenida en la LOSMA, “[...] 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" (Rol R-51-2014, considerando centésimo décimo cuarto).

cuadringentésimo trigésimo quinto Que, en efecto, el sistema sancionatorio ambiental establecido en la LOSMA, ha sido configurado de manera tal que la consideración de un mismo hecho para determinar la infracción (art. 35), clasificarla (art. 36) y, posteriormente, fijar la sanción (artículos 39 y 40), no implica una ilegalidad imputable a la SMA, ya que el hecho infraccional o efecto derivado del mismo, cumple fines distintos y complementarios en el proceso de determinación de las sanciones de las infracciones.

cuadringentésimo trigésimo sexto Que, a mayor abundamiento, y solo a modo ilustrativo del razonamiento expuesto, las Bases Metodológica para la Determinación de Sanciones Ambientales, de la SMA, del año 2017 -que no se aplicaron al caso de autos-, establecen expresamente que "[...]existen elementos comunes entre los criterios del artículo 36 de la LO-SMA, en base a los cuales se clasifica una determinada infracción, y las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA, que son consideradas para determinar la sanción específica a aplicar por dicha infracción. Esto responde al diseño del régimen sancionatorio ambiental introducido por el artículo segundo de la Ley N° 20.417, que establece una lógica complementaria entre los artículos 36, 39 y 40 de la LO-SMA, donde, en primer lugar, se debe establecer la gravedad de la infracción, en base a los criterios que entrega el artículo 36, para, posteriormente, determinar la sanción específica que corresponde aplicar, en base a lo establecido en el artículo 40".

cuadringentésimo trigésimo séptimo Que, en consecuencia, no se vislumbra la ilegalidad invocada por la CMN SpA, debiendo rechazarse lo alegado respecto a esta circunstancia.

(2.2) Respecto al número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción.

cuadringentésimo trigésimo octavo Que, lo alegado por CMN SpA se centra en el número de personas cuya salud pudo haberse afectadas producto del consumo de agua para la bebida desde el punto NE-8 (4 en total; 3 niños-uno en cada rango etario- y un adulto). En específico la empresa señala que no ha existido un riesgo significativo para la salud de las personas y una correcta evaluación efectuada conforme a los estándares de las instituciones internacionales rectoras en materia de salud. Además, no ha existido la exposición crónica.

cuadringentésimo trigésimo noveno Que, la SMA señala que la empresa reitera las alegaciones respecto a las circunstancias del art. 40 de la LOSMA, de manera que debe estarse al razonamiento vertido en los considerandos 5611 (numeral 12.11.6) y siguientes de la resolución reclamada.

cuadringentésimo cuadragésimo Que, revisado y analizado los antecedentes alegados en este punto, estos sentenciadores constatan que los argumentos y fundamentos esgrimidos por la reclamante de autos, son en esencia similares a los expuestos para las alegaciones relativas al cargo 23.9. De esta forma, en lo que respecta a la significancia del riesgo para la salud de las personas y su evaluación, este tribunal ya se pronunció sobre su naturaleza y sentido en los considerandos tricentésimo octogésimo noveno y siguientes, que se dan por reproducidos para los efectos del análisis de esta alegación específica. Bajo el mismo razonamiento indicado, estos sentenciadores estiman que se encuentra debidamente acreditada la concurrencia de esta circunstancia, por lo cual las alegaciones efectuadas a este respecto no pueden prosperar, debiendo ser rechazadas.

(2.3) Respecto a la intencionalidad en la comisión de la infracción.

cuadringentésimo cuadragésimo primero Que, la ilegalidad sostenida por CMN SpA respecto a la concurrencia de la circunstancia contenida en el art. 40 literal d) de la LOSMA, se basa en que la SMA solo habría considerado a CMN SpA como un sujeto calificado para los efectos de determinar la intencionalidad en la comisión de la infracción, cuestión que le impediría la posibilidad de demostrar cómo ha obrado sin una intención positiva de incumplir.

cuadringentésimo cuadragésimo segundo Que, al respecto, es pertinente dejar asentado que la Res. Ex. N°72/2018, en su considerando 5709, señala, como elementos de análisis, la calidad de sujeto calificado de la reclamante, la argumentación referida al principio de confianza legítima en la construcción, habilitación, diseño y operación de la CCR, fundado en autorizaciones sectoriales otorgadas por la Dirección General de Aguas. En dicho apartado, la SMA se hizo cargo de estos argumentos, sobre la base de las disposiciones de la licencia ambiental, y en los términos referidos a partir de la sanción asociada al cargo 23.10.

A mayor abundamiento, señaló que la descarga de las aguas de contacto desde la CCR no resulta tampoco plausible para el cargo 23.11, "pues la RCA N° 24/2006, estableció un listado importante de parámetros a monitorear para efectos de asegurar que la descarga de aguas sin tratamiento, tuviese una calidad tal, que no afectara el cuerpo receptor, en este caso, el río Estrecho, de lo contrario, debía pasar las aguas al sistema de tratamiento, para su posterior y eventual descarga al río Estrecho, ello sin olvidar que la misma licencia ambiental, estableció la priorización de otros usos, antes que la descarga propiamente tal".

Por su parte, en el considerando 5712, la SMA descarta el argumento de la confianza legítima para hacer un manejo diferencial de aguas de contacto, al haber incumplido, por una parte, las obligaciones ambientales que condicionaban la realización de dichas descargas, dado que "efectuó descargas de aguas de contacto en base a la

medición y resultados en línea de solo dos parámetros de calidad - pH y Conductividad Eléctrica- junto al Caudal, cuando [...] debió contar con los resultados de todos los parámetros exigidos, y por otra, las descargas que efectuó no cumplieron con las exigencias de calidad establecidas en la propia RCA N° 24/2006". El apartado citado agregó que CMN "ha tenido un actuar doloso más, aun cuando su actitud se extendió hasta diciembre de 2013, es decir, además, fue contumaz en su actuar y persistió en la conducta antijurídica no solo durante el periodo imputado, sino que por casi un año completo, asumiendo las consecuencias que de su acto derivaran".

cuadringentésimo cuadragésimo tercero Que, de lo anteriormente expuesto, así como de lo expresado en la resolución sancionatoria, se advierte que la consideración de sujeto calificado no fue el único elemento que la SMA tuvo en consideración para los efectos de la ponderación de la sanción, sino que tuvo en cuenta una serie de otras circunstancias derivadas de la apreciación de la prueba rendida durante el procedimiento sancionatorio, de la cual este Tribunal no advierte ilegalidad ni arbitrariedad alguna, concurriendo una adecuada ponderación de la circunstancia impugnada, y existiendo hechos claros y asentados en el procedimiento sancionatorio que permiten presumir su concurrencia.

Lo anterior, se ajusta al criterio jurisprudencial contenido en la sentencia R-51-2014, del Segundo Tribunal Ambiental, al sostener 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 (Ragues y Vallés, op. cit., pág. 238) [...] Este Tribunal ha sostenido que un comportamiento subjetivo

solo 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 N° 7315-2015, de 14 de diciembre de 2015, considerando décimo)" (Considerando centésimo quincuagésimo octavo).

cuadringentésimo cuadragésimo cuarto Que, por consiguiente, no se advierte la ilegalidad invocada por la sociedad minera reclamante, encontrándose debidamente motivada la concurrencia de la circunstancia aplicada a la infracción N°23.11, basada en la condición de sujeto calificado de la CMN SpA y el contexto infraccional en particular, debiendo rechazarse igualmente la alegación formulada a este respecto.

(3) De la falta de proporcionalidad y fundamentación de la sanción de clausura definitiva.

cuadringentésimo cuadragésimo quinto Que, en el presente apartado, se expondrán los argumentos formulados por CMN SpA, descrito en las alegaciones generales y específicas asociadas a la infracción, relativas a la: 1) falta de proporcionalidad y; 2) falta de fundamentación asociadas a la infracción en estudio.

(1) De la eventual falta de proporcionalidad de la sanción aplicada.

cuadringentésimo cuadragésimo sexto Que, de acuerdo con lo expuesto en los considerandos sexto y siguientes, para analizar la proporcionalidad de la sanción de clausura definitiva referida al presente cargo, se hace necesario acudir al test de proporcionalidad, en aquellos aspectos reclamados por la CMN SpA.

cuadringentésimo cuadragésimo séptimo Que, como se ha señalado, el efecto de acidificación y contaminación de las aguas del río Estrecho constituye uno de los efectos ambientales evaluados con mayor profundidad, atendida la magnitud de los efectos en la salud de las personas. Es así como en la misma RCA N°24/2006 se han previsto un

conjunto de obras y actividades principales, tendientes a minimizar o eliminar los efectos del drenaje ácido e incluso mantener la calidad del agua. En efecto, con relación al presente cargo, se debe destacar que la descarga de drenaje ácido (aguas no tratadas) al río Estrecho es una condición operativa prevista en la propia RCA, como última alternativa de disposición de dichas aguas. Esta última opción de descarga debe cumplir con ciertos parámetros con el fin de mantener la calidad del agua potable.

A su vez, es un hecho no controvertido que durante los meses de enero a marzo de 2013 CMN SpA descargó directamente hacia el río Estrecho, aguas recolectadas por el sistema de manejo de aguas de contacto, incumpliendo los valores establecidos dentro de los rangos de línea de base de calidad de agua. En la Resolución impugnada se consigna que este hecho produjo un deterioro en la calidad de las aguas del río Estrecho y riesgo a la salud de la población de carácter significativo por exposición al Manganeseo. El referido riesgo a la salud de las personas, constituye, de acuerdo a la SMA, un elemento de magnitud suficiente para justificar la sanción de clausura definitiva.

cuadringentésimo cuadragésimo octavo Que, teniendo presente lo señalado anteriormente, estos sentenciadores estiman que restringir el alcance a una sanción no pecuniaria distinta a la clausura definitiva, limitándola a las obras de la CCR, sería minimizar la protección que esta judicatura debe otorgar a los recursos hídricos y desconocer la falla de un conjunto de medidas tanto de infraestructura como organizacional, que no fueron capaces de proteger adecuadamente el medio ambiente y la salud de las personas, mediante el cumplimiento estricto de la licencia ambiental. Por lo anterior, estos sentenciadores consideran que una sanción no pecuniaria distinta a la aplicada no es apta para detener, eliminar o minimizar los efectos adversos derivados del incumplimiento.

cuadringentésimo cuadragésimo noveno Que, asimismo, estos sentenciadores consideran que la SMA ha obrado dentro del ámbito de

la legalidad y de sus atribuciones discrecionales, ponderando correctamente los elementos de la proporcionalidad al optar por la sanción de clausura definitiva y no por una clausura parcial o temporal acotada a la CCR tal como lo pretende CMN SpA, ya que la magnitud del peligro de daño en la salud de las personas hace necesario el cierre del proyecto minero Pascua Lama, al no parecer viables otras alternativas de funcionamiento seguro para el medio ambiente.

cuadringentésimo quincuagésimo Que, finalmente, respecto del trato discriminatorio invocado por la reclamante, el cual desencadenaría en un ejercicio desproporcionado de la determinación de la sanción, debe estarse a lo resuelto en los considerandos cuadringentésimo octavo y siguientes, respecto al cargo N°23.9, por ser aplicable el mismo razonamiento allí expuesto.

cuadringentésimo quincuagésimo primero Que, por consiguiente, debe rechazarse la alegación formulada a este respecto por CMN SpA, no advirtiéndose vulneración al principio de proporcionalidad en la determinación de las sanciones.

(2) De la supuesta falta de fundamentación en la aplicación de la sanción.

cuadringentésimo quincuagésimo segundo Que, tanto en las alegaciones generales como específicas asociadas al presente cargo, CMN SpA ha indicado que la Res. Ex. N°72/2018 carecería de la fundamentación suficiente para aplicar la sanción de clausura definitiva, invocando una supuesta falsa fundamentación.

cuadringentésimo quincuagésimo tercero Que, a juicio de este Tribunal, debe dejarse asentado, tal como se indicó para los efectos de la discusión asociada a la identificación de los criterios para la determinación de sanciones no pecuniarias en el caso del cargo N°23.9, que la SMA ha efectuado un fundado ejercicio de fijación de criterios sobre la base de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA, ya expresado en los considerandos cuadringentésimo décimo séptimo y siguientes, que se dan por reproducidos.

cuadringentésimo quincuagésimo cuarto Que, precisado lo anterior, es necesario señalar que la SMA ha indicado que “[...] al tenor de los antecedentes que constan en el procedimiento sancionatorio, se estima que la magnitud de la infracción justifica por sí sola, la aplicación de una sanción no pecuniaria, principalmente por haber expuesto a niños, adolescentes y a adultos a un riesgo producto de su actuar, junto con que, este incumplimiento, refleja la desidia de cumplir, obligaciones que resultan elementales para el funcionamiento de la faena minera” (considerando 7604, Res. Ex. N°72/2018).

cuadringentésimo quincuagésimo quinto Que, a partir de ello, estos sentenciadores no advierten como tal razonamiento puede incluir criterios desconocidos para el administrado, ya que las expresiones utilizadas por la SMA como “haber expuesto a niños, adolescentes y a adultos a un riesgo producto de su actuar” y “este incumplimiento, refleja la desidia de cumplir”, no son sino una concreción o referencia a elementos que ese propio organismo ha definido como claves para la determinación de la sanción, como lo son las circunstancias de los literales a), b) y d) del art. 40 de la LOSMA, latamente desarrolladas por el referido organismo, y respecto de los cuales, consideró que era de importancia para la determinación de la sanción. Asimismo, y tal como se indicó para los efectos del análisis de la fundamentación de la sanción aplicada al cargo 23.9, entender que ha existido una falta de fundamentación al aplicar la sanción de clausura definitiva, implica desconocer las circunstancias del art. 40 de la LOSMA que la SMA ha estimado concurrentes a partir de la infracción, por lo que dicha alegación no puede prosperar.

cuadringentésimo quincuagésimo sexto Que, en consecuencia, estos sentenciadores han podido advertir que el ejercicio realizado por la SMA encuentra su asidero en los hechos determinados a lo largo del procedimiento sancionatorio, no existiendo desconexión con las conclusiones arribadas, encontrándose debidamente motivada - además de ser proporcional a la infracción, tal como se resolvió precedentemente- la sanción de clausura definitiva aplicada al

proyecto Pascua Lama.

cuadringentésimo quincuagésimo séptimo Que, de lo expuesto precedentemente, debe rechazarse las distintas alegaciones formuladas a este respecto por la CMN SpA, por no advertir la ilegalidad denunciada.

3.4 De las supuestas ilegalidades cometidas en la sanción de clausura definitiva aplicada al cargo 4.

cuadringentésimo quincuagésimo octavo Que, respecto a la infracción **N°4**, esta fue argumentada desde el siguiente hecho: "Producto de la construcción de ciertas obras del proyecto minero Pascua Lama, tales como, caminos, campamento barriales, sistema de drenaje - ácido ducto, otras obras y áreas removidas, CMNSpA habría intervenido aproximadamente un total de 13,832 hectáreas de la especie *Azorella madreporica* por sobre lo autorizado en la RCA N°24/2006, así como también habría intervenido un total de 2,16 hectáreas de vegas altoandinas por sobre lo autorizado en el mismo permiso ambiental", configurando la infracción según el art. 35 letra a) de la LOSMA.

cuadringentésimo quincuagésimo noveno Que, tal como se expuso en los considerandos cuadragésimo noveno y siguientes, los aspectos reclamados de la infracción 4, dicen relación con que, para la reclamante, la SMA tuvo por acreditado el hecho infraccional imputado a partir de su propio cálculo de superficie de *Azorella madreporica* y de vegas altoandinas intervenidas producto de la construcción de obras del proyecto. En relación con la calificación de gravedad de la infracción, el reclamante señala que la SMA estimó que se configuraría la circunstancia del art. 36 N°1 letra a) de la LOSMA imputada en la formulación de cargos. Para ello, la SMA señala -en el párrafo 363- que "la afectación del medio ambiente provocada en el Ecosistema Altoandino y sus componentes suelo, flora y vegetación zonal y azonal del lugar y sobre el hábitat de flora y fauna que se sustenta de dicho ecosistema, tanto desde una perspectiva

cuantitativa, por las dimensiones y la permanencia de la afectación, como cualitativa, por el valor ecológico de lo afectado, debe ser considerada de carácter significativa, concurriendo, por ende, los elementos para que se configure una hipótesis de daño ambiental". En cuanto a la reparabilidad del daño imputado, según el reclamante, la SMA estima -considerandos 1159 y 1160- "que la reparabilidad del ecosistema dañado es dificultosa y que requerirá esfuerzos mayores para el logro de los objetivos o medidas planteadas", por lo que "se considera que se generó un daño ambiental que no es susceptible de reparación".

cuadringentésimo sexagésimo Que, así las cosas, este Tribunal resume los hechos controvertidos en dos: (1) la determinación de los límites de afectación de vegas autorizadas ambientalmente, según la RCA N°24/2006, y; (2) la determinación de la significancia del daño ocasionado y su posibilidad de reparación.

(1) Sobre la determinación de los límites de afectación de vegas autorizadas ambientalmente, según la RCA N°24/2006.

cuadringentésimo sexagésimo primero Que, respecto al primer hecho controvertido, la empresa en sus descargos y alegaciones establece que en el "Estudio Multitemporal intervención de la formación *Azorella madreporica*", habría intervenido 7,103 ha. en las obras asociadas al Campamento Barriales; 22,162 ha. en las obras asociadas a Caminos y Áreas Removidas; 6,663 ha. en las obras asociadas al Sistema de Tratamiento de Ácido (Planta); 9,490 ha. en las obras asociadas al Sistema de Tratamiento de Ácido (Ducto) y 3,364 ha. asociadas a otras obras; con un total de superficie intervenida de 48,782 ha.

cuadringentésimo sexagésimo segundo Que, en este orden de ideas, la Adenda N°2, parte integral de los documentos y anexos asociadas a la RCA N°24/2006, autoriza que se intervenga la formación *Azorella madreporica* en las siguientes superficies: 5,7 ha. en las obras asociadas al Campamento Barriales; 20,0 ha. en las obras asociadas

a Caminos y Áreas Removidas; 10,0 ha. en las obras asociadas al Sistema de Tratamiento de Ácido (Planta); 0,8 ha. en las obras asociadas al Sistema de Tratamiento de Ácido (Ducto); no indicando superficie asociadas a otras obras; con un total de superficie autorizada a intervenir de 36,5 ha.

cuadringentésimo sexagésimo tercero Que, la zona de emplazamiento del Sistema de Tratamiento de Ácido (Planta) es la excepción y única zona donde se respetó lo establecido en la RCA N°24/2006 (10,0 ha. autorizadas y 6,663 ha. intervenidas), en las demás obras ejecutadas se produjo una intervención de la especie formación de *Azorella madreporica* por sobre lo autorizado sumando una diferencia de 12,3 ha. (48,782 ha. intervenidas según titular y 36,5 ha. según Adenda N° 2 asociada a RCA N°24/2006).

cuadringentésimo sexagésimo cuarto Que, habiéndose autorizado una cantidad máxima de intervención de *Azorella madreporica* por sectores y considerando que cada uno de éstos presenta una dinámica ecosistémica en particular, resulta erróneo considerar en el análisis desarrollado por la SMA en el procedimiento sancionatorio, un escenario de intervención global, es decir, sin atender a las particulares específicas de cada zona intervenida. Sin perjuicio de ello, este Tribunal constata que la empresa reconoció el hecho de la intervención de *Azorella madreporica* en un porcentaje mayor a lo autorizado en la RCA N°24/2006.

cuadringentésimo sexagésimo quinto Que, de conformidad con lo indicado en la Res. Ex. N°1/Rol D-011-2015, la SMA estimó una intervención de la formación *Azorella madreporica* por parte de la empresa en las siguientes superficies: 7,474 ha. en las obras asociadas al Campamento Barriales; 18,303 ha. en las obras asociadas a Caminos y Áreas Removidas; 6,672 ha. en las obras asociadas al Sistema de Tratamiento de Ácido (Planta); 10,403 ha. en las obras asociadas al Sistema de Tratamiento de Ácido (Ducto); 3,862 ha. en las obras asociadas a Vertederos y 3,619 ha. asociadas a otras obras; con un total de superficie intervenida, estimada vía Sistemas de

Información Geográfica de 50,333 ha.

cuadringentésimo sexagésimo sexto Que, el hecho controvertido en este caso se reduciría luego de los análisis de ambas partes, a la discrepancia del número total de superficie al cual asciende tal intervención, existiendo una diferencia de 1,551 hectáreas aproximadas entre lo imputado por la SMA y lo reconocido por la empresa en su Carta PL-0075/2013, anexa al Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2014-60-III-RCA-IA, coincidiendo en ambos casos (SMA y Empresa) que se ha excedido lo autorizado.

cuadringentésimo sexagésimo séptimo Que, la SMA procedió a estimar la superficie aproximada de intervención de vegas altoandinas por sobre lo autorizado en la Adenda 2 del proyecto "Modificaciones Proyecto Pascua Lama", identificándose en la formulación de cargos, dos escenarios, uno conservador, que utiliza solo la información de línea de base del EIA del proyecto y los antecedentes aportados por la Compañía en sus cartas PL-0075/2013 y PL-068/2015, relativa a antecedentes referidos a la ubicación de las obras del proyecto, y un escenario menos conservador, asociado al cruce de dicha información con el Catastro de Ecosistemas Acuáticos Continentales del Ministerio del Medio Ambiente, por ser ésta una fuente oficial de organismos del Estado, siendo la conclusión en ambos casos la misma, es decir, que existía una intervención no autorizada.

cuadringentésimo sexagésimo octavo Que, en virtud de lo antes expuesto, esta Magistratura ha arribado a la convicción que efectivamente el hecho controvertido relacionado a determinar los límites de afectación de vegas autorizados ambientalmente, según la RCA N°24/2006, se presenta en todas las situaciones observadas, existiendo por parte de la empresa una sobre intervención tanto de la especie formación de *Azorella madreporica* como de vegas altoandinas, salvo en sector de ductos que se encuentra dentro de lo autorizado, dando por configurada la infracción. Así las cosas, la alegación de la empresa en este punto no puede prosperar.

(2) Sobre la determinación de la significancia del daño ocasionado y su posibilidad de reparación.

cuadringentésimo sexagésimo noveno Que, la determinación de la significancia del daño ocasionado y su posibilidad de reparación es desarrollada por la SMA, para justificar la clasificación establecida en el procedimiento sancionatorio, argumentos que son expuestos de manera general entre los considerandos 983 y 1040, para luego realizar un análisis específico entre las consideraciones 1041 y 1160. De acuerdo a dicho análisis, la SMA determinó que la infracción es calificada como gravísima, en virtud del art. 36 numeral 1 letra a) de la LOSMA, por haberse generado un daño al medio ambiente, no susceptible de reparación de 0,16 ha. aproximadas de vegas altoandinas en los sectores denominados vega Pascua, vega NE-2A y vegas ubicadas aguas arriba de las Piscinas de Acumulación N°1 y N°2; y, 13,832 ha. de formaciones vegetacionales compuestas principalmente por la especie *Azorella madreporica*. Lo anterior, producto del emplazamiento de obras del proyecto Pascua Lama, sobre dichas formaciones.

En este sentido, habría existido una afectación sobre el ecosistema altoandino y sus componentes suelo, flora y vegetación zonal y azonal del lugar, de manera que habría una afectación sobre el hábitat de flora y fauna que se sustenta de dicho ecosistema. Por esta razón, la SMA procedió a realizar el análisis de significancia (valoración cualitativa) de la afectación para ser considerado como daño ambiental, de la misma manera que lo hizo para el cargo 23.2, utilizando la misma lógica de criterios y categorías comunes aplicables a las evaluaciones de impacto ambiental. Para este caso, la significancia se analizó a partir de la ponderación cualitativa del "Medio afectado" y de los "Efectos sobre el medio", según la tabla que a continuación se presenta:

Tabla N°2: Fórmula de Significancia del Daño según SMA, utilizada para Clasificar la Infracción asociada al cargo 4.

SIGNIFICANCIA DEL DAÑO = (MEDIO AFECTADO x EFECTOS SOBRE EL MEDIO)	
MEDIO AFECTADO	EFECTOS SOBRE EL MEDIO
a. Singularidad	a. Magnitud y alcance
b. Especies de relevancia o de interés	b. Permanencia y duración
c. Resiliencia	c. Pérdida de hábitat
d. Servicios ecosistémicos	d. Fragmentación de hábitat y poblaciones

Fuente: SMA, Res Ex N°72/2018, considerando 1041, pág. 338.

cuadringentésimo septuagésimo Que, en consideración a la significancia del daño, cuya fundamentación se colige de la relación establecida entre el análisis del "Medio afectado" y de los "Efectos sobre el medio" (Tabla N°2), la SMA parametrizó y dedujo la procedencia de daño ambiental en el ecosistema alto andino, ya que a su juicio se han propiciado cambios negativos permanentes de la disponibilidad y aprovechamiento futuro de los recursos naturales, con la consecuente afectación de la flora y fauna que se sustentaba de dicho humedal. A mayor abundamiento, se habrían eliminado condiciones básicas fundamentales para que el hábitat pueda regenerarse y recuperarse; y, por otro lado, se habrían afectado el estado de los componentes bióticos y abióticos actualmente presentes, mermando en consecuencia los servicios propios del ecosistema altoandino.

cuadringentésimo septuagésimo primero Que, este Tribunal entiende que la misma argumentación latamente expuesta en el cargo 23.2 respecto del concepto de "Daño Ambiental" y su diferencia con el concepto de "Impacto Ambiental" es aplicable a este cargo, tomando también para el entendimiento de este hecho controversial, las consideraciones arribadas en el considerando tricentésimo quinto. En efecto, desde una consideración técnico científica se muestra la relación de estos dos conceptos establecidos en la Ley N°19.300 con el de "alteración ambiental", concepto este último que relaciona al Daño con el Impacto, diferenciándolos, cuando son negativos en lo "significativo" de la alteración provocada al medio ambiente por la

actividad o proyecto.

cuadringentésimo septuagésimo segundo Que, con todo lo anteriormente señalado, para la adecuada calificación jurídica de la presente infracción, resulta importante identificar la generación de daño ambiental de carácter irreparable, que a juicio de este Tribunal no logra configurarse. Para arribar a esta conclusión este Tribunal ha tenido a la vista las siguientes consideraciones según se pasa a explicar.

cuadringentésimo septuagésimo tercero Que, tal como la misma SMA señala en el considerando 1034 de la Res. Ex. N°72/2018, la premisa que sostiene que la afectación ambiental ocasionada debe ser considerada de carácter significativa, se basa en una adaptación de los factores y criterios comunes aplicables al análisis de significancia de la evaluación ambiental, utilizada para identificar si un impacto ambiental tiene una significancia tal que amerite la implementación de un plan de medidas ambientales. De esta forma, no necesariamente un impacto significativo (o como lo plantea la Ley N°19.300, un efecto significativamente adverso) sobre la base de la misma evaluación de significancia, es susceptible de generar un daño ambiental, como ya se ha expuesto latamente en el considerando tricentésimo quinto.

cuadringentésimo septuagésimo cuarto Que, tal como se señaló en el considerando tricentésimo quinto, "*daño ambiental*" no es equivalente a "*impacto ambiental significativo o efectos significativamente adversos*". Según fue analizado en el considerando antes en referencia asociado al Cargo N°23.2, la significancia es un elemento exigido expresamente en la ley, aunque sus criterios de determinación no han sido definidos ni establecidos expresamente. De esta forma, se han ido construyendo definiciones doctrinarias y jurisprudenciales, que, si bien se estiman razonables, se encuentran limitadas desde el punto de vista científico - técnico. Bajo este razonamiento, y por las razones expuestas en el considerando cuadringentésimo septuagésimo, la SMA intenta desarrollar una aproximación desde una valoración cualitativa, sobre la base de la ecuación planteada en el

considerando 1041 de la resolución reclamada (numeral 8.4.2.2.2. Significancia del daño ambiental propiamente tal), donde define en la Tabla N°20 que: SIGNIFICANCIA DEL DAÑO = (MEDIO AFECTADO x EFECTOS SOBRE EL MEDIO).

cuadringentésimo septuagésimo quinto Que, tal como ocurrió en el razonamiento del cargo 23.2, en lo que respecta al uso de la ecuación de "significancia del daño", este Tribunal considera que aun cuando es entendible el razonamiento técnico propuesto, reafirma la conclusión arribada en cuando a calificar este ejercicio como incompleto. Sin perjuicio de lo anterior, y desarrollando el mismo ejercicio del considerando tricentésimo duodécimo, con el propósito de corroborar si los resultados de la definición de las variables que configuran cada uno de los criterios y factores utilizados por la SMA, dan respaldo a las conclusiones descriptivas alcanzados por el organismo fiscalizador, se tomaron los subcriterios de Singularidad, Relevancia o Interés, Resiliencia, Servicios Ecosistémicos, (Criterios del Medio Afectado); Magnitud y Alcance, Permanencia y Duración, Pérdida de Hábitat, (Categorías de Efectos Sobre el Medio), previamente desarrollados y definidos en los considerandos tricentésimo duodécimo y siguientes del presente fallo. Además, se agrega, la categoría particular para el presenta cargo definida como Fragmentación de Hábitat y Poblaciones, y que viene reemplazar en el análisis anterior a la categoría Efecto Borde de la ecuación analizada en el cargo N°23.2, siendo esta categoría y sus parámetros los siguientes:

- **FRAGMENTACIÓN DE HÁBITAT Y POBLACIONES:** Es la subdivisión de un hábitat originalmente continuo, dando origen a sub unidades discretas (fragmentos), lo que origina una limitación en los rangos de hogar en las especies (sobre la base de SAG. 2008. Guías de Evaluación Ambiental. División de Protección de Recursos Naturales Renovables. Editado por Servicio Agrícola y Ganadero. Ministerio de Agricultura y Coria, I. D. 2008. El estudio de impacto ambiental: características y metodologías. Invenio: Revista de investigación académica, (20), p. 125-135).

Categorías:

d. FHYP0 = No se observa subdivisión de un hábitat ni la generación de fragmentos.

e. FHYP1 = Se observa incipiente subdivisión de hábitat y generación de fragmentos.

f. FHYP2 = Se observa nítidamente subdivisión de hábitat y generación de fragmentos.

cuadringentésimo septuagésimo sexto Que, con estos criterios, subcriterios y categorías parametrizadas por este Tribunal sobre la base de sus definiciones científico-técnicas, esta magistratura puede concluir que las argumentaciones desarrolladas por la SMA de manera general entre los considerandos 983 y 1040, sumado a el análisis específico desarrollado entre los considerandos 1041 y 1160, no aborda íntegramente la ecuación que sustenta todo el análisis. Al igual que lo consignado en el Cargo N°23.2, la aproximación científica con que la SMA pretendió basar su conclusión, esto es la relación entre el "Medio afectado" y los "Efectos sobre el medio", está planteada por el organismo fiscalizador de manera general y descriptiva, sin mediar ni definir una la relación entre las variables que pudiesen apoyar tan importantes conclusiones y los análisis que se desarrollaron.

cuadringentésimo septuagésimo séptimo Que, con todo lo anterior, a juicio de este Tribunal no están todos los elementos fundantes y necesarios que permitan acreditar la significancia del daño ambiental ocasionado, ya que, como resultado de la evaluación realizada en función de los antecedentes presentados por la SMA respecto de este cargo, no se alcanza un umbral razonable para determinar la existencia de un daño en los términos de la Ley N°19.300 (letra e) Art 2), atendido el análisis de la SMA y el conocimiento científico disponible. De esta forma, este Tribunal considera que la SMA configura erróneamente la hipótesis de daño ambiental, al igual que lo hizo en el cargo 23.2, confundiendo en ambos casos una alteración negativa de un impacto no previsto que no presenta efectos que causen una pérdida, disminución, detrimento o

menoscabo significativo, con una alteración negativa que genere daño ambiental.

cuadringentésimo septuagésimo octavo Que, en este orden de ideas y sobre la base de lo anteriormente expuesto, para las 0,16 ha. aproximadas de vegas altoandinas y las 13,832 ha. aproximadas de *Azorella madreporica*, estos sentenciadores arriban a la convicción de que la SMA no logró acreditar fundadamente la hipótesis de daño ambiental. No obstante, lo anterior, se constata que la alteración ambiental es permanente, ya que se ha construido infraestructura sobre estos ecosistemas, no pudiendo aportar servicios ecosistémicos en 0,16 ha. aproximadas de vegas altoandinas y las 13,832 ha. aproximadas de *Azorella madreporica*. Esta constatación no cambia la conclusión a la que ha llegado el Tribunal en cuanto a la infundada clasificación de la infracción que la SMA ha desarrollado, pero si establece una justa claridad de los hechos ocurridos. En consecuencia, a juicio de estos sentenciadores, la clasificación de la gravedad de la infracción determinada por la SMA carece de fundamento científico-técnico, en atención a lo latamente desarrollado en esta controversia, por lo que se acoge la alegación en este punto, debiendo esa entidad proceder a clasificar nuevamente la infracción en análisis conforme al art. 36 de la LOSMA, y determinar la sanción aplicable a partir de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA, todo ello debidamente fundado.

3.5 De las supuestas ilegalidades cometidas en la sanción de clausura definitiva aplicada al cargo N°7.

cuadringentésimo septuagésimo noveno Que, el cargo N°7 se resume en la Res. Ex. N°72/2018 como: "Incumplimiento parcial a las obligaciones contenidas en el Plan de Monitoreo de Glaciares, en los siguientes componentes: Albedo; MP; Temperatura; Estudios de permafrost; Balance de Masa Combinado; Plan Comunicacional".

cuadringentésimo octogésimo Que, este cargo fue configurado conforme al art. 35 letra a) y clasificado como grave, de acuerdo

con el art. 36 N°2 e), ambos de la LOSMA. Para los efectos de la determinación de la sanción, se consideraron las circunstancias particulares de los literales c), d) e i) del art. 40 del referido cuerpo legal, esta última considerando el criterio de vulneración de los sistemas de control y; los literales generales comunes para todos los cargos, es decir, literales e), f) e i) de la misma disposición, este último respecto a cooperación eficaz. La sanción impuesta por el ente fiscalizador fue la clausura definitiva.

cuadringentésimo octogésimo primero Que, el cargo considera seis hechos infraccionales (también llamados "subcargos") y, en dos de ellos, dos subhechos, todos refiriéndose a monitoreos o acciones del Plan de Monitoreo de Glaciares versión 3 (en adelante, "PMGv3"). De ellos, el análisis del hecho 7.5 fue desestimado por la SMA, subcargo que estaba asociado a las conclusiones de un informe de balance de masa combinado asociado al PMGv3.

cuadringentésimo octogésimo segundo Que, el Plan de Monitoreo de Glaciares quedó comprometido en el considerando 7.1 literal g) "Monitoreo de Glaciares" de la RCA N°24/2006 y fue aprobado, posteriormente el año 2008, en su tercera versión, por la COREMA de Atacama en el Ord. N°735/2008. Este plan -que considera diversos documentos anexos-, pretendía proporcionar detalles de mediciones en todos los glaciares, obtenidas a intervalos determinados, como un indicador de posibles efectos adversos y de la efectividad de las medidas de mitigación, y se concentraría en los posibles efectos adversos que el desarrollo del proyecto pudiera producir, enfocándose en: 1) un inventario de glaciares; 2) monitoreo de la condición física de los glaciares; 3) monitoreo del rol hídrico de los glaciares y potenciales cambios por el desarrollo del proyecto; y 4) la entrega de información a las autoridades (Barrick, 2008. Plan de Monitoreo de Glaciares Proyecto Pascua-Lama, Revisión 3, enero 2008). El plan, que incluye el cálculo de diversos índices y el monitoreo de múltiples variables, considera un "Plan de Comunicaciones", el cual se activa una vez superados límites en índices específicos, principalmente asociados a las variables de

albedo y balance de masa, e incluye el aviso a las autoridades.

cuadringentésimo octogésimo tercero Que, asimismo, la preocupación e interés por los glaciares quedaron planteados en diversos otros párrafos de la Res. Ex. N°24/2006. Este plan buscaba, además, ampliar la línea base del proyecto, la cual fue considerada insuficiente en la aludida RCA, como se indica en los considerandos 3.37, 3.61, 3.63, 3.65, 3.67, 3.69, 6.2 y 9.22 del mencionado documento.

cuadringentésimo octogésimo cuarto Que, los principales glaciares asociados al proyecto y/o a los monitoreos son Guanaco, Estrecho y Ortigas 1 (glaciar de referencia) y los glaciaretos (cuerpos de hielo de menor tamaño, en general sin evidencias de flujo, y con al menos 2 años de permanencia) son Toro 1, Toro 2, Esperanza y Ortigas 2 (glaciarete de referencia), existiendo otros cuerpos de hielo en el sector.

cuadringentésimo octogésimo quinto Que, en la presente causa, tal como se detalla en el capítulo "I. De las principales controversias sostenidas por las partes", éstas exponen diversas controversias respecto a la configuración, la clasificación, la ponderación y la sanción del cargo en análisis. Así, conforme a las alegaciones y defensas expuestas por las partes con relación a la infracción en análisis, este Tribunal se pronunciará respecto a cuatro temas que considera controvertidos para el cargo: (1) Configuración de la Infracción; (2) Clasificación de la Infracción; (3) Ponderación de la Infracción; y (4) Proporcionalidad y fundamentación de la Sanción.

(1) Configuración de la Infracción.

(1.1) Condiciones climáticas como circunstancias de fuerza mayor.

cuadringentésimo octogésimo sexto Que, la empresa usa el argumento que los incumplimientos parciales se debieron a circunstancias de fuerza mayor e indica que "[...] en el PMGv3 siempre se condicionó el monitoreo u obtención de datos a las condiciones climáticas del sector" y que, pese a que se estaba al tanto de las inclemencias

climáticas, al momento del diseño del PMGv3 no existían datos locales suficientes que permitieran realizar análisis estadísticos de los extremos climáticos. Asimismo, la empresa sostiene que, dada la variabilidad natural, los eventos mayores son difíciles de predecir y, agrega que “el plan fue construido de manera redundante de modo que la falta de datos puntuales no afectara la posibilidad de extraer conclusiones, ni implique automáticamente que la data disponible pierda representatividad en el largo plazo”. Por todo lo anterior, el titular estima que el hecho infraccional no estaría configurado.

cuadringentésimo octogésimo séptimo Que, asociado a lo anterior, la SMA refuerza lo ya planteado en la Res. Ex. N°72/2018, indicando que no concurre la fuerza mayor para justificar el incumplimiento. Reitera que, del análisis de las respuestas al PMGv2 y de pasajes del PMGv3, era una preocupación constante que las obligaciones del Plan de Monitoreo de Glaciares se cumplieran a cabalidad y que, para el caso de que no se pudieran recopilar todos los datos, la empresa debía adoptar todas las medidas para poder obtenerlos de otra manera, o tener fuentes de información alternativas.

cuadringentésimo octogésimo octavo Que, respecto a este primer punto, es menester tener presente que, si bien es cierto que en algunos pasajes del PMGv3 y/o en su “Manual de Procedimientos” anexo (Anexos 1-1 y 1-5) se menciona, respecto a las mediciones de albedo: “siempre que las condiciones climáticas lo permitan”, es esta misma frase la que la autoridad ambiental no acepta como condición del titular respecto de la instalación de una estación meteorológica permanente en el glaciar Ortigas 1, y donde se solicita –y el titular propone– tomar “todas las medidas necesarias para mantener operativas las estaciones meteorológicas móviles en los glaciares” (Respuestas a Consultas desde Las Autoridades sobre el Plan de Monitoreo de Glaciares versión 2, marzo 2007, p. 29-31).

cuadringentésimo octogésimo noveno Que, de lo anterior y del análisis global del plan de monitoreo, para este Tribunal esta

solicitud/propuesta es extensible al resto de los monitoreos. No obstante, en general, la empresa justifica la ausencia de datos por diversos factores (directa o indirectamente asociados a las condiciones climáticas), pero no siempre presenta prueba suficiente de ello, ni indica cuáles fueron “todas las medidas necesarias” que tomó la empresa para intentar, al menos, obtener igualmente los datos o la información, ambas acciones que esta magistratura considera mínimas, ya que si bien el PMGv3 no especifica cuáles serían las referidas medidas, es en la empresa en quien la autoridad ambiental confió el cuidado de los glaciares y la adecuada entrega de información.

Por otra parte, para estos sentenciadores, las condiciones climáticas adversas no pueden ser consideradas circunstancias de fuerza mayor en este caso, debido a que, pese a que la empresa no hubiera tenido datos locales suficientes para tener pronósticos certeros de los eventos extremos, y pese a la variabilidad natural del sector, es la propia reclamante quien presenta un plan que indica que el “programa de investigación ha sido desarrollado considerando las características particulares de los glaciares de la zona árida en particular de Pascua Lama”. Además, no es necesario tener datos estadísticos robustos en este caso particular, para definir un mejor diseño del plan, dado que las condiciones extremas de temperatura, vientos y precipitaciones sí podrían haber sido previstas, dado que son esperables en el sector de emplazamiento del proyecto. Es necesario tener presente que es CMN SpA quien propone desarrollar un proyecto minero en semejantes condiciones adversas y es ella quien debe considerar las condiciones geográficas y climáticas del sector, y velar por la seguridad de los trabajadores, al momento de plantear el diseño de un plan de monitoreo, de manera que pueda ser llevado a cabo.

cuadringentésimo nonagésimo Que, la improcedencia del argumento del titular queda plasmado, también, en la Res. Ex. N°87, de 5 de abril de 2013, de la COREMA de Atacama, en el numeral 16, que indica: “[...] las condiciones climáticas extremas alegadas por el titular

corresponden a sucesos previsibles desde la evaluación ambiental del proyecto”, a lo cual plantea que la imprevisibilidad no tiene aplicación en ese caso, cuestión que, como ya se planteó, este Tribunal comparte. Así, para estos sentenciadores el problema en cuestión sería claramente de diseño del PMGv3, lo cual coincide plenamente con lo expuesto por el Segundo Tribunal Ambiental en su sentencia causa Rol D-2-2013, considerando 211°, al indicar que “[...] las condiciones climáticas como las limitaciones técnicas debieron ser elementos conocidos y previstos por la demandada, por lo que el problema sería de diseño del PMG y no de fuerza mayor”.

(1.2) Antecedentes del expediente expuestos para acreditar la infracción.

cuadringentésimo nonagésimo primero Que, la empresa considera que no se encuentran en el expediente los antecedentes necesarios para acreditar la infracción y se refiere particularmente a los hechos 7.1, 7.2, 7.4 y 7.6, a lo cual la SMA reitera, principalmente, lo presentado en la resolución sancionatoria.

cuadringentésimo nonagésimo segundo Que, el hecho 7.1 se refiere a que: “7.1. Con respecto a albedo, CMNSpA ha incumplido su compromiso de:

7.1.1. Monitorear con una frecuencia diaria la totalidad de los glaciares y glaciaretos comprometidos, en los meses de diciembre 2012, enero, febrero, marzo, abril, mayo - septiembre y octubre, todos del año 2013.

7.1.2. De igual modo, el monitoreo de albedo y el registro del índice 3-x para la totalidad de glaciares comprometidos es incompleto en el período correspondiente a los meses de diciembre del año 2012, enero, febrero e invierno de 2013”.

cuadringentésimo nonagésimo tercero Que, previo al análisis de este punto, resulta pertinente indicar que el albedo representa una medida de la reflectividad de una superficie, expresado como la fracción o porcentaje de la radiación solar de onda corta entrante que es

reflejada por la superficie. El albedo se mide dado que permite visualizar cambios en la superficie glaciar (debido a cambios de reflectividad) y puede funcionar como indicador de depositación de polvo sobre éste. Esta variable, en el PMGv3, se pretendía medir de forma diaria como un valor puntual, con albedómetros, y de forma distribuida con fotografías diarias mediante cámaras, lo último para crear mapas que permitirían calcular el índice 3-x (albedo promedio instantáneo alrededor de balizas). La medición cuantitativa de albedo puntual permitiría implementar el Plan de Comunicaciones, en caso de superarse ciertos límites en el índice 1 (valor de albedo promedio puntual).

cuadringentésimo nonagésimo cuarto Que, sobre el hecho 7.1, la empresa sostiene que no comparte lo indicado por la SMA respecto de la interpretación extensiva del monitoreo para todos los cuerpos de hielo, ni que solo con los monitoreos perfectamente continuos se podría establecer la tendencia de los cuerpos. CMN agrega que el propio PMGv3 cubre la circunstancia de eventuales fallas, y que la información presentada ha demostrado ser representativa y útil en la realización de estudios científicos. Tampoco comparte la empresa lo indicado respecto a la ausencia de equipos alternativos de respaldo, dado que éstos sí habrían sido reemplazados varias veces.

cuadringentésimo nonagésimo quinto Que, respecto al subhecho 7.1.2, CMN indica que la SMA no tuvo en consideración el hecho que la falta de datos en invierno se encuentra prevista en el PMGv3, por lo que estima que no existiría incumplimiento. La SMA, por su parte, indica que "el monitoreo mensual de las formas de albedo es la principal herramienta para indicar en forma rápida, en qué condiciones se considerará que se está frente a un evento de afectación de glaciares por efectos del proyecto".

cuadringentésimo nonagésimo sexto Que, en este sentido, respecto al subcargo 7.1, la SMA analiza los cuerpos de hielo a monitorear, haciendo referencia a los numerales 3.8, 3.28 y el punto 5.3 del numeral 15.1 de la Adenda 2; los considerandos 3.55 y 7.1 literal

g), todos de la RCA N°24/2006; observaciones en la carta DGA (sin identificación), posiblemente adjunto a Ordinario N°392, de 5 de abril de 2007; el numeral 2 del PMGv3; la sección 2.8 "Estudio de evolución de los glaciares" del PMGv3; el Anexo 4 del Anexo 1-5 (CEAZA (2008). Control de emisiones de polvo y medidas de mitigación específicas en el caso de faenas mineras, caso de los glaciares del proyecto minero de Pascua Lama); y los informes mensuales de albedo; para concluir que las obligaciones del monitoreo de albedo diario promedio, registro fotográfico de los cuerpos de hielo y albedo distribuido, son extensivas a todos los cuerpos de hielo.

cuadringentésimo nonagésimo séptimo Que, asimismo, respecto de la necesidad de monitoreo continuo y la imposibilidad de reemplazar equipos por condiciones climáticas, la SMA indica que la RCA N°24/2006, en relación al PMGv3, no contemplaría excepciones por razones climáticas y, respecto de los equipos de monitoreo, menciona que el efecto de la existencia de problemas por condiciones climáticas -si fallan los equipos- es que se genera la obligación de buscar formas alternativas de recopilar la información y no simplemente no hacer nada, como estima la SMA que CMN hizo.

cuadringentésimo nonagésimo octavo Que, de lo anterior y de la revisión del expediente administrativo sancionador y judicial, este Tribunal estima que las mediciones de albedo sí son extensivas para todos los cuerpos de hielo, tanto mediante monitoreo puntual como con fotografías. Ello emana de una interpretación armónica de las adendas, oficios, RCA, las diversas versiones del PMG y otras secciones del PMGv3 -cuya revisión fue latamente desarrollada por la SMA en la Res. Ex. N°72 (considerando 1688 y siguientes) y cuya interpretación es validada por este Tribunal- y, atendiendo la importancia e interés que tuvieron los cuerpos de hielo durante toda la evaluación ambiental, aparece con claridad la necesidad de dichas mediciones.

cuadringentésimo nonagésimo noveno Que, esta importancia se ve reflejada en distintas secciones de la RCA N°24/2006, por ejemplo,

en el considerando 3.55 que señala "[...] esta Comisión Regional ha puesto como condición para el desarrollo del proyecto que el Titular no podrá intervenir los glaciares en la forma de una remoción, traslado o cualquier intervención física de ellos, como resultado de la extracción del mineral o desarrollo minero asociado, por las razones expuestas en la respuesta a la pregunta N° 37 de las consultas de la comunidad, contenidas en la presente Resolución" o en el considerando 7.1 g) que indica "[...] el titular deberá monitorear las condiciones de los glaciares Toro 1, Toro 2 y Esperanza, durante la vida útil del proyecto, con la finalidad de identificar posibles variaciones en las características físicas de dichos cuerpos". De lo anterior y del análisis de otros considerandos de la RCA, se expone que la condición de no afectación es para todos los glaciares. Asimismo, el PMGv3 en su sección 2.8 Estudio de evolución de los glaciares indica "El PMG desarrollará una detallada comparación de la evolución entre los grandes glaciares y los más pequeños reportando cualquier diferencia entre la evolución de unos y otros. Así se monitoreará la evolución de los pequeños glaciares Toro 1, Toro 2 y Esperanza en relación a los glaciares Estrecho y Guanaco. Este estudio de la evolución de los glaciares incorporará principalmente los siguientes parámetros: balance de masa, área de hielo descubierto, albedo, balance de energía, volumen de hielo, balance hídrico, balance combinado", donde se evidencia que el albedo era una variable que se analizaría para todos los glaciares.

Quingentésimo Que, así ocurre con diferentes extractos de los documentos de la evaluación ambiental y de los asociados al Plan de Monitoreo de Glaciares, donde se encuentran secciones que nombran unos u otros glaciares para distintas variables, generando una multiplicidad de textos alojados en distintos documentos, pero que se infiere, finalmente, que las mediciones de albedo debían realizarse en todos los glaciares asociados a este subcargo, tal como sostiene la SMA.

Quingentésimo primero Que, asimismo, estos sentenciadores estiman que la continuidad de las mediciones es relevante para esta variable,

dado que su obligación consistía en medir el albedo y adquirir las fotografías con una frecuencia diaria. Lo anterior toma relevancia en un contexto en que es la empresa la única responsable de entregar la información a la autoridad.

Quingentésimo segundo Que, por otro lado, pese a que la información recopilada permitiría analizar tendencias y abordar otras líneas de investigación (como se describe más adelante en el análisis de publicaciones científicas en la sección de "Vulneración Sistemas de Control Ambiental"), estas investigaciones no constituyen un medio de respuesta rápido que activa acciones asociadas al Plan de Comunicaciones –en caso de superarse los límites asociados al albedo puntual–, o de representar adecuadamente la variable distribuida a nivel mensual, cuestión que era y sigue siendo de interés para la autoridad ambiental. Por todo lo anterior, este Tribunal determina que el hecho 7.1 se encuentra debidamente acreditado.

Quingentésimo tercero Que, el segundo hecho alegado consiste en que: "7.2 Los informes de Materia [sic] Particulado Sedimentable presentados por CMNSpA, presentan discontinuidad en los períodos de medición correspondientes al segundo semestre del año 2013 (entre los meses de junio y septiembre de 2013), lo cual se expresa en una ausencia de datos acumulados y consolidados que permitan evidenciar de forma clara y detallada la tendencia que han seguido las tasas de depositación en cada una de las estaciones de medición".

Quingentésimo cuarto Que, previo al análisis de este hecho, se debe señalar que el material particulado sedimentable o MPS (llamado en el PMGv3 también como polvo sedimentable) corresponde a sustancias sólidas o líquidas presentes en suspensión en la atmósfera con un corto tiempo de residencia en ésta. La presencia de material particulado en los cuerpos de hielo puede disminuir el albedo y, dependiendo del espesor y propiedades del material, puede aumentar las tasas de ablación (proceso de pérdida de masa glaciar). Este material puede ser de origen natural o antrópico.

Quingentésimo quinto Que, en el PMGv3, se pretendía instalar un

punto de captación física de polvo para cada glaciar, a fin de mejorar la línea de base y determinar posibles efectos debido al desarrollo del proyecto. Su objetivo era medir la cantidad de polvo que podría depositarse sobre la superficie de los glaciares y, dentro de las actividades estaba: la recolección periódica de muestras, el envío de las muestras a laboratorios, la elaboración de informes y la entrega de información a las autoridades. La metodología de medición se basó en la Norma ASTM D 1739 - 98 (2004) "*Standard test method for collection and measurement of dustfall (settleable particulate matter)*".

Quingentésimo sexto Que, respecto al hecho 7.2, la empresa indica que no existió "infracción significativa" a la metodología que permita concluir que cualquier análisis obtenido con dichas mediciones carezca de robustez y confiabilidad. Así, CMN estima que la metodología está diseñada para medir tendencias de largo plazo, de modo que no es sensible a la falta de datos puntuales o que presenten excedencia de las variabilidades de frecuencia de toma de muestras de más de dos días.

Quingentésimo séptimo Que, por su parte, la SMA indica que el monitoreo de MPS es una de las mediciones de mayor relevancia en el PMGv3 y que, en ese sentido, es de suma importancia evaluar la eficacia de las medidas que se establecieron en la evaluación ambiental para controlar las emisiones de polvo. También, señala que el cargo nada tiene que ver con la tendencia, sino que con la forma de dar cumplimiento a su obligación y como ello incide en el análisis final de las tendencias. Además, indica que los hechos se refieren a la frecuencia de los periodos utilizados para efectuar los muestreos de MPS, y expone que el Anexo 1-6, referido a monitoreo de polvo sedimentable, indica que éste debe realizarse "con una frecuencia mensual (cuando el tiempo lo permita), o considerando un porcentaje de acumulación de 30 días corridos". Asimismo, la SMA sostiene que la norma en la cual está basado el monitoreo (ASTM D 1739 - 98 (2004)) establece que el muestreo debe hacerse en un periodo de un mes calendario con un margen de 2 días

menos o más, para colocar y retirar las muestras, y se establece que los resultados se deben normalizar a 30 días. Sobre la base de ese análisis, la entidad expone que solo la mitad de los muestreos cumplirían el estándar exigible.

Quingentésimo octavo Que, para esta magistratura, del análisis de las pruebas relacionadas al hecho controvertido, es claro que los periodos de medición debían ser mes calendario \pm 2 días y normalizados a 30 días, lo cual también es consistente con el hecho de ser una variable que se analiza en conjunto con las mediciones de albedo (que presentan reportes mensuales) y cuyo fin es determinar relaciones entre el MPS y el albedo, y detectar el origen del material y/o las causas de su depositación en el sector. Asimismo, los periodos de recolección de MPS, para el periodo de la infracción, fueron de 21 a 129 días, dependiendo del glaciario. El objeto de estudio del MPS consiste, en casos desfavorables, en buscar relaciones de éste con los eventos de operación de la mina, cuestión que podría quedar enmascarada con normalizaciones de periodos mayores a 32 días. A su vez, es sabido por la empresa que los vientos cambian estacionalmente (en magnitud y dirección), siendo esta la variable meteorológica más relevante en la distribución del MPS, por lo cual normalizar periodos de varios meses no permitiría comprender la dinámica de depositación de polvo adecuadamente, lo que, a su vez, no permitiría ver tendencias en el corto y mediano plazo correctamente, ya sean de origen natural o antrópico.

Quingentésimo noveno Que, de lo anterior se desprende que la interpretación de la SMA es adecuada, por lo que el subcargó se encuentra correctamente configurado, a juicio de este Tribunal.

Quingentésimo décimo Que, el cuarto hecho cuestionado, corresponde a: "7.4 En lo que respecta a los estudios de permafrost, no ha realizado con los datos obtenidos, estudios que permitan evaluar en forma más adecuada el área de permafrost, la presencia de hielo y la importancia como recurso hídrico de la capa activa y el

permafrost, así como los posibles efectos adversos desde la mina en los caudales producto de la alteración del permafrost y la capa activa.”

Quingentésimo undécimo Que, en relación con el hecho infraccional antes descrito, resulta adecuado precisar que la definición de permafrost considerada por la empresa el 2009, en el documento “Recopilación de estudios de línea de base actualizada de la Criósfera”, corresponde a “todo terreno que se mantiene por debajo de 0° durante al menos dos años consecutivos”. Esta definición está basada estrictamente en el estado térmico del suelo y no en sus componentes.

Quingentésimo duodécimo Que, el PMGv3 establece el monitoreo de la temperatura y profundidad de la capa activa (parte superior del perfil que está sujeto a congelamiento y descongelamiento cada año) y el permafrost. Lo anterior, a través de termistores y *dataloggers* instalados en dos pozos perforados en roca con profundidades hasta 20 m y un pozo hasta 100 m. Se mediría en forma permanente, para modelar parámetros como profundidad de la capa activa, punto de cero amplitud, profundidad del permafrost, gradiente termal y sus variaciones en el tiempo. Los datos serían usados en estudios destinados a evaluar el área de permafrost, la presencia de hielo y la importancia como recurso hídrico de la capa activa y el permafrost, así como los posibles efectos adversos desde la mina en los caudales producto de la alteración de éstos. Se entregaría un informe anual.

Quingentésimo decimotercero Que, respecto a este hecho, la empresa indica que los informes presentados por ella sí contendrían la información requerida, en tanto reflejarían que se tiene conocimiento del régimen térmico del suelo y las características térmicas del permafrost presente, por lo que CMN estima como no configurado este hecho infraccional. La SMA, por su parte, sostiene que, de acuerdo a lo establecido en el PMGv3, el monitoreo de permafrost está compuesto de dos obligaciones: las de monitoreo y

las de la evaluación de las variables mencionadas en el considerando anterior. La SMA señala que la resolución sancionatoria reconoció que la empresa habría cumplido con la primera de las obligaciones, pero no así la segunda obligación.

Quingentésimo decimocuarto Que, la SMA interpreta de las alegaciones de la empresa, que para CMN sería suficiente el análisis efectuado en el informe presentado el 2009 "Estudio de caracterización del permafrost en la zona del proyecto Pascua Lama", creado por BGC Engineering Inc. ("BGC (2009)"). Luego, la Superintendencia aclara la frecuencia con que deberían, a su juicio, efectuarse los análisis de las cuatro variables en cuestión y estima que la periodicidad de los análisis debiese tener la misma periodicidad del reporte de las mediciones, es decir, anual. Además, ésta reitera que el informe presentado el año 2009 de BGC sería más bien una complementación a la línea base, pero no sería suficiente para cumplir con la exigencia de monitoreo de permafrost establecida en el PMGv3.

Agrega la SMA, que la empresa informó de un reemplazo en las cadenas de termistores, debido a que los anteriores ya no estaban disponibles dada su interacción con actividades constructivas del proyecto. El ente fiscalizador indica que es responsabilidad de la empresa asegurar la continuidad de los monitoreos comprometidos y la invariabilidad de los sitios que fueron establecidos, lo cual sería esencial para garantizar la trazabilidad de la información y poder efectuar un análisis histórico de los monitoreos. Reitera la entidad que la ubicación de los sensores debía haber previsto las actividades del proyecto e informa, además, del cambio de la profundidad a la que se instalaron los sensores.

Quingentésimo decimoquinto Que, de la revisión del expediente y, en particular, de los informes de permafrost, este Tribunal coincide con la SMA en que no se realizaron todos los estudios de las variables: área de permafrost, presencia de hielo, importancia como recurso hídrico de la capa activa y el permafrost, y posibles

efectos adversos desde la mina en los caudales producto de alteraciones. En particular, el informe de BGC (2009), que sería el que presenta la información más completa respecto a permafrost, realiza mediciones de temperatura, modela un área de permafrost, estima la presencia de hielo y hace modelaciones geotérmicas. Sin embargo, no existe un análisis adecuado respecto a la importancia de la capa activa y del permafrost como recursos hídricos ni de los posibles efectos adversos desde la mina en los caudales.

Quingentésimo decimosexto Que, por un lado, pese a que la instalación de sensores ya estaba efectuada previo al PMGv3 y fue en esas condiciones en las que fue planteado, las mediciones de temperatura y otras estimaciones eran perfeccionables a lo planteado en el plan. Para el caso de los termistores, BGC (2009) indica que "los termistores no fueron instalados dentro de condiciones naturales vírgenes, las cuales hubieran sido ser [sic] las mejores condiciones para los propósitos de modelamiento y extrapolación de las condiciones de la capa activa".

A su vez, el estudio de la presencia de hielo se hizo con calicatas, método que no quedó establecido en el PMGv3, pero del cual BGC (2009) señala "Un análisis en profundidad requeriría la recolección de testigos no perturbados para precisamente medir el contenido de hielo y agua. Sin embargo, el equipo de perforación apropiado no estuvo disponible durante la visita realizada por BGC al sitio en abril 2006. En su lugar se logró realizar un análisis preliminar de contenido de hielo a través de un programa de excavaciones de calicatas y el muestreo de las paredes de las mismas". Es decir, desde el inicio de los monitoreos se entendía que las mediciones y estudios podían ser mejores y más apropiados, incluso el mismo informe expone que se obtuvo un "análisis preliminar" del contenido de hielo, cuestión que a juicio de este Tribunal no sería suficiente para cumplir el objetivo del PMGv3 en este punto. Además, estos estudios no cambiaron ni fueron complementados en el tiempo, y los informes posteriores solo siguieron con las mediciones de temperatura de suelo, bajo similares condiciones.

Quingentésimo decimoséptimo Que, por otro lado, para estos sentenciadores la situación del cambio de ubicación de los termistores ocurrida el periodo 2012-2013 –expresada también por la SMA–, derivada de la pérdida de los instrumentos, es relevante: primero, porque se perdió la continuidad de la información; y, segundo, porque refleja una clara descoordinación de la empresa respecto a sus responsabilidades, lo cual afecta directamente la implementación del PMGv3, y consecuentemente, lleva a su incumplimiento. Es justamente la continuidad de las mediciones la necesaria para estudiar los cambios en el tiempo del permafrost y sus relaciones con el clima y/o con el desarrollo minero, de manera que la pérdida de los instrumentos y su reubicación en un periodo donde ya se ejecutaban actividades de *pre stripping* es, al menos, cuestionable, dado que justamente era el momento para estudiar las posibles implicancias de las obras en el permafrost y/o en la capa activa. Asimismo, los propios consultores indican el 2009 que “Sólo el registro de los datos de varios años permitirá analizar la trascendencia de las condiciones actualmente observadas a grandes profundidades” (p. 32 del informe BGC (2009)).

Por otra parte, la paralización de las mediciones en los sitios originales genera complicaciones respecto a la trazabilidad, tal como señala la SMA y, si bien las mediciones actuales podrían ser de mayor estándar, los nuevos datos no se pueden correlacionar directamente con las mediciones antiguas, dada la gran heterogeneidad del permafrost de montaña. Además, tras la pérdida de los instrumentos y su posterior reinstalación, no se continuó con las mediciones a 100 m, lo cual es exigible de acuerdo con el PMGv3. De ahí que para esta magistratura, una ejecución íntegra del PMGv3 implica que la frecuencia de los estudios de las variables en cuestión debía tener la misma periodicidad que la de las mediciones.

Quingentésimo decimoctavo Que, de todo lo anterior, este Tribunal estima que sí hay ausencia de estudios asociados al PMGv3 desde 2009 en adelante. En resumen, existe ausencia de estudios de variables, principalmente al análisis de permafrost y capa activa

como recurso hídrico y la información existente no sería suficiente para cumplir con el PMGv3, por lo que el subcargó está correctamente configurado por parte de la SMA.

Quingentésimo decimonoveno Que, el sexto hecho infraccional y sus subhechos son: "7.6 En lo que respecta al Plan Comunicacional [sic], se advierte que:

7.6.1. En el 'Informe Excedencia de Límites PMG 2014', CMNSpA no realizó un análisis integral de la condición de todos los cuerpos de hielo ante un escenario de excedencia, realizando aquello sólo para los cuerpos Esperanza y Guanaco, limitándose a un ejercicio investigativo orientado únicamente al estudio de las condiciones climáticas imperantes, sin incluir las posibles causas antrópicas.

7.6.2. De igual modo, en el Informe en comento, se advierte que para el período 2006-2014, CMNSpA alcanzó el límite 2, de superación de balance de masa superficial para el glaciar Estrecho, sin presentar información que analice tal evento".

Quingentésimo vigésimo Que, según el anexo 1-5 del PMGv3 (CEAZA (2008). Manual de Procedimientos: Estudio de Efectos Adversos sobre los glaciares del Norte Chico de Chile debido a Actividades Industriales - Balance de energía y albedo de superficie. Anexo 1-5 del PMGv3, en adelante "Manual de Procedimientos 1-5"), el Plan de Comunicaciones sería "un plan rápido y eficaz, destinado a la adopción de medidas de mitigación, en caso de verificarse efectos indeseables sobre los glaciares atribuibles a las actividades del Proyecto" (p. 16-27 del citado documento). El plan está detallado en el Manual de Procedimientos 1-1 (CEAZA (2008). Manual de Procedimientos: Estudio de Efectos Adversos sobre los glaciares del Norte Chico de Chile debido a Actividades Industriales - Balance de masa, superficies, volúmenes de hielo. Anexo 1-1 del PMGv3, en adelante "Manual de Procedimientos 1-1") y en el Manual de Procedimientos 1-5, y está basado en un sistema que incluye el cálculo de índices, definición de límites de algunos de estos índices, los que una vez superados, activarían "Situaciones" que

implicarían diversas acciones, incluyendo el aviso a las autoridades e investigaciones. Los índices que estarían involucrados en el sistema son Índice 1: Albedo diario promedio puntual; Índice A: Balance de masa superficial e Índice B: Razón de balance de masa de dos partes del glaciar.

Quingentésimo vigésimo primero Que, el "Informe de Excedencia de Límites PMG 2014" se generó a partir de la activación de la Situación A, debido a la excedencia en el límite 1 del índice A ($0,75$ desviación estándar (σ) al valor promedio del balance de masa del mismo glaciar [$media \pm 0,75\sigma$], con los valores del promedio y desviación estándar calculados sobre el periodo de referencia) para el glaciar Guanaco y el glaciarete Esperanza. Es decir, de acuerdo al PMGv3, el balance de masa (índice A) cada año se compararía con la tendencia de variación de cada glaciar durante los años anteriores sin influencias de la actividad minera, cuyo periodo se define del 2002-2009 para estos cuerpos de hielo, cuya comparación el periodo 2013-2014 superó el límite establecido.

Quingentésimo vigésimo segundo Que, en el informe en cuestión se plantea el siguiente objetivo general: "[...] presentar el marco conceptual, meteorológico, geomorfológico y glaciológico que ayuden a entender las razones que explican la excedencia del Límite 1 del Índice A para el Glaciar Guanaco y el Glaciarete Esperanza según lo informado en el informe de balance de masa glacial del periodo 2013-2014 (CECS, 2014b). El desarrollo del presente informe da cumplimiento al requerimiento de activación del plan comunicacional establecido en el PMGv3 debido a la excedencia del límite antes mencionado" y dentro de los objetivos específicos: "d. Contextualizar la excedencia del límite con el nivel de actividades del proyecto Pascua Lama".

Quingentésimo vigésimo tercero Que, las discusiones de este informe indican que todos los cuerpos de hielo mostraron balances de masa negativos y, entre otras, que el periodo 2002-2009 no presentó condiciones meteorológicas tan negativas como el periodo 2013-2014,

por lo que "es posible esperar que en años un poco más secos que la referencia, los balances netos sean más negativos", de manera que la superación de los límites no sería inesperada. El informe hace mención a que el proyecto Pascua Lama se encontraría detenido desde junio 2013, sin contar con actividades de *prestripping* desde octubre 2012. Finalmente, concluye que las causas que explican los balances de masa negativos y las excedencias debiesen asociarse a las condiciones meteorológicas reinantes durante el año hidrológico 2013-2014, en el marco de la tendencia de retroceso glacial y condiciones meteorológicas adversas durante la última década.

Quingentésimo vigésimo cuarto Que, respecto al subhecho 7.6.1, la empresa en sus alegaciones menciona que: "el PMGv3 no incluye ningún mecanismo que establezca la necesidad de analizar exhaustivamente todas las crioformas del área de estudio, considerando que solo algunas excedieron algunos límites". Indica, además, que lo que debe hacerse es analizar las causas de activación e integrar la información disponible, lo cual habrían realizado y que, durante el periodo de análisis, las actividades de construcción estaban paralizadas, por lo cual su análisis integró información sobre variabilidad natural y pérdida de masa de glaciares regionales, la cual usaron para explicar las causas de superación de límites.

Quingentésimo vigésimo quinto Que, la SMA indica que la DGA remitió observaciones en el marco del procedimiento sancionatorio, mediante el oficio Ord. N°688, de 6 de octubre de 2014, en que señala que es posible evidenciar que Guanaco también alcanzó el valor umbral del límite 2, situación que CMN no contempló en su análisis. De ello, la DGA habría puesto énfasis en que alcanzar el valor umbral del límite 2, las probabilidades de causas naturales disminuyen considerablemente (16%), por lo que las causas antrópicas se estiman más probables (84%), tal como indica el PMGv3. Luego, indica que CMN atribuyó totalmente la disminución del balance de masa excesiva a las condiciones climáticas imperantes y que, respecto la línea de base glaciológica, "no ha sido caracterizada rigurosamente, cuyo hecho ha redundado en un nivel de incertidumbre significativo sobre

los posibles efectos que pudieran recaer en los cuerpos glaciares presentes en el entorno directo del complejo minero". El mismo oficio, en el numeral 7), indica que "el Titular no realizó en su Informe un análisis integral de la condición de todos los cuerpos de hielo ante un escenario de excedencia, realizando aquello solo para un par de estos" lo que, de acuerdo a la SMA, no permite verificar si la activación del Plan de Comunicaciones se produce también en otros cuerpos de hielo.

Quingentésimo vigésimo sexto Que, continúa la SMA indicando que la DGA "resaltó que la proximidad del glaciar Estrecho respecto de la masiva excavación minera proyectada por la referida iniciativa minera, constituye un aspecto crucial a considerar en el seguimiento oportuno de los cuerpos de hielo". El sectorial, en el numeral 11) del mismo oficio, indica que "el Titular [...] se ha limitado a un ejercicio investigativo orientado únicamente al estudio de las condiciones climáticas imperantes, cuya variable ciertamente juega un rol relevante, pero que a la luz de los antecedentes señalados precedentemente, implica efectuar una evaluación panorámica e integral del área sujeta a monitoreo, el que incluya ampliamente el espectro de causas que podrían incidir sobre los cuerpos de hielo objeto de seguimiento". Agrega la SMA que "si bien el PMGv3 no exige que la empresa realice el análisis para todos los glaciares en términos de calcular cada límite, sí es claro en señalar que debe analizar las causas de la activación e integrar toda la información disponible, dentro de la cual se encuentra precisamente la evolución de todos los cuerpos de hielo, para dar garantías del proceso a la autoridad". Por otro lado, señala que el hecho de centrar el análisis solo en causas climáticas y no incluir causas antrópicas como posibles factores declinantes de la activación del Plan de Comunicaciones constituiría una inobservancia al PMGv3. Agrega que el argumento de que el proyecto se encontraría paralizado desde el 24 de mayo de 2013 debe desestimarse, dado que en el Informe DFZ-2013-6945-III-RCA-IA y en cartas posteriores darían cuenta que la empresa realizó obras y, luego, mejoras, mantenciones o reparaciones

asociadas la Fase 1 del proyecto.

Quingentésimo vigésimo séptimo Que, respecto al sub hecho 7.6.2, CMN indica que el glaciar Estrecho no posee un periodo de referencia por cuanto sus mediciones no comenzaron hasta el año 2006-2007, de modo que no permite calcular los límites según lo dispuesto en el plan, y que haber usado un periodo de referencia más corto o extenderlo a un periodo post inicio de la construcción hubiese dado lugar a sesgos, y no habría sido metodológicamente adecuado. Indica que se presentó en el informe en cuestión una evaluación comparativa robusta entre el glaciar y otros cuerpos de hielo similares.

Quingentésimo vigésimo octavo Que, en este punto, la SMA desglosa en dos el argumento de la empresa: Primero, que el ejercicio de la DGA (que usó periodos de 3 años sin intervención de la empresa y de 5 años con intervención, cuando se solicita 5 sin intervención) indicaría la superación del límite 1 del glaciar Estrecho y alcanzaría el límite 2 del Plan de Comunicaciones, a lo cual la SMA deduce que lo anterior es un ejercicio teórico, que tiene como objetivo dar cuenta que el PMGv3 no puede carecer de herramientas ante la detección de límites. Sin embargo, la SMA descarta este argumento, dado que existirían vías alternativas más acordes para determinar la activación; Segundo, que el hecho de no tener datos previos (de 5 años sin intervención del proyecto) para el glaciar Estrecho y calcular solo el índice C para evaluar si las variaciones de los índices A y B corresponden o no a efectos naturales resultaría insuficiente, pues el índice C se nutre de los índices A y B. Por lo tanto, indica, para complementar los datos faltantes la empresa pudo tomar datos de línea de base para complementar la información del glaciar Estrecho y, con ello, verificar, con datos modelados, si se activaban o no los límites 1 o 2 del Plan de Comunicaciones. Este criterio, respecto a que Guanaco y Estrecho presentan características similares, también fue plasmado por la DGA.

Quingentésimo vigésimo noveno Que, de acuerdo con la SMA, el hecho de que el glaciar Estrecho alcanzó el límite 2 y superó el límite 1

se verifica e incluso es más pronunciado con el ejercicio realizado por ella, el cual usa datos de Guanaco para complementar los datos faltantes de Estrecho, obteniendo valores de límite 1 y límite 2 de -0,74 y -0,92 m eq. a, respectivamente y del hecho que el valor del Índice A determinado para el periodo fue de -1,02 m eq. a. Si lo anterior hubiese sido determinado, se hubiese activado la situación B, la cual hubiese implicado tomar más acciones.

Quingentésimo trigésimo Que, respecto al hecho 7.6.1, este Tribunal coincide con el análisis de la DGA y SMA sobre que se debería haber incluido mayores análisis respecto a otros cuerpos de hielo en el informe en cuestión, incluyendo más información disponible, sobre todo porque el valor del índice alcanzó (aunque no superó) el límite 2. Más relevante resulta el hecho de no haberse realizado un estudio más detallado respecto a las posibles causas antrópicas que pudieron contribuir a la superación de límites, en un contexto climático como el actual y en el que las variables meteorológicas resultan relevantes en los balances de masa, lo que implica estudiar con mayor profundidad y rigurosidad las estimaciones y/o modelaciones, para identificar mejor las contribuciones de las distintas causas. El hecho que las actividades de la empresa estuvieran paralizadas -lo cual no es estrictamente cierto-, no implicaría, en ningún caso, que no se realizaran estudios o análisis respecto a las variables antrópicas, más aún cuando ya han existido cambios en el relieve y ha existido movimiento de tierra en el sector.

Quingentésimo trigésimo primero Que, en cuanto al cálculo de índices del glaciar Estrecho, relacionado al sub hecho 7.6.2, esta magistratura considera de gran relevancia el hecho que no estén establecidos los límites 1 y 2 para este glaciar, cuya superación activa situaciones que están destinadas a prevenir un posible daño a los glaciares, por lo cual el titular del proyecto debió cuantificar estos límites, como lo intenta la DGA o como lo efectúa la SMA o, al menos, evaluar el escenario más negativo, dado que el fin último del Plan de Comunicaciones es la protección y/o mitigación

de los glaciares.

Quingentésimo trigésimo segundo Que, de todo lo analizado respecto este hecho infraccional y de los ya analizados, es posible determinar que el expediente presenta información suficiente para dar por acreditada la configuración del cargo N°7.

(1.3) Objetivos ambientales del PMGv3.

Quingentésimo trigésimo tercero Que, finalmente, la empresa alega que, pese a la falta de información puntual, el objetivo ambiental del PMGv3 se alcanzó. Indica que la falta de datos puntuales no constituye una incorrecta aplicación del PMGv3 y que su objetivo ambiental es "la complementación de la línea de base de los cuerpos de hielo del área de influencia del proyecto, su caracterización física y su evolución", lo cual estiman haber cumplido a cabalidad, mencionando que es tan así que se han llevado a cabo múltiples estudios científicos, tendientes a mostrar la tendencia y evolución de la criósfera. A su vez, indican que el PMGv3 no es la única forma de verificar que las actividades del proyecto no están afectando los glaciares y que ello puede llevarse a cabo con estudios comparativos de cuerpos de hielo no cercanos al proyecto y con la comparación y evaluación de tendencias a largo plazo.

Quingentésimo trigésimo cuarto Que, la SMA indica que el objetivo del PMGv3 es "minimizar los eventuales efectos del proyecto en los cuerpos de hielo señalados y en el que todos los monitoreos se encuentran íntimamente relacionados y sirven para determinar si el proyecto se encuentra generando efectos negativos, que justifiquen la activación del Plan de Comunicaciones". Además, relacionado al albedo, la entidad menciona que CMN confunde el objetivo del PMGv3, que para ella era "relacionar mediciones con albedo, y en base a esto, verificar como se afectaba el proyecto al balance de masa y las tasas de fusión, con el levantamiento de información glaciológica diversa, que ha servido para diversos fines y objetivos científicos, pero sin dar respuesta al objetivo conceptual descrito en el PMGv3".

Quingentésimo trigésimo quinto Que, de un análisis detenido del

PMGv3, así como de los documentos relacionados con el tratamiento de los glaciares y glaciaretos, este Tribunal estima que el PMGv3 es un plan que tiene como objetivo complementar la línea base, pero también busca realizar el seguimiento de la evolución de las variables y el análisis periódico de la efectividad de las medidas de mitigación. Adicionalmente, el mismo PMGv3, específicamente el Manual de Procedimientos 1-1 y el Manual de Procedimientos 1-5, incluyen medidas de mitigación en caso de comprobación de causas antrópicas en la depositación de polvo. De tal forma que como se plantea el plan, va más allá de los glaciares, pues analiza permafrost, otros cuerpos de la criósfera, meteorología y caudales. Todo lo anterior confirma los múltiples objetivos del PMGv3, pero cuyo fin último es la no afectación de los glaciares.

Quingentésimo trigésimo sexto Que, asimismo, se advierte que parte de los objetivos se cumplieron parcialmente y otros simplemente no se cumplieron. En particular, los incumplimientos asociados a la ampliación de la línea de base resultan del todo relevantes, considerando los vacíos de información existentes. A pesar de lo anterior, la expresión "falta de datos puntuales" planteada por la empresa es amplia y no refleja la realidad de los incumplimientos, puesto que el hecho de no tener mediciones de albedo en múltiples glaciares, o la ausencia de estudios de variables complejas como el estudio de "los posibles efectos adversos desde la mina en los caudales producto de la alteración del permafrost y la capa activa" dejan de ser meros "datos puntuales", como pretende minimizar la empresa. A mayor abundamiento, esta magistratura estima que, pese a los esfuerzos realizados en las mediciones, el análisis de la evolución de algunas variables fue truncado, en distintos periodos y para distintas variables, pero sobre todo tras detener los monitoreos específicos el año 2016.

Quingentésimo trigésimo séptimo Que, de todo lo analizado respecto de esta controversia, este Tribunal no acogerá las alegaciones de la empresa y concluye que el actuar de la SMA respecto de la configuración de la infracción se encuentra debidamente motivado.

2) Clasificación de la Infracción.

Quingentésimo trigésimo octavo Que, tal como se expuso en el capítulo "I. De las Principales Controversias sostenidas por las Partes", la empresa ha cuestionado la clasificación de la infracción, de conformidad al art. 36 N°2 letra e) de la LOSMA. De acuerdo a lo expresado por las partes, este Tribunal analizará: i) la naturaleza y finalidad de las medidas de monitoreo; y los aspectos alternativos de ii) centralidad o relevancia de la medida incumplida en relación con otras impuestas en la RCA; iii) permanencia en el tiempo del incumplimiento y el grado de implementación de la medida.

(2.1) Naturaleza y finalidad de las medidas de monitoreo.

Quingentésimo trigésimo noveno Que, CMN SpA sostiene que las medidas de monitoreo son medidas de seguimiento de las variables ambientales, y tendrían por finalidad verificar que las medidas de mitigación planteadas en la RCA N°24/2006 son exitosas. Asimismo, indica que solo el incumplimiento de medidas de mitigación o compensación contenidas en un EIA podría ser clasificado como grave en términos del art. 36 N°2 letra e) de la LOSMA, y agrega que no cabría duda respecto a que las acciones y medidas del PMGv3 constituyen medidas de un plan de seguimiento.

Quingentésimo cuadragésimo Que, la SMA plantea que lo esencial, para efectos de la clasificación, es determinar si la obligación infringida tiene por objeto minimizar los efectos del proyecto, criterio sostenido por la Excm. Corte Suprema, no siendo trascendente si las medidas han sido designadas expresamente como medidas de mitigación, reparación o compensación.

Quingentésimo cuadragésimo primero Que, al efecto, para abordar la presente controversia, es preciso señalar que el art. 36 N°2 letra e) de la LOSMA señala que "Para los efectos del ejercicio de la potestad sancionadora que corresponde a la Superintendencia, las infracciones de su competencia se clasificarán en gravísimas, graves y leves. [...] 2. Son infracciones graves, los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que,

alternativamente: [...] e) Incumplan gravemente las 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". En esa línea, estos sentenciadores comparten lo sostenido por el Segundo Tribunal Ambiental en la causa R-51-2014, con relación al artículo antes transcrito, al 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" (considerando nonagésimo tercero).

Quingentésimo cuadragésimo segundo Que, en ese contexto y de la revisión la resolución sancionatoria, puede sostenerse que la SMA desarrolla adecuadamente los argumentos relacionados con la clasificación de esta infracción. En primer lugar, la SMA considera que el PMGv3 surge de la precariedad de la línea de base de glaciares y glaciaretos presentada durante la evaluación ambiental, por lo que no sería otra cosa que "un instrumento multifactorial, destinado a complementar la línea de base original a través de numerosos monitoreos, y a verificar en terreno, los posibles efectos en los cuerpos de hielo emplazados en el área de influencia del proyecto Pascua Lama, producto de la depositación de polvo y, en caso de detección de tal situación, adoptar medidas a su respecto", razonamiento con el cual este Tribunal coincide y que ya fue planteado en términos similares en el análisis de los objetivos del PMGv3. En segundo lugar, el órgano fiscalizador sostiene que el PMGv3 no solo consistiría en el levantamiento de información relativa a los cuerpos de hielo sino "un sistema de medidas destinadas a reducir o eliminar los eventuales efectos adversos del proyecto en los

cuerpos de hielo cuyo monitoreo está comprometido”, las cuales se encontrarían en el Plan de Comunicaciones, plan que constituye un sistema de respuestas para poder mitigar cualquier efecto sobre los glaciares y glaciaretos monitoreados.

Al respecto, tal como ya planteó este Tribunal, se visualiza en el diseño del PMGv3, en particular en el Manual de Procedimientos 1-1 y 1-5 y en el Plan de Comunicaciones, que el sistema de índices, límites y situaciones tiene la misión de prevenir, y en el peor de los casos, mitigar la depositación de polvo, con la finalidad de proteger los cuerpos de hielo. A mayor abundamiento, estos sentenciadores coinciden con lo mencionado por el Segundo Tribunal Ambiental, en su sentencia de 20 de marzo de 2015, causa Rol D-2-2013, considerando ducentésimo séptimo, el cual indica que el plan “es la contrapartida a la obligación de no afectación de dichos cuerpos de hielo contenida en la RCA N° 24 de 2006. Es Compañía Minera Nevada quien propuso para su aprobación por parte de la Autoridad ambiental correspondiente, los indicadores que dicho instrumento contiene. Sobre ella misma pesa luego la obligación de obtener y procesar la información del monitoreo y la entrega al ente público encargado de la fiscalización. Por lo tanto, este particular instrumento de gestión está finalmente basado en la confianza en el titular del proyecto, por cuanto, tanto el descarte como la acreditación de cualquier afectación sobre los glaciaretos dependerá, en forma sustantiva, de la forma en que éste procese la información, así como en su presentación formal y oportuna al ente público encargado de revisar los informes respectivos”.

Quingentésimo cuadragésimo tercero Que, todo lo expuesto precedentemente permite descartar un vicio de ilegalidad en la determinación de la infracción en los términos del art. 36 de la Ley N°20.417, dado que el PMGv3 constituye en rigor una medida destinada a minimizar los efectos adversos del proyecto, por cuanto se refiere a medidas y acciones contempladas en el instrumento de gestión ambiental para velar, precisamente, por el resguardo de los glaciares y glaciaretos desde el inicio de su ejecución y por toda la vida

útil del proyecto.

(2.2) Centralidad o relevancia de la medida.

Quingentésimo cuadragésimo cuarto Que, respecto del cumplimiento de los requisitos de centralidad de la medida, la empresa indica que no es posible configurar la causal del art. 36 N°2 letra e) de la LOSMA, dado que el cumplimiento parcial del PMGv3 no constituye un incumplimiento grave según los criterios de centralidad, pues este no tendría un rol central en la disminución o eliminación de los efectos adversos sobre glaciares, pues las medidas que estarían efectivamente destinadas a aquello estarían presentes en la RCA N°24/2006, como medidas de mitigación de material particulado y/o como la exigencia de no intervención de glaciares. Asimismo, CMN señala que los errores e imprecisiones respecto a la metodología y falta de recopilación de datos puntuales no tuvieron la entidad de afectar lo que ellos entienden como objetivo ambiental. Luego, realizan un análisis de los hechos 7.1, 7.2, 7.3, 7.4 y 7.6, indicando que, en ninguno de los casos, los monitoreos u obligaciones cumplirían con el criterio de centralidad.

Quingentésimo cuadragésimo quinto Que, la SMA señala que existe un conjunto amplio de medidas destinadas a reducir las emisiones de polvo que podría depositarse sobre los glaciares pero que, sin embargo, ninguna de ellas permitiría verificar o descartar que efectivamente se estén generando los efectos sobre los cuerpos de hielo. Entonces, declara que "el único medio de que disponen tanto la empresa como la autoridad para corroborar tal situación está dada por el conjunto de mediciones y análisis que contempla el PMGv3". De lo anterior y citando, además, la sentencia ya mencionada del Segundo Tribunal Ambiental, la Superintendencia indica que es prueba suficiente de la centralidad de la medida. Luego, el órgano fiscalizador se refiere a los distintos hechos infraccionales del cargo.

Quingentésimo cuadragésimo sexto Que, en particular, respecto al elemento alegado por la CMN SpA, esto es, la falta de centralidad de

la medida incumplida, es pertinente señalar que este Tribunal comparte lo sostenido por el Segundo Tribunal Ambiental, en la sentencia dictada en la causa Rol R-33-2015, al estimar que la centralidad de la medida “[...] no deriva de un marco objetivo o declarado previamente en la RCA respectiva, sino que se ha establecido sobre la base de la apreciación discrecional de la propia Administración que ejerce la potestad sancionadora, sin implicar una arbitrariedad” (considerando decimooctavo).

Quingentésimo cuadragésimo séptimo Que, para estos sentenciadores, como ya ha sido planteado en considerandos anteriores, dada la importancia y los objetivos que buscaba el PMGv3, este plan sí tendría un rol central. Su relevancia se evidencia en los distintos documentos analizados y, tal como señala la SMA, pese a la existencia de medidas de mitigación planteadas en la RCA en los considerandos 3.55 y 4.4.3 literal b), el PMGv3 es el mecanismo de verificación y/o descarte de la generación de efectos negativos. A mayor abundamiento, este plan incluye la propuesta de medidas de mitigación en caso de verificar efectos antrópicos, en sus documentos anexos.

Quingentésimo cuadragésimo octavo Que, sin perjuicio que el análisis de la centralidad de los hechos específicos del cargo se expone en los considerandos siguientes, es necesario recordar que este plan de monitoreo difiere de otros aprobados por la autoridad ambiental, pues tiene la particularidad de ser, además de un plan de seguimiento, un complemento a la línea de base, en que todos los monitoreos y estudios cumplen un rol y se relacionan entre sí, por lo que todas las mediciones deben ser consideradas relevantes.

Quingentésimo cuadragésimo noveno Que, respecto al hecho 7.1, para este Tribunal la medición de albedo en todos los cuerpos de hielo sí es parte central del PMGv3. En primer lugar, porque quedó establecido en la RCA N°24/2006, tanto como la medición puntual con albedómetros, como de forma distribuida con cámaras fotográficas. En segundo lugar, porque está asociado a los índices 1, 2 y 3-x, de los cuales el índice 1 (que representa un valor diario) activa el sistema de

situaciones al superarse límites. En tercer lugar, porque las mediciones de albedo puntual y las fotografías son diarias, y el informe de albedo se entrega de forma mensual, lo que demuestra la relevancia de entregar la información rápida y oportunamente a la autoridad. En cuarto lugar, porque los valores cualitativos, pese a no activar situaciones, son relevantes para el estudio del albedo en caso de superarse límites y para analizar la evolución del glaciar, dado que el valor distribuido permite tener una visión integral del mismo.

Por otro lado, estos sentenciadores estiman que "presentar rangos ambientales normales", como señala la empresa, no es suficiente para determinar, por ejemplo, si una depositación de polvo es antrópica o no, dado que puede tener ambas causas, por lo que el argumento no podría ser suficiente; además, indicar que los datos son "de poca importancia", como indica CMN SpA, es una aseveración seria, puesto que hay glaciares en los cuales simplemente no se midió, cuestión que no podría considerarse de poca importancia. Y en caso de que hubiese existido un efecto antrópico, con la ausencia de mediciones de la variable no podría considerarse que el monitoreo se hizo cargo de los efectos. Por todo lo anterior, es clara la relevancia del monitoreo de albedo en el PMGv3.

Quingentésimo quincuagésimo Que, respecto al hecho 7.2, para estos sentenciadores es claro que las mediciones de MPS son de gran importancia en el PMGv3 y son un indicador clave, al igual que el albedo. Ambos están relacionados con determinar, cuantificar y analizar la depositación de material en el glaciar y estudiar sus causas. Además, la frecuencia de medición y su continuidad es central para el análisis de la variable y, tal como indica la SMA, es esencial para determinar las relaciones entre las actividades del proyecto y la efectividad de las medidas de mitigación planteadas en la RCA, cuestión primordial del plan de monitoreo de glaciares. A su vez, como ya se mencionó en la configuración, los análisis de tendencias, a los cuales hace mención CMN SpA, no se efectuaron de la manera más adecuada, ni como estaba comprometido, al menos para algunos

glaciares, por lo que el argumento no sería válido.

Quingentésimo quincuagésimo primero Que, el tercer hecho infraccional es: "7.3 En lo que respecta a temperatura, CMNSpA no entrega los resultados de todos los glaciares comprometidos, para el período de marzo a julio de 2013, faltando los cuerpos de hielo denominados Toro 1, Toro 2, Esperanza y Ortigas 1, los cuales presentan una condición de fragilidad aún más crítica que los glaciares de mayor tamaño (Guanaco, Estrecho y Ortigas 1)". Si bien en este hecho no fue alegada la configuración de la infracción, sí lo fue su clasificación. La medición de temperatura debía hacerse mediante termistores a distintas profundidades con el fin de caracterizar los glaciares y estudiar su evolución.

Respecto a la relevancia de la medida, este Tribunal coincide con la SMA, en el sentido que las mediciones de temperatura a distintos niveles eran centrales respecto a la caracterización térmica de los glaciares y para analizar su comportamiento en el tiempo. Pese a que lo primero sí se cumplió, la medición continua en los glaciaretos es relevante porque son estos los más sensibles y los que presentan mayor variabilidad.

Quingentésimo quincuagésimo segundo Que, respecto al hecho 7.4, este Tribunal estima que los monitoreos asociados a permafrost y los estudios relacionados, son centrales en el PMGv3, en particular para analizar la presencia y evolución del hielo en el suelo y su contribución hídrica en los caudales. Además, es el permafrost el que estaría directamente afectado por las obras del proyecto (como se puede evidenciar de la pérdida de termistores y de los mapas de permafrost presentados el 2009), por lo que los estudios respectivos son relevantes.

Para estos sentenciadores, como ya se expuso en la configuración, no existe una línea base adecuada, puesto que lo presentado en el estudio de BGC (2009) no fue actualizado o complementado, al menos con relación al área de permafrost, presencia de hielo y su importancia como recurso hídrico. En este mismo orden de ideas, tal

como indica la SMA, no existe una continuidad de los estudios (por ej. cómo ha cambiado el área de permafrost) post "Actualización de la línea de base 2009" (Golder Associates (2009). Área de Pascua Lama, Tercera Región de Atacama: Recopilación de estudios de línea base actualizada de la criósfera) -informe que, por lo demás, la DGA estima que presenta variadas omisiones y deficiencias (Minuta Técnica DGA del 21 de febrero de 2010) - por lo que existen variables sin análisis de su evolución, ya sea natural o antrópica. Finalmente, de la temperatura del permafrost, las mediciones a 100 m se detuvieron tras la pérdida de los equipos el periodo 2012-2013.

Quingentésimo quincuagésimo tercero Que, respecto del hecho 7.6, asociado al Plan de Comunicaciones, para esta magistratura tiene un rol central respecto a la entrega de información relevante a las autoridades, lo cual derivaría en acciones para evitar una posible afectación de origen antrópico. Si bien existen los reportes periódicos de las variables, es el Plan de Comunicaciones, tal como señala la SMA en su contestación, el sistema que "activa mecanismos rápidos de comunicación con el Gerente de Operaciones del proyecto y con la autoridad, junto a la adopción de medidas internas, destinadas a mitigar efectos indeseables [...]". Además, es el mismo Manual de Procedimientos 1-5 del PMGv3 el que indica que este "[...] está diseñado para generar un Plan de Comunicaciones rápido y eficaz, destinado a la adopción de medidas de mitigación, en caso de verificarse efectos indeseables sobre los glaciares atribuibles a las actividades del Proyecto", por lo que su relevancia en el PMGv3 queda claramente expuesta.

(2.3) Permanencia en el tiempo del incumplimiento y el grado de implementación de la medida.

Quingentésimo quincuagésimo cuarto Que, por otro lado, es necesario recordar que en la resolución sancionatoria la SMA se refiere, igualmente, al grado de implementación de la medida y a la duración en el tiempo de los incumplimientos, los cuales fueron acreditados por esa entidad y no fueron reclamados por la empresa.

Así las cosas, si bien la autoridad administrativa fundamenta la aplicación del criterio contenido en el art. 36 N°2 letra e) de la LOSMA en los tres elementos antes indicados, no ha incurrido en un vicio que exija la nulidad de la resolución, pues los antecedentes contenidos en el proceso, y que las partes tuvieron la oportunidad de debatir, permiten a este Tribunal confirmar la calificación realizada por la autoridad administrativa.

Quingentésimo quincuagésimo quinto Que, de todo lo expuesto, este Tribunal no acogerá la alegación de la empresa, al considerar el actuar de la SMA conforme a derecho.

(3) Ponderación de la Infracción.

Quingentésimo quincuagésimo sexto Que, para este cargo, la Res. Ex. N°72/2018 ponderó los literales c), d), e), f) e i), de los cuales la empresa alega infracción: 3.1) al principio *non bis in ídem*; 3.2) a los sistemas de control ambiental; 3.3) a la consideración de intencionalidad, y; 3.4) en la consideración de la conducta anterior.

(3.1) Non bin in ídem.

Quingentésimo quincuagésimo séptimo Que, la empresa señala que la SMA, tanto en la configuración como en la clasificación de la infracción, así como también en el análisis de la agravante, utiliza el mismo fundamento para sancionar, es decir, "la alegada imposibilidad de verificar la evolución de los glaciares para, con ello, descartar efectos adversos o daño ambiental".

Quingentésimo quincuagésimo octavo Que, al respecto, la SMA indica que la alegación de la empresa sería improcedente, dado que en la configuración analizaron si CMN habría cumplido con la obligación de monitoreo en los términos en que se encontraba obligada y, en la aplicación del literal i) del art. 40 de la LOSMA, se ponderó el hecho que esas infracciones privan a la autoridad de información relevante, por lo que con ese vacío de información no se podría realizar estudios acabados sobre el comportamiento del

proyecto en relación al impacto específico.

Quingentésimo quincuagésimo noveno Que, respecto a la supuesta infracción al principio *non bis in ídem* basada en la circunstancia de haber considerado la "imposibilidad de verificar la evolución de los glaciares para, con ello, descartar efectos adversos o daño ambiental", como fundamento para la clasificación de la infracción y la determinación de la sanción, es preciso indicar que el sistema sancionatorio ambiental establecido en la LOSMA ha sido configurado de manera tal que la consideración de un mismo hecho para determinar la infracción (art. 35), clasificarla (art. 36) y, posteriormente, fijar la sanción (artículos 39 y 40), no implica una doble consideración para tener por infringido el aludido principio, ya que el hecho cumple fines distintos y complementarios en el proceso de determinación de las sanciones de las infracciones.

Quingentésimo sexagésimo Que, el razonamiento precedente ha sido confirmado por el Segundo Tribunal Ambiental, al sostener que: "[...] 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" (Rol N° R-51-2016, considerando centésimo decimocuarto).

Quingentésimo sexagésimo primero Que, por lo anteriormente expuesto, no se advierte ilegalidad en la situación reclamada por la CMN SpA, debiendo rechazarse la alegación formulada a este respecto.

(3.2) Vulneración de Sistemas de Control Ambiental.

Quingentésimo sexagésimo segundo Que, respecto de la aplicación de la circunstancia del art. 40 letra i), referida a la importancia de la vulneración ambiental de sistemas de control, CMN reitera que,

dado que, a su juicio, la infracción no sería grave, no correspondería estimar que se está en presencia de una vulneración a los sistemas de control ambiental. Indica CMN SpA que la SMA pretendería hacer creer que "se está en completo y absoluto desconocimiento de la situación de los glaciares y glaciaretos presumiendo un riesgo máximo", situación que para la empresa no es comparable con la conformación de la infracción. Además, menciona que donde la SMA se declara incapaz de sacar conclusiones, los expertos internacionales sí pudieron.

Quingentésimo sexagésimo tercero Que, para la SMA, la vulneración en este caso resultó crucial y de extrema relevancia, e indica que el instrumento de gestión ambiental estaría "basado en la confianza en la empresa, por cuanto, tanto el descarte como la acreditación de cualquier afectación sobre los cuerpos de hielo dependerá, en forma sustantiva, de la forma en que éste procese la información, así como en su presentación formal y oportuna al ente público encargado de revisar los informes respectivos". La SMA llegó a la conclusión que las omisiones impidieron que la entidad pudiera interiorizarse y, con ello, desarrollar un análisis acabado de las numerosas variables que conforman el PMGv3. Dentro de la información reportada, indica, existirían diversas faltas, expuestas en la configuración del cargo. Respecto a las publicaciones científicas sostiene la SMA que ni las publicaciones ni el programa de seguimiento "permiten una adecuada evaluación del impacto del proyecto sobre los cuerpos glaciares, en la lógica conceptual que buscaba asociar las emisiones del proyecto con el efecto en este objeto de protección".

Quingentésimo sexagésimo cuarto Que, tal como ya se desarrolló, la infracción fue clasificada como grave. Respecto de la aplicación de la circunstancia del art. 40 letra i) de la Ley N°20.417, estos sentenciadores estiman que el razonamiento de la SMA se ajusta a la legalidad, en especial porque el PMGv3 cumplía funciones de línea de base, monitoreo y tenía relación directa con la implementación de las medidas de mitigación. En particular este Tribunal entiende que son diversas las faltas que permiten a la SMA aplicar la

circunstancia del art. 40 letra i), en particular, los periodos incompletos de datos, la falta de datos en ciertos cuerpos de hielo, los análisis parcializados del estudio de superación de índices, frecuencias dispares de los monitoreos, cambio de las condiciones de monitoreo (por ej. profundidad de termistores), falta de rigurosidad, faltas de mejoras, entre otras.

Quingentésimo sexagésimo quinto Que, respecto a la existencia de publicaciones científicas asociadas a datos del PMGv3, referidas en la reclamación, tanto en la configuración, clasificación y ponderación de la infracción, este Tribunal indica, de la revisión de estas, lo siguiente: a) Rabatel *et al.* (2011), Gascoin *et al.* (2011) y Masiokas *et al.* (2016) se refieren principalmente a estudios de balance de masa y no utilizan información del PMGv3 asociada a los cargos en cuestión, los primeros dos solo usando información de periodos previos a la imputación de cargos; b) MacDonell *et al.* (2013), Gascoin *et al.* (2013) y Abermann *et al.* (2014) usan información de radiación solar incidente y albedo —más otra no asociada a los cargos—, el primero con datos del periodo 2008-2010 y para estudiar su relación con la sublimación, el segundo para relacionar los efectos del viento con la cobertura nival y el tercero usando datos solo de Guanaco y Toro 1 —enfaticando que pese a la cercanía entre ellos su comportamiento es muy diferente— para determinar relaciones de albedo con la nubosidad; c) Arenson *et al.* (2014) analizan la depositación de polvo y su relación con la ablación y la escorrentía del sector de Pascua Lama, usando solo un valor que estaría posiblemente asociado al monitoreo de MPS, un promedio de concentración de polvo pero de un periodo desconocido y no se analiza ningún detalle respecto de las actividades del proyecto (Gascoin, S., Kinnard, C., Ponce, R., Macdonell, S., Lhermitte, S., & Rabatel, A. (2011). Glacier contribution to streamflow in two headwaters of the Huasco River, Dry Andes of Chile. *The Cryosphere*, (5), 1099-1113; Rabatel, A., Castebrunet, H., Favier, V., Nicholson, L., & Kinnard, C. (2011). Glacier changes in the Pascua-Lama region, Chilean Andes (29 S): recent mass balance and 50 yr surface area

variations; Gascoin, S., Lhermitte, S., Kinnard, C., Bortels, K., & Liston, G. E. (2013). Wind effects on snow cover in Pascua-Lama, Dry Andes of Chile. *Advances in Water Resources*, 55, 25-39; MacDonell, S., Kinnard, C., Mölg, T., Nicholson, L., & Abermann, J. (2013). Meteorological drivers of ablation processes on a cold glacier in the semi-arid Andes of Chile. *Cryosphere*, 7(5); Abermann, J., Kinnard, C., & MacDonell, S. (2014). Albedo variations and the impact of clouds on glaciers in the Chilean semi-arid Andes. *Journal of Glaciology*, 60(219), 183-191; Arenson, L. U., Jakob, M., & Wainstein, P. (2015). Effects of dust deposition on glacier ablation and runoff at the Pascua-Lama Mining Project, Chile and Argentina. In *Engineering Geology for Society and Territory-Volume 1* (pp. 27-32); y Masiokas, M. H., Christie, D. A., Quesne, C. L., Pitte, P., Ruiz, L., Villalba, R., ... & McPhee, J. (2016). Reconstructing the annual mass balance of the Echaurren Norte glacier (Central Andes, 33.5 S) using local and regional hydroclimatic data. *The Cryosphere*, 10(2), 927-940).

Quingentésimo sexagésimo sexto Que, de lo anterior se desprende que seis de las publicaciones expuestas no tenían como objetivo estudiar las relaciones e impactos del proyecto minero con los diversos glaciares, sino más bien comprender algunos procesos específicos y determinar relaciones de variables físicas con el comportamiento de los glaciares, información útil y adecuada para ampliar ciertos aspectos de la línea de base del proyecto, pero que no buscaban los objetivos específicos de los monitoreos asociados a la infracción. Además, casi todas las publicaciones usan información previa a la fase de construcción del proyecto, es decir, previa al periodo de los cargos en análisis. No obstante, de la lectura de los resultados, discusiones y conclusiones de las publicaciones, se releva la necesidad de haber concretado las modificaciones al plan de monitoreo de glaciares, en vez de decidir reducir las variables a monitorear, como finalmente ocurrió. A pesar de ello, ni la versión febrero 2013 del PMGv4, ni los informes de excedencia de límites 2014 y 2015 hacen referencia a las mencionadas publicaciones -con

excepción de Rabatel *et al.* (2011)– lo que llama la atención respecto a la completitud de los análisis de CMN al respecto.

Quingentésimo sexagésimo séptimo Que, para este Tribunal, es relevante que el órgano fiscalizador se haya visto limitado en evaluar adecuadamente la situación de los glaciares por falta de información. De ello, es necesario recordar que la responsabilidad de entregar la información oportunamente, de forma clara y con los análisis suficientes para que la autoridad se informe adecuadamente de la situación del proyecto es de la misma empresa y no de otros. A mayor abundamiento, tal como se ha expresado en considerandos anteriores y como se detalla más adelante en el acápite "Sobre la consideración de intencionalidad", la empresa desistió de las propuestas de modificaciones al plan de monitoreo de glaciares el año 2015.

Quingentésimo sexagésimo octavo Que, de lo expuesto precedentemente, no se advierte por este Tribunal una errada configuración de la circunstancia en análisis, encontrándose debidamente justificada y fundada su aplicación a la infracción N°7.

(3.3) Sobre la consideración de intencionalidad.

Quingentésimo sexagésimo noveno Que, respecto a la ponderación de la circunstancia del art. 40 literal d), intencionalidad, la empresa señala que la falta de datos puntuales se debía a condiciones climáticas extremas que impidieron la recolección de datos. Además, sostiene que se le reprocha no haber mejorado el diseño del PMGv3 e indica que la propuesta del PMGv4 fue presentada el año 2011, antes de cualquier procedimiento sancionatorio asociado a estas exigencias. Comenta que las observaciones a la propuesta por parte la DGA, en su Ord. N°891/2013, exigían un estudio acabado y una reformulación de este.

Quingentésimo septuagésimo Que, la SMA reafirma lo planteado en su resolución sancionatoria, aludiendo al carácter de sujeto calificado que tiene CMN y al conocimiento que tuvo ésta de los hechos y de que éstos implicaban una contravención a sus obligaciones ambientales,

citando principalmente la declaración de la testigo Susan Henry Henry, ex Superintendente de Recursos Hídricos de Pascua Lama –que ejerció entre los años 2011 y 2013–. También se refiere a que la propuesta de soluciones concretas respecto al diseño del PMGv3 sí era una variable controlable por la empresa y a que los argumentos asociados a las condiciones extremas ya habrían sido desvirtuados.

Quingentésimo septuagésimo primero Que, para este Tribunal, es claro que la empresa sabía de las dificultades y complicaciones de ejecución del PMGv3, desde etapas tempranas de su implementación: en la propuesta de adaptación al PMG (2011), donde se expone “El diseño del PMGv3 [...] ha demostrado no ser el más adecuado en este periodo de 2 años y medio de ejecución”; en presentaciones de sus consultores (2012), en que se exponen las complicaciones en la captura de datos y se plantean mejoras al PMGv3; en los informes de albedo, en que se exponen diversas complicaciones como fallas en los paneles, en las baterías, en los temporizadores, en las cámaras, problemas electrónicos y de acceso. Asimismo, Susan Henry Henry también lo señala en la respuesta 124 de su declaración, como sostiene la SMA. Con ello, es claro que había conocimiento de los incumplimientos al PMGv3 y que era una contravención a la RCA.

Quingentésimo septuagésimo segundo Que, por otro lado, tal como señala la empresa, presentó en carta PL-107/2011, del 26 de agosto de 2011, el documento “Propuesta de Adaptación Plan de Monitoreo de Glaciares PMGv4”, para revisión y aprobación de la autoridad. De ello surgen variadas observaciones y correcciones, tal como sigue:

1. El 12 de octubre de 2011, el SEA envía a CMN, en carta N°1155, el Ord.N°673 de la DGA con observaciones y requerimientos a la propuesta.
2. El 4 de noviembre de 2011, CMN envía respuestas al Ord. N°673, en carta PL-137/2011.
3. El 14 de marzo de 2012, en carta N°231, el SEA envía el Ord. 146/2012 de la DGA con observaciones a un documento que se llamaría “Programa de Monitoreo del Glaciar Modificado para

Pascua Lama (PMGv4)” (documento que no se encontró en el expediente y que podría referirse al “Informe de Respuesta Ord N°673 de la Dirección Regional De Aguas. Plan de Monitoreo de Glaciares Modificado para Pascua-Lama (PMGv4)”).

4. El 11 de abril de 2012, en carta PL-47/2012, CMN da respuestas al Ord. N°146.
5. El 9 de septiembre de 2012, la DGA, en Ord.N°433/2012, envía observaciones y comentarios a las respuestas de CMN.
6. El 8 de febrero de 2013, en carta PL-23/2013, la empresa envía el “Plan de Proceso de Revisión y Adaptación del actual PMGv3” y el “Plan de Monitoreo de Glaciares, Proyecto Pascua Lama, versión 4, PMG v.4, febrero 2013”. Este último informe es reenviado a la DGA, en carta PL-92/2013, del 25 de abril de 2013.
7. El 17 de diciembre de 2013, en carta N°300, el SEA envía el Ord.N°891/2013 de la DGA, el que incluye variados alcances, observaciones y solicitudes.
8. El 30 de abril de 2015, en carta PL-76/2015, la empresa solicita realizar modificaciones operativas al PMGv3, presentando una propuesta.

Quingentésimo septuagésimo tercero Que, finalmente, la empresa retira la propuesta de tramitación del PMGv4 en carta PL-44/2016, así como también la propuesta de modificación al PMGv3, en carta PL-46/2016, ambas de 11 de abril de 2016. Estas cartas hacen alusión a la Res. Ex. N°2418 de SERNAGEOMIN, del 25 de septiembre de 2015, que aprobaba el Plan de Cierre Temporal Parcial de Pascua Lama, la cual indicaba que habría un monitoreo de glaciares que se realizaría mediante imágenes satelitales, con informe anual. Sin embargo, esta resolución fue anulada por la Excma. Corte Suprema en la sentencia rol N°58.971-2016, del día 13 de marzo de 2016. Asimismo, en la

Res. Ex. N°34 del SEA, del 20 de abril de 2016, que resuelve el desistimiento de las modificaciones indicadas, se señala expresamente que sigue vigente el PMGv3. Con esto, el proceso de modificación nunca logró concluir. A pesar de lo anterior, es necesario recordar que la infracción contiene variados hechos, algunos de los cuales están asociados a las condiciones climáticas, pero otros que nada tienen que ver con estas condiciones, bien por negligencia o producto de decisiones propias de la empresa, como por ejemplo: no evaluar adecuadamente las posibles causas antrópicas en la activación de situaciones, no colocar termistores a 100 m, perder equipos debido a las obras o no actualizar estudios de área de permafrost o su importancia como recurso hídrico, entre otras; cuestiones que la empresa pudo haber abordado durante todo el proceso de intentos de modificación del PMGv3.

Quingentésimo septuagésimo cuarto Que, además, este Tribunal estima que los escenarios de incumplimiento contenidos en el PMGv3 no pueden ser invocados discrecionalmente por parte de CMN, dado que su objetivo último -vinculado con la RCA N°24/2006- consiste en la no afectación de los cuerpos de hielo emplazados en el área de influencia. Sostener lo contrario sería reducir el estándar de cumplimiento contenido en la resolución de calificación ambiental señalada.

Quingentésimo septuagésimo quinto Que, por las razones expuestas, estos sentenciadores no advierten ilegalidad ni falta de motivación en la resolución sancionatoria, debiendo rechazarse la alegación formulada por CMN SpA a este respecto.

(3.4) Sobre la consideración relativa a la conducta anterior.

Quingentésimo septuagésimo sexto Que, respecto de la ponderación del literal e) del art. 40, esto es, la conducta anterior negativa del infractor, la empresa menciona que las sanciones administrativas impuestas en los procedimientos sancionatorios previos fueron impuestas el mismo año en que se generaron los incumplimientos parciales, lo que, a su juicio, restaría la posibilidad de mejora

posible y efectiva. Además, CMN indica que a la fecha de formulación de los cargos la empresa ya había desplegado esfuerzos en corregir y mejorar la implementación del PMGv3. A su vez, señala que ya había adoptado medidas para mejorar el diseño del PMGv3 a través del ingreso del PMGv4, el cual tuvo diversas observaciones por parte de la DGA, por lo que se descartaría su actuar contumaz y displicente.

Quingentésimo septuagésimo séptimo Que, la SMA señala que la empresa reiteradamente ha cometido infracciones de naturaleza similar y que hay antecedentes oficiales que lo acreditan. Entre éstos, se pueden identificar las resoluciones de sanciones impuestas por organismos con competencia ambiental, como son la Res. Ex. N°47/2013, del 25 de febrero de 2013, y la Res. Ex. N°87/2013, de 5 de abril de 2013, ambas de la CEA de Atacama. La primera por infracciones a los considerandos 4.4.3 letra b), 4.4.8 y 7.1 letra g) de la RCA N°24/2006 y la segunda por el considerando 7.1 letra g) de la misma RCA y el considerando 4.3.19 letra d) de la RCA N°39/2001. Ambas aluden a las reiteradas omisiones, errores y fallas en la ejecución del plan de monitoreo. La Res. Ex. N°47, además, incluye presencia de material particulado en dos glaciaretos, la no activación del Plan de Comunicaciones, el desfase en la entrega de informes, el no mantenimiento de la humedad en las superficies y el no minimizar en su origen cualquier fuente de polvo. Además, en ambas resoluciones se habla de la reincidencia del infractor en algunas acciones.

Respecto de sanciones impuestas por organismos sectoriales, se puede identificar la Res. Ex. N°3765, de 31 de octubre de 2012, de SERNAGEOMIN, la cual sanciona por un incumplimiento relacionado con la existencia de exceso de material fino en suspensión. De lo anterior, el organismo señala que es resultado del conjunto de operaciones de explotación: perforación, tronadura, *prestripping* y vaciado del material en el botadero de estériles, y que dicha situación se produce como consecuencia de un incorrecto control técnico del material. En esta misma resolución se dispone el cierre temporal de las operaciones asociadas. En materia ambiental, la RCA

N°24/2006 indica que las medidas asociadas a la disminución y control del polvo en suspensión se encontrarían asociadas a las medidas de mitigación para la no afectación de glaciares.

Quingentésimo septuagésimo octavo Que, para estos sentenciadores, los aludidos procesos sancionatorios permiten por sí mismo demostrar la conducta anterior negativa que tuvo la Compañía. Además, se evidencia el erróneo actuar de ésta respecto a situaciones que no tenían que ver con las condiciones climáticas del sector, sino que con decisiones propias de la reclamante. De esta forma, estos sentenciadores estiman que no existe ilegalidad ni falta de motivación en la resolución impugnada respecto de este punto, por lo que debe rechazarse la alegación formulada por CMN SpA.

(4) Proporcionalidad y fundamentación de la Sanción.

Quingentésimo septuagésimo noveno Que, tal como se desprende de las alegaciones generales y específicas formuladas por CMN SpA, la presente controversia se circunscribe a la eventual falta de proporcionalidad y fundamentación de la clausura definitiva aplicada en la infracción en análisis.

Quingentésimo octogésimo Que, en materia de proporcionalidad, la empresa señala que la sanción sería irracional y desproporcionada. Estima que la SMA la habría tratado como "si derechamente no hubiese aplicado ninguna de las medidas y acciones de monitoreo de glaciares contenidas en el PMGv3", y señala que "en la práctica histórica de la SMA no existen precedentes de sanciones de clausura definitiva ni total ni parcial aplicada al incumplimiento de planes de seguimiento o monitoreo". La empresa indica que sería el único caso en que la infracción a las obligaciones de monitoreo se haría equivalente en gravedad y consecuencias a infracciones en que se ha acreditado daño ambiental significativo e irreparable.

Quingentésimo octogésimo primero Que, la SMA indica que la

gravedad de la infracción ya quedó demostrada y se remite a los capítulos generales de su contestación.

Quingentésimo octogésimo segundo Que, sobre la controversia planteada, es menester señalar que el efecto disuasivo de las sanciones constituye uno de los fundamentos determinantes que las Bases Metodológicas-2015, de la SMA, contemplan para la determinación de una sanción no pecuniaria, el cual se relaciona directamente con la reincidencia. De este modo, para comprender la idoneidad y necesidad de la sanción es preciso entender el contexto y objeto de la medida incumplida, toda vez que ésta formó parte de un proceso previo de evaluación de efectos ambientales, el cual, si bien no puede ser reemplazado en esta sede, se constituye como un elemento relevante al momento de analizar la magnitud de la infracción y de la sanción correlativa.

Quingentésimo octogésimo tercero Que, en este orden de ideas, el plan de monitoreo aprobado pretendía: i) complementar la línea de base que fue considerada insuficiente en la evaluación ambiental; ii) realizar un seguimiento y monitoreo de diversas variables asociadas a la criósfera, para caracterizarla y analizar la evolución de los glaciares y permafrost; iii) analizar los posibles efectos antrópicos asociados al proyecto minero, y; iv) ser un indicador de posibles efectos adversos y de la efectividad de las medidas de mitigación. Es decir, el referido PMGv3 se constituyó como una fuente de información para acreditar o descartar la afectación sobre los glaciares.

Quingentésimo octogésimo cuarto Que, es un hecho no controvertido que, entre los meses de diciembre de 2012 a septiembre de 2013, a lo menos, CMN SpA no cumplió íntegramente con las obligaciones de monitoreo y análisis de los efectos que pueden producir las actividades del proyecto minero en la integridad de los glaciares y glaciaretos ubicados dentro de su área de influencia. Así, a juicio de estos sentenciadores, la falta de integridad en la entrega de la información ha impedido completar el análisis sobre el estado actual

de los glaciares y glaciaretos, y los reales efectos que tuvo el proyecto en su etapa de construcción sobre los mismos.

Quingentésimo octogésimo quinto Que, precisada la importancia de la obligación que la empresa asumió en relación a la no afectación de los glaciares y glaciaretos, y la necesidad de completar una línea de base indispensable para la ejecución del proyecto minero, debemos referirnos ahora a la proporcionalidad de la sanción de clausura. Para estos efectos es importante abordar la función disuasiva de la sanción.

Quingentésimo octogésimo sexto Que, en materia ambiental, la función principal de la sanción es evitar futuros incumplimientos normativos, principalmente respecto de aquellos que ya han infringido la ley. Tal como lo ha señalado el Tercer Tribunal Ambiental, lo anterior “[...] responde a la protección de los intereses colectivos, generales y públicos que la ley, en el ejercicio de su competencia constitucional de configuración normativa, asigna y atribuye a la Administración ambiental, consistentes en la protección de la salud de las personas y de los ecosistemas que sustentan su bienestar y desarrollo” (Sentencia de fecha 27 de octubre de 2016, causa R-17-2015, considerando décimo tercero). Así, el sistema sancionatorio ambiental no logra su objetivo disuasivo cuando el infractor no es capaz de revertir su conducta incumplidora respecto del mismo tipo de obligaciones ambientales, e incluso afectando un mismo componente ambiental, como es el caso de CMN SpA. Así, las fallas en la ejecución del PMGv3 han sido pesquisadas y sancionadas anteriormente en las Resoluciones Exentas N°47 y 87, del CEA de la Región de Atacama, como ya fue expuesto.

Quingentésimo octogésimo séptimo Que, así las cosas, hoy en día no existe un plan de monitoreo mejorado y aprobado. Sumado a lo anterior, la empresa no remitió a la SMA ningún otro informe que cumpliera con las especificaciones del PMGv3 con posterioridad a la dictación de la Res. Ex. N°2418 de 2015. Así las cosas, una vez que ésta quedó anulada, tampoco se volvió al cumplimiento parcial del

PMGv3, cuya vigencia fue confirmada por el SEA de Atacama, a través de la Res. Ex. N°34/2016, al sostener en el Resuelvo 2 "[...] que dado el desistimiento de la propuesta de Modificaciones operativas al Plan de Monitoreo de Glaciares revisión 3, sigue vigente este último que fue aprobado por la Comisión Regional del Medio Ambiente (COREMA), Región de Atacama, [...] con las acciones y frecuencia allí señalada", lo que queda reafirmado en la Res. Ex. N°2068/2017 de SERNAGEOMIN, en el Resuelvo 6, que indica que "La faena minera deberá respetar durante la paralización temporal parcial, la totalidad de las medidas ambientales comprometidas en sus respectivas RCA's, conforme a lo dispuesto por la legislación ambiental aplicables y las autoridades competentes". Con ello, se desprende que algunos de los incumplimientos se mantienen en la actualidad. Lo anterior, sigue siendo efectivo, a pesar de que la empresa en carta PL-26/2019 envía al SEA un nuevo "Plan de Monitoreo de la Criósfera".

Quingentésimo octogésimo octavo Que, por otro lado, y a mayor abundamiento, del análisis del expediente, en particular de los informes de excedencia, este Tribunal constata la existencia de dos versiones del informe de excedencia de límites del periodo 2014-2015. Estas son: a) Informe Código SSA N°39154, denominado "Informe de Excedencia del Límite 1 y 2 del índice A, Glaciar Guanaco y Glaciarete Esperanza, Año Hidrológico 2014-2015", cargado a la plataforma de la SMA con fecha 30 de septiembre de 2015; y, b) "Informe de Excedencia del Límite 2 del índice A, Glaciar Guanaco y Glaciarete Esperanza, Año Hidrológico 2014-2015", presentado por los apoderados de habitantes del Valle del Huasco, con fecha 23 de noviembre de 2015 y que consta a fojas 8150 del expediente D-011-2015. Ambos informes habrían sido realizados por CECs y tienen fecha septiembre de 2015. A estos sentenciadores les llama la atención las diferencias que existen entre ambos informes, tanto a nivel metodológico como de información consignada. En este sentido, en el informe acompañado por la empresa no hay información respecto de la presencia de basura o material de origen antrópico en un glaciarete, cuestión que podría ser relevante en un informe que busca integrar

“toda la información disponible de manera de representar la situación de la manera más completa posible”, como plantea expresamente el PMGv3, para los informes de excedencia.

Quingentésimo octogésimo noveno Que, en consecuencia, se puede constatar que no es posible perseguir la disuasión como fundamento de la sanción ante un incumplimiento reiterado, razón por la cual, este Tribunal estima que la SMA ha actuado dentro del marco de sus atribuciones, aplicando la sanción de clausura definitiva del proyecto dentro de los estándares de idoneidad y necesidad exigidos al efecto.

Quingentésimo nonagésimo Que, finalmente, respecto del trato discriminatorio invocado por la reclamante, el cual desencadenaría en un ejercicio desproporcionado de la determinación de la sanción, debe estarse a lo resuelto en los considerandos cuarentésimo octavo y siguientes, respecto al cargo N°23.9, por ser aplicable el mismo razonamiento allí expuesto.

Quingentésimo nonagésimo primero Que, por lo razonado precedentemente, este Tribunal desestimaré la alegación formulada por la CMN SpA, al no constatarse el vicio invocado a este respecto.

Quingentésimo nonagésimo segundo Que, tal como se expuso dentro de las alegaciones generales formuladas por CMN SpA, se invoca una supuesta falta de fundamentación por parte de la SMA en la determinación de la sanción de clausura definitiva aplicada a la infracción en análisis. Al respecto, es preciso dejar asentado, tal como se resolvió al analizar la fundamentación de la sanción del cargo N°23.9, que la SMA ha efectuado un ejercicio razonado y fundado, a partir del mérito del procedimiento sancionatorio, al fijar los criterios de determinación de una sanción no pecuniaria.

Quingentésimo nonagésimo tercero Que, aclarado lo anterior, CMN SpA ha cuestionado la aplicación de la sanción a partir de que la SMA habría utilizado el concepto de “contumaz” para fundamentarla, cuestión insuficiente para llegar al resultado materializado en el acto reclamado.

Quingentésimo nonagésimo cuarto Que, al respecto, no debe perderse de vista que la propia Res. Ex. N°72/2018, al establecer los criterios para la determinación de una sanción no pecuniaria, contempla como uno de los criterios subsidiarios, “[...] (i) la reincidencia en la infracción cometida, bajo el supuesto de que el efecto disuasivo de una sanción previa no ha sido suficiente para lograr el efecto preventivo requerido, teniendo incidencia por tanto, aquello dispuesto en el literal e) del artículo 40 de la LO-SMA, es decir, la conducta anterior del infractor [...]” (considerando 298). Tal idea se reitera en el capítulo de propuesta de sanción o absolución, al sostener que “[...] es posible concluir que los criterios relevantes a considerar en relación con las infracciones objeto de los procedimientos sancionatorios para el presente caso son: [...] (c) conducta anterior de CMNSpA y reiteración o contumacia de infracciones [...]” (considerando 7597). De esta forma, se advierte que la SMA indica expresamente que los criterios por ella considerados no son copulativos, bastando la concurrencia de uno solo para hacer procedente la necesaria aplicación de una sanción no pecuniaria.

Quingentésimo nonagésimo quinto Que, aclarados los puntos precedentes, es necesario señalar que la SMA ha establecido que “En este caso, no solo la magnitud de la infracción justifica la sanción no pecuniaria, sino también que esta infracción había sido sancionada en sedes ambientales con anterioridad, y aun así, la empresa persistió en la conducta antijurídica, producto de lo cual, estima que se trata de una conducta contumaz, que hacen entrever que una sanción pecuniaria no resultaría disuasiva en el caso concreto, producto de la displicente conducta de la empresa” (considerando 7605). Tal razonamiento fue validado por este Tribunal al efectuar el análisis de proporcionalidad de la sanción de clausura definitiva, concluyéndose que aquella era idónea y necesaria, atendida la intensidad de la infracción, con relación a las demás sanciones no pecuniarias.

Quingentésimo nonagésimo sexto Que, así las cosas, a diferencia de

lo sostenido por la reclamante, de la lectura del acto impugnado queda en evidencia que la SMA no solo ha considerado la contumacia, sobre la base de la conducta anterior de CMN SpA, sino que además su actuar displicente, que se vincula directamente con la intencionalidad del infractor. Así, las dos circunstancias precedentes -sin perjuicio de las demás consideradas para aumentar el componente de afectación- fueron debidamente acreditadas por la SMA y validadas por este Tribunal, siendo consideradas como un factor relevante al momento de la determinación de la sanción. Lo anterior, permite descartar lo sostenido por la reclamante en orden a que la contumacia carecería de contenido y no resultaría suficiente, ya que esta encuentra su correlato en el extenso desarrollo de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA, aplicables a la infracción.

Quingentésimo nonagésimo séptimo Que, es pertinente señalar que existe una adecuada subsunción de los hechos para configurar y clasificar la infracción, y de ponderación las circunstancias del art. 40 de la LOSMA, tal como se constató de las controversias resueltas precedentemente. Asimismo, siendo la sanción de clausura definitiva proporcional en relación a la magnitud de la infracción, los motivos expuestos por la SMA han llevado a estos sentenciadores estimar que la sanción aplicada se encuentra debidamente fundada.

Quingentésimo nonagésimo octavo Que, a partir de lo expuesto en los considerandos anteriores, este Tribunal rechazará la alegación de CMN SpA, dado que no constata ilegalidad alguna en la resolución respecto de esta cuestión.

3.6 De las supuestas ilegalidades cometidas en la sanción de multa aplicada al cargo 23.8.

Quingentésimo nonagésimo noveno Que, el Cargo N°23.8 del Ordinario U.I.P.S. N°58, de 27 de marzo de 2013. Hechos, actos u omisiones que se estiman constitutivos de infracción, dispuso que: "La utilización de una metodología de cálculo de niveles de alerta de calidad de aguas no autorizada, que utiliza niveles más permisivos que los

contemplados en la RCA" (en adelante e indistintamente Cargo N°23.8).

Sexcentésimo Que, según la SMA la metodología de cálculo objeto del presente cargo, se encuentra asociada al PAT del proyecto y, por consiguiente, al PATR. Así las cosas, el PAT se encuentra destinado a determinar claramente cualquier cambio en la calidad de las aguas a consecuencia del desarrollo del proyecto, considerando todas las fases del mismo. El plan de respuestas, por su parte, busca adoptar medidas oportunas ante situaciones de contingencia, tal como indica el considerando 4.3.1, literal a) de la RCA N°24/2006. Dicho considerando, debe entenderse a su vez, en armonía con el considerando 4.4.2, b) de la misma licencia ambiental. Luego, el considerando 9.8 de la RCA N°24/2006, cuyo incumplimiento se ha imputado en autos, estableció la metodología de cálculo para los niveles de alerta del PATR.

Sexcentésimo primero Que, la SMA ha tomado como principal medio de prueba el Informe de Fiscalización DFZ-2013-63-III-RCA-IA y sus anexos, que habrían detectado la necesidad de solicitar información referida a informes del plan de monitoreo de calidad de aguas. Además, relevó el hecho que no se registró ingreso al SEIA para la modificación de la metodología de cálculo de niveles de alerta PATR y que respecto al "Informe CCR PL" (Anexo 9), el titular considera la metodología del percentil 66% para determinar el destino final de las aguas ingresadas a la CCR. Para ello compara las mediciones efectuadas con los límites permitidos por el percentil 66% en el punto NE-5. De acuerdo con la situación descrita en el Plan de Contingencia, dicha metodología no ha sido aprobada por la autoridad ambiental al momento de accionar el procedimiento sancionatorio.

Sexcentésimo segundo Que, CMN SpA, en el marco del cargo 23.8, presentó mediante carta PL-162/2011 de 14 de diciembre de 2011, una serie de consultas de pertinencia ante el SEA de la Región de Atacama, las que en resumen hacen referencia a: (a) una propuesta de adaptación metodológica consistente en generar un nivel de alerta calculado a partir de la serie histórica completa de la línea base,

como indicador para el seguimiento de tendencias o cambios de largo plazo en la calidad del agua; (b) la utilización de la totalidad de la información disponible de la línea base, sin restringirla al año 2005.

Sexcentésimo tercero Que, con respecto a lo anterior, el SEA emitió dos pronunciamientos, el primero mediante Carta D.E. N° 120941 de fecha 07 de junio 2012, en el que se pronuncia parcialmente sobre la reconsideración interpuesta por CMN SpA. El segundo pronunciamiento, es mediante Carta D.E. N°130900, de 4 de junio 2013, instancia en la que complementa el pronunciamiento de Carta D.E. N°120941

Sexcentésimo cuarto Que, en esa línea, CMN SpA indica que los niveles de alerta determinados por la RCA no habrían permitido distinguir, una vez iniciada la remoción de estériles, entre las situaciones de excedencia que ocurren en los recursos hídricos por causas naturales y aquellas asociadas a un eventual efecto del proyecto. Así las cosas, su proceder habría sido el correcto, permitiendo distinguir con asertividad si el origen de las excedencias proviene del proyecto o si es por causas naturales, entregando -como lo ha hecho hasta ahora- un resultado que es claro en indicar que no ha existido, en ningún momento, la necesidad de gatillar algún plan de emergencia o preemergencia. Lo anterior, ha sido ratificado por la autoridad ambiental, la cual ha considerado que la modificación de la metodología de cálculo de los niveles de alerta no era un cambio de consideración, por lo que no debía ingresar al SEIA.

Sexcentésimo quinto Que, en autos, CMN SpA aceptó el hecho infraccional solo en el sentido que su autorización por parte de la autoridad competente no fue informada a la SMA. En este sentido, la Compañía afirma que la aceptación del cargo en esos términos no implica aceptar también que se usó indebidamente una metodología de cálculo de niveles de alerta distinta de la contemplada en la RCA. Afirma que se actuó bajo el amparo de un pronunciamiento de la Dirección Ejecutiva del SEA acerca de una consulta de pertinencia de

ingreso al SEIA, en la cual se señaló que el cambio no constituía una modificación del proyecto (Carta D.E. N°120941). Entonces, concluye que actuó amparado bajo el principio de la confianza legítima.

Sexcentésimo sexto Que, en razón de todo lo expuesto y habiendo desechado las alegaciones propuestas por CMN SpA, la SMA advierte que desde el 28 de diciembre de 2012 hasta el mes de enero de 2013, la empresa se encontraba utilizando una metodología de cálculo de los niveles de alerta distinta a la contemplada en el considerando 9.8 de la RCA N°24/2006 - manteniendo el incumplimiento en estos términos hasta el mes de mayo del año 2016 según se analizó en el considerando tricentésimo vigésimo séptimo-, la cual contemplaba la utilización de la línea de base hasta el año 2005 y los valores de alerta presentados por la empresa ante la COREMA de la Región de Atacama, aprobados el 10 de diciembre de 2008. Lo anterior, fue constatado con la información remitida por la empresa, tras la solicitud formulada en las Actas de Inspección Ambiental de fecha 25 y 29 de enero de 2013 y consta, en las cartas PL-17/2013, de 06 de febrero de 2013 y PL-20/2013, de 08 de febrero de aquel mismo año.

Sexcentésimo séptimo Que, en lo que respecta a la clasificación de la infracción, según la SMA, una vez expuestos los descargos y alegaciones referidos a este punto, advirtió que la empresa no había presentado argumentos referidos a contradecir que la obligación infringida se trate de una medida destinada a reducir o eliminar los efectos adversos del proyecto, en los términos contemplados en el art. 36, numeral 2, literal e) de la LOSMA. Así entonces, analizados todos los antecedentes referidos con la infracción, la SMA estimó que la clasificación de gravedad otorgada preliminarmente en el Ordinario U.I.P.S. N°58/2013, en virtud del art. 36 numeral 2, literal e) de la LOSMA, había quedado ratificada.

Sexcentésimo octavo Que, a juicio de la SMA, por la naturaleza de la obligación infringida, no se dan los presupuestos para evaluar la circunstancia de peligro o daño al medio ambiente, situación que es

compartida por CMN SpA. A propósito de la circunstancia asociada al número de personas cuya salud pudo verse afectada, tal alegación fue analizada en el marco del análisis del cargo 23.9 y/o 23.11 y no del presente. A su vez, para la determinación de la sanción conforme a las circunstancias establecidas en el art. 40 de la LOSMA, destaca lo señalado en la Res. Ex. N°72/2018, en cuanto al análisis de la importancia a la vulneración al sistema de control. Sobre el punto, la SMA indica que al encontrarse la empresa utilizando una metodología de cálculo distinta a lo autorizada, dificultó un actuar expedito y eficiente de la Administración, pues el actuar del infractor sometió a cuestionamiento toda la información a esa fecha remitida al ente fiscalizador, debiendo, por tanto, revisar y cotejar toda la información de calidad de las aguas, dificultándose una labor oportuna y con miras al resguardo del medio ambiente. Por otra parte, observa que no se configuran costos retrasados ni evitados por motivo de la infracción susceptibles de generar un beneficio económico asociado a esta infracción.

Sexcentésimo noveno Que, en cuanto a la intencionalidad, la SMA señala que pudiendo la empresa actuar observando la RCA N°24/2006, decidió utilizar una metodología de cálculo distinta a lo autorizado en dicha licencia ambiental, sin visación de ningún servicio, presentada, además, a través de un mecanismo no autorizado para la modificación de actos administrativos fruto de procedimientos formales y reglados, como lo es la evaluación ambiental en el SEIA. Es decir, la empresa conocía los riesgos de intentar modificar su RCA por un camino no autorizado en la ley, en consideración que, el argumento de confianza legítima no ampara conductas contrarias a la ley. Así las cosas, procede la aplicación de la presente circunstancia para el presente cargo, debiendo considerarse para la determinación de la sanción específica.

Sexcentésimo décimo Que, en último término, a juicio de la SMA al tenor de los antecedentes que obran en el procedimiento sancionatorio, se advierte que, con posterioridad a la infracción, la empresa no volvió al cumplimiento de sus obligaciones, sino que

persistió hasta mayo de 2016 en el uso de una metodología de cálculo distinta a lo autorizado en su RCA N°24/2006, razón por la cual no existe una conducta posterior positiva que pueda ser evaluada como un factor de disminución a considerar. Por consiguiente, no se ha verificado una conducta posterior positiva que incida en la disminución del factor de afectación de la sanción que le corresponde al presente cargo.

Sexcentésimo undécimo Que, sobre la base de lo anteriormente expuesto, y demás circunstancias del art. 40 de la LOSMA aplicadas al cargo en análisis, la SMA sancionó a CMN SpA con una multa de seiscientos setenta y siete unidades tributarias anuales (677 UTA), de conformidad a lo dispuesto en el art. 38 literal b) del citado cuerpo legal.

Sexcentésimo duodécimo Que, conforme a lo expuesto por las partes respecto al cargo N°23.8, es posible advertir que las alegaciones se centran en: 1) la configuración de la infracción, y; 2) la ponderación de las circunstancias del art. 40, literales d) e i), de la LOSMA.

(1) Respecto de la configuración de la infracción.

Sexcentésimo decimotercero Que, tal como se expuso en los considerandos sexagésimo séptimo y siguientes, CMN SpA ha formulado distintas alegaciones para desvirtuar la configuración de la presente infracción, y que este Tribunal las agrupado de la siguiente forma: a) Respecto a la aplicación del cambio de metodología relacionado a la consulta de pertinencia y la confianza legítima; b) De la supuesta errada interpretación realizada por el Segundo Tribunal Ambiental; c) En cuanto a la oportunidad en la obtención de la carta de pertinencia en relación con el inicio del *prestripping*; y, d) Sobre la falta de actuación del SEA respecto al cambio de metodología.

(1.1) Respecto a la aplicación del cambio de metodología relacionado a la consulta de pertinencia y la confianza legítima.

Sexcentésimo decimocuarto Que, la presente controversia se estructura sobre la base de distintas alegaciones de CMN SpA basadas en que la SMA habría desconocido la consulta de pertinencia de ingreso al SEIA al momento de cometerse la supuesta infracción. Agrega que, si bien el cambio en la metodología de cálculo de niveles de alerta de calidad de aguas aplicada por la Compañía no se encontraba explícitamente detallada en la RCA, sí se encontraba aprobada por la DGA y, respecto de ella, la propia Dirección Ejecutiva del SEA había señalado que el cambio no debía ingresar al SEIA. Por ende, sostiene que CMN SpA actuó bajo la confianza legítima relativa a que la metodología de cálculo de los niveles de alerta de calidad de agua superficial se encontraba amparada en el pronunciamiento otorgado por la autoridad competente.

Sexcentésimo decimoquinto Que, por su parte, la SMA sostiene que la referida carta de pertinencia (Carta D.E. N°120941, de 2012), emitió un pronunciamiento parcial sobre la propuesta de adaptación de la metodología de cálculo, omitiendo pronunciarse respecto de diversos elementos relevantes para el cumplimiento del objetivo de la metodología. Agrega que para que hubiese operado la confianza legítima, la consulta de pertinencia de CMN SpA debió haber sido presentada para la etapa de construcción y no de operación.

Sexcentésimo decimosexto Que, en cuanto a las alegaciones formuladas por CMN SpA referentes a la validez de la consulta de pertinencia de ingreso al SEIA y la aplicación de la confianza legítima respecto a ella, debe estarse a lo resuelto por este Tribunal para similares alegaciones realizadas por la reclamante para el cargo N°23.9. Sin perjuicio de lo allí asentado, debe expresarse que estos sentenciadores comparten la posición de desechar el principio de confianza legítima para excusar el actuar de CMN SpA, toda vez que los antecedentes que constan en el expediente administrativo permiten sostener que, claramente, CMN SpA siempre estuvo en conocimiento del contenido de su obligación ambiental, además que no existieron antecedentes unívocos que avalaran lo sostenido por la reclamante, tal como consta en el acto

respecto del cual pretende invocar la aplicación del principio.

Sexcentésimo decimoséptimo Que, así las cosas, este Tribunal desechará la alegación formulada a este respecto por CMN SpA.

(1.2) De la supuesta errada interpretación realizada por el Segundo Tribunal Ambiental.

Sexcentésimo decimoctavo Que, respecto a que la SMA habría considerado la errada interpretación manifestada por el Segundo Tribunal Ambiental en la sentencia dictada en la causa R-6-2013, en el sentido que la consulta de pertinencia se aplicaría a la fase de operación y no a la etapa de construcción, debe traerse a colación lo resuelto por dicho órgano jurisdiccional. En efecto, de acuerdo al análisis realizado por es Tribunal en relación con el cargo 23.9, la referida sentencia concluyó que la “[...]modificación metodológica había sido propuesta para recalcular los niveles de alerta de calidad de agua aplicables durante la Fase de Operación, y no para la Fase de Construcción” (considerando octogésimo). Tal razonamiento se basó en el “Informe - Niveles de Alerta de Calidad del Agua Proyecto Pascua-Lama”, Rev.1 del 17-04-2008, que se sometió a consulta de pertinencia al SEA, en su oportunidad.

Sexcentésimo decimonoveno Que, la SMA confirma lo razonado por el Segundo Tribunal Ambiental, al sostener que “[...] la empresa pretende indicar que el Ilte. Tribunal habría entendido que ‘operación’ se refería al prestripping, lo que, a juicio de este Superintendente, se encuentra alejado de lo dictado por el órgano jurisdiccional, pues cuando el Ilte. Tribunal, se refiere a que la consulta de pertinencia habría sido presentada para la etapa de operación, se encuentra referida a la Fase de Operación formal, no al inicio del prestripping” (considerando 4135 de la resolución reclamada).

Sexcentésimo vigésimo Que, conforme a lo anterior, la SMA sostiene que la empresa debió haberse regido por lo dispuesto en el considerando 9.8 de la RCA N°24/2006 para calcular los niveles de alerta, sobre la base de la información de calidad del agua recopilada hasta el año 2005, tal como fuere presentado y aprobado

por la COREMA de la Región de Atacama en el mes de diciembre de 2008. Como esta acción no fue realizada, resultan suficientes los antecedentes que constan para confirmar la legalidad de la configuración del referido cargo.

Sexcentésimo vigésimo primero Que, sobre las alegaciones efectuadas por las partes, las cuales en su mayoría están latamente reproducidas en el numeral 12.8.1.7 de la resolución reclamada, en específico en los considerandos 4135 a 4149, estos sentenciadores comparten lo razonado por la SMA, en el sentido que, en el marco del seguimiento de variables ambientales, la empresa debía monitorear los datos de calidad del agua en las cinco estaciones claves definidas en el considerando 4.5.2 b), en virtud del considerando 9.8, ambos de la RCA N°24/2006, y de los niveles de alerta aprobados por la COREMA de la Región de Atacama en el año 2008. Conforme lo anterior, queda en evidencia que el mismo considerando 4.3.1, literal a) de la RCA N°24/2006, indicó expresamente que el proyecto no afectará la calidad de las aguas del río Estrecho en ninguna de sus etapas, incluida la fase de construcción, la cual incluye el *prestripping*, y para ello, resulta necesario el monitoreo y seguimiento del proyecto.

Sexcentésimo vigésimo segundo Que, a mayor abundamiento, es posible advertir por parte de este tribunal que efectivamente el *prestripping* gatilla la exigibilidad de una serie de obligaciones referidas a la adopción de medidas y acciones que se deben adoptar en caso de que los niveles de alerta hayan sido superados en cinco o más ocasiones, según indica el considerando 4.5.2, literal b) de la RCA N°24/2006. Así las cosas, la exigibilidad de la obligación materia del presente Cargo N°23.8, como ya se ha indicado, en el marco del seguimiento ambiental del proyecto, debe realizarse desde iniciada la fase de construcción del proyecto, es decir, desde octubre de 2009.

Sexcentésimo vigésimo tercero Que, por todo lo anteriormente expuesto, este Tribunal no aprecia ilegalidad alguna en el actuar de la SMA, por lo que esta alegación será rechazada.

(1.3) En cuanto a la oportunidad en la obtención de la carta de pertinencia en relación con el inicio del *prestripping*.

Sexcentésimo vigésimo cuarto Que, la presente controversia se limita a la consideración que realizó la SMA en orden a sostener que CMN SpA no habría tenido clara la metodología a utilizar en el periodo intermedio entre la Carta DE N°120491, de junio de 2012, que resolvió parcialmente la consulta de pertinencia, y la Carta DE N°130900, de junio de 2013, que la complementó, considerando además que el pronunciamiento del SEA del 2012, es posterior al inicio del *prestripping*.

Sexcentésimo vigésimo quinto Que, del análisis de la presente controversia, y sobre la base de lo resuelto para la controversia precedente, no se advierte por estos sentenciadores cómo la situación alegada, esto es, la oportunidad de otorgamiento de la carta de pertinencia en relación a la obligación ambiental puede influir en desvirtuar la configuración de la infracción. Lo anterior, atendida a que una carta de pertinencia no puede validar infracciones pasadas, ni tiene el mérito de modificar, hacia el futuro, el cumplimiento de obligaciones ambientales.

Sexcentésimo vigésimo sexto Que, de acuerdo a lo precedentemente expuesto, esta alegación será rechazada.

(1.4) Sobre la falta de actuación del SEA respecto al cambio de metodología.

Sexcentésimo vigésimo séptimo Que, la presente alegación formulada por la parte reclamante dice relación con la disconformidad respecto a lo sostenido por SMA en orden a que CMN SpA debió haber modificado su RCA mediante otro proceso reglado, ya sea a través del SEIA o de la revisión del art. 25 quinquies de la Ley N°19.300; puesto que, si la autoridad ambiental hubiere estimado lo contrario, debería haber indicado que, a su juicio, la modificación debía ingresar al SEIA o disponer su revisión de oficio.

Sexcentésimo vigésimo octavo Que, en ese orden de ideas, es

pertinente señalar que la posibilidad que el SEA hubiese iniciado un proceso de revisión de la RCA o haber dispuesto el ingreso al SEIA del cambio de metodología, debe descartarse, toda vez que CMN SpA no puede desconocer ni dejar de aplicar las obligaciones contraídas a través de la RCA N°24/2006, escudándose en la supuesta falta de actuación oficiosa de la autoridad ambiental. Asimismo, tal como indica la SMA, es el titular del proyecto quien estaba en una posición preferencial respecto a la información existente sobre la materia, teniendo el mayor conocimiento de los presupuestos jurídicos y fácticos necesarios para la revisión de la RCA N° 24/2006. A su vez, no debe perderse de vista que la consulta de pertinencia corresponde al pronunciamiento que la autoridad de la administración efectúa, sobre la base de la información proporcionada por el interesado, respecto a si una actividad o proyecto o su modificación deben ingresar al SEIA, cuestión que, tal como se ha indicado en distintos pasajes de esta sentencia, es un instrumento que por su propia naturaleza carece de mérito para alterar el contenido de una RCA. En consecuencia, la alegación formulada a este respecto no altera la configuración de la infracción imputada a CMN SpA.

Sexcentésimo vigésimo noveno Que, conforme a lo precedentemente expuesto, la alegación de la reclamante en este punto debe ser rechazada.

(2) Respecto a la ponderación de las circunstancias del artículo 40 literales d) e i) de la LOSMA.

Sexcentésimo trigésimo Que, tal como se expuso preliminarmente, las alegaciones de CMN SpA respecto a esta etapa, se centran en la aplicación de dos circunstancias del art. 40 de la LOSMA, que son: 1) la intencionalidad en la comisión de la infracción; y, 2) la vulneración al sistema de control.

**(2.1) Sobre la intencionalidad en la comisión de la infracción
N°23.8.**

Sexcentésimo trigésimo primero Que, la presente controversia dice relación con una supuesta errada configuración por parte de la SMA de la circunstancia de la letra d) del art. 40 de la Ley N°20.417, puesto que habría dado por configurada la intencionalidad fundada en la decisión de CMN SpA de utilizar una metodología de cálculo distinta a la autorizada en la RCA, sin visación de ningún servicio, cuestión que no sería tal, ya que el cambio de metodología de cálculo de los niveles de alerta de la calidad de agua superficial fue realizado previa consulta al SEA. Asimismo, se fundaría en el hecho que CMN SpA es un sujeto calificado, resultando dudoso sostener que no conociera el contenido y alcance de sus obligaciones ambientales, elemento que no permitiría concluir que el hecho infraccional fue cometido de manera intencional.

Sexcentésimo trigésimo segundo Que, a juicio de estos sentenciadores, la SMA constató adecuadamente que la propuesta de adaptación metodológica de cálculo por evolución de las variables ambientales se hizo: i) al margen de los mecanismos formales que dispone la Ley N°19.300, especialmente el art. 25 quinquies, y; ii) para la fase de operación del proyecto, y no de su construcción, en circunstancias que a la fecha del pronunciamiento parcial del SEA la empresa ya había iniciado el *prestripping* de la faena minera. Cabe mencionar que dicho pronunciamiento no obsta el cumplimiento de sus obligaciones ambientales, cuyo contenido, alcance y consecuencias de su incumplimiento es perfectamente conocido por CMN SpA, en tanto se trata de un sujeto calificado, según lo señala la propia resolución sancionatoria. Así las cosas, este Tribunal no aprecia ilegalidad ni falta de motivación en el acto administrativo impugnado, ponderando cada uno de los elementos que rodean el hecho infraccional y el carácter de sujeto calificado que detenta la CMN SpA, cuestiones no desvirtuadas en el procedimiento sancionatorio.

Sexcentésimo trigésimo tercero Que, en consecuencia, no

advirtiéndose ilegalidad en la situación reclamada, se rechazará la alegación formulada a este respecto.

(2.2) Sobre la vulneración al sistema de control.

Sexcentésimo trigésimo cuarto Que, la controversia formulada respecto a esta circunstancia, relativa a la vulneración del sistema de control conforme al literal i) del art. 40 de la LOSMA, se centra, según lo sostenido por CMN SpA, en su errada configuración, atendido el hecho que aquella jamás incumplió el programa de monitoreo de calidad de agua superficial, efectuando mediciones en todos los puntos, en particular, aquellos asociados al plan de alerta.

Sexcentésimo trigésimo quinto Que, por su parte, la SMA sostiene que la empresa no remitió la información de monitoreo oportunamente. Al contrario, los datos obtenidos no habrían sido utilizados para los fines prescritos en la licencia ambiental.

Sexcentésimo trigésimo sexto Que, sobre el particular, las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales de la SMA (2015) señalan, respecto de la importancia de la vulneración al sistema de control ambiental, que "Esta corresponde a una circunstancia invocada en virtud de la letra i) del artículo 40, que se fundamenta en que la protección material al medio ambiente y la salud de las personas se encuentra basada en una serie de mecanismos administrativos formales, tales como, permisos de autoridad, reportes, obligaciones de entrega de información, entre otros. Todos estos mecanismos son el complemento necesario e indispensable de las normas ambientales sustantivas y sin las cuales la protección ambiental se volvería ilusoria, por carecer de herramientas concretas para llevar a la práctica su control. En atención a que estos mecanismos son necesarios para el funcionamiento del sistema de protección ambiental, su infracción obstaculiza el cumplimiento de sus fines y merma la confianza en su vigencia". Agrega el referido documento, que "El grado de afectación que provoca la infracción específica sobre el funcionamiento del sistema de control ambiental y la confianza depositada en él, es algo que debe ser ponderado por

el organismo administrativo sancionador al momento de la determinación de la sanción. Lo anterior, en atención a que esta última, en el ámbito administrativo, se encuentra regida, entre otros principios, por el de proporcionalidad, el cual obliga a ajustar la intensidad de la consecuencia sancionatoria a la gravedad específica de la infracción”.

Sexcentésimo trigésimo séptimo Que, en esa línea, para la configuración de la circunstancia en análisis, la Res. Ex. N°72/2018 consideró que la metodología de cálculo habría de distinguir entre las variaciones naturales y los eventuales efectos del proyecto en materia de calidad de las aguas del río Estrecho, así como una secuencia de acciones destinadas a contener y corregir cualquier desviación de la forma más temprana posible, y lo más cercano al botadero de estériles que sea factible, evitando alterar la calidad del agua superficial y la biota asociada a ella, de conformidad con la RCA N°24/2006. Un uso inadecuado de dicha metodología o su reemplazo, de acuerdo a lo expresado por la SMA, implica una vulneración de una obligación crucial para la evaluación del proyecto, dado que la finalidad última de fijar dicha metodología consistía en la protección de las aguas superficiales del río Estrecho.

Sexcentésimo trigésimo octavo Que, tales elementos son claves para lo concluido por la SMA, al indicar que “el uso de la metodología de cálculo no autorizada en el mes de enero de 2013, basada en el mero pronunciamiento parcial del SEA plasmado en su carta D.E. N° 120941, y aplicándola para una fase del proyecto distinta, no le permitió actuar con asertividad en la detección de desviaciones, pues en caso de ser aplicable para la Fase de Construcción, dejaba una serie de interrogantes referidas al porcentaje de variaciones de los NA de corto de plazo (10%), y las acciones a adoptar en razón del cambio de metodología que se estaba proponiendo, justificando así que el evaluador no pensó en su utilización para la etapa en que el proyecto se encontraba”(considerando 4321); así como, el hecho que “al encontrarse la empresa utilizando una metodología de cálculo

distinta a lo autorizado, dificultó un actuar expedito y eficiente de la Administración, pues el actuar del infractor, sometió a cuestionamiento toda la información a esa fecha remitida a este ente fiscalizador, debiendo por tanto, revisar y cotejar toda la información de calidad de las aguas, dificultándose una labor oportuna y con miras al resguardo del medio ambiente". (considerando 4322).

Sexcentésimo trigésimo noveno Que, conforme a lo expuesto precedentemente, este Tribunal no advierte ilegalidad ni falta de motivación en el análisis de la procedencia de la circunstancia en estudio, especialmente teniendo en consideración que el cambio de metodología se produjo por un mecanismo no previsto en la Ley N°19.300, cuestión que no puede servir como justificación para actuar al margen o en contravención de las autorizaciones ambientales.

Sexcentésimo cuadragésimo Que, todo lo anteriormente expuesto respecto de la configuración de la infracción y las circunstancias del art. 40 de la LOSMA alegadas por CMN SpA, permiten descartar las eventuales ilegalidades en que habría incurrido la SMA, debiendo en consecuencia, rechazarse las alegaciones respecto de esta cuestión.

3.7 De las supuestas ilegalidades cometidas en la sanción de multa aplicada al cargo 6.

Sexcentésimo cuadragésimo primero Que, el Cargo N°6 del Resuelvo I de la Res. Ex. N°1/Rol D-011-2015, dispuso: "CMNSpA, ha incumplido sus compromisos asociados al Plan de Monitoreo Social, toda vez que:

6.1. Desde el mes de junio del año 2014, CMNSpA ha incumplido su obligación de realizar las sesiones periódicas del Comité de Seguimiento Ambiental (CSA), en las que debían participar representantes de comunidades de Alto del Carmen, de Vallenar, así como también autoridades locales de las mismas, en conjunto con organismos del Estado y representantes de la empresa.

6.2. No ha realizado los programas continuos de Educación Ambiental

(PdEA), dirigido a los representantes de las organizaciones comunitarias que integren la instancia de seguimiento, a fin de que comprendan los resultados de los monitoreos y los vinculen a la realidad de las localidades y grupos humanos que representan”.

Sexcentésimo cuadragésimo segundo Que, en relación con el primer hecho descrito en el cargo N°6, CMN SpA sostiene que no es correcto imputar a la empresa la falta de realización de reuniones del CSA, considerando que éste es un órgano autónomo, distinto y separado del titular del proyecto. El CSA toma decisiones de acuerdo a la mayoría de sus integrantes, de los cuales la empresa es solo uno entre los demás votos que son necesarios para adoptar y ejecutar sus decisiones, según las normas que el propio órgano se ha otorgado mediante un reglamento que constituye un acto distinto y separado de la respectiva RCA. En este sentido, CMN SpA sostiene que de acuerdo al considerando 7.1 literal i) de la RCA N°24/2006, la empresa solo estaría obligada a proporcionar información y recursos necesarios, además de asistir a las reuniones. En subsidio del argumento anterior, CMN SpA sostiene que, aunque fuera obligación de la compañía realizar las reuniones, dicha obligación estaría sujeta a la condición de contar con el consentimiento de un tercero.

Sexcentésimo cuadragésimo tercero Que, con relación al segundo hecho descrito en el cargo N°6, CMN SpA sostiene que no se trata de una obligación de carácter permanente como se sostiene en el cargo. La empresa afirma que la RCA se refiere a la implementación de un programa de educación ambiental, sin que se especifique el carácter continuo de dicho programa pudiendo, a juicio de la empresa, agotarse conforme a los requerimientos del mismo. Asimismo, CMN SpA reitera que mediante carta PL-68/2015, entregó antecedentes que acreditan que efectivamente se realizó dicho programa de educación.

Sexcentésimo cuadragésimo cuarto Que, en consideración a lo anterior, la SMA señala que el PMS se erige en la autorización ambiental, como una instancia amplia y participativa, que permite realizar seguimiento a los impactos socioeconómicos y ambientales

del proyecto, vinculados principalmente al componente medio humano. Así también, se desprende de la RCA N°24/2006, que es un monitoreo de manejo adaptable, que busca que el proyecto Pascua Lama, sea capaz de responder a cualquier cambio en las comunidades afectadas, relacionados con el desarrollo del mismo. A su vez, persigue la detección y reacción temprana ante impactos no previstos en la evaluación ambiental, proponiendo, por ejemplo, medidas de mitigación adicionales a las ya contempladas. Lo anterior, se desprende de los considerandos 3107 y 3156 de la resolución reclamada; y, 6.3 y 7.1. letra i), de la RCA N°24/2006.

Sexcentésimo cuadragésimo quinto Que, la SMA indica que dentro de los pilares fundamentales del PMS, se encuentran precisamente el CSA y el PdEA dirigido a los miembros de éste. El primero de ellos, es la forma integradora que la misma RCA N°24/2006 definió para el funcionamiento del PMS o de su operativización; mientras que el segundo es la expresión de un compromiso asociado a asegurar la efectividad de la primera instancia, pues no puede existir un monitoreo participativo si quienes intervienen de él no se encuentran debidamente preparados para poder enfrentar todos los tecnicismos que se tratan en el mismo, y les permita así, asociar los monitoreos a la realidad de las personas y localidades que representan.

Sexcentésimo cuadragésimo sexto Que, ahora bien, CMN SpA sostiene que en sesión de fecha 14 de mayo de 2013, se acordó, por petición del presidente del CSA, suspender las sesiones, considerando el estado de paralización judicial del proyecto, a lo que suma la paralización de SERNAGEOMIN. Junto a ello, en acta se plasma lo indicado por el Seremi de Medio Ambiente de la época, referido a que debe revisarse la continuidad del CSA, dado que han cumplido 5 años desde su iniciación.

Sexcentésimo cuadragésimo séptimo Que, en virtud de lo anterior, a juicio de la SMA, es dable señalar que las sesiones del CSA deben realizarse regularmente durante todo el tiempo en que esté obligado a cumplir con el PMS, con independencia del estado en que se

encuentre el proyecto. En este sentido, el considerando 7.1 literal i) de la RCA N°24/2006 establece que “[...]el Plan de Monitoreo Social, debe extenderse a toda la vida útil del proyecto [...]”. En tal sentido, cuando se utiliza el concepto “toda la vida útil del proyecto”, necesariamente hay que recurrir a la RCA N°24/2006, la cual señala en su considerando 4.2 literal d.2), que el periodo de vida útil de Pascua Lama fue estimado en 20 años, precedido por una fase de construcción y culminado por una fase de cierre y abandono. Lo anterior, permite entonces comprender que el PMS debe llevarse a cabo durante todo el desarrollo del proyecto, con independencia del estado o fase en el que se encuentre, es más incluso puede extenderse en la etapa de cierre o abandono.

Sexcentésimo cuadragésimo octavo Que, de las alegaciones de las partes y del expediente administrativo, se desprende que las sesiones del CSA fueron suspendidas con fecha 14 de mayo de 2013 y, desde entonces no han sido reanudadas. Asimismo, el CSA sesionó con cierta regularidad entre el 24 de junio de 2008 y la fecha en que se suspendieron sus sesiones. A mayor abundamiento, tal como se indicó, en relación a su conformación y funcionamiento, no se cumplió en dicho periodo con los lineamientos básicos que establece el considerando N°7.1 letra i) de la RCA N°24/2006. A su vez, en lo que respecta al PdEA, a la luz de los antecedentes que se han incorporado en el procedimiento sancionatorio, se puede concluir que hasta la fecha no se ha desarrollado un programa que cumpla con esos requisitos.

Sexcentésimo cuadragésimo noveno Que, en razón de todo lo anteriormente explicado, se puede concluir que los argumentos jurídicos planteados por CMN SpA no permiten absolver a la compañía de ninguno de los hechos que forman parte de la infracción contenida en el cargo N°6. Asimismo, respecto del análisis de la prueba se concluye que, en relación con la primera de las infracciones que componen el presente cargo, referida a la falta de realización de las sesiones del CSA, se ha acreditado que, efectivamente, no se realizaron en el periodo imputado. Por otra parte, respecto de la

segunda de las infracciones, relativa a la falta de implementación de un PdEA, se ha acreditado que las capacitaciones efectuadas no alcanzan el estándar mínimo que exige un PdEA que cumpla los objetivos establecidos en la RCA N°24/2006. Por lo tanto, debe entenderse probado el hecho y configurada la infracción.

Sexcentésimo quincuagésimo Que, en materia de clasificación de la infracción, CMN SpA señala en primer lugar que el PMS y el PdEA no corresponderían a medidas destinadas a eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto y, por lo tanto, no pueden clasificarse como graves de acuerdo al art. 36 N°2 literal e) de la LOSMA. En segundo lugar, y en subsidio de lo anterior, señala que la infracción no revestiría el carácter de incumplimiento grave de medida.

Sexcentésimo quincuagésimo primero Que, en tal sentido, CMN SpA sostiene que la infracción a una medida de seguimiento por su naturaleza no puede ser considerada como una infracción grave, dado que jamás constituirá una infracción a las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva RCA y en los términos que lo señala el art. 36 N°2 literal e) de la LOSMA. Agrega que en la RCA N°24/2006, el PMS no fue concebido para hacerse cargo de los eventuales efectos del proyecto sobre el medio humano presente en la zona de influencia, sino que para verificar la efectividad de las medidas que establece la misma RCA. En este sentido, la empresa afirma que el PMS no reviste el carácter de una medida de mitigación, compensación o reparación ni tiene su naturaleza. De esta forma, el PMS persigue evaluar el comportamiento del componente supervigilado, con el objeto de determinar su evolución.

Sexcentésimo quincuagésimo segundo Que, al respecto, según la SMA se debe señalar que, a partir de lo establecido en distintos pasajes de la evaluación ambiental del proyecto, se puede concluir que el PMS tiene por objeto minimizar los efectos adversos del proyecto en los sistemas de vida y costumbres de los grupos humanos pertenecientes a las comunas de Alto del Carmen y Vallenar. Así las

cosas, el PMS es la principal medida que se estableció en la RCA N°24/2006, para minimizar los efectos que el proyecto puede tener sobre los sistemas de vida y costumbres de las comunidades que viven en el área de influencia del proyecto Pascua Lama. Al respecto, es relevante reiterar que el CSA y el PdEA son los componentes del PMS que, en la práctica, permiten la materialización de sus objetivos.

Sexcentésimo quincuagésimo tercero Que, de acuerdo a la SMA, CMN SpA suspendió las sesiones del CSA sin la anuencia de las comunidades destinatarias del mismo. Tampoco ha implementado un PdEA dirigido a los miembros del CSA que cumpla los objetivos fijados en la evaluación ambiental y en la Ley N°19.300, de forma que, con la ausencia de implementación de estas medidas, el titular no podría resguardar los bienes jurídicos que persigue el PMS, situación que ocasionó un peligro de afectación a causa de la infracción.

Sexcentésimo quincuagésimo cuarto Que, en virtud de todo lo anteriormente señalado, la SMA estima que el incumplimiento del PMS por la no realización del CSA y del PdEA, han ocasionado para las organizaciones comunitarias de la comuna de Alto del Carmen un peligro de envergadura alta en relación a la posible alteración de los sistemas de vida y costumbre de la población rural de dicha comuna. Como corolario de lo anterior, la SMA clasificó la infracción correspondiente al cargo N°6, conforme al art. 36 N°2 letra e) de la LOSMA, estimando el beneficio económico asociado a esta infracción en 787 UTA. Por último, la SMA sancionó a CMN SpA por la presente infracción con una multa de 1.693 UTA.

Sexcentésimo quincuagésimo quinto Que, en cuanto a las supuestas ilegalidades referentes al cargo en análisis, es posible advertir que éstas se refieren a: 1) la configuración de la infracción; 2) la clasificación de ésta, y; 3) la falta de proporcionalidad en la multa aplicada por la SMA.

(1) En cuanto a la configuración de la infracción.

Sexcentésimo quincuagésimo sexto Que, respecto de la configuración de la infracción, es posible advertir que las controversias generadas

por las partes dicen relación con: 1) la naturaleza del Comité de Seguimiento Ambiental (CSA), así como la falta de ejecutoriedad inmediata de la supuesta obligación infringida, y; 2) el cumplimiento de la obligación referente al programa de educación ambiental.

(1.1) Respeto a la naturaleza del Comité de Seguimiento Ambiental y la ejecutoriedad de la obligación infringida.

Sexcentésimo quincuagésimo séptimo Que, CMN SpA sostiene que el CSA corresponde a un órgano distinto y separado del titular, (presidido por el SEREMI del Medio Ambiente e integrado, entre otros, por el Director Regional del SEA y representantes de la Gobernación Provincial de Huasco) juntamente con representantes de la comunidad. La voluntad de este órgano se expresa mediante acuerdos de la mayoría de sus integrantes, siendo CMN SpA sólo uno entre los demás votos que son necesarios para adoptar y ejecutar sus decisiones, según las normas que el propio comité se otorgó mediante reglamento interno. Continúa su alegación señalando que el considerando 7.1 letra i) de la RCA N°24/2006 dispone que "la orgánica de seguimiento funcionará de modo autónomo", esto es, de manera independiente de CMN SpA, con instancias de coordinación semestral a fin de potenciar intereses comunes.

Sexcentésimo quincuagésimo octavo Que, la SMA indicó que se debe reiterar que en su primera sesión de fecha 24 de junio de 2008, se adoptaron una serie de acuerdos, respecto del funcionamiento básico del comité. Asimismo, con posterioridad se dictó la Res. Ex. N°452 de la Gobernación Provincial del Huasco, de fecha 6 de septiembre de 2010, la cual modificó el denominado "Reglamento de Organización y Funcionamiento del Comité de Seguimiento del Proyecto Pascua Lama".

Sexcentésimo quincuagésimo noveno Que, así las cosas, es importante recalcar que el CSA es una entidad que tiene su origen en la RCA N°24/2006, específicamente en el contexto del establecimiento del PMS. Por lo tanto, las decisiones que se adopten en las respectivas sesiones del comité respecto de su funcionamiento y la misma resolución de la Gobernación Provincial del Huasco tienen un

carácter complementario a los lineamientos que se establecen en la evaluación ambiental del proyecto "Modificaciones Pascua Lama". En este sentido, es importante señalar que, de acuerdo con la mencionada obligación de desarrollar el PMS recae sobre CMN SpA, lo que también incluye llevar a cabo las sesiones del CSA. Por lo tanto, la titularidad de esta obligación no puede variar en virtud de la dictación de un reglamento de organización y funcionamiento. Entender lo contrario implicaría afirmar que mediante una decisión de los miembros del CSA es posible modificar una resolución de calificación ambiental, lo que es manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico vigente.

Sexcentésimo sexagésimo Que, a juicio de la SMA, el objetivo general del PMS es desarrollar un modelo participativo para que las organizaciones comunitarias de las comunas de Vallenar y Alto del Carmen intervengan activamente en el monitoreo de los impactos sociales del proyecto. En este contexto, el CSA es la instancia a través de la cual se concreta la participación de las organizaciones comunitarias que concurren por medio de sus representantes. Tiene un carácter autónomo, sin embargo, ello no conlleva la separación de la titularidad de la obligación de realizar las sesiones y de la obligación de desarrollar el PMS, dado que ambas obligaciones no son dissociables, ya que el funcionamiento regular del CSA es la condición necesaria para la materialización de los objetivos del PMS, toda vez que CMN SpA es el único obligado como titular de la autorización ambiental contenida en la RCA N°24/2006.

Sexcentésimo sexagésimo primero Que, a juicio de estos sentenciadores, es importante precisar que si bien no se puede exigir a CMN SpA que asegure la asistencia a las sesiones de los demás miembros que integran el CSA, ya que ello excede sus posibilidades y depende de la voluntad de los demás miembros, la obligación de realizar las sesiones periódicas implica que la empresa debe asegurar que se están llevando a cabo todas las actividades que sean necesarias para que los demás integrantes del CSA puedan asistir y participar en ellas. En este sentido, dadas las características del

CSA, es posible señalar que para su correcto funcionamiento se requiere, al menos, garantizar que se están citando adecuadamente a todos los miembros, proporcionar un lugar para se reúna el comité o verificar continuamente que se estén considerando a todas las organizaciones comunitarias que pueden participar en la instancia, ya que el único obligado es la misma empresa.

Sexcentésimo sexagésimo segundo Que, dicho lo anterior, también se debe señalar que los miembros del CSA no pueden modificar la continuidad de las sesiones, considerando que en la RCA N°24/2006 se establece que el PMS se debe extender por toda la vida útil del proyecto. A mayor abundamiento, tampoco puede contradecir las medidas urgentes y transitorias que la SMA, en el uso de las facultades que le otorga el art. 3° literal g) de la LOSMA estableció en la Res. Ex. N°477/2013, mediante la cual se ordenó al titular del proyecto continuar con todo el seguimiento de las variables ambientales en todo el periodo en que estuviera paralizada la construcción del proyecto, lo cual incluye la implementación del PMS.

Sexcentésimo sexagésimo tercero Que, finalmente, se debe relevar el hecho que la decisión de suspender el funcionamiento del CSA consta en Acta N°03/2013, que se adoptó a propuesta del SEREMI de Medio Ambiente de la Región de Atacama, de la Directora Regional (S) del Servicio de Evaluación de Atacama, dos representantes de la Gobernación Provincial de Huasco y dos representantes de CMN SpA. Sin embargo y tal como ya se indicó, no consta en el acta que dicho acuerdo se haya adoptado con la objeción del sujeto obligado por la RCA N°24/2006. A su vez, se adoptó sin contar con el consentimiento de ninguna de las organizaciones comunitarias de las comunas de Alto del Carmen y Vallenar que integran dicha instancia, es decir, se adoptó un acuerdo sin las comunidades para quienes se creó el compromiso ambiental y representan a la población que se pretende proteger mediante el PMS, tal como se desprende de la misma RCA.

Sexcentésimo sexagésimo cuarto Que, por otro lado, ello va

íntimamente ligado al alcance de la obligación que CMN SpA tiene de acuerdo al considerando 7.1 literal i) de la RCA N°24/2006 respecto al CSA. En este sentido, CMN SpA sostiene que la empresa solo estaría obligada a proporcionar información y recursos necesarios, además de asistir a las reuniones.

Sexcentésimo sexagésimo quinto Que, en tal sentido, según la SMA, se debe señalar que efectivamente el cuarto párrafo del considerando aludido señala que "[...] a CMN le corresponderá proporcionar la información y recursos necesarios para efectuar el seguimiento, lo que incluye Auditorías Ambientales, así como también deberá designar una contraparte específica para este fin, que participará de todas las reuniones que efectúe la orgánica de seguimiento". Sin embargo, a juicio del órgano fiscalizador, no es posible desvincular el párrafo citado de las demás disposiciones de la RCA N°24/2006 como lo hace la empresa, y sostener que éste limita sus responsabilidades en relación al CSA. En efecto, el párrafo citado es simplemente una especificación de una de las tareas de CMN SpA dentro del contexto del PMS, pero en ningún caso restringe las gestiones que debe llevar a cabo la empresa respecto al CSA.

Sexcentésimo sexagésimo sexto Que, por otra parte, CMN SpA agrega que la SMA pasó por alto dos antecedentes relevantes para mantenerse en cumplimiento de sus obligaciones que le correspondían en virtud de la RCA. En efecto, que hace referencia a dos cartas en específico, a saber: (i) "Carta PL-156/2013, de fecha 16 de agosto de 2013, dirigida a la Directora del SEA de la Región de Atacama, en la cual se le informa que debido a la suspensión del Comité, no se ha podido presentar los resultados del plan de monitoreo social, no teniendo a dicha fecha, respuesta al ingreso de la propuesta de dicho plan, efectuado con fecha 30 de mayo de 2012"; y, (ii) "Carta PL 083, de 13 de mayo de 2015, dirigida a la SEREMI del Medio Ambiente de la Región de Atacama en su calidad de Presidente del Comité de Seguimiento Ambiental, CMNSpA solicita citar a sesión de reanudación del Comité de Seguimiento Ambiental".

Sexcentésimo sexagésimo séptimo Que, a juicio de la SMA, la carta PL-156/2013 dirigida a la Directora Regional del SEA de Atacama, señala lo siguiente: "Como es de su conocimiento el proyecto Pascua-Lama debe cumplir con las obligaciones impuestas en la Resolución de Calificación Ambiental N°24 [...] Uno de los compromisos establecidos en la RCA N°24/2006, es la implementación de un Plan de Monitoreo Social orientado a determinar, difundir, informar, graficar didácticamente a la comunidad en general los alcances de los impactos del proyecto Pascua-Lama presente en distintas variables ambientales" (énfasis agregado). Justamente, es el antecedente invocado en el reclamo el que reafirma las conclusiones señaladas en términos de que la titularidad de la obligación incumplida la tiene la empresa y no un tercero. Respecto de la carta PL-83/2015 dirigida a la SEREMI del Medio Ambiente de la Región de Atacama, señala que fue analizada en el considerando 1634 de la resolución sancionatoria.

Sexcentésimo sexagésimo octavo Que, de las alegaciones presentadas en este punto por parte de CMN SpA y el razonamiento expuesto por la SMA, a juicio de este tribunal no se advierten elementos fundantes que conlleven a desvirtuar la configuración del hecho infraccional. Es así, que de los antecedentes que latamente se detallan en la resolución reclamada, a saber: Objetivo del Plan de Monitoreo Social (considerandos 1351 a 1356); ámbito de aplicación territorial de la obligación asociada al PMS (considerandos 1358 a 1366); comité de seguimiento ambiental (considerandos 1374 a 1384); decisión de suspender el funcionamiento del CSA (considerandos 1384 a 1409); autonomía del CSA y titularidad de ejecutar las sesiones (considerandos 1410 a 1417); de la supuesta condicionalidad de la obligación (considerandos 1418 a 1423); y, de las demás circunstancias argumentativas traídas por las partes en esta sede judicial, se puede establecer que se encuentran debidamente fundadas las conclusiones arribadas por la SMA, y permiten con total claridad sostener que si bien el CSA es un órgano autónomo, tal situación no conlleva la separación de la titularidad de la obligación de realizar las sesiones del CSA y, como lógica consecuencia, de desarrollar el

programa de monitoreo social. Ello, ya que como lo fundamenta la SMA, el funcionamiento regular del CSA es la condición necesaria para la materialización de los objetivos del PMS.

Sexcentésimo sexagésimo noveno Que, asimismo, se encuentra en lo correcto la SMA cuando señala que no resulta coherente lo planteado por la empresa respecto a la falta de ejecutoriedad inmediata de la obligación, ya que no está sujeta al acuerdo o decisión del CSA, puesto que el PMS debe extenderse por toda la vida útil del proyecto, y no es posible aislar las obligaciones que se refieren a las actuaciones del CSA y atribuirle una eficacia distinta al resto de las disposiciones de la RCA N°24/2006, que causan inmediata ejecutoriedad.

Sexcentésimo septuagésimo Que, en consecuencia, las alegaciones presentadas en este punto por parte de CMN SpA no pueden prosperar, debiendo ser rechazadas.

(1.2) Sobre el cumplimiento de la obligación referente al programa de educación ambiental.

Sexcentésimo septuagésimo primero Que, sobre la presente alegación, CMN SpA señala que la formulación del cargo 6.2 efectuada por la SMA contempla un error relativo a considerar que ella debía desarrollar programas "continuos" de educación ambiental. La SMA habría desatendido el tenor literal de la RCA, determinando un alcance distinto al de la exigencia que lo sustenta, puesto que en ninguna parte la RCA señala que este programa deba tener el carácter de continuo. En este mismo orden de ideas, la exigencia que se estima infringida no tiene la naturaleza de una obligación permanente, por lo que se agota conforme a los requerimientos impuestos en el programa. Así se desprende del texto de la RCA, que establece la obligación de ejecutar "un programa de Educación Ambiental dirigido a los representantes de las organizaciones sociales que integren la instancia de seguimiento". A mayor abundamiento, agrega que la empresa ha dado cumplimiento a la obligación objeto de este cargo, consistente en la implementación de un programa de educación

ambiental para representantes de las organizaciones sociales, según se ha acreditado en el procedimiento sancionatorio.

Sexcentésimo septuagésimo segundo Que, la SMA señala que el PdEA es un componente esencial del PMS, ya que está destinado a potenciar e incrementar su utilidad para la comunidad. En esta línea, de acuerdo al considerando 7.1 literal i) de la RCA N°24/2006, el programa está dirigido a los representantes de las organizaciones comunitarias que integran el CSA, a fin de prepararlos para que comprendan los resultados de los monitoreos y los vinculen a la realidad de las localidades y grupos humanos que representan. Por lo tanto, los contenidos del PdEA se pueden extender a todas las materias que se discuten en las sesiones del CSA. En este sentido, es importante reiterar que, de acuerdo a lo establecido en el considerando 6.3 de la RCA N°24/2006, el PMS abarca no solo los impactos previstos del proyecto en el medio humano, sino que también todos aquellos posibles impactos que no fueron previstos en la respectiva evaluación ambiental.

En este contexto, la SMA considera que no se puede sostener que en un momento determinado se puede agotar el PdEA, ya que no es posible anticiparse y descartar aquellos impactos que no han sido previstos en la evaluación ambiental. Por lo tanto, aun en la hipótesis de haberse ejecutado completamente un programa que aborde todas las materias relacionadas con los compromisos propuestos en la evaluación ambiental respecto del componente socio ambiental, no es posible entender que el programa se agotó conforme a sus requerimientos. Por lo tanto, el PdEA debía operar en forma regular durante el tiempo en que está vigente el PMS, es decir durante toda la vida útil del proyecto de acuerdo a lo establecido en el considerando 7.1 literal i) de la RCA N°24/2006.

En este orden de ideas, a juicio de la SMA, la discusión relativa a si la obligación es "continua o no" es innecesaria, atendido que en el procedimiento administrativo se habría acreditado que la empresa nunca la cumplió.

Sexcentésimo septuagésimo tercero Que, la SMA sostiene que un PdEA que cumple con los objetivos de la RCA N°24/2006, debía considerar, al menos, el desarrollo de una metodología que incluya actividades tales como un diagnóstico inicial respecto de la situación socioeconómica de las personas que participarán en el programa de educación, la definición de los contenidos, la evaluación de los mecanismos que se utilizarán para transmitir los conocimientos y un seguimiento y evaluación de los resultados del programa. Sin embargo, a la luz de los antecedentes que obran en el procedimiento sancionatorio, concluye que hasta fecha no se ha desarrollado un programa que cumpla con esos requisitos.

Sexcentésimo septuagésimo cuarto Que, de las alegaciones presentadas en este punto por parte de CMN SpA y el razonamiento expuesto por la SMA, a juicio de este tribunal no se advierten elementos fundantes que conlleven a desvirtuar la configuración del hecho infraccional. Lo anterior, queda en evidencia luego del análisis de los antecedentes que latamente se detallan en la resolución reclamada, a saber: considerandos 1385 a 1392; 1424 a 1428 y 1504 a 1510; y de los argumentos expuestos por las partes en esta sede judicial.

Del análisis de lo anterior, se puede establecer con bastante claridad que el PdEA es un componente esencial del PMS, ya que está destinado a potenciar e incrementar su utilidad para la comunidad. El PMS abarca no solo los impactos previstos del proyecto en el medio humano, sino que también todos aquellos posibles impactos que no fueron previstos en la respectiva evaluación ambiental, por lo que no se puede sostener que en un momento determinado se puede agotar el PdEA, debiendo operar este durante toda la vida útil del proyecto, obligación que no fue debidamente cumplida por parte de CMN SpA.

Sexcentésimo septuagésimo quinto Que, a juicio de estos sentenciadores, y de acuerdo a la prueba que obra en el expediente administrativo, en esencia no se ejecutó un PdEA en los términos definidos en la RCA N°24/2006, que hubiese considerado una

metodología estandarizada y validada de trabajo, con un conjunto de actividades y metas, todos aspectos básicos para un compromiso de tal naturaleza.

Sexcentésimo septuagésimo sexto Que, con todo lo anterior, las alegaciones presentadas en este punto por parte de CMN SpA no pueden prosperar, debiendo ser rechazadas.

(2) En cuanto a la clasificación de la infracción.

Sexcentésimo septuagésimo séptimo Que, tal como se ha indicado precedentemente, CMN SpA cuestiona la clasificación efectuada por la SMA respecto a la infracción del cargo N°6. En efecto, sostiene que el PMS es parte del plan de seguimiento del proyecto y, como tal, no está ni puede estar destinado a hacerse cargo de los efectos identificados ni menos de los no identificados en la evaluación ambiental, cuestión que se ratificaría con lo dispuesto en el art. 105 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (RSEIA). Asimismo, indica que la SMA efectuó una errada interpretación sobre el alcance de la obligación, pues reconoce que el plan está orientado a evaluar la eventual ocurrencia de impactos no previstos, en circunstancias que las medidas destinadas a minimizar efectos adversos están siempre referidas a impactos detectados y evaluados durante los procesos de evaluación ambiental. Finaliza, sosteniendo que el PMS no fue concebido para hacerse cargo de los eventuales efectos del proyecto sobre el medio humano, sino para verificar la efectividad de las medidas que la RCA establece.

Sexcentésimo septuagésimo octavo Que, la SMA sostiene el PMS se consagra en la autorización ambiental como una instancia amplia y participativa que permite realizar seguimiento a los impactos socioeconómicos y ambientales del proyecto, vinculados principalmente al componente medio humano. Así, de la misma RCA se desprende que es un monitoreo de manejo adaptable que busca que el proyecto Pascua Lama sea capaz de responder a cualquier cambio en las comunidades afectadas, relacionadas con el desarrollo del mismo.

También, persigue la detección y reacción temprana ante impactos no previstos en la evaluación ambiental, proponiendo, por ejemplo, medidas de mitigación adicionales a las ya contempladas. En efecto, se trata de un plan esencialmente dinámico, cuyo alcance no está limitado a las medidas de mitigación. Agrega que lo esencial para efectos de la clasificación es determinar si la obligación infringida tiene por objeto minimizar los efectos del proyecto, criterio sostenido por la Excma. Corte Suprema, no siendo trascendente si las medidas han sido designadas expresamente como medidas de mitigación, reparación o compensación. Expresa, que, sobre la base de distintos hechos mencionados en la resolución sancionatoria, la obligación infringida tiene por objeto minimizar efectos adversos del proyecto, por lo que la clasificación de la infracción fue correcta.

Sexcentésimo septuagésimo noveno Que, al efecto, para abordar la presente controversia, este Tribunal se está a lo argumentando en relación al art. 36 N°2 letra e) de la LOSMA, y a lo sostenido por el Segundo Tribunal Ambiental en la causa R-51-2015, desarrollado para el análisis de la clasificación de la infracción del cargo N° 7.

Sexcentésimo octogésimo Que, así las cosas, el considerando N°6.3. de la RCA N°24/2006, señala que "[...] con el objetivo de evaluar la efectividad de los compromisos propuestos y la eventual ocurrencia de impactos no previstos en el componente socio ambiental, el titular se ha comprometido a implementar un Plan de Monitoreo Social y a participar y promover el seguimiento que las distintas expresiones de la comunidad organizada hagan del proyecto en ejecución, en particular, respecto a las condiciones establecidas en la Resolución de Calificación Ambiental. Asimismo, el titular se ha comprometido a proporcionar la información y recursos necesarios para efectuar Auditorías Ambientales Independientes". Sobre esta base, la SMA, acertadamente, a juicio de estos sentenciadores, indicó que el PMS permite, por una parte, hacer seguimiento y evaluar las medidas comprometidas en la RCA, y, por otra parte, evaluar los impactos no previstos que pudieran afectar las costumbres y sistemas de vida de

los grupos humanos. De esta forma, tiene por objeto minimizar los efectos no previstos del proyecto en los sistemas de vida y costumbres de las comunidades.

Sexcentésimo octogésimo primero Que, lo expuesto precedentemente permite descartar claramente los eventuales errores manifestados por CMN SpA, no pudiendo desconocerse, tal como fundadamente lo acreditó la SMA, que el PMS corresponde a una medida establecida en la RCA N°24/2006, para minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad. Asimismo, no se advierte que la SMA haya efectuado una interpretación errónea o que exceda el contenido de la obligación infringida, toda vez que los antecedentes considerados para fundar la clasificación de la infracción conforme al art. 36 N°2 letra e), de la LOSMA, se encuentran en el propio instrumento fiscalizado por la SMA, disposiciones que no pueden dejarse de aplicar.

Sexcentésimo octogésimo segundo Que, a juicio del Tribunal, el PMS constituye en rigor una medida destinada a minimizar los efectos adversos del proyecto, por cuanto se refiere a acciones contempladas en el instrumento de gestión ambiental para velar precisamente por el resguardo del medio humano desde el inicio de su ejecución y por toda su vida útil.

Sexcentésimo octogésimo tercero Que, en consecuencia, no advirtiéndose ilegalidad en la clasificación efectuada por la SMA respecto a la infracción en análisis, deben rechazarse las alegaciones formuladas por CMN SpA a este respecto.

(3) Sobre la falta de proporcionalidad en la aplicación de la sanción impuesta.

Sexcentésimo octogésimo cuarto Que, sobre este punto, CMN SpA funda la eventual falta de proporcionalidad reiterando los argumentos asociados a la errada clasificación de la infracción, señalando que la medida de seguimiento por su naturaleza no puede ser considerada una infracción grave.

Sexcentésimo octogésimo quinto Que, sobre esta alegación, considerando que las distintas alegaciones formuladas por CMN SpA han sido desechadas por estos sentenciadores previamente, y por los mismos fundamentos, carece de sustento la eventual ilegalidad fundada en una desproporción en la multa aplicada.

Sexcentésimo octogésimo sexto Que, sin perjuicio de ello, de lo expuesto por la SMA en el acto reclamado, se advierte una adecuada ponderación de las circunstancias del art. 40, resultando adecuada, idónea y proporcional la sanción impuesta en el presente cargo.

3.8 De las supuestas ilegalidades cometidas en la definición de todas las sanciones de multa al establecer un criterio de tasa de descuento que es muy superior al de las empresas similares.

Sexcentésimo octogésimo séptimo Que, respecto a la supuestas ilegalidades alegadas por CMN SpA para la determinación de todas las sanciones pecuniarias al establecer una tasa de descuento superior al de empresas similares, a juicio de este Tribunal la metodología aplicada por la SMA para la determinación de la tasa de descuento -según se analizó en el punto 2.7 de esta sentencia- es razonable, toda vez que los antecedentes que constan en el expediente judicial fueron revisados y replicados a partir de la Guía Metodológica para la Determinación de Sanciones Ambientales sin encontrar alteraciones que puedan resultar susceptibles de ilegalidad. Por lo anterior, este Tribunal rechazará, por los fundamentos antedichos, la alegación al respecto.

3.9 Del supuesto exceso en las competencias que habría incurrido la SMA respecto de la manera en que pretende que se implemente la clausura.

Sexcentésimo octogésimo octavo Que, conforme a las alegaciones y defensas formuladas por CMN SpA y la SMA, estos sentenciadores resolverán el presente punto controvertido, sobre la base de las siguientes subalegaciones: 1) Sobre la ausencia de los supuestos para decretar las MUT y el exceso de atribuciones respecto a las

competencias del SEA; 2) Del eventual exceso de atribuciones de la SMA, en relación a las competencias del SERNAGEOMÍN; y, 3) Sobre la supuesta interpretación efectuada por la SMA sobre el programa de seguimiento ambiental y monitoreos.

(1) Sobre la ausencia de los supuestos para decretar las MUT y el exceso de atribuciones respecto a las competencias del SEA

Sexcentésimo octogésimo noveno Que, al respecto, la CMN SpA indica que la SMA se habría extralimitado en sus facultades al decretar la realización de las MUT sin justificar de manera alguna el riesgo inminente de daño que debe motivarlas, en atención a lo dispuesto por el art. 3 letra g) de la LOSMA. Agrega, que, del tenor de las medidas, éstas se decretan para eventos hipotéticos, señalando incluso que la propia SMA ignora cuáles son las labores de cierre, cuáles son sus efectos, e incluso reconoce no saber en qué áreas se realizarán. Al decretar esas medidas, actúa más allá de sus competencias legales, estableciendo el cumplimiento de medidas que pretende justificar en eventos hipotéticos, en circunstancias que la determinación de tales medidas -si procedieren- corresponde al Servicio de Evaluación Ambiental, según lo dispuesto en la Ley N°19.300 y el RSEIA, y tras la evaluación concreta de los efectos que una modificación de proyecto puede o no generar.

Sexcentésimo nonagésimo Que, por su parte, la SMA indica que la alegación de CMN SpA es improcedente, dado que la misma Res. Ex. N°72/2018 fundamentó la configuración de esos riesgos. Adicionalmente, las MUT se relacionan instrumentalmente con la finalidad perseguida por las sanciones, ya que permiten acceder a información asociada a las variables ambientales que se han visto afectadas, y gestionar provisional y parcialmente algunos de los riesgos constatados y asociados a la implementación de la clausura. Agrega que el objetivo general de las medidas es la de realizar acciones de corrección material de hechos que se estiman son configurativos de un riesgo, o la realización de gestiones para

asegurar la disponibilidad de información suficiente y de la calidad sobre la evolución de ciertos parámetros, con el objeto de asegurar la eficacia de la intervención administrativa en el corto y largo plazo, así como gestionar la hipótesis de riesgo que se crean a propósito de la implementación de las clausuras definitivas ordenadas.

Sexcentésimo nonagésimo primero Que, para el análisis de este punto, es menester expresar que el resuelvo quinto de la Res. Ex. N°72/2018 dispuso medidas urgentes y transitorias relacionadas con las infracciones N°4, 23.2, y 23.9, con una naturaleza de control y seguridad. Asimismo, el resuelvo décimo de la aludida resolución, dispuso poner en conocimiento del SEA la resolución señalada, para los fines que estime pertinentes.

Sexcentésimo nonagésimo segundo Que, en efecto, el art. 3° letra g) de la LOSMA, señala como función y atribución de la SMA, "Suspende transitoriamente las autorizaciones de funcionamiento contenidas en las Resoluciones de Calificación Ambiental o adoptar medidas urgentes y transitorias para el resguardo del medio ambiente, cuando la ejecución u operación de un proyecto o actividad genere un daño grave e inminente para el medio ambiente, a consecuencia del incumplimiento grave de las normas, medidas y condiciones previstas en dichas resoluciones".

Sexcentésimo nonagésimo tercero Que, por su parte, la Jurisprudencia Administrativa de la Contraloría General de la República, ha sostenido que "en cuanto a la consulta relativa a la suspensión del acto que aplica la multa, en los procedimientos impugnatorios, cumple señalar que aquella no sólo podrá ser ordenada por la autoridad administrativa a petición fundada del interesado, conforme a lo previsto en el inciso final del artículo 57 de la ley N°19.880, sino también, de oficio, por cuanto el artículo 8° de la ley N°18.575 dispone que los órganos de la Administración del Estado actuarán por propia iniciativa o a solicitud de parte, y porque el artículo 32 de la ley N°19.880 establece que el órgano administrativo

podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la decisión que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello" (Dictamen N°60.656, de 2011).

Sexcentésimo nonagésimo cuarto Que, así las cosas, del análisis de las medidas decretadas, se advierte que las referidas medidas se relacionan con los cargos N°s 4, 23.2 y 23.9, estando justificados los supuestos de procedencia de aquellas, al existir antecedentes dentro del procedimiento sancionatorio que los acreditan, cuestión distinta a la configuración del daño ambiental para efectos de la clasificación de esas infracciones. Refuerza lo anterior, la circunstancia que tales medidas tienen por fin tutelar los objetos de protección ambiental afectados por las infracciones y que, en definitiva, su integridad no se vea afectada por los incumplimientos de la CMN SpA.

Sexcentésimo nonagésimo quinto Que, asimismo, no se advierte que tal circunstancia implique inmiscuirse en las facultades del SEA, ya que la ejecución de las medidas reclamadas tienen por objeto evitar la profundización de los daños ocasionados, controlando los riesgos de las infracciones, cuestiones que tienen una relación directa con la sanción de clausura impuesta al proyecto Pascua Lama, no vislumbrándose un exceso ni una intromisión en las facultades del SEA, cuyo ámbito de intervención es distinto a los fines sancionatorios y de prevención (general y especial) que tiene la SMA.

(2) Del eventual exceso de atribuciones de la SMA en relación con las competencias del SERNAGEOMÍN.

Sexcentésimo nonagésimo sexto Que, sobre la siguiente subalegación, la reclamante indica que la SMA habría interferido derechamente en las facultades del SERNAGEOMIN, ya que es esa entidad la llamada a aprobar la actualización del plan de cierre, y con ella, el conjunto de medidas y acciones destinadas a mitigar los efectos

que se deriven de una faena minera, en interacción con la autoridad ambiental.

Sexcentésimo nonagésimo séptimo Que, por su parte, la SMA indica que ante la ausencia regulatoria respecto a cómo y cuándo se deben ejecutar las sanciones, ese Organismo Fiscalizador está llamado a observar y ponderar, en el ejercicio de la sanción de clausura y en el cumplimiento de los fines que la ley le ha encomendado, los principios generales que gobiernan los actos administrativos, en particular, los de eficiencia y eficacia, razonabilidad y coordinación. Agrega, que esa Entidad no pretende, mediante la adopción de la sanción consistente en la clausura total y definitiva de la faena minera, modificar el proyecto Pascua Lama, ya que lo que se pretende es que la faena minera sea clausurada, en atención a la naturaleza y gravedad de las infracciones constatadas, así como a la magnitud e interrelación de los efectos asociados a las mismas.

Sexcentésimo nonagésimo octavo Que, indica el Organismo Fiscalizador, que la clausura es un mecanismo de intervención correctivo cuyos alcances sobrepasan en lo inmediato a la autorización ambiental o los planes de cierre de faenas mineras. De esta forma, en caso alguno se ha pretendido inmiscuir en las atribuciones de otros órganos de la administración, y por ello en los resueltos octavo y décimo se derivó el expediente sancionatorio al SERNAGEOMIN y se puso en conocimiento del SEA la resolución sancionatoria, respectivamente.

Sexcentésimo nonagésimo noveno Que, sobre lo alegado, es pertinente indicar que el acto reclamado en el resuelto octavo, ordena "Remítanse copia digital de la Resolución Sancionatoria del procedimiento Rol A-002-2013 (acumulado Rol D-011-2015), para que dicho organismo determine la pertinencia de la actualización o modificación del Plan de Cierre de la faena minera 'Pascua Lama', aprobado a través de la Res. Ex. N°1750, de fecha 2 de julio de 2015; así como del Plan de Cierre Temporal Parcial de la faena minera 'Pascua Lama', aprobado [a]través de la Res. Ex. N°2068 de fecha 21

de agosto de 2017, en virtud de lo establecido en la Ley N°20.551 y el Decreto MINMINERIA N°41/2012”.

Septingentésimo Que, al respecto es pertinente traer a colación lo dispuesto en el art. 2° de la LOSMA, que señala que: “La Superintendencia del Medio Ambiente tendrá por objeto ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las Resolución de Calificación Ambiental, de las medidas de los Planes de Prevención y, o de Descontaminación Ambiental, del contenido de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, y de los Planes de Manejo, cuando corresponda, y de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley. Los organismos sectoriales que cumplan funciones de fiscalización ambiental, conservarán sus competencias y potestades de fiscalización, en todas aquellas materias e instrumentos que no sean de competencia de la Superintendencia. Los organismos sectoriales que cumplan funciones de fiscalización ambiental, deberán adoptar y respetar todos los criterios que la Superintendencia establezca en relación a la forma de ejecutar las actuaciones de fiscalización, pudiendo solicitar a ésta que se pronuncie al respecto”.

Septingentésimo primero Que, por otra parte, el art. 1° de la Ley N°20.551, que establece el ámbito de aplicación de la ley de cierre de faenas mineras, dispone que “El cierre de las faenas de la industria extractiva minera se regirá por esta ley, sin perjuicio de lo establecido en las demás normas que resulten aplicables en los ámbitos específicos de su competencia”.

Septingentésimo segundo Que, el art. 4° del mismo cuerpo legal dispone que “La aprobación que realizare el Servicio al plan de cierre, en conformidad a lo dispuesto en la presente ley, constituirá un permiso sectorial para todos los efectos legales. El plan de cierre original deberá ser elaborado en conformidad con la resolución de calificación ambiental previamente aprobada, de forma tal de asegurar el cumplimiento de las obligaciones de reparación, mitigación o compensación diversas a las prescritas por esta ley, respecto de los predios superficiales, en conformidad a la ley N°

19.300 y la normativa ambiental aplicable. La empresa minera no podrá iniciar la operación de la faena minera sin contar, previamente, con un plan de cierre aprobado en la forma prescrita en esta ley". Por su parte, el art. 5° inciso primero agrega que, "El Servicio es el órgano de la Administración del Estado encargado de revisar y aprobar sectorialmente los aspectos técnicos de los planes de cierre de faenas mineras y sus actualizaciones, como asimismo velar por el cumplimiento de las obligaciones de la empresa minera causadas por los planes de cierre aprobados. Tendrá las facultades de supervigilancia y fiscalización que establece la ley".

Septingentésimo tercero Que, asimismo, resulta pertinente citar lo prescrito en el art. 22 de ley en comento, que señala "Todo plan de cierre aprobado por el Servicio deberá ser actualizado durante la operación minera en cuanto a su programación de ejecución, de manera de ser implementado progresiva e íntegramente por la empresa minera o por un tercero por cuenta de ella de acuerdo al avance efectivo del proyecto. Con el mérito del informe de auditoría y de lo resuelto a su respecto por el Servicio, la empresa minera deberá proceder a la actualización de su plan de cierre. Las modificaciones a la fase de cierre, que se consignaren en una resolución de calificación ambiental, obligan a la modificación del plan de cierre respectivo, en conformidad a lo establecido en la ley N°19.300 y el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Las actualizaciones de los planes de cierre incluirán, materializarán y concretarán progresivamente, para todos los efectos legales, los objetivos ambientales contenidos en la resolución de calificación ambiental del proyecto para la fase de cierre".

Septingentésimo cuarto Que, finalmente, es necesario traer a colación lo indicado en el art. 137 inciso 2° del RSEIA, que señala que "El permiso para la ejecución del plan de cierre de una faena minera, será el establecido en el artículo 6° de la ley N°20.551, de Cierre de Faenas e Instalaciones Mineras".

Septingentésimo quinto Que, sobre el punto reclamado es preciso dejar asentado que la ley N°20.417, al regular las sanciones en su Párrafo 2°, Título III, no establece la modalidad bajo la cual deban

ejecutarse las sanciones no pecuniarias, a diferencia de las multas, que en su art. 45 señala que: "Las resoluciones de la Superintendencia que apliquen multa tendrán mérito ejecutivo. El monto de las multas impuestas por la Superintendencia será a beneficio fiscal, y deberá ser pagado en la Tesorería General de la República, dentro del plazo de diez días, contado desde la fecha de notificación de la resolución respectiva, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56. El Pago de toda multa aplicada de conformidad a este Título deberá ser acreditado ante la Superintendencia, dentro de los diez días siguientes a la fecha que ésta debió ser pagada. Si el infractor fuere una persona jurídica, las personas naturales que la representen legalmente o que actúen en su nombre serán subsidiariamente responsables del pago de la multa".

Septingentésimo sexto Que, tal conclusión es de suma relevancia, ya que el ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado implica no solamente la aplicación formal de una determinada sanción, sino que, junto con ello, asegurar que aquella efectivamente se materialice, sobre la base de un ejercicio eficiente, eficaz y coordinado de la referida potestad.

Septingentésimo séptimo Que, a juicio de estos sentenciadores, las normas antes transcritas demuestran un deber de coordinación que debe existir entre los órganos y servicios del Estado, por lo demás contemplado en el art. 3° de la Ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. En efecto, las modificaciones que pueda sufrir el plan de cierre están íntimamente vinculadas con la RCA respectiva, al punto que, si un proyecto requiere de una nueva RCA, y ella influye en el plan de cierre, será obligatorio su modificación o adecuación, conforme a lo establecido en la Ley N°20.551.

Septingentésimo octavo Que, teniendo en cuenta la relación establecida por el legislador entre lo ambiental y los planes de cierre de faenas mineras de competencia de SERNAGEOMIN, es necesario expresar que el ejercicio de la potestad sancionadora de la SMA es uno de aquellos casos que, cuando corresponda, supondrá la modificación del plan de cierre respectivo. En ese sentido y

aplicando el principio de coordinación antes citado, la resolución impugnada en autos expresamente remite los antecedentes al SERNAGEOMIN para los efectos que este estime pertinente. Por consiguiente, para estos sentenciadores, la SMA no se "inmiscuyó" - como señala CMN SpA en su reclamación- en las competencias del aludido servicio, sino que, por el contrario, cumplió con su obligación de informarle el acto sancionatorio para que el SERNAGEOMÍN adopte lo que en derecho corresponda. En efecto, será el servicio sectorial, que, en uso de sus competencias, deberá decidir la actualización del plan de cierre, tomando en cuenta lo resuelto en el marco del procedimiento sancionatorio de la SMA. Lo anterior, ha quedado expresamente consignado en la Res. Ex. N°72, de 2018, específicamente, en el resuelvo octavo, antes transcrito.

Septingentésimo noveno Que, sin perjuicio de lo señalado, es posible observar por parte de estos sentenciadores que el plan de cierre definitivo, aprobado mediante Res. Ex. N°1750/2015 SERNAGEOMIN, necesariamente habrá de "actualizarse" y/o "modificarse" en razón de lo establecido en el plan de cierre temporal - parcial vigente (Res. Ex. N°2068/2017 SERNAGEOMIN), ya que bajo la situación actual se advierte una inconsistencia relevante, referida a que el plan de cierre definitivo, en lo que respecta al sistema de manejo de aguas, se circunscribe exclusivamente a las medidas de cierre y post cierre consideradas en la RCA N°24/2006, en circunstancias que el plan de cierre temporal vigente hace mención a los elementos asociados a las obras del sistema de manejo de aguas establecidas mediante la Res. Ex. N°477/2013 de la SMA.

Septingentésimo décimo Que, por consiguiente, no advirtiéndose ilegalidad reprochable a la SMA, esta alegación deberá ser rechazada.

(3) Sobre la supuesta interpretación efectuada por la SMA respecto el programa de seguimiento ambiental y monitoreo.

Septingentésimo undécimo Que, al respecto, CMN SpA sostiene que, a partir de lo establecido en el resuelvo séptimo de la Res. Ex. N°72/2018, se establecen los programas de seguimiento que deben

continuar ejecutándose, incluyendo muchos que solo son exigibles durante las fases de construcción y operación. Asimismo, se haría referencia a los considerandos de la RCA que serían aplicables, pero en muchos casos, las especificaciones del programa de monitoreo no se encuentran en la RCA respectiva, sino en otros antecedentes de la evaluación. Agrega la parte reclamante, que la SMA se habría extralimitado en sus atribuciones al interpretar erróneamente que la CMN SpA debía continuar ejecutando actividades de seguimiento y monitoreo, en circunstancias que los monitoreos no son aplicables a la fase de cierre ni son consistentes con lo establecido por la RCAs, el plan de cierre definitivo aprobado por SERNAGEOMÍN el año 2015, ni en el plan de cierre temporal y parcial del año 2017, del mismo organismo. A su vez, muchos de los monitoreos solo son exigibles durante las fases de construcción y operación.

Septingentésimo duodécimo Que, por su parte, la SMA indica que, si bien las medidas de seguimiento y control que se ordenaron mantener durante la ejecución de la clausura se encuentran establecidas en la RCA, son en rigor medidas de gestión de riesgos que se han estimado útiles para enfrentar las eventualidades que puedan surgir en el marco de la implementación de la clausura del proyecto.

Septingentésimo decimotercero Que, sobre el particular, es preciso señalar que el resuelvo séptimo del acto impugnado estableció que "en razón de la adopción de la sanción de clausura definitiva de la faena, es dable recordar que la empresa deberá continuar con la ejecución de las actividades de seguimiento socioambiental, de conformidad a las condiciones dispuestas en la RCA N°39/2011, en la RCA N°24/2006, y en la Res. Ex. N°94/2016, debiendo reportar las materias allí comprometidas, observando las particularidades de cada obligación [...]".

Septingentésimo decimocuarto Que, en relación con lo anterior, la RCA N°24/2006, señala en el punto N°4.2, literal d.2), que "[...] La Fase de cierre concluirá aproximadamente tres años después del cese de las actividades productivas, dando paso a las actividades de mantención y monitoreo de largo plazo, que incluirán la operación del sistema de manejo y tratamiento de drenajes ácidos del depósito

de estéril Nevada Norte, hasta que éstos alcancen la calidad de línea base de las aguas del área de la mina y las Autoridades determinen en base a los resultados de los monitoreos la conveniencia de dar término a la operación de la planta”.

Septingentésimo decimoquinto Que, asimismo, el punto 4.3.3, de la misma RCA, establece que “[...] CMN elaborará y actualizará el Plan de Cierre de Pascua-Lama al menos cada cinco años, y lo someterá en cada instancia a aprobación del Sernageomin. En el caso eventual de una paralización transitoria de faena, se presentará a dicho Servicio un Plan de Cierre Temporal, considerando en este caso las prórrogas establecidas en el Reglamento. Asimismo, si la paralización es definitiva, CMN procederá con la ejecución de las obras contempladas en el plan de cierre”.

Septingentésimo decimosexto Que, la letra k) del punto antes transcrito, refiriéndose al monitoreo, señala que “Como medida preventiva se mantendrá un plan de monitoreo post-cierre, definido de acuerdo a un levantamiento de las condiciones en el momento del cierre, de modo tal de dirigir los esfuerzos a la zona de influencia del área de la mina, incluyendo: rajo, depósito de estéril, y eventuales acopios, todo ello enfocado principalmente a la verificación de la calidad de las aguas.

Dicho plan mantendrá los puntos de monitoreo instrumentalizados definidos para la fase de operación del Proyecto, reemplazando estaciones defectuosas o aquellas que cumplieron su vida útil. El monitoreo post-cierre se extenderá por el tiempo necesario, según establezca la autoridad competente”.

Septingentésimo decimoséptimo Que, de lo anteriormente transcrito, es posible desprender la obligación de CMN SpA de continuar efectuando monitoreos en la etapa cierre de la faena, por lo que, a juicio de estos sentenciadores, no es posible advertir la manera en que el resuelvo séptimo de la Res. Ex. N°72/2018 puede imponer mayores condiciones e interpretar erróneamente los instrumentos reguladores del proyecto Pascua Lama, ya que no tiene elemento decisorio alguno, limitándose solo a “recordar” a CMN SpA que “deberá continuar con la ejecución de las actividades de

seguimiento socioambiental, de conformidad a las condiciones dispuestas en la RCA N°39/2001, en la RCAs N°s. 39/2001 y 24/2006, y la Resol. Ex. N°94/2016 [...]”, además de poner énfasis en aquéllos que se indican específicamente.

Septingentésimo decimoctavo Que, a su vez, teniendo presente que el acto sancionatorio no tiene el carácter de modificar la RCA, CMN SpA deberá ajustarse en materia de monitoreo y seguimiento ambiental a lo contenido expresamente en sus licencias respectivas, además, de las obligaciones de monitoreo contenidas en sus planes de cierre minero. En ese contexto, corresponderá a CMN SpA valerse de los mecanismos contemplados en el ordenamiento jurídico ambiental para efectos de precisar, aclarar e interpretar los alcances de sus obligaciones ambientales en la etapa de cierre del proyecto minero Pascua Lama.

Septingentésimo decimonoveno Que, por lo razonado precedentemente, la alegación formulada por CMN SpA a este respecto será rechazada.

IV. DEL ANÁLISIS DE LAS RECLAMACIONES EFECTUADAS PARA CADA CARGO EN PARTICULAR ALEGADO RESPECTO DE LA RESOLUCIÓN EXENTA N°72, REALIZADO EN CAUSA R-6-2018.

4.1 Vicio N° 1: Respecto a la omisión de la resolución sancionatoria de ordenar a CMN SpA la construcción definitiva del Sistema de Manejo de Aguas.

Septingentésimo vigésimo Que, la presente ilegalidad sostenida por las sociedades agrícolas, se centra en la omisión por parte de la SMA del establecimiento de la obligación de CMN SpA de la construcción del sistema de manejo de aguas en los términos establecidos en la RCA, toda vez que es un hecho del proceso que la infractora reconoció, al aceptar los cargos, que el sistema de manejo de aguas no fue construido en los términos establecidos por la RCA, ni se encuentra en operación. De ahí que, al momento de dictarse el acto reclamado, persistía en la omisión consistente en la falta de

construcción y operación de éste. Agregan que la construcción del referido sistema es la única forma de hacer posible el cumplimiento de la sanción de clausura definitiva que impone la misma resolución que se recurre, de ahí que la autoridad debió disponerla. Finalizan señalando que, en la resolución recurrida se establecen una serie de medidas urgentes y transitorias de control y seguridad, y ninguna de ellas dice relación con la indemnidad de las aguas o la construcción del referido sistema de manejo, lo que es inaceptable, pues no solo se omite ordenar la construcción de la principal obra de la RCA, sino que tampoco se adoptan medidas para resguardar la calidad de las aguas.

Septingentésimo vigésimo primero Que, por su parte, la SMA señala que entre las MUT ordenadas en la resolución sancionatoria, si se consideró una referida a las aguas y su calidad, según consta en el resuelvo sexto, literal h) del acto impugnado. Agrega, respecto al fondo de lo alegado, que el hecho que el sistema de manejo de aguas no estuviera construido completamente dio lugar a los cargos N°s. 23.4, 23.5 y 23.6 del procedimiento sancionatorio rol A-002-2013. Así, en la resolución sancionatoria se dieron por configurados los mismos y se acreditó que no se encontraban instaladas y operativas las unidades del sistema de manejo de aguas relacionadas con los referidos cargos.

Luego, sostiene el organismo sancionador que la obligación de construir el sistema de manejo de aguas viene de las referidas autorizaciones ambientales, por lo que es innecesario y sin objeto que la SMA vuelva a declararlo en su resolución sancionatoria, por lo que dicha "omisión" está lejos de ser un vicio que lleve a anular la misma. Agrega, a mayor abundamiento, que la resolución sancionatoria remitió copia del expediente administrativo al SERNAGEOMÍN, a fin que esa autoridad sectorial garantice el fin del plan de cierre definitivo, esto es, la estabilidad física y química de las instalaciones, para lo cual deberá tener presente la necesidad que el sistema de manejo de aguas esté construido, obligación que como ya se señaló se crea en las autorizaciones ambientales, y que no requiere ser reafirmada o confirmada por la SMA, entendiéndose

que el riesgo de su no materialización momentánea está manejado con las MUT que ya se ordenaron, y con la paralización vigente que afecta al proyecto.

Septingentésimo vigésimo segundo Que, para el análisis de la presente controversia, debe tenerse presente lo resuelto respecto a las alegaciones formuladas por estos reclamantes respecto a la Res. Ex. N°70/2018, de la SMA, que en el considerando centésimo quincuagésimo octavo, resolvió que “[...] considerando que subsiste el deber de CMN SpA de cumplir con la construcción del sistema de manejo de aguas ya señalado, y que por tanto no se ha cumplido con la obligación de ‘Informar la ejecución íntegra del sistema de manejo de aguas en la forma prevista en la RCA, dentro del plazo de 3 días desde su íntegra ejecución’, estos sentenciadores estiman que no se dan los supuestos de hecho para tener por íntegramente cumplida con la MUT del numeral 1 del resuelvo segundo de la Res. Ex. N°477, de 2013, por lo que se acogerá parcialmente la reclamación en este punto, tal como se expresará en la parte resolutive de la sentencia”.

Septingentésimo vigésimo tercero Que, en ese contexto, y tal como lo ha sostenido la SMA, subsiste el deber de CMN SpA de construir el sistema de manejo de aguas en los términos establecidos en la RCA, obligación que no emana de la resolución sancionatoria, sino de las licencias ambientales asociadas al proyecto, por lo que mal puede entenderse que el no establecimiento de dicha obligación en la Res. Ex. N°72, de 2018 constituye una ilegalidad, por lo que debe rechazarse la alegación formulada a este respecto.

Septingentésimo vigésimo cuarto Que, asimismo, es posible constatar que la resolución sancionatoria contempla en el resuelvo sexto, literal h), que “En virtud de lo constatado e imputado en la infracción N° 23.9 del Ordinario U.I.P.S. N° 58/2013, deberá realizar la caracterización geoquímica del material depositado entre NE-5 y el muro cortafugas, originado tras la excavación de la zanja cortafuga. La caracterización debe estar orientada a determinar la composición de dicho material, como también a evaluar el potencial que éste tiene de generar efectos en la calidad química del agua del río Estrecho. Esta caracterización deberá realizarla en el plazo de

seis meses a contar de la fecha de notificación de la resolución sancionatoria y remitirla a la SMA, en el plazo de 10 días hábiles una vez que obtenga los resultados respectivos”.

Septingentésimo vigésimo quinto Que, en efecto, dicha medida contribuye a verificar la no afectación de la calidad química del agua del río Estrecho, cuestión que permitirá asegurar la protección del componente ambiental que el mismo sistema de manejo de aguas busca tutelar.

Septingentésimo vigésimo sexto Que, por consiguiente, no se advierte la ilegalidad denunciada por las sociedades agrícolas, debiendo tenerse presente, igualmente, que CMN SpA debe dar cumplimiento a lo mandatado en sus RCAs, en lo pertinente al sistema de manejo de aguas.

4.2 Vicio N°2: Sobre la falta de contenido sancionatorio y disuasivo en la aplicación de 5 sanciones de clausura.

Septingentésimo vigésimo séptimo Que, la presente controversia se centra en la circunstancia que las sanciones impuestas a CMN SpA carecían de un contenido sancionador, y que no cumplen con la función disuasoria que les es propia, al sancionar cinco veces con la clausura definitiva al proyecto de CMN SpA por distintos hechos infraccionales, en circunstancias que el contenido aflictivo de una medida como la mencionada se agota íntegramente en el cumplimiento de la primera de ellas, y las restantes resultan carentes de contenido y de entidad suficiente para cumplir con su función disuasoria.

Septingentésimo vigésimo octavo Que, al respecto, la SMA sostiene que los cargos N°s. 23.2, 23.9, 23.11, 4, y 7, ameritaban una respuesta asociada a una sanción no pecuniaria, considerando la gravedad de los mismos, la ponderación del art. 40 de la LOSMA en cada caso, y la realidad infraccional que creó CMN SpA, cuestión que implicó dos procedimientos sancionatorios, una serie de cargos formulados que, además, afectaban a distintos componentes

ambientales.

Septingentésimo vigésimo noveno Que, previo al análisis de la controversia planteada, es preciso señalar que lo que se resuelva en el presente acápite dice relación con las sanciones de clausura validadas por este Tribunal, obviando aquellas infracciones respectos de las cuales la SMA deberá reclasificar y aplicar una nueva sanción, como se expresará en la parte resolutive de esta sentencia.

Septingentésimo trigésimo Que, así las cosas, para el análisis de la presente controversia, debe tenerse presente que el art. 38 de la LOSMA, señala que "las infracciones cuyo conocimiento compete a la Superintendencia, podrán ser objeto de las siguientes sanciones [...]". A su vez, el art. 39 del mismo cuerpo legal, señala que "la sanción que corresponda aplicar a cada infracción se determinará, según su gravedad, dentro de los siguientes rangos [...]". Además, el art. 40 agrega que "Para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se consideraran las siguientes circunstancias [...]".

Septingentésimo trigésimo primero Que, por su parte, resulta importante tener presente que la sanción administrativa en Chile, "se traduce en (A) un acto decisorio desfavorable, (B) emitido por un sujeto dotado de potestades públicas administrativas sobre otro, quien se encuentra sujeto a una regulación determinada, (C) antecedida de un procedimiento previo, (D) y cuya finalidad es la represión de una contravención normativa, en atención a la protección de un específico bien jurídico, al que debe atender el organismo sancionador" (Enteiche Rosales, Nicolás, "¿Qué es una "sanción Administrativa" en Chile?", en Sanciones Administrativas, X Jornadas de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo, Editorial Thomson Reuters, año 2014, p. 10-11).

Septingentésimo trigésimo segundo Que, en ese orden de ideas, en el marco de las sanciones que eventualmente se aplican, "[...]la multa representa la más común de las sanciones administrativas. En virtud de ella, se condena al infractor a pagar una determinada suma de dinero que va a incorporarse a las arcas públicas. Sin embargo,

existen otras posibilidades de sanción, así: la suspensión de un derecho, la privación de un derecho y la revocación sancionadora de los títulos administrativos que habilitan para realizar la actividad en cuyo caso se ha cometido la infracción" (Bermúdez Soto, Jorge, "Fundamentos de Derecho Ambiental", Editorial Universitaria de Valparaíso, 2° Edición, pág. 479).

Septingentésimo trigésimo tercero Que, a su vez, es pertinente traer a colación lo establecido en las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales, aprobadas por la Res. Ex. N° 1002, de 29 de octubre de 2015, de la SMA, que disponen en el apartado N°4 relativo a las Sanciones no pecuniarias, que "en relación a los fundamentos que la Superintendencia ha contemplado para el uso de las sanciones no pecuniarias aplicables a infracciones de carácter grave o gravísima, a saber, la clausura ya sea temporal o definitiva, o bien, la revocación de la resolución de calificación ambiental, su imposición se considera en el caso en que las sanciones pecuniarias no son suficientes para cumplir el objetivo de disuasión o el objetivo del adecuado resguardo del medio ambiente y la salud de las personas, siendo los efectos de la infracción de una magnitud tal que se hace necesario tomar acciones para el resguardo del bien jurídico protegido".

Septingentésimo trigésimo cuarto Que, a mayor abundamiento, las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales, aprobadas por la Res. Ex. N°85, de 22 de enero de 2018, de la SMA, señalan que "la imposición de sanciones no pecuniarias en el caso de infracciones graves y gravísimas se justificará por fines disuasivos cuando las circunstancias de la comisión de la infracción dan cuenta de que una sanción pecuniaria no va a lograr ser un desincentivo suficiente para la comisión de infracciones futuras por parte del infractor. En la adopción de esta decisión, corresponde considerar el tipo de incumplimiento y las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA [...]". En materia de clausura, "implica la detención y cierre físico del proyecto. Esta puede ser total, si abarca toda la unidad fiscalizable, o parcial, si solo se refiere a una parte de las instalaciones. Puede ser también temporal, si se limita a un periodo

de tiempo, o definitiva”.

Septingentésimo trigésimo quinto Que, en efecto, de lo precedentemente expuesto, se desprende que el legislador ha establecido la máxima que “para cada infracción debe aplicarse una sanción” -con la excepción del art. 60 de la LOSMA-, la que se determinará según los criterios establecidos en el art. 40, conforme a la previa aplicación de los artículos 35, 36, 38 y 39, todos del referido cuerpo legal, no existiendo, por consiguiente, impedimento para que ante hechos infraccionales con un mismo o similar nivel de gravedad, se aplique una misma sanción.

Septingentésimo trigésimo sexto Que, lo anterior se ve reforzado por lo dispuesto en el art. 17 N°4 de la Ley N°20.600, que otorga competencia a los Tribunales Ambientales para autorizar “las resoluciones de la Superintendencia que apliquen las sanciones establecidas en las letras c) y d) del artículo 38 de la misma ley, elevadas en consulta”, pudiendo este Tribunal autorizar una, dos o más sanciones de aquellas impuestas por la SMA por distintos hechos infraccionales, en la eventualidad que se cumplan los supuestos para ello. Tal circunstancia, para estos sentenciadores, no implica un beneficio para el infractor, ya que uno de los objetivos de la sanción administrativa en materia ambiental es tutelar el bien jurídico protegido por la normativa infringida, cuestión que tal como se desprende del acto reclamado, es distinto en cada uno de los casos en que este Tribunal validó la sanción aplicada, teniendo un particular efecto disuasivo, atendida la magnitud de las infracciones.

Septingentésimo trigésimo séptimo Que, finalmente, respecto a la alusión a las denominadas infracciones de tipicidad reforzada, es preciso señalar que la doctrina en materia penal ha indicado, refiriéndose a los delitos con tal tipicidad, que son aquellos en que las acciones que forman parte del tipo penal se pueden desplegar en momentos distintos, pero que tienen una determinada relación o vinculación. Así, tal figura dice relación con el ejercicio de encuadrar un hecho en un determinado tipo infraccional, lo que no se relaciona, en este caso, con la determinación de la sanción en

específico a imponer.

Septingentésimo trigésimo octavo Que, en consecuencia, de lo anteriormente expuesto, estos sentenciadores rechazarán la alegación formulada por las sociedades agrícolas reclamantes, por no existir ilegalidad alguna que reprochar a este respecto a la SMA.

4.3 Vicio N°3: Respecto al descarte ilegal de daño ambiental en las aguas.

Septingentésimo trigésimo noveno Que, respecto a esta alegación, y teniendo además presente el análisis de la controversia planteada en los considerados nonagésimo y siguientes, estos sentenciadores la sistematizarán de la siguiente forma: 1) Sobre el efecto del allanamiento en materia de daño ambiental; 2) Sobre lo resuelto por el Segundo Tribunal Ambiental en relación al daño ambiental de las aguas; y 3) Respecto al incumplimiento del deber de información y el descarte del daño ambiental.

(1) Sobre el efecto del allanamiento en materia de daño ambiental.

Septingentésimo cuadragésimo Que, en lo pertinente a la presente alegación, en síntesis, las Agrícolas Dos Hermanos Limitada y Santa Mónica Limitada sostienen que CMN SpA habría aceptado los cargos que le fueron imputados en el procedimiento sancionatorio con fecha 29 de abril de 2013, salvo en lo que respecta al cargo 23.14, cuestión que significaría un reconocimiento de los hechos, resultando improcedente que la autoridad, con posterioridad, estime tales hechos como controvertidos o concluya que no han quedado acreditados con la prueba rendida, o que no hubo daño ambiental.

Septingentésimo cuadragésimo primero Que, por su parte, la SMA sostiene que: (i) a pesar de que exista un allanamiento de los hechos, considerando que en materia de infracciones administrativas existe un interés público en su investigación y configuración, la SMA igualmente debe hacer un análisis de los antecedentes del expediente para verificar los alcances de los hechos involucrados; y, (ii) efectivamente, CMN SpA se allanó a los cargos del

procedimiento rol A-002-2013, salvo el cargo N°23.14. Sin embargo, en ninguno se imputó la existencia de daño ambiental en materia de aguas. Además, de la revisión de los cargos en ninguno de ellos se imputó "daño ambiental", por lo que malamente puede existir un allanamiento respecto de dicha hipótesis.

Septingentésimo cuadragésimo segundo Que, para un adecuado análisis de lo planteado, es preciso indicar que el allanamiento en materia de Derecho Administrativo Sancionatorio puede ser entendido como la manifestación de voluntad del presunto infractor, en la que reconoce, total o parcialmente, los cargos formulados dentro de un determinado procedimiento sancionatorio. En esa línea, se ha indicado que "el allanamiento es total cuando el presunto infractor acepta llanamente todas y cada una de las cuestiones tratadas en la formulación de cargos a saber, los hechos constitutivos de la infracción, la calificación jurídica y sanción propuesta. Por otro lado, el allanamiento es parcial cuando presunto infractor acepta llanamente alguna de las materias tratadas en los cargos, ya sea, los hechos u omisiones constitutivos de la infracción, la calificación jurídica o la sanción propuesta" (Osorio Vargas, Cristóbal, ob. Cit., p.693).

Septingentésimo cuadragésimo tercero Que, efectuadas las precisiones anteriores, según consta del expediente del procedimiento sancionador, con fecha 29 de abril de 2013 CMN SpA sostuvo que "[...]el objetivo principal de esta presentación consiste en contestar los cargos que se imputan a mi representada en el Ordinario N° 058 de la Superintendencia de Medio Ambiente, de fecha 27 de marzo del presente año, reconociendo la mayoría de los hechos contenidos en dicho documento". Agrega, que "[...] sin perjuicio de lo expuesto, estimamos que el considerando 23.14, relativo a la profundidad de la Pantalla Cortafuga, no puede ser incluido en el presente reconocimiento o aceptación de hechos, ya que estimamos fundadamente que se ha construido acorde a lo señalado en la Resolución de Calificación Ambiental N°24, teniendo en consideración los más altos estándares nacionales e internacionales [...]". Asimismo, se indica "En conclusión, y no obstante lo señalado para

el hecho del considerando recién indicado, CMN expone a continuación su contestación, observaciones y aceptación a los hechos que se le imputan [...]”.

Septingentésimo cuadragésimo cuarto Que, es preciso señalar que el Segundo Tribunal Ambiental en la antes citada causa R-6-2013, ha sostenido que “[...] debe tenerse en cuenta que, atendido el allanamiento de la Compañía respecto de la casi totalidad de los cargos formulados, prácticamente no hubo en el proceso controversia sobre hechos sustanciales y pertinentes que ameritaran diligencias probatorias destinadas a acreditar los hechos constitutivos de infracción” (considerando quincuagésimo).

Septingentésimo cuadragésimo quinto Que, de acuerdo a lo expuesto precedentemente, es posible advertir que dentro del procedimiento sancionatorio A-002-2013, CMN SpA efectuó un allanamiento parcial de los hechos imputados en la formulación de cargos, cuestión que ha quedado demostrada al referirse únicamente a la “aceptación de hechos” en su presentación de 29 de abril de 2013.

Septingentésimo cuadragésimo sexto Que, como corolario de lo anterior, se desprende que no ha existido una aceptación de la calificación y clasificación de las infracciones, ni de la eventual sanción aplicable. Tal circunstancia permite extraer dos conclusiones relevantes para esta alegación: i) Del análisis de los cargos formulados, no consta que se hayan formulado cargos por un eventual daño ambiental en las aguas imputable a CMN SpA, y; ii) No consta que CMN SpA haya aceptado, en la presentación aludida, como efecto de sus infracciones, un daño ambiental por contaminación de las aguas.

Septingentésimo cuadragésimo séptimo Que, no obstante, la formulación de cargos por parte de un organismo sancionatorio y el allanamiento a los mismos por el presunto infractor, son garantías propias de un debido proceso, que el ente dotado de la facultad de sancionar demuestre fundadamente la efectividad de la conducta infraccional, de manera que de no darse el supuesto de hecho o de incurrir en algún error que afecte las garantías de defensa, se encuentra impedida de aplicar una sanción.

Septingentésimo cuadragésimo octavo Que, en consecuencia, la alegación formulada por las sociedades agrícolas en este apartado debe ser rechazada.

(2) Sobre lo resuelto por el Segundo Tribunal Ambiental en la materia reclamada.

Septingentésimo cuadragésimo noveno Que, sostienen las reclamantes que debe tenerse en cuenta que la existencia de daño ambiental en las aguas quedó establecida en la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental dictada en los autos rol R-6-2013, de manera que la decisión de la SMA en este punto contraviene una resolución previa que se encuentra ejecutoriada.

Septingentésimo quincuagésimo Que, en relación a lo resuelto por el Segundo Tribunal Ambiental, la SMA sostiene que nunca se acreditó por ese órgano jurisdiccional la existencia de una hipótesis de daño ambiental en materia de aguas, sino que concluyó la existencia de "indicios de que las obras y actividades de la Fase de Construcción del Proyecto Pascua-Lama han alterado la calidad de las aguas superficiales en la cuenca del Río Estrecho". Ello llevó a esa Entidad a realizar un análisis de afectación de la calidad de las aguas asociado a los cargos 23.2, 23.9 y 23.11, incorporando importantes anexos técnicos a la resolución sancionatoria.

Septingentésimo quincuagésimo primero Que, para resolver adecuadamente el punto reclamado, es pertinente traer a colación lo efectivamente resuelto por el Segundo Tribunal Ambiental. Así, el considerando centésimo quinto de la sentencia dictada por el aludido Organismo Jurisdiccional, señala que "[...]en definitiva, de los análisis realizados por este Tribunal sobre la eventual afectación de la calidad de las aguas superficiales, se concluye lo siguiente:
1. Hay indicios de que las obras y actividades de la Fase de Construcción del Proyecto Pascua-Lama han alterado la calidad de las aguas superficiales en la cuenca del río Estrecho, considerando el comportamiento de los parámetros indicativos del Drenaje Acido de Rocas y la turbidez, detectándose un incremento a partir del inicio de esta fase en comparación con la Línea de Base establecida en la

RCA y las correspondientes normas aplicables. 2. Asimismo, existen indicios de que el Titular no ejecutó los planes de respuesta comprometidos en la RCA durante esta Fase de Construcción, a pesar de la evidencia sobre el comportamiento de la calidad del agua superficial, que superó los Niveles de Alerta establecidos en la RCA, tanto antes de los hechos objeto de esta reclamación como con ocasión de los mismos. 3. Que la justificación esgrimida para esto último, no sería válida pues la adaptación metodológica propuesta por el Titular no sería aplicable a la Fase de Construcción. 4. Que los nuevos Niveles de Alerta propuestos en dicha adaptación metodológica, al incorporar la Línea de Base histórica de la Fase de Construcción buscarían elevar los umbrales de aplicación de los planes de respuesta durante la etapa de operación, evitando tener que adoptar medidas de resguardo de los recursos hídricos, como los Planes de Preemergencia y Emergencia comprometidos en la RCA. 5. Que, a pesar de lo anterior, paradójicamente, tanto el SEA como la DGA, optaron por eximir la modificación de la metodología de cálculo de los Niveles de Alerta del ingreso al SEIA para su evaluación, manifestando que los cambios propuestos 'no constituían una modificación de consideración del proyecto'. 6. Que, contando con la información necesaria, la SMA no realizó análisis alguno en la resolución reclamada sobre la materia y omitió por completo referirse a la posible contravención de las condiciones establecidas en la RCA respecto a las aguas superficiales. Esto era absolutamente necesario, de acuerdo a la naturaleza de los incumplimientos que, por transgredir condiciones destinadas a proteger el componente agua, requerían para su calificación y posterior determinación de la sanción, el debido análisis sobre la afectación del citado componente. 7. Que debe hacerse notar la falta de claridad y sistematización de la RCA respecto de las obligaciones del Titular para la protección de los recursos hídricos, lo que llama poderosamente la atención a este Tribunal, considerando el importante rol que juega la RCA en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Tratándose de un documento complejo por su naturaleza, el Tribunal recomienda a la autoridad administrativa un

esfuerzo especial para ordenar y sistematizar adecuadamente su contenido, de manera que todas las partes interesadas, particularmente el Titular, los organismos de fiscalización y la comunidad eventualmente afectada o involucrada puedan entender y/o aplicar, según corresponda, las disposiciones de la RCA destinadas a garantizar la integridad de los componentes ambientales y la salud de las personas en el desarrollo de las actividades productivas en el territorio nacional”.

Continua el considerando, señalando que “[...] por lo tanto, en cuanto a las aguas superficiales, la SMA incurrió en ilegalidad al omitir cualquier pronunciamiento fundado sobre el punto en la resolución impugnada, por lo que en la nueva resolución que deberá dictar -como consecuencia de la nulidad de dicha resolución que se declarará- deberá considerar todo [sic] los antecedentes y conclusiones a los cuales ha arribado este Tribunal, a efecto de calificar las infracciones y proceder a la determinación de las sanciones específicas”.

Septingentésimo quincuagésimo segundo Que, de lo transcrito precedentemente, se desprende claramente que el Segundo Tribunal Ambiental no se pronunció respecto de la existencia de daño ambiental sobre las aguas superficiales -como pretende la parte reclamante-, sino que de alteraciones a la calidad de las aguas superficiales en la cuenca del río Estrecho, de manera que no existe vulneración alguna por parte de la SMA a lo resuelto por el Segundo Tribunal Ambiental.

Septingentésimo quincuagésimo tercero Que, de acuerdo a lo razonado precedentemente, no se advierte ilegalidad alguna en la resolución sancionatoria respecto del punto reclamado, debiendo rechazarse la alegación a este respecto.

(3) Respecto al incumplimiento del deber de información y el descarte del daño ambiental.

Septingentésimo quincuagésimo cuarto Que, sobre este punto, las sociedades agrícolas sostienen que la Res. Ex. N°72/2018 determinó que no era posible constatar si existía daño ambiental por

contaminación de las aguas, debido a la ausencia de información confiable al respecto, cuestión que no habría sido posible porque la propia empresa no envió la información ni las mediciones a que se había obligado, según los planes de monitoreo que forman parte de la RCA. Lo anterior, se observaría respecto a los cargos 23.2, 23.9, 23.11 y 23.13.

Agregan que la falta de entrega de información por el infractor de ninguna manera puede ser considerada para desestimar sin más la existencia de daño ambiental que redundando finalmente en su beneficio y en perjuicio de la comunidad, cuando debió considerarse tal circunstancia justamente para adoptar las medidas necesarias para evitar el daño y considerar esta conducta negligente de la infractora para efectos de ponderar la gravedad de la infracción, y no para eximirla de responsabilidad.

Septingentésimo quincuagésimo quinto Que, la SMA sostiene que respecto de los cargos N°s. 23.9 y 23.11, el descarte del daño ambiental no se realizó sobre la base de la inexistencia de "información confiable" sino que sobre la base de un extenso análisis técnico contenido en los considerandos 4693 y siguientes, y 5488 y siguientes, respectivamente. En cuanto al cargo N°23.13, al haber sido absuelto, no se requería considerar la posible generación de un efecto del mismo. Finalmente, respecto del cargo N°23.2, sostiene que concluyó que el mismo generó una hipótesis de daño ambiental, pero no en materia de recursos hídricos, donde fue expresamente descartado, sino que por la afectación a una sección de la vega Norte.

Septingentésimo quincuagésimo sexto Que, para la adecuada resolución de la presente alegación se efectuará un análisis de lo resuelto por la SMA en el acto reclamado, para lo cual se revisará lo indicado por ese organismo respecto al eventual daño ambiental de las aguas superficiales y los cargos que pudieren estar asociados a ello. Así, la resolución reclamada sostiene en su considerando N° 2670, que lo relativo a una posible contaminación de las aguas será analizado para los cargos N°23.2 (descarga del SMANC y turbidez), 23.9 (deber de activación del Plan de Alerta Temprana y Respuestas)

y/o 23.11 (descarga mediante el SMAC).

Septingentésimo quincuagésimo séptimo Que, en relación al cargo N°23.2, el acto reclamado señala en su considerando 3165, que "en relación con los eventos de remoción en masa informados en diciembre de 2012 y enero de 2013, el análisis de la información de turbidez disponible no evidencia una alteración de este parámetro en la cuenca del río Estrecho, en el entendido que su objeto de protección en relación al proyecto minero, se encuentra vinculado con la NCh 409 y no con cualquier alteración en la calidad de las aguas, como ocurrió en NE-2A. Por tanto, no habiéndose superado la norma en los periodos de los aluviones, se estima que no existe una alteración significativa en la calidad de las aguas, que incida en la ponderación de la presente circunstancia por este aspecto".

Septingentésimo quincuagésimo octavo Que, en relación al cargo N°23.9, se señala en la Res. Ex. N°72/2018, considerando 4755, que "los antecedentes que constan en el procedimiento sancionatorio, no son determinantes para estipular que se haya producido una alteración a la calidad de las aguas de tal magnitud, que impliquen un daño ambiental a las mismas, ni así tampoco a los componentes que el recurso hídrico sustenta, por las razones antes expresadas, en particular, pues la diferencia de pH en el periodo no ha sido significativo como para estimar que se está ante una hipótesis de daño ambiental. Por otro lado, la zona es naturalmente ácida, por tanto, el curso de agua superficial, es más tolerante a la presencia de metales pesados en la misma, incluso a grandes concentraciones, como detectadas durante el levantamiento de línea de base del proyecto, por lo que, en razón de los antecedentes, es preciso evaluar el daño o riesgo provocado, debiendo ser analizado en el art. 40 de la LO-SMA. Finalmente, con respecto a la turbidez, tampoco se han visualizado efectos que puedan considerarse de significancia para efectos del daño ambiental propiamente tal y, por lo demás, no se observa la existencia de un nexo causal claro entre la turbidez de la cabecera de la cuenca y la que se manifiesta en NE-8 y más abajo, debido a la compleja dinámica de la zona respecto de este parámetro. Lo anterior no obsta a que la alteración de la calidad de

las aguas y las consecuencias que de ello se hubiesen derivado en el medio ambiente, sean de igual modo analizadas a propósito de las circunstancias del art. 40 de la LO-SMA. Dicha consideración, aplica para aquellas alegaciones referidas a la posible afectación a cultivos agrícolas producto de la infracción”.

Septingentésimo quincuagésimo noveno Que, respecto del cargo 23.11, el considerando 5550 del antes aludido acto, indica que “los antecedentes que constan en el procedimiento sancionatorio y los plasmados en la presente Resolución Sancionatoria, no son determinantes para estipular que, en el periodo de imputación de la presente infracción, el cual abarca desde enero a marzo de 2013, se haya producido una alteración a la calidad de las aguas de tal magnitud, que impliquen un daño ambiental a las mismas, ni así tampoco a los componentes que el recurso hídrico sustenta, por las razones antes expresadas, lo anterior pues, la afectación si bien ha durado aproximadamente un año, ésta no ha sido de carácter permanente, lo anterior se manifiesta pues, una vez que cesaron las descargas, el río del Estrecho volvió a valores relativamente estables”.

Septingentésimo sexagésimo Que, en esa línea, debe dejarse asentado que para el cargo N°23.13, absuelto, la SMA no efectuó el referido análisis, atendido que tuvo por no configurada la infracción.

Septingentésimo sexagésimo primero Que, del análisis de los antecedentes que constan en el expediente administrativo, en especial, los acápite relativos al análisis concreto de la significancia de las alteraciones a la calidad de las aguas del río Estrecho para los cargos antes referidos, estos sentenciadores han podido constatar que el descarte de un eventual daño ambiental se encuentra debidamente razonado y motivado, desde un punto de vista técnico-científico, no advirtiéndose en consecuencia, ilegalidad en el actuar de la SMA.

Septingentésimo sexagésimo segundo Que, lo anterior, a su vez, permite tener por cumplido el mandato efectuado por el Segundo Tribunal Ambiental, tal como se expuso en el considerando septingentésimo quincuagésimo segundo precedente.

Septingentésimo sexagésimo tercero Que, por consiguiente, la alegación formulada por las Sociedades Agrícolas en este punto debe ser rechazada, no existiendo ilegalidad alguna que imputar a la SMA en este punto.

4.4 Vicio N°4: De la supuesta falta de fundamentación de la resolución reclamada en lo que dice relación con la causalidad en la contaminación de las aguas.

Septingentésimo sexagésimo cuarto Que, las Empresas Agrícolas sostienen que la SMA no fundamentó adecuadamente el análisis de la relación causal y de afectación de la contaminación de las aguas en los cargos N°s 5, 7, 23.1, 23.3, 23.4, 23.5, 23.6, 23.7, 23.8, 23.10, 23.12, 24.2, 24.3, 24.4, 24.5, y 27, entre otros. En tal sentido, la reclamante sustenta sus alegaciones referenciando diversos apartados de la resolución reclamada, donde a su juicio, queda en evidencia la falta de fundamentación u omisión, a saber: considerandos 2379, 5065 y 5066.

Septingentésimo sexagésimo quinto Que, a mayor abundamiento, según las empresas Agrícolas, la SMA no se hace cargo del porqué la no construcción de la planta de tratamiento y la CCR de aguas del río Estrecho (obra no autorizada por la RCA), no tendrían relación causal con el daño a la calidad de las aguas. Lo anterior conlleva, según la actora, a la aplicación de multas carentes de proporcionalidad, lo cual incide como factor relevante para la calificación de las infracciones imputadas, y constituye una infracción tanto a las normas que establecen el deber de motivación, como al art. 36 de la LOSMA, que habría resultado en la especie, incorrectamente aplicado.

Septingentésimo sexagésimo sexto Que, la SMA hace presente que en la resolución sancionatoria existe un análisis detallado respecto de los que las empresas Agrícolas levantan como omisión. En relación con lo anterior, la SMA advierte una contradicción de las empresas en su reclamo, ya que por una parte cuestionan que el pronunciamiento fue infundado, para luego indicar que el mismo se habría omitido. Con todo, la SMA sostiene que no hubo omisión alguna en el desarrollo

respecto de la afectación de la calidad de las aguas. En tal sentido, en lo que respecta a las aguas superficiales, el desarrollo fue extenso y con anexos incluidos, el cual se asoció a los cargos N°s 23.2, 23.9 y 23.11. Para los otros cargos hubo un pronunciamiento expreso, el cual fue obviado por la reclamante en su análisis y que se aborda en extenso en la resolución sancionatoria.

Septingentésimo sexagésimo séptimo Que, del análisis y revisión de los alcances y fundamentos referidos a la causalidad en la contaminación de las aguas, igualmente se advierte un extenso desarrollo en la resolución sancionatoria para los cargos N°s 5, 7, 23.1, 23.3, 23.4, 23.5, 23.6, 23.7, 23.8, 23.10, 23.12, 24.2, 24.3, 24.4, 24.5, y 27, situación que estos sentenciadores consideran importante traer a colación.

Septingentésimo sexagésimo octavo Que, así las cosas, para los cargos N°s 5 y 7, fue posible advertir que la reclamante en sede administrativa no planteó una relación causal y de afectación de la contaminación de las aguas. Sin embargo, del análisis relativo a la clasificación de la infracción y las ponderaciones del art. 40 de la LOSMA de la resolución reclamada, especial atención debe prestarse a los fundamentos expuestos en los considerandos 1272 y siguientes, en lo que respecta al cargo 5, así como los considerandos 2002, 2036 y 2037 del cargo 7.

Septingentésimo sexagésimo noveno Que, a juicio de estos sentenciadores, el análisis de causalidad y afectación por contaminación de las aguas, da cuenta de un desarrollo con el fundamento y razonamiento adecuado para los cargos 23.1 (considerandos 2680, 2720 a 2722), 23.3 (considerandos 3336 a 3341, 3367 a 3370), 23.4 (considerandos 3509, 3510, 3558 y siguientes), 23.5 (considerandos 3672, 3676), 23.6 (considerandos 3832, 3834, 3836), 23.7 (considerandos 3954 a 3959), 23.8 (considerandos 4271 y siguientes, 4305 y siguientes, 4316), 23.10 (considerandos 5063 a 5066, 5104), 23.12 (considerandos 5883 a 5898) y 27 (considerandos 7464 a 7467). En este último cargo la reclamante en sede administrativa, ni en autos, logró acreditar como producto de la infracción se provocó una hipótesis de contaminación de las aguas.

Septingentésimo septuagésimo Que, a mayor abundamiento, del conjunto de cargos N°s 24.2, 24.3, 24.4, 24.5 fue posible consignar que la reclamante en sede administrativa no planteó una relación causal y de afectación de la contaminación de las aguas, no evidenciando alegaciones concretas sobre el particular, por lo cual estos sentenciadores se remitieron al análisis de clasificación de la infracción y las ponderaciones del art. 40 de la LOSMA de la resolución reclamada. Especial atención debe prestarse a los fundamentos expuestos en los considerandos 6859 a 6863, en lo que respecta al cargo 24.4, así como los considerandos 7020 a 7022 del cargo 24.5.

Septingentésimo septuagésimo primero Que finalmente, en atención a lo constatado en la presente alegación por estos sentenciadores, en el sentido de que no se advierte en la resolución reclamada una falta de fundamentación u omisión en lo que dice relación con la causalidad y afectación de la contaminación de las aguas, y por consiguiente que la SMA haya incurrido en una ilegalidad, debe entonces rechazarse la alegación de las sociedades agrícolas.

4.5 Vicio N°5. Respecto de la motivación de la SMA para recalificar y absolver a CMN SpA de los cargos 23.13, 24.2 y 25.

Septingentésimo septuagésimo segundo Que, las sociedades Agrícolas reclamantes alegan que la Res. Ex. N°72/2018 sería contraria a derecho al absolver a CMN SpA de los cargos 23.13, 24.2 y 25, pese a que se había allanado a los mismos.

Septingentésimo septuagésimo tercero Que, a partir de lo anterior, este Tribunal se referirá a la motivación del acto administrativo realizada por la SMA respecto a los cargos antes indicados, a partir de los antecedentes que constan en el expediente sancionatorio, materializados en el acto impugnado.

(1) Del Cargo N°23.13.

Septingentésimo septuagésimo cuarto Que, el cargo 23.13 se

refiere, en la Res. Ex. N°72/2018, a "La falta de captación de aguas ácidas infiltradas provenientes del depósito de estériles nevada norte durante el mes de enero de 2013".

Septingentésimo septuagésimo quinto Que, asociado a este cargo, las sociedades reclamantes indican que "[...] la SMA, pese a que los hechos infractores (sic) fueron reconocidos en autos por la infractora, absuelve a CMN", a lo que la SMA, en su contestación, indica que "[...] la parte reclamante no presentó ningún tipo de cuestionamiento, ni objeción, por lo que entendemos que muestra conformidad con el análisis técnico que llevó a la SMA a absolver dichos [sic] cargo".

Septingentésimo septuagésimo sexto Que, el cargo se refiere a las aguas subterráneas aguas abajo del muro y zanja cortafugas del sistema de manejo de aguas de contacto del proyecto, las cuales serían captadas por bombas de la línea de pozos L4, al detectarse una modificación en su calidad. Lo anterior, del análisis de la RCA por la SMA, sería en caso que se detectase una alteración de la calidad de las aguas producto del traspaso de aguas de contacto aguas abajo del muro cortafugas. El cargo tuvo su origen en una fiscalización de la SMA, la cual quedó plasmada en el informe DFZ-2013-63-III-RCA-IA, del año 2013. Asimismo, el cargo fue asociado también a denuncias relacionadas a presencia de material de arrastre y sedimentos en el sector.

Septingentésimo septuagésimo séptimo Que, la configuración del cargo fue motivada inicialmente con antecedentes de este informe, cuyo primer presupuesto fáctico correspondía, tal como señala la SMA, a "[...] la alteración de la calidad de las aguas subterráneas en los pozos ubicados inmediatamente aguas abajo del muro cortafugas". No obstante, dicho informe queda finalmente desestimado como medio de prueba para la configuración de este cargo en la resolución sancionatoria. Lo anterior se debe a que, para demostrar esta supuesta alteración, se comparó los valores detectados en los pozos L4, con los valores máximos de la línea de base del pozo BT-3, pozo que consideró pertinente utilizar para comparar.

Septingentésimo septuagésimo octavo Que, en la resolución

sancionatoria se analizan latamente las razones formales y técnicas respecto de la comparación de los pozos: a) en lo formal, la SMA concluye que “[...] en la evaluación ambiental no se estableció de manera explícita que la obligación de captación de aguas subterráneas en los pozos L4, se gatillaría a partir de la comparación de los valores de ésta con los valores de ninguno de los puntos de monitoreo del proyecto”; y, b) en lo técnico, se determina que, si bien los emplazamientos de los pozos se encuentran en una zona que se considera mineralizada, las aguas del acuífero en los distintos emplazamientos de los pozos L4 y el pozo BT-3, difieren en algunos de los estratos interceptados, la profundidad de habilitación, comportamiento hidráulico y en su calidad química, por lo que la SMA releva, en esta instancia, la improcedencia de dicha comparación.

Septingentésimo septuagésimo noveno Que, en este orden de ideas, tal como expone la SMA, el Segundo Tribunal Ambiental, en la Sentencia Rol R-6-2013 considerando centésimo noveno, indica que “[...] comparte la conclusión del Superintendente de que el pozo BT3 no sería pertinente para su comparación puntual con L4 y que, para verificar el comportamiento del muro, se habría requerido una serie de datos previos de los pozos L4 que el titular no entregó [...]”.

Septingentésimo octogésimo Que, la impertinencia de la comparación de las aguas de dichos pozos, se debe a la complejidad de los sistemas acuíferos y de la geoquímica local de las aguas, cuestión que debe monitorearse y evaluarse correctamente, y revela la relevancia de realizar líneas de base adecuadas y definir claramente en las RCAs las condiciones para gatillar acciones, especialmente de carácter ambiental.

Septingentésimo octogésimo primero Que, finalmente, la SMA en el acto impugnado, concluye que “[...] no existen antecedentes en el marco de este procedimiento sancionatorio, que funden la exigibilidad de la obligación de captación de aguas subterráneas durante el mes de enero de 2013 en los pozos L4, por lo que no ha sido posible configurar la infracción procediéndose, en consecuencia, a la absolución del Cargo N°23.13 imputado en el Ord. U.I.P.S. N°58/2013 de la SMA”.

Septingentésimo octogésimo segundo Que, en conclusión, pese a que la empresa se allana al cargo, a juicio de estos sentenciadores, efectivamente éste no fue debidamente acreditado por la SMA en el transcurso del procedimiento sancionatorio, cuestión que justifica la decisión de no perseverar en la persecución de la infracción, lo que se encuentra correctamente fundado, tal como se expuso previamente.

(2) Del Cargo N°24.2

Septingentésimo octogésimo tercero Que, el cargo N°24.2, consiste en que “[...] El plan temporal ordenado en el Numeral 2 del Punto 1 del Resuelvo Primero de la Resolución N°107, no cumple con el objeto de conocer la calidad de las aguas que ingresan a la CCR, con un desfase máximo de 48 horas con respecto a su eventual descarga al río Estrecho. En efecto, los resultados de monitoreos propuestos se entregaron en un plazo posterior a 48 horas [...]”.

Septingentésimo octogésimo cuarto Que, en este contexto, las sociedades reclamantes sostienen el mismo argumento que para el cargo N°23.13, especificando que “[...] en este caso, la SMA decidió absolver a CMN porque, a su juicio, no podía entregar todos los parámetros exigidos en el Plan Temporal, según lo sostiene el numeral 6567 de la Resolución Recurrída, no obstante lo cual reconoce que habían una serie de otros parámetros que podría haber entregado sin ningún problema, por lo que existe un incumplimiento atribuible a CMN que no puede ser descartado. Esta infracción se calificó como grave en los cargos levantados a CMN debido a que involucraba un método de medir la calidad de las aguas en una instalación que no estaba aprobada por la RCA y que significaba que aguas sin tratar fueran descargadas en el Río Estrecho sin ningún control [...]”.

Septingentésimo octogésimo quinto Que, adicionalmente, indican que “[...] si, según sostiene la SMA no era posible entregar ciertos parámetros exigidos en el Plan Temporal, ello no obsta a que CMN debió entregar los demás parámetros respecto de los cuales no existiera dicha imposibilidad, y remitir la información en tiempo y forma para tales efectos, lo que no hizo, hecho que amerita la

sanción de la infractora por incurrir en un incumplimiento que además reconoció en su contestación al Ord. N°58/2013 U.I.P.S. y no su absolución, como erradamente dispuso la Resolución N°72 [...]”.

Septingentésimo octogésimo sexto Que, la SMA por su parte, ha señalado que en cumplimiento de la medida provisional decretada en la Res. Ex. N°107, de 2013, relativa al plan temporal, CMN SpA acompañó el denominado “Plan Temporal para conocer la calidad de las aguas en Cámara de Captación y Restitución establecido en la Res. Ex. N°107/2013 de la Superintendencia del Medio Ambiente”, estableciéndose en la resolución sancionatoria que se llegó a la conclusión que la medida era imposible de cumplir, ya que era imposible entregar la información de calidad de agua con un desfase de máximo 48 horas respecto a su eventual descarga.

Septingentésimo octogésimo séptimo Que, para abordar la presente controversia es preciso señalar que a través de la Res. Ex. N°107, de 2013, citada, se determinó como medida provisional, entre otras, la de “[...] Presentar un plan temporal, en un plazo de cinco días contados desde la notificación del presente acto administrativo, que tenga por objeto conocer la calidad de las aguas que ingresan en la Cámara de Captación y Restitución, considerando la totalidad de los parámetros identificados en la línea de base, con un desfase máximo de 48 horas con respecto a su eventual descarga desde este lugar al río Estrecho [...]”.

Septingentésimo octogésimo octavo Que, conforme lo anterior, en el considerando 6572 de la Res. Ex. N°72/2018, la SMA indica que “[...] habiéndose confirmado la imposibilidad material de dar cumplimiento oportuno a la medida señalada en el resuelvo Primero, capítulo I, numeral 2 de la Res. Ex. N°107/2013, no es posible configurar la infracción imputada en el considerando N°24.2 del Ord. U.I.P.S. N°58/2013, procediéndose, en consecuencia, a su absolución [...]”.

Septingentésimo octogésimo noveno Que, descrito lo anterior, este Tribunal considera que la medida provisional decretada, conforme a lo expresado por la SMA en el acto reclamado, sustentado en las situaciones descritas en las cartas PL-85/2015 y PL-66/2016 emanadas de CMN SpA, en lo referente a la imposibilidad física de realizar

los análisis de calidad de agua en los tiempos de respuesta esperados por la SMA, entre otros antecedentes, indica que no existe motivación suficiente para atribuir a CMN SpA una intencionalidad en los hechos que originan el Cargo 24.2. Lo anterior, basado en la complejidad del muestreo representativo de las condiciones de descarga, traslado de las muestras en condiciones específicas, y lejanía de la faena a un centro urbano que proporcione el servicio, y considerando que algunos análisis demoran más de 48 horas, situación que generó la imposibilidad física de cumplimiento.

Septingentésimo nonagésimo Que, en conclusión, es dable indicar en virtud de los antecedentes mencionados, resulta plausible la argumentación formulada por la SMA en relación al cargo en análisis, resultando justificada la conclusión de una absolución.

(3) Del cargo N°25.

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

Septingentésimo nonagésimo segundo Que, en este contexto, la reclamante indica que "[...] nuevamente CMN fue absuelto por no entregar la información necesaria solicitada por la SMA, por estimarse que existió una modificación normativa posterior que flexibilizó la forma de entregar la información requerida. Para ello, la SMA invocó las normas del derecho penal y el principio de retroactividad de la ley penal más favorable cuya aplicación en la

especie no parece aplicable, si se tienen en cuenta la naturaleza de la norma infringida, los principios precautorios y de prevención, y la actuación de CMN [...]”.

Septingentésimo nonagésimo tercero Que, por su parte, la SMA indicó entre otras razones que “[...] el presupuesto normativo varió en el tiempo al haberse ampliado el plazo inicialmente impuesto en la Res. Ex. N°574/2012, siendo este más favorable para la CMNSpA en las respectivas resoluciones modificatorias”. Al respecto es preciso indicar que la Res. Ex. N°574/2012, indica e instruye la forma y modo de presentación de los antecedentes solicitados por la SMA, en específico, referente a los plazos de quince días contenidos en el artículo segundo de la referida resolución, y el artículo cuarto que indica la forma y modo de entrega de información electrónica y física.

Septingentésimo nonagésimo cuarto Que, al respecto, consta del procedimiento administrativo seguido en contra de CMN SpA, que “[...] la Res. Ex. N°1518/2013, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Res. Ex. N°574/2012, eliminó el requisito de remitir copia de formulario electrónico debidamente firmada por el representante legal a la SMA. En consecuencia, y en tanto el acto administrativo posterior no genera una afectación de los derechos de terceros, al implicar una eliminación de una obligación de carácter meramente formal, y al generar una consecuencia favorable para el interesado CMN SpA, se absolverá del incumplimiento en la remisión de esta información por aplicación de art. 52, de la Ley N°19.880”. Asimismo, la SMA indica que “[...] en relación a la remisión de la información correspondiente a las respuestas a solicitudes de pertinencia, cabe indicar que la Res. Ex. N°1518/2013, dispuso un nuevo plazo de 15 días hábiles a los titulares de proyectos que hubiesen obtenido sus RCA con anterioridad al 28 de febrero del 2014, permitiéndose entonces hasta el día 21 de marzo de 2014 remitir los antecedentes solicitados por esta institución. Luego con fecha 20 de junio de 2014, se dictó la Res. Ex. N°300/201, por la que se amplió el plazo para que los titulares de proyectos con RCA remitieran la información requerida por esta Superintendencia, hasta el día 27 de

junio de 2014", entonces, finalmente la SMA indica que "[...] de lo anterior, se desprende que el presupuesto normativo ha variado en el tiempo al haberse ampliado el plazo inicialmente impuesto en la Res. Ex. N°574/2012, siendo este más favorable para la empresa en las respectivas resoluciones modificatorias".

Septingentésimo nonagésimo quinto Que, adicionalmente, la SMA indica que "[...] se advierte que, revisados los registros internos del Sistema Electrónico dispuesto por esta Superintendencia, se constata que las 6 (seis) respuestas a solicitudes de pertinencia asociadas a las RCA N°24/2006, que no habían sido informadas de manera previa a la formulación de cargos, fueron reportadas en el Sistema RCA en fecha anteriores al último plazo establecido por esta Superintendencia para ello. En consecuencia, este Superintendente estima que, en relación a este segundo aspecto del cargo, igualmente no es posible configurar la infracción, debiendo absolver el mismo".

Septingentésimo nonagésimo sexto Que, este Tribunal visualiza que, habiendo existido una falta de la documentación física, la documentación se adjuntó vía electrónica en tiempo y forma, sin privar a la SMA de su derecho de conocer oportunamente la información, razón por la cual, no resulta ilegal ni arbitraria la absolución determinada por la Superintendencia, en virtud de los argumentos proporcionados anteriormente.

Septingentésimo nonagésimo séptimo Que, conforme a lo expuesto en el análisis de los tres cargos precedentes, estos sentenciadores no advierten ilegalidad alguna en la absolución de las imputaciones formuladas a CMN SpA, ajustándose al deber de acreditar fundadamente los hechos que pretende sancionar la SMA, no bastando el allanamiento efectuado por la titular del proyecto, debiendo rechazarse la alegación formulada por las sociedades reclamantes.

4.6 Vicio N°6: Sobre la eventual falta de proporcionalidad en la aplicación de las sanciones.

Septingentésimo nonagésimo octavo Que, las sociedades Agrícolas reclamantes sostienen que la Res. Ex. N°72, de 2018 evidencia un

grave error de proporcionalidad y motivación al momento de aplicar las sanciones en concreto, y que se configura de diversas maneras: 1) Sobre la ausencia del carácter disuasivo de las infracciones sancionadas con la clausura definitiva; 2) Respecto a la incongruencia entre la clasificación de la infracción y las multas impuestas.

(1) Sobre la ausencia del carácter disuasivo de las infracciones sancionadas con la clausura definitivo.

Septingentésimo nonagésimo noveno Que, respecto de esta alegación, debe estarse a lo resuelto para cada infracción que fue sancionada con clausura, analizados precedentemente.

(2) Respecto a la incongruencia entre la clasificación de la infracción y las multas impuestas.

Octingentésimo Que, en cuanto a la falta de proporcionalidad en las multas aplicadas en concreto por las distintas infracciones, en específico, por la circunstancia que infracciones leves puedan tener sanciones pecuniarias mayores que las infracciones graves y gravísimas, se debe tener presente que el art. 38 de la LOSMA, establece que "Las infracciones cuyo conocimiento compete a la Superintendencia, podrán ser objeto de las siguientes sanciones: a) Amonestación por escrito; b) Multa de una a diez mil unidades tributarias anuales; c) Clausura temporal o definitiva; d) Revocación de la Resolución de Calificación Ambiental".

Octingentésimo primero Que, a su vez, el art. 39 del mismo cuerpo legal, establece que "La sanción que corresponda aplicar a cada infracción se determinará, según su gravedad, dentro de los siguientes rangos: a) Las infracciones gravísimas podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, o multa de hasta diez mil unidades tributarias anuales; b) Las infracciones graves podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, o multa de hasta cinco mil unidades tributarias anuales; c) Las infracciones leves podrán ser

objeto de amonestación por escrito o multa de una hasta mil unidades tributarias anuales”.

Octingentésimo segundo Que, en ese orden de ideas, este Tribunal Ambiental ha sostenido que la “[...] determinación de la sanción para cada caso dependerá del análisis de una serie de circunstancias, contando la Administración con un margen de discrecionalidad, el cual está sujeto al cumplimiento de las disposiciones del artículo 40 de la LOSMA y a la adecuada fundamentación de la sanción que finalmente se impone [...]” (sentencia R-15-2018, considerando vigésimo noveno).

Octingentésimo tercero Que, asimismo, la Jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema ha sostenido que “[...] el hecho que la ley N°20.417 entregue solamente un tope respecto al monto de las multas implica que el órgano administrativo goza de atribuciones que le permiten fundar la cuantía de la sanción pecuniaria en toda la extensión del quantum establecido por el legislador, atendida la calificación que efectúa de los hechos” (sentencia de reemplazo rol N°17.736-2016, considerando décimo quinto.).

Octingentésimo cuarto Que, en efecto, este Tribunal no advierte ilegalidad o arbitrariedad alguna en la circunstancia alegada por las sociedades Agrícolas, toda vez que las multas aplicadas por la SMA se encuentran dentro de los márgenes establecidos por la ley para el tipo de infracción cometida, y han sido determinadas considerando las circunstancias del art. 40 de la LOSMA. Lo anterior significa que no existe impedimento alguno para que una infracción grave tenga una multa menor que una leve, o viceversa, en la medida que se respeten los máximos legales y ellas estén debidamente motivadas.

Octingentésimo quinto Que, sin perjuicio de lo anterior, se debe precisar que, según la Res. Ex. N°72/2018, la infracción correspondiente al cargo N°3, fue clasificada como grave, en conformidad al artículo 36 N°2 literal e) de la LOSMA, y no como leve, como indican las reclamantes, por lo que la multa aplicada se encuentra ajustada a los mínimos y máximos establecidos en el art. 39 del mismo cuerpo legal, para esa clase de infracciones.

Octingentésimo sexto Que, en consecuencia, no existiendo un actuar ilegal por parte de la SMA en la fijación de los montos de sanción, desde un punto de vista formal, debe rechazarse la alegación aquí desarrollada.

4.7 Vicio N°7: La resolución recurrida no pondera ni aplica en concreto las circunstancias que contempla el artículo 40 de la LOSMA para efectos de determinar la sanción a aplicar a cada infracción.

Octingentésimo séptimo Que, las sociedades Agrícolas reclamantes han invocado como ilegalidad la falta de aplicación y ponderación de determinadas circunstancias del art. 40 de la LOSMA, como se expone continuación.

(1) Importancia del daño causado o del peligro ocasionado.

Octingentésimo octavo Que, las empresas Agrícolas alegan que el contenido de las bases metodológicas para la determinación de sanciones elaborada por la SMA se refiere al concepto de daño a que alude la letra a) del art. 40 de la LOSMA, de forma que su ponderación procederá siempre que se genere un menoscabo o afectación que sea atribuible a la infracción cometida, se trate o no de daño ambiental. Agregan que, en el caso de autos, hay diversos hechos que guardan una relación directa con la existencia de daños y peligros causados por la empresa y su proyecto, que han llevado por lo demás a la clausura definitiva de este último y que no fueron considerados debidamente, tales como: (i) el daño ambiental causado a las vegas andinas, la que a su vez es señalada por el Ord. U.I.P.S. N°58/2013 como circunstancia a considerar al aplicar las sanciones procedentes en este caso, y; (ii) la contaminación y afectación de las aguas del río Estrecho, tras constatarse numerosas excedencias a los parámetros máximos de la calidad de las aguas superficiales y subterráneas.

Octingentésimo noveno Que, a mayor abundamiento, el reclamante

señala que la SMA no puede considerar como criterio para aminorar la responsabilidad del infractor en sentido amplio, el que no exista información con que se puede medir exactamente el daño causado. Si ello no es posible, existen presunciones en su contra que deben ser aplicadas (como la del art. 52 de la Ley N°19.300), o bien, debe ser aplicado el criterio del peligro como elemento que sustente la sanción. Por otra parte, tampoco se hace cargo de cómo influye esta circunstancia en la determinación de la sanción específica en aquellos casos que han sido sancionados de forma pecuniaria, pues incluso estimándose la existencia de daños o riesgos, las sumas fijadas son injustificadamente bajas en comparación con infracciones calificadas con menor gravedad, concurriendo prácticamente en todos los cargos las mismas circunstancias del art. 40 LOSMA, sin mayores diferencias.

Octingentésimo décimo Que, respecto de la alegación formulada por las empresas Agrícolas, la SMA señala que carece de una identificación de la infracción respecto de la cual se habrían ponderado de forma errónea las circunstancias del art. 40 de la LOSMA.

Octingentésimo undécimo Que, de las alegaciones expuestas por las partes en este punto, queda de manifiesto para estos sentenciadores la existencia de alegaciones genéricas, sin existir de parte del reclamante un ejercicio metódico tendiente, por una parte, a identificar el cargo respecto del cual se alega, para luego establecer los fundamentos que conllevarían a la mala ponderación, y por lógica consecuencia una falta de fundamentación.

Octingentésimo duodécimo Que, con todo lo anterior, a estos sentenciadores le asiste la convicción que, contrario a lo alegado por las reclamantes, la resolución sancionatoria identifica con claridad las circunstancias que se ponderaron, cómo se ponderaron y las debidas consideraciones de las distintas alegaciones efectuadas por las partes interesadas, para cada cargo en particular. Asimismo, lo anterior se desprende del contenido de la Tabla N°3 presentada a fojas 215 y siguientes de autos, que fue debidamente ponderada por esta magistratura.

Octingentésimo decimotercero Que, por lo razonado precedentemente, debe rechazarse la alegación de las empresas Agrícolas, al no haber incurrido la SMA en una ilegalidad como resultado de la supuesta falta de ponderación, ni aplicación concreta de las circunstancias que contempla el literal a) del art. 40 de la LOSMA.

(2) Número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción.

Octingentésimo decimocuarto Que, las empresas Agrícolas se refieren a lo señalado por el Segundo Tribunal Ambiental, en el considerando 70° de la sentencia dictada en la causa Rol R-6-2015. Para dicha magistratura tuvo especial relevancia la alteración de la calidad de las aguas para efectos del art. 40 de la LOSMA, y que comprende la afectación a la salud de las personas, circunstancia que quedó suficientemente establecida en el procedimiento sancionatorio. En efecto, la evaluación de riesgo llevada a cabo por la División de Fiscalización de la SMA concluyó la existencia de riesgos de tipo cancerígeno y no cancerígeno en el área de estudio, centrándose en la toxicidad de determinadas sustancias químicas respecto a los puntos de control señalados para efectos del estudio. Si bien dicha evaluación de riesgo se limitó solo a la localidad de Chollay, a juicio de las empresas Agrícolas la contaminación de las aguas pudo -y puede actualmente- igualmente afectar la salud de un número importante de personas en la comuna de Alto del Carmen.

Octingentésimo decimoquinto Que, la SMA señala que los fundamentos relativos a este punto se encuentran detallados en los considerandos 4871 a 4876 de la resolución sancionatoria. Dicha alegación, fue presentada en los mismos términos en sede administrativa en escrito de fecha 22 de junio de 2016. En dichos considerandos, y en virtud del análisis planteado en la Minuta Técnica DFZ y en la resolución sancionatoria, se descartó el riesgo para la salud de las personas a nivel poblacional por contaminantes cancerígenos, limitando el análisis de exposición solamente a contaminantes no cancerígenos, desde una perspectiva de riesgo individual.

Es así que se estimó que el número de personas cuya salud pudo verse

afectada, resultaba en al menos 3 niños, uno de cada rango etario (0-4, 5-9 y 10-16) y un adulto, que pudieron eventualmente haber captado agua para bebida desde el punto NE-8, la cual pertenece a la localidad de Chollay, localidad que resulta la más cercana al proyecto y por ende las más expuesta a los efectos del mismo. De esta forma, en la resolución sancionatoria se abordaron las alegaciones de los interesados referidas a considerar a todos los habitantes de Alto del Carmen y a la población aledaña al río Estrecho, Chollay, Tránsito y a toda la población que riega la cuenca del río Huasco hasta su desembocadura en la comuna de Huasco.

Octingentésimo decimosexto Que, en consideración a que se descartó el riesgo a la salud a nivel poblacional de la localidad de Chollay, la SMA indicó que debe ser rechazada la alegación planteada, pues considerar a poblaciones tan alejadas del lugar de emplazamiento minero o incluso fuera de su área de influencia, implicaría sobreestimar el ejercicio de la evaluación de riesgo a la salud de las personas ("ERS"), lo que incidiría en la validez de la misma.

Octingentésimo decimoséptimo Que, de las alegaciones expuestas por las partes en este punto, queda de manifiesto para estos sentenciadores la presencia de alegaciones genéricas por parte del reclamante, sin existir un ejercicio concreto tendiente a identificar el cargo respecto del cual se alega, para luego establecer los fundamentos que conllevarían a la mala ponderación, y por lógica consecuencia alegar su falta de fundamentación.

Octingentésimo decimoctavo Que, en lo sustancial se aprecia por parte de la SMA un adecuado estándar de fundamentación, el cual discurre en diferentes apartados de la resolución reclamada, según ha sido analizado en los considerandos anteriores. En este orden de ideas, estos sentenciadores no encuentran en las alegaciones efectuadas por las empresas Agrícolas fundamentos de hecho que permitan razonablemente desvirtuar las consideraciones técnicas y las conclusiones a que arribó el ente fiscalizador. Esto último, con ocasión de los estudios técnicos que sustentan en esta parte, lo referido al número de personas cuya salud pudo verse afectada, producto de alguna infracción relacionada y que como se hizo mención

anteriormente, no fue debidamente identificada en esta alegación por la reclamante.

Octingentésimo decimonoveno Que, así las cosas, no observándose vicios de ilegalidad, a juicio de estos sentenciadores la presente alegación debe ser rechazada.

(3) Del beneficio económico.

Octingentésimo vigésimo Que, sobre el beneficio económico, las sociedades Agrícolas reclamantes indican que su objetivo consiste en evitar que la comisión de las infracciones resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas, lo que constituiría una deficiencia grave del sistema y un incentivo perverso al incumplimiento en materia ambiental. Invocan una supuesta disparidad de criterios que la SMA habría utilizado para la determinación de las sanciones.

Octingentésimo vigésimo primero Que, por su parte, la SMA sostiene que las reclamantes no identifican respecto de qué infracción está reclamando la ponderación de la circunstancia. Agregan, que lo que pareciera que están alegando es el monto final de las multas aplicadas y no el beneficio económico obtenido con cada infracción. Además, precisan que, originalmente, el monto pagado por CMN SpA fue de 12.000 UTA -ya que habrían utilizado el beneficio del 25%- y la suma de las multas aplicadas en el procedimiento sancionatorio asociado a la causa de autos de 12.360 UTA.

Octingentésimo vigésimo segundo Que, de lo expuesto en el capítulo de Análisis de las Bases Metodológicas para la determinación de Sanciones de la SMA (considerandos ducentésimo vigésimo y siguientes) y sobre la base de los antecedentes del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Rol A-002-2013 (acumulado D-011-2015), este Tribunal ha verificado que la circunstancia del beneficio económico fue debidamente ponderada en cada una de las infracciones en que se estimó que concurría, y en aquellas en las cuales se consideró que no resultaba procedente, encontrándose debidamente motivado el cálculo efectuado por la SMA a este respecto.

Octingentésimo vigésimo tercero Que, finalmente, cabe señalar

sobre la supuesta devolución de dineros a CMN SpA por el pago previo de la sanción pecuniaria, que la determinación del beneficio económico nada se relaciona con ello, debiendo la multa efectivamente determinada por la SMA pagarse conforme a las reglas establecidas al efecto, pudiendo hacer uso el infractor de los beneficios que se otorgan a ese respecto.

Octingentésimo vigésimo cuarto Que, no advirtiéndose ilegalidad respecto a la circunstancia del literal c) del art. 40 de la LOSMA en la resolución sancionatoria, debe rechazarse la alegación formulada a este respecto.

(4) Sobre la intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación.

Octingentésimo vigésimo quinto Que, respecto a la presente circunstancia, las sociedades reclamantes sostienen que esta se encuentra acreditada por múltiples antecedentes en el procedimiento sancionatorio. Sin embargo, la SMA se habría limitado solo a hacer mención a la existencia de ella, pero sin conferirle el peso que realmente corresponde, sin que exista una materialización concreta en el aumento de la sanción.

Octingentésimo vigésimo sexto Que, al respecto, la SMA sostuvo que las Agrícolas reclamantes no identifican las infracciones respecto de las cuales se reclama la ponderación. Asimismo, indican que en cada infracción donde concurrió la intencionalidad como factor de incremento, se analizó en detalle, no siendo una circunstancia cuantitativa como el beneficio económico, por lo que no correspondía dar un monto asociado a la circunstancia.

Octingentésimo vigésimo séptimo Que, sobre el particular, estos sentenciadores advierten, a pesar de la generalidad de la alegación formulada por las sociedades Agrícolas reclamantes, que de los antecedentes del procedimiento administrativo sancionatorio Rol A-002-2013 (acumulado D-011-2015), la SMA ha realizado una adecuada y suficiente fundamentación para estimar procedente la concurrencia de esta circunstancia del art. 40 de la LOSMA, en los casos que así quedó consignado. No obstante, lo anterior, no se aprecia que la SMA

haya explicitado la medida o valor en que este factor o circunstancia influye en el cálculo del componente de afectación.

Octingentésimo vigésimo octavo Que, en ese contexto, es importante traer a colación lo sostenido por la Excma. Corte Suprema respecto al principio de conservación del acto administrativo, al indicar en forma reiterada que revistiendo la nulidad el carácter de remedio excepcional frente a la ilegalidad de un acto administrativo, ella sólo será procedente si el vicio es grave y esencial. Subyacen a este principio de conservación otros principios generales del Derecho como la confianza legítima que el acto genera, así como la buena fe de los terceros, el respeto a los derechos adquiridos y la seguridad jurídica. Efectivamente, no cualquier irregularidad o defecto justifica la declaración de nulidad, sino cuando dicha anomalía conculque las garantías de los administrados. (sentencias Corte Suprema, roles 5.815-2011; 57-2011; 274-2010; 3.078-2013).

Octingentésimo vigésimo noveno Que, a su vez, estrechamente ligado al principio antes mencionado, se encuentra el principio de trascendencia, el cual, por regla general, implica que no hay nulidad sin perjuicio, concepto consagrado en el art. 13 inciso segundo de la Ley N°19.880.

Octingentésimo trigésimo Que, si bien, la resolución reclamada efectivamente no señala los puntajes asignados tanto al valor de seriedad, como al factor de incremento asociado a esta circunstancia, conforme al principio de conservación del acto administrativo, tal falta de motivación no sería suficiente para constituir un vicio de ilegalidad que traiga aparejada la nulidad del acto reclamado.

Octingentésimo trigésimo primero Que, en específico, en estos autos no se ha demostrado que la supuesta ilegalidad reclamada haya causado un perjuicio concreto relativo al interés jurídico de las Agrícolas reclamantes, que deba ser tutelado a través de la declaración de nulidad de la Res. Ex. N°72/2018, de la SMA.

Octingentésimo trigésimo segundo Que, en consecuencia, no constatándose ilegalidad que justifique dejar sin efecto el acto

reclamado, se rechazará la alegación formulada a este respecto por las Agrícolas reclamantes.

(5) Sobre la conducta anterior del infractor.

Octingentésimo trigésimo tercero Que, indican las reclamantes que la evidencia es irrefutable de la conducta especialmente reprochable que ha observado CMN SpA a lo largo del tiempo y sin solución alguna a sus incumplimientos, pero la SMA se limitó a hacer una mención enunciativa a ella en la resolución sancionatoria, sin que ello se tradujera en un incremento real de las sanciones.

Octingentésimo trigésimo cuarto Que, la SMA señaló que esta circunstancia es transversal a todos los cargos, por lo que no era necesario hacer un análisis por cada infracción. Agrega, que en la resolución sancionatoria se determinó que la conducta anterior de la empresa ha sido especialmente negativa, por lo que constituirá un factor relevante al momento de determinar las sanciones a aplicar por las infracciones que han sido configuradas.

Octingentésimo trigésimo quinto Que, al igual que lo sostenido respecto a la controversia anterior, de la resolución impugnada se aprecia una correcta fundamentación para la determinación por parte de la SMA de la concurrencia de la circunstancia en análisis -lo cual consta en distintas piezas del expediente administrativo y considerandos del acto reclamado-, para considerarla en todas las sanciones aplicadas a CMN SpA.

Octingentésimo trigésimo sexto Que, en ese orden de ideas, debe reiterarse lo sostenido anteriormente, razón por la cual, al no haberse acreditado que la supuesta ilegalidad reclamada haya causado un perjuicio concreto relativo al interés jurídico del reclamante de autos, que deba ser tutelado a través de la declaración de nulidad, debe rechazarse la alegación formulada a este respecto.

(6) Sobre la capacidad económica del infractor.

Octingentésimo trigésimo séptimo Que, respecto a la controversia en análisis, es pertinente indicar que la capacidad económica del

infractor corresponde a una circunstancia contemplada en el art. 40 letra f) de la LOSMA, y que se encuentra considerada en las "Bases Metodológicas para Determinación de Sanciones Ambientales", aprobada mediante Res. Ex. N°1002/2015, de la SMA, utilizada para el cálculo de sanciones de la Res. Ex. N°72/2018 del mismo organismo.

Octingentésimo trigésimo octavo Que, en este sentido, tal como se indicó en los considerandos ducentésimo vigésimo y siguientes, las bases metodológicas expresan claramente que las sanciones se calculan a partir de la siguiente fórmula:

$$\text{Sanción} = [\text{Beneficio Económico (BE)} + \text{Componente de Afectación (CA)}]$$

Octingentésimo trigésimo noveno Que, en efecto, la fórmula está compuesta por el Beneficio Económico, y el Componente de Afectación. En esta línea, para el cálculo del Componente de Afectación, se define por la siguiente fórmula:

$$\text{CA} = [\text{Valor de Seriedad} \times (1 + \Sigma(\text{Factores de Incremento}) - \Sigma(\text{Factores de Disminución})) \times \text{Factor de Tamaño Económico}]$$

Octingentésimo cuadragésimo Que, a partir de lo anterior, la variable de capacidad económica se encuentra expresada en el Factor de Tamaño Económico.

Octingentésimo cuadragésimo primero Que, en virtud de lo expuesto, en el acto reclamado la SMA indica que "[...] la capacidad de pago tiene relación con la situación financiera específica del infractor en el momento de la aplicación del conjunto de las sanciones pecuniarias determinadas para el caso bajo análisis de acuerdo a las reglas generales, la cual, normalmente, no es conocida por la SMA de forma previa a la determinación de sanciones. Este aspecto es considerado de forma eventual y a solicitud expresa del infractor, quien debe proveer la información correspondiente para acreditar que efectivamente se encuentra en situación de dificultades financieras, la cual es ponderada por la SMA para evaluar la pertinencia de la aplicación de esta circunstancia" (considerando 267).

Octingentésimo cuadragésimo segundo Que, en el considerando siguiente, se agrega que "en atención a lo anterior, para ponderar la capacidad económica del infractor en este caso, se considera el

aspecto relativo a tamaño económico, puesto que no se tienen antecedentes en el procedimiento que den cuenta de una solicitud expresa por parte del infractor en relación a su capacidad de pago, acompañada de la información requerida para el análisis correspondiente”.

Octingentésimo cuadragésimo tercero Que, en relación al tamaño económico del infractor en este caso específico, el acto reclamado indica que “[...] de acuerdo a la información del SII para el año tributario 2016 (año comercial 2015), la clasificación por tamaño económico de CMNSpA corresponde a Gran Empresa N°1. Sin embargo, es necesario considerar que CMNSpA corresponde a una sociedad constituida para el desarrollo del proyecto minero Pascua Lama, por lo que, al encontrarse dicho proyecto en cierre temporal, sin haber iniciado sus operaciones, resulta directo inferir que la información de clasificación por tamaño económico del SII se encuentra basada en una estimación de ingresos por venta no operacionales, a saber, ingresos obtenidos a partir de ventas no relacionadas con la actividad económica o giro del negocio de CMNSpA. Los ingresos no operacionales, por su naturaleza, resultan ser generalmente ingresos ocasionales o circunstanciales, al ser dependientes de decisiones de venta específicas de un año en particular fuera del giro del negocio, por lo que no resultan, por si solos, representativos del tamaño económico de la empresa” (considerando 269).

Octingentésimo cuadragésimo cuarto Que, bajo los antecedentes proporcionados por CMN SpA durante el procedimiento sancionatorio, la SMA indica que “[...] se cuenta con fundamentos suficientes para afirmar que el tamaño económico del infractor, en este caso particular, resulta asimilable al tamaño económico de su empresa matriz, puesto que, según se muestra a través de los antecedentes acompañados por la empresa, toda necesidad de financiamiento de ésta -en particular la necesaria para hacer frente a una sanción pecuniaria impuesta por la autoridad- será sustentada por Barrick Gold, hasta el comienzo de las operaciones de CMNSpA [...]”. (considerando 272).

Octingentésimo cuadragésimo quinto Que, asimismo, la variable de

capacidad económica queda expresada al momento de efectuar el cálculo de la tasa de descuento. En este sentido, al igual como se indicó en el considerando ducentésimo cuadragésimo cuarto y siguientes, la tasa de descuento es la tasa utilizada para la actualización de todas las sanciones pecuniarias, y se expresa a partir de la fórmula del *Weighted Average Cost of Capital*, denominado financieramente como WACC, cuya fórmula es la siguiente:

$$WACC = Ke \times \frac{E}{E + D} + Kd \times (1 - T) \times \frac{D}{E + D}$$

Donde:

E: Patrimonio

D: Deuda

Ke: Modelo de valoración de activos financieros (CAPM)

Kd: Costo de la deuda

T: Tasa de impuesto a la renta

Octingentésimo cuadragésimo sexto Que, a partir de la integración de lo mencionado precedentemente, y de acuerdo al cálculo del WACC realizado por la SMA, es dable indicar que la capacidad económica de la empresa está considerada para el cálculo de la tasa de descuento, tal como se demuestra en Res. Ex. N°72/2018. De esta manera, la capacidad económica se encuentra definida a partir de la relación patrimonio y deuda, incorporando el modelo de valoración de activos financieros (CMAP) y el costo de la deuda, siendo este último condicionado a la tasa de impuesto a la renta.

Octingentésimo cuadragésimo séptimo Que, en efecto, la capacidad económica de la empresa está debidamente considerada para el cálculo del WACC, tal como consta precedentemente, en el análisis realizado por este Tribunal en los considerandos ducentésimo trigésimo tercero y siguientes.

Octingentésimo cuadragésimo octavo Que, por último, en relación a

las sanciones pecuniarias de los cargos N°s. 23.3, 24.5 y 27, es dable indicar que la comparación realizada por las Agrícolas reclamantes, en términos del monto de las sanciones, es incorrecta, toda vez que los cargos son unidades de cálculo independientes entre sí, y que la LOSMA y las "Bases Metodológicas para Determinación de Sanciones Ambientales" indican claramente los parámetros para la determinación de la circunstancia de sanción, señalando estas últimas, que "[...] la forma de las funciones que definen el valor de seriedad, se ha establecido con el fundamento de reservar los mayores valores de sanciones pecuniarias, dentro de los rangos establecidos por la LO-SMA, para aquellas infracciones con un mayor nivel significativo de afectación o riesgo inferido al medio ambiente, la salud de las personas o al sistema de control ambiental, según corresponda [...]".

Octingentésimo cuadragésimo noveno Que, en relación a lo anterior, los artículos 38 y 39 de la LOSMA señalan los rangos de sanción; para el caso de infracciones leves, es hasta las 1.000 UTM; las infracciones graves, es hasta las 5.000 UTA; y las infracciones gravísimas, es hasta las 10.000 UTA. En este sentido, todas las multas aplicables poseen una base de 1 UTA. En consecuencia, la comparación realizada por la reclamante en relación con las sanciones pecuniarias de las infracciones antes aludidas, no se ajusta a lo establecido en la LOSMA y las "Bases Metodológicas para Determinación de Sanciones Ambientales".

Octingentésimo quincuagésimo Que, en ese orden de ideas, es posible indicar que a pesar que existen diversas aplicaciones para definir la variable de capacidad económica, en las dos alternativas expuestas, la SMA considera la capacidad económica de Barrick Gold tanto para los efectos de determinación del componente de afectación, como también para los efectos del cálculo del WACC, lo que a juicio de este Tribunal, son apropiados para el cálculo de la sanción.

Octingentésimo quincuagésimo primero Que, finalmente, respecto a la falta de expresión del valor en la ponderación de la capacidad económica para efectos de cálculo del componente de afectación, estos sentenciadores reiteran el razonamiento sostenido en el análisis de

las dos controversias precedentemente resueltas, por lo que, en virtud de la aplicación del principio de conservación del acto administrativo y trascendencia, al no haberse acreditado un perjuicio concreto relativo al interés jurídico de los reclamantes de autos, debe descartarse la anulación del acto reclamado por esta circunstancia.

(7) Respecto a la no presentación de un programa de cumplimiento ambiental.

Octingentésimo quincuagésimo segundo Que, sobre este punto, las Agrícolas reclamantes sostienen que CMN SpA no habría presentado un PdC durante todo el proceso sancionatorio Rol A-002-2013, aun habiendo reconocido los cargos expresamente. Con ello, habría demostrado una total indiferencia frente a las exigencias que impone dicho programa, y habría propuesto un programa alternativo de cumplimiento. Asimismo, respecto al procedimiento D-011-2015, CMN SpA habría buscado beneficiarse de la presentación de un programa de cumplimiento, el que adolecía de una serie de reparos que lo hacían improcedente. En efecto, sostiene que dichas circunstancias debieron ser consideradas por la SMA al momento de sancionar a CMN SpA, en especial, considerando el verdadero historial de incumplimientos ambientales de aquella y de su conducta habitual en la materia.

Octingentésimo quincuagésimo tercero Que, por su parte, la SMA sostuvo que las sociedades reclamantes confunden la ponderación de la circunstancia en análisis con la conducta anterior del infractor. Asimismo, ignora el análisis correcto que se debe hacer de la circunstancia, no debiendo ponderarse si CMN SpA presentó o no un programa de cumplimiento, ni si el presentado haya sido rechazado. El objeto de la presente circunstancia, es el cumplimiento del PdC.

Octingentésimo quincuagésimo cuarto Que, para el adecuado análisis del punto reclamado, es preciso indicar que el art. 40 de la LOSMA establece que "Para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerarán las siguientes circunstancias: [...] g) El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3°". A su vez, el art. 3° letra r) del mismo

cuerpo legal señala como funciones y atribuciones de la Superintendencia del Medio Ambiente, la de "aprobar programas de cumplimiento de la normativa ambiental de conformidad a lo establecido en el artículo 42 de esta ley". Asimismo, el inciso 5° del art. 42 de la LOSMA, señala que el procedimiento sancionatorio, "se reiniciará en caso de incumplirse las obligaciones contraídas en el programa [de cumplimiento], evento en el cual se podrá aplicar hasta el doble de la multa que corresponda a la infracción original dentro del rango señalado en la letra b) del artículo 38, salvo que hubiese mediado autodenuncia". De esta manera, para que la hipótesis normativa se cumpla, debe existir un PdC aprobado por la SMA, y cuyo incumplimiento posterior haya sido constatado.

Octingentésimo quincuagésimo quinto Que, del procedimiento sancionatorio A-002-2013, fundante de la resolución reclamada, se advierte que dentro del plazo concedido en el inciso primero del art. 42, esto es, 10 días contado desde el acto que incoe el procedimiento sancionatorio, CMN SpA no presentó un PdC para los cargos formulados en el oficio Ord. N°58, de 2013. Asimismo, consta que respecto de los cargos formulados en el procedimiento sancionatorio D-011-2015, CMN SpA con fecha 14 de mayo de 2015 presentó un PdC, el cual fue rechazado por la Res. Ex. N°7, de 24 de junio de 2015, de la jefa de la División de Sanción y Cumplimiento de la SMA. Es preciso señalar, que tal rechazo fue confirmado por sentencia del Segundo Tribunal Ambiental de fecha 30 de diciembre de 2016, dictada en la causa R-75-2015.

Octingentésimo quincuagésimo sexto Que, de lo anteriormente transcrito, se advierte que CMN SpA no tiene un PdC aprobado por la SMA respecto del cual se pueda verificar su incumplimiento, y con ello, que tenga influencia en la determinación de las sanciones en que haya incurrido CMN SpA, conforme a los artículos 40 literal g) y 42 de la LOSMA. A mayor abundamiento, debe dejarse asentado que no puede constituir una ilegalidad al no ponderar esta circunstancia, el hecho que CMN SpA no haya presentado un programa de cumplimiento en relación con los cargos formulados en el procedimiento sancionatorio A-002-2013, ya que ese instrumento es una de las

modalidades de incentivo al cumplimiento establecidos en la Ley N°20.417, que tienen el carácter de voluntario, no existiendo un efecto negativo asociado a su no presentación, más que la continuación del procedimiento sancionatorio, cuestión que ha ocurrido en el caso autos.

Octingentésimo quincuagésimo séptimo Que, conforme a lo razonado precedentemente, debe rechazarse la alegación formulada a este respecto.

(8) Sobre la aplicación del literal h) del artículo 40 de la LOSMA.

Octingentésimo quincuagésimo octavo Que, en cuanto a la ilegalidad invocada por las sociedades reclamantes, respecto del literal h) del art. 40 de la LOSMA, se cuestiona por aquéllas su concurrencia a partir de lo razonado por la SMA, en cuanto a la autodenuncia presentada por CMN SpA, el allanamiento efectuado en el contexto del procedimiento sancionatorio, y la cooperación eficaz en cuanto a la entrega de información.

Octingentésimo quincuagésimo noveno Que, en concreto, respecto a la autodenuncia, se indica que la presentada por CMN SpA fue rechazada por la SMA, no pudiendo ser considerada como un criterio para atenuar las sanciones a imponer, pues ello obedeció a la sola intención de obtener un beneficio pese a estar durante años incumpliendo la normativa ambiental e instrumentos de protección ambiental. Agregan que el allanamiento de CMN SpA no fue sino un reconocimiento de la efectividad de los hechos materia de la infracción y su calificación, cuestión recogida parcialmente por la SMA.

Sin embargo, posteriormente, CMN SpA en forma extemporánea intentó controvertir los propios hechos materia de los cargos bajo la apariencia de "conductas posteriores" positivas o a errores de interpretación. Asimismo, indican que el hecho de considerar como una cooperación eficaz la entrega de información y facilitación de ciertas diligencias no responde a lógica ni fundamento alguno. Al respecto, el 2° Tribunal Ambiental remarcó la falta de información

a entregar por parte de CMN SpA, estimándose una obstaculización al ejercicio de las atribuciones de la SMA. En efecto, indica que la resolución recurrida carece de fundamento e incurre en abiertas contradicciones con sus decisiones y con la propia ley que la rige, siendo arbitraria e ilegal.

Octingentésimo sexagésimo Que, por su parte, la SMA en cuanto a la autodenuncia, sostiene que solo se ponderó tal circunstancia en la infracción N°23.1, y no se aplicó a las infracciones sancionadas con clausura definitiva, porque en esos casos prevaleció el fin de la sanción impuesta. En cuanto al allanamiento, indica que CMN SpA aceptó los cargos formulados en el oficio Ord. U.I.P.S. N°58 de 2013, cuestión que no habría alcanzado a la calificación jurídica de las infracciones, sin perjuicio de las situaciones en que no se aceptaron los cargos. Asimismo, respecto de los cargos formulados en la Res. Ex. N°1 de 2015, relativas al procedimiento sancionatorio D-011-2015, para el único caso que la CMN SpA aceptó la premisa es el cargo N°5, no habiendo efectuado un análisis de la circunstancia para los restantes 9 cargos.

Finaliza señalando que ponderó los elementos de cooperación eficaz que se estimaron habían sido más relevantes en el transcurso de procedimiento sancionatorio, determinando la concurrencia de la circunstancia. Se indicó que, dentro del procedimiento sancionatorio, CMN SpA, por regla general, había dado respuesta oportuna y útil a los requerimientos de información formulados durante el procedimiento, aunque no necesariamente haya sido íntegra. Así, a partir de diversos requerimientos y diligencias probatorias, la SMA concluyó que la empresa sancionada mantuvo una conducta colaborativa durante el procedimiento sancionatorio.

Octingentésimo sexagésimo primero Que, previo al análisis específico de lo alegado, es pertinente señalar que el art. 40 letra i) de la LOSMA, señala que "Para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerarán las siguientes circunstancias: i) Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción".

Octingentésimo sexagésimo segundo Que, sobre tal disposición, se ha indicado que “[...] al establecer esta regla, atribuye una potestad discrecional para determinar los criterios que a su juicio fundado la SMA estime pertinentes. En la práctica, ello implica que para cada caso la autoridad sancionadora podría agravar o atenuar el rigor de la sanción, haciendo referencia a los criterios específicos y fundados que considere para ese caso concreto” (Bermúdez Soto, Jorge, op. cit., p. 488).

Octingentésimo sexagésimo tercero Que, en esa línea, las bases metodológicas para la determinación de sanciones de la SMA del año 2015, contemplan una enumeración no taxativa de criterios relevantes, como la cooperación eficaz en el procedimiento (allanamiento, entre otras manifestaciones), la adopción de medidas correctivas, la presentación de una autodenuncia, la obstaculización del procedimiento, y la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental.

Octingentésimo sexagésimo cuarto Que, en ese contexto, se analizaran los tres aspectos discutidos por las sociedades agrícolas, estos son: a) La autodenuncia presentada por CMN SpA; b) El allanamiento realizado por CMN SpA; y, c) La cooperación eficaz en la entrega de Información.

(a) La autodenuncia presentada por CMN SpA.

Octingentésimo sexagésimo quinto Que, sobre este punto, y tal como se ha expresado en otros apartados de esta sentencia, consta del expediente administrativo que con fecha 22 de enero de 2013, CMN SpA efectuó una autodenuncia, la cual daba cuenta de diversas infracciones a la RCA del proyecto Pascua Lama. Mediante la Res. Ex. N°105, de 31 de enero de 2013, la SMA resolvió rechazar la autodenuncia presentada por el infractor, debido a que no cumplió con los requisitos prescritos en inciso 3° del art. 41 de la LOSMA.

Octingentésimo sexagésimo sexto Que, a su vez, de la revisión de la resolución sancionatoria, consta que la consideración de la autodenuncia sólo fue considerada para la ponderación de la sanción de la infracción 23.1. En efecto, en el considerando 2786 se

establece que: “[...] la Superintendencia en las Bases Metodológicas para la determinación de sanciones, a fin de otorgar un incentivo a la presentación de autodenuncias por parte de los infractores, ha indicado que cabe considerar la presentación de éstas a su favor, aun cuando ésta no haya sido apta para otorgar el beneficio contemplado en el art.41 de la LOSMA”. Agrega en el considerando N° 2787, que “Por lo tanto y atendido esto último, en este caso, se considerará de manera favorable la presentación de una autodenuncia de fecha 22 de enero de 2013, en tanto aportó información a la SMA que no conocía al momento de su presentación y que guarda relación directa con el presente cargo”.

Octingentésimo sexagésimo séptimo Que, en concreto, no se advierte una errada aplicación del criterio por parte de la SMA, considerando que se valoró la presentación de la autodenuncia solo para la infracción N°23.1, cuestión a su vez, se ajusta a lo establecido por esa misma entidad en las bases metodológicas para la aplicación de sanciones ambientales pecuniarias del año 2015.

Octingentésimo sexagésimo octavo Que, por consiguiente, debe rechazarse la alegación formulada a este respecto.

(b) El allanamiento realizado por CMN SpA.

Octingentésimo sexagésimo noveno Que, al respecto, y tal como se concluyó precedentemente, dentro del procedimiento sancionatorio A-002-2013, CMN SpA efectuó un allanamiento parcial de los hechos imputados en la formulación de cargos, cuestión que ha quedado demostrada al referirse únicamente a la “aceptación de hechos” en su presentación de 29 de abril de 2013. Asimismo, se desprende que no ha existido una aceptación de la calificación y clasificación de las infracciones, ni de la eventual sanción aplicable.

Octingentésimo septuagésimo Que, es preciso indicar que la resolución sancionatoria, respecto al allanamiento, señala que “[...] este Superintendente concluye que la aceptación de cargo de CMNSpA, referida a 17 de los 19 cargos infraccionales debidamente configurados en la presente Resolución Sancionatoria, constituye un allanamiento parcial, pues en el caso del cargo N° 24.3, si bien en

el año 2013, aceptó las premisas fácticas que fundaban el mismo, en el año 2015 y siguientes, presentó alegaciones que desconocen la aceptación inicialmente realizada. De igual modo, existe un grupo de cargos, para los cuales, si bien no desvirtuó el reconocimiento formulado el año 2013, dicha aceptación solo alcanza a las premisas fácticas que fundan el hecho infraccional, sin existir allanamiento respecto a la calificación jurídica de las mismas, entendida por tal, el no invocar argumentos de confianza, o discutir la exigibilidad de las obligaciones, la responsabilidad del titular en el incumplimiento de las mismas o invocar argumentos de non bis in ídem. Finalmente, existe un tercer grupo de cargos, en los que no se allanó a la premisa fáctica, durante el año 2013, ni tampoco a su calificación jurídica durante el año 2015 y siguientes [...]” (considerando 7561).

Octingentésimo septuagésimo primero Que, a su vez, el apartado siguiente, continúa señalando que “Por tanto para la ponderación del primer elemento de cooperación eficaz, referido al allanamiento del hecho infraccional, de la calificación jurídica, de su clasificación y efectos, se estima que deben ponderarse en el análisis, todos los elementos indicados en la Tabla precedente y con ello, determinar cómo concurre este elemento de la circunstancia, para cada hecho infraccional del Ordinario U.I.P.S. N°58/2013, debidamente configurado”.

Octingentésimo septuagésimo segundo Que, a su vez, el considerando 7563, indica que “Por su parte, en lo que respecta a los cargos de la Res. Ex. N°1/Rol D-011-2015, tomando en consideración lo indicado en las Cartas PL89/2015, de 26 de mayo de 2015, y PL-103/2015, de 10 de agosto de 2015, es de indicar que: (i) para el único en que la empresa aceptó la premisa fáctica, es el del Cargo N° 5, no aplicando tal análisis a las restantes 9 infracciones, debidamente configuradas en la Resolución Sancionatoria; (ii) para todos los cargos presenta alegaciones, referidas a la calificación jurídica; (iii) en todos los cargos discute la clasificación preliminar de gravedad, con excepción de aquellos clasificados como leves (Cargo N°s 2, 3, 5, 8, 9 y 10); y (iv) la empresa no reconoce efectos para

ninguna de las infracciones”.

Octingentésimo septuagésimo tercero Que, lo anterior, demuestra que la SMA ha efectuado un detallado análisis en la apreciación de la circunstancia, considerando lo alegado por las sociedades Agrícolas respecto el actuar de CMN SpA en el transcurso del procedimiento sancionatorio, tal como consta en la tabla N°1 del considerando 7560 del acto reclamado, por lo que no cabe sino concluir, que encontrándose la ponderación de la circunstancia del allanamiento de CMN SpA en el marco de la cooperación eficaz, dentro del margen de discrecionalidad que le asiste al organismo fiscalizador, ésta se encuentra debidamente fundada.

Octingentésimo septuagésimo cuarto Que, por lo razonado precedentemente, la alegación formulada por las Agrícolas reclamantes debe ser rechazada.

(c) La cooperación eficaz en la entrega de Información.

Octingentésimo septuagésimo quinto Que, previo al análisis del punto reclamado, es pertinente señalar que el Segundo Tribunal Ambiental, en la ya mencionada sentencia referida a los procedimientos sancionatorios seguidos en contra de CMN SpA, se pronunció respecto a la calificación de los incumplimientos referidos a requerimientos de información de la SMA, estableciendo en su considerando centésimo sexagésimo quinto, que a diferencia de la SMA “encuentra que hay prueba suficiente para concluir que con su actuación la Compañía, al menos, ha evitado el ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia, pues los incumplimientos se deben exclusivamente a su negligencia, y se allanó a los cargo en este aspecto, sin formular excusa alguna ni argumentar la concurrencia de ningún eximente de responsabilidad”. Agrega en su considerando centésimo sexagésimo séptimo, que “[...] se acoge lo solicitado por el reclamante y se ordena al Superintendente que, al momento de dictar la nueva resolución, considere los hechos descritos anteriormente para la calificación de estas infracciones conforme al artículo 36 de la LOSMA, y luego determine fundadamente las sanciones

correspondientes para cada una de ellas”.

Octingentésimo septuagésimo sexto Que, de lo anterior es posible desprender que lo razonado y resuelto por el aludido Tribunal Ambiental dice relación con elementos referidos a la clasificación de las infracciones sobre requerimientos de información, y al comportamiento anterior a la formulación de cargos, cuestión que en definitiva resulta relevante para los efectos de considerar la circunstancia del art. 40 de la LOSMA.

Octingentésimo septuagésimo séptimo Que, las aludidas bases metodológicas de la SMA, del año 2015, señalan respecto a este punto, que “la colaboración o cooperación con la Administración como circunstancia a considerar en el establecimiento de las sanciones, tiene relación con aquel comportamiento o conducta del infractor que permite el esclarecimiento de los hechos Constitutivos de infracción, así como sus efectos, dentro del procedimiento sancionatorio”. Asimismo, agrega el referido documento que “son considerados como aspectos de cooperación eficaz: (i) allanamiento al hecho constitutivo de infracción imputada y su calificación; (ii) respuesta oportuna, íntegra y útil, en los términos solicitados por la SMA, a los requerimientos de información formulados; y, (iii) colaboración en las diligencias ordenadas por la SMA”.

Octingentésimo septuagésimo octavo Que, por consiguiente, de los hechos considerados por la SMA se advierte que, una vez iniciado el procedimiento sancionatorio, los requerimientos y diligencias solicitadas por la SMA a la CMN SpA han sido, en general, adecuadamente cumplidos por ésta, cuestión distinta a la situación infraccional por la cual se aplican las sanciones en la Res. Ex. N°72/2018.

Octingentésimo septuagésimo noveno Que, de todo lo expuesto precedentemente, no se advierte una incongruencia entre lo resuelto por el Segundo Tribunal Ambiental y la SMA, considerando los hechos ponderados por el organismo fiscalizador para la concurrencia de esta circunstancia se basan en el comportamiento de CMN SpA durante el procedimiento sancionatorio, y no al periodo anterior a la formulación de cargos, por lo que debe rechazarse la alegación

formulada a este respecto.

4.8 Del supuesto problema del petitorio de la reclamación.

Octingentésimo octogésimo Que, la alegación formulada por la SMA se circunscribe a que la petición de las sociedades agrícolas de dejar sin efecto la resolución sancionatoria y condenar a CMN SpA a las máximas sanciones establecidas por la ley para las infracciones cometidas habida cuenta de su gravedad, así como dejar sin efecto la absolución de CMN SpA respecto de los cargos N°s. 23.13, 24.2 y 25 del Oficio Ord. U.I.P.S. N°58, de 2013, aplicando a su respecto las máximas sanciones establecidas por la ley; o en su defecto se ordene a la SMA que imponga a CMN SpA sanciones que resulten útiles, proporcionadas y razonables en el caso concreto, infringiría lo dispuesto en el art. 30 de la Ley N°20.600.

Octingentésimo octogésimo primero Que, para abordar el punto discutido debe traerse a colación lo dispuesto en el art. 30 de la Ley N°20.600, que indica "La sentencia que acoja la acción deberá declarar que el acto no es conforme a la normativa vigente y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o el acto recurrido y dispondrá que se modifique, cuando corresponda, la actuación impugnada.

En el ejercicio de esta atribución el Tribunal no podrá determinar el contenido específico de un precepto de alcance general en sustitución de los que anulare en el caso de los actos de los números 1) y 7) del artículo 17, así como tampoco podrá determinar el contenido discrecional de los actos anulados".

Octingentésimo octogésimo segundo Que, al respecto, la doctrina ha indicado que "para poder determinar el alcance de la disposición en primer lugar deberá tenerse en cuenta que la intención de la norma fue la de acotar los poderes de control jurisdiccional. Dicho límite trae como consecuencia que la tutela judicial efectiva se pueda ver afectada, con lo que debe ser interpretado de forma estricta. Lo que impide la norma es que el juez pueda determinar el contenido de un

acto administrativo discrecional, pero no impide que puedan ser controlados todos los elementos formulados para el control de la discrecionalidad [...]” (Bermúdez Soto, Jorge, “Fundamentos de Derecho Ambiental”, 2° Edición, Año 2015, p.546).

Octingentésimo octogésimo tercero Que, lo anteriormente expuesto, lo dispuesto en los artículos 17 N°3 de la Ley N°20.600, y 56 de la LOSMA, se define el alcance del análisis de legalidad del acto administrativo impugnado. En efecto, mientras los artículos 17 N°3 y 56 citados, establecen la competencia del Tribunal para conocer de las reclamaciones en contra de las resoluciones de la SMA, sobre la base que dichos actos no se ajustan a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar; el art. 30 señala que la sentencia que acoja la acción no puede determinar el contenido discrecional de los actos anulados.

Octingentésimo octogésimo cuarto Que, lo anterior significa que este Tribunal no podrá reemplazar a la SMA en la determinación del contenido discrecional del acto anulado, esto es, imponer sanciones en la sentencia, como, asimismo, fijar las sanciones que deberá aplicar la entidad fiscalizadora.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en los artículos 35, 36, 38, 39, 40, 53, 54, 56 y 60 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, de lo establecido en los artículos 17 N°3 y 18 N°3 de la Ley N°20.600, que crea los Tribunales Ambientales y demás normativa pertinente,

SE RESUELVE:

En cuanto a la reclamación **R-5-2018** interpuesta por Compañía Minera Nevada Spa. en contra de la Superintendencia del Medio Ambiente, este Tribunal decide que:

1° Se acoge parcialmente la reclamación deducida en autos, solo en cuanto a dejar sin efecto el apartado 2 del resuelvo Primero de la Res. Ex. N°72 de fecha 17 enero 2018 de la Superintendencia del Medio Ambiente, debiendo procederse a la recalificación de los cargos N°

23.2 y 4, y consecuencialmente de la sanción impuesta, de conformidad con los argumentos expuestos en esta sentencia.

2° En lo restante, se rechaza la reclamación de autos.

3° Cada parte pagará sus costas.

En cuanto a la reclamación **R-6-2018** interpuesta por Agrícola Dos Hermanos y otro en contra de la Superintendencia del Medio Ambiente, este Tribunal decide:

4° Se acoge parcialmente la reclamación deducida en autos, solo en cuanto se deja sin efecto el resuelvo primero de la Res. Ex. N°70 de fecha 15 de enero de 2018 de la Superintendencia del Medio Ambiente, en tanto no se dan los supuestos de hecho para tener por íntegramente cumplida la medida urgente y transitoria impuesta en el numeral 1 del resuelvo segundo de la Resolución Exenta N°477, de 2013, dictada por el mismo órgano.

5° Respecto de las pretensiones referidas a la Res. Ex. N°72/2018, estese a lo resuelto en el N°1 de esta resolución.

6° Se rechaza la reclamación respecto de la absolución de los cargos infraccionales números 23.13; 24.2 y 25 del Ordinario U.I.P.S. N°58/2013 y contenidos en los apartados 30, 32 y 33 del resuelvo primero de la Res. Ex. N°72, por estimarse ajustada a derecho.

7° Cada parte pagará sus costas.

Notifíquese y regístrese.

Redactó la sentencia el Ministro Sr. Cristian Delpiano Lira.

Rol N°R-5-2018 acum. R-6-2018

Pronunciada por el Primer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Sr. Cristián Delpiano Lira, Sr. Fabrizio Queirolo

Pellerano y Sra. Jasna Pavlic Núñez. Ministro Sr. Cristián Delpiano
Lira no firma por haber cesado sus funciones.

Autoriza el Secretario Abogado del Tribunal, Sr. Claudio F. Gandolfi.

En Antofagasta, a diecisiete de septiembre de dos mil veinte, se
notificó por el estado diario y correo electrónico la sentencia
precedente.