

ISSN:2735-637X



Boletín de Sentencias
PRIMER TRIBUNAL AMBIENTAL

Sentencias 2020
Vol. 2 N° 1, Año 2021





BOLETÍN DE SENTENCIAS
PRIMER TRIBUNAL AMBIENTAL

VOL 2, N° 1, AÑO 2021
ANTOFAGASTA, FEBRERO DE 2021



R-21-2019

Comunidad Indígena
Aymara Quillagua y otro
con Superintendencia del
Medio Ambiente

R-30-2019

(ac. R-31-2019)

Miguel Painenahuel y
otros con Servicio de
Evaluación Ambiental

R-5-2018

(ac. R-6-2018)

Compañía Minera
Nevada Spa con
Superintendencia del
Medio Ambiente

R-26-2019

(ac. R-32-2019)

Ilustre Municipalidad de
Caldera y otros
con Servicio de
Evaluación Ambiental

R-28-2019

Roberto Ramírez Herrera
y otros con Servicio de
Evaluación Ambiental

R-33-2019

Álvaro Castro Cepeda
y otros con Servicio de
Evaluación Ambiental

El presente Boletín de Sentencias es una herramienta de difusión del trabajo del Primer Tribunal Ambiental y no corresponde a la versión oficial de nuestros fallos. Las sentencias originales pueden ser descargadas desde el Sistema de Gestión de Causas, accediendo al siguiente enlace: causas.lta.cl.

Las síntesis adjuntas a cada una de las sentencias fueron elaboradas por la Unidad de Estudios de nuestro Tribunal, y no representan necesariamente la opinión de los Ministros que intervinieron en la dictación de los fallos.

ANTOFAGASTA, CHILE. ILUSTRE PRIMER TRIBUNAL AMBIENTAL



Medioambiente. Boletín de Sentencias - Primer Tribunal Ambiental
1^{RA} Edición. - Antofagasta; febrero de 2021

Diseño de Portada, Diagramación e Impresión por Agencia Ditec-sur



ISSN: 2735-637X

Impreso en Valdivia, Chile. Printed in Chile

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional.



Sumario

Prólogo	7
Causa R-28-2019	
“Roberto Ramírez Herrera y otros con Servicio de Evaluación Ambiental”	
A. SÍNTESIS	9
B. SENTENCIA	11
Causa R-26-2019 (ac. R-32-2019)	
“Ilustre Municipalidad de Caldera y otros con Servicio de Evaluación Ambiental”	
A. SÍNTESIS	27
B. SENTENCIA	29
Causa R-30-2019 (ac. R-31-2019)	
“Miguel Painenahuel y otros con Servicio de Evaluación Ambiental”	
A. SÍNTESIS	55
B. SENTENCIA	57
Causa R-5-2018 (ac. R-6-2018)	
“Compañía Minera Nevada SpA con Superintendencia del Medio Ambiente”	
A. SÍNTESIS	99
B. SENTENCIA	103
Causa R-33-2019	
“Álvaro Castro Cepeda y otros con Servicio de Evaluación Ambiental”	
A. SÍNTESIS	249
B. SENTENCIA	251
Causa R-21-2019	
“Comunidad Indígena Aymara de Quillagua y otro con Superintendencia del Medio Ambiente”	
A. SÍNTESIS	279
B. SENTENCIA	281

Prólogo

Este nuevo número del Boletín de Sentencias recoge los fallos dictados por el Primer Tribunal Ambiental durante el año 2020, los que corresponden a seis, todos vinculados a procedimientos de reclamación.

Estas sentencias se relacionan con resoluciones de calificación ambiental de proyectos ubicados en las regiones de Tarapacá, Atacama y Coquimbo. De las seis sentencias, cuatro se vincularon a procedimientos de evaluación ambiental de proyectos e invalidación administrativa; en cambio, las dos restantes, se refirieron al control de legalidad de resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente en el marco del ejercicio de su potestad sancionatoria y de la aprobación de programas de cumplimiento.

Es preciso señalar que al cierre de esta edición, solo los fallos pronunciados en las causas Rol R-21-2019 y R-26-2019 (ac. R-32-2019) se encuentran firmes, atendido que respecto a las demás sentencias existen recursos pendientes ante la Excma. Corte Suprema.

Finalmente, esperamos que esta publicación siga contribuyendo a la difusión de la labor jurisdiccional del Tribunal, la cual está orientada a colaborar con máxima eficiencia y oportunidad en la resolución de las controversias socioambientales y al desarrollo sostenible del país.

Ilustre Primer Tribunal Ambiental
Antofagasta, Chile.

Causa R-28-2019

“Roberto Ramírez Herrera y otros con Servicio de Evaluación Ambiental”

SÍNTESIS

1. Datos del procedimiento

- Reclamante(s): Roberto Ramírez Herrera y otros.
- Reclamado(s): Comisión de Evaluación de la Región de Atacama, del Servicio de Evaluación Ambiental.
- Tercero(s) coadyuvante del reclamado: Trends Industrial S.A.

2. Hechos esenciales que originaron el procedimiento y decisión del asunto controvertido

Habitantes de la localidad de Puerto Viejo en la Región de Atacama reclamaron en contra de la decisión de la Comisión de Evaluación de esa región que rechazó la solicitud de invalidación presentada en contra de la RCA que aprobó el estudio de impacto ambiental del proyecto “ENAPAC”, planta desaladora de la empresa Trends Industrial S.A., ubicada en la región de Atacama.

Las alegaciones se basaron en el deficiente proceso de participación ciudadana realizado en la evaluación ambiental del proyecto, al no haberse efectuado actividad alguna en el sector de Puerto Viejo, localidad más cercana al proyecto ENAPAC y sus instalaciones. Además, se sostuvo la incompatibilidad territorial del proyecto con el Plan Regulador Intercomunal Costero de las Comunas de Atacama del año 2001 (PRICOST), como con su actualización del año 2019.

Por su parte, el SEA solicitó el rechazo de la reclamación sobre la base de que las actividades de información y participación ciudadana realizadas eran idóneas para que los reclamantes formularan sus observaciones. Agregó, respecto a la supuesta incompatibilidad territorial, que el instrumento de planificación territorial aplicable al proyecto evaluado era el PRICOST del año 2001, que estaba vigente a la época de sometimiento del proyecto al SEIA. A partir de ello, el emplazamiento del proyecto corresponde a la Zona ZUI-7, zonificación compatible con la naturaleza de la planta desaladora.

En la sentencia, el tribunal rechazó la reclamación deducida con el voto de minoría del Ministro Hernández, quien estuvo por acoger la reclamación sobre la base de inconsistencias evidenciadas en la evaluación ambiental, en lo que dice relación a la compatibilidad territorial del proyecto con el PRICOST del año 2001.

3. Principales controversias

- i. Si hubo una ilegalidad en el proceso de participación ciudadana por la omisión de actividades en el sector de Puerto Viejo.
- ii. Si el proyecto ENAPAC es incompatible con el uso del suelo del PRICOST del año 2001.

4. Sentencia

El Tribunal consideró y resolvió:

- i. En cuanto al proceso de participación ciudadana, se tuvo presente a partir de la “Guía Metodológica de Actividades Presenciales del Servicio de Evaluación Ambiental con la Ciudadanía”, que para definir correctamente los actores a quienes se debía dirigir la convocatoria e invitación a las actividades presenciales de la PAC, la focalización debe centrarse en la determinación de quienes son los actores potencialmente involucrados en la iniciativa que se evalúa.

- ii. A partir de lo anterior, y sobre la base de los antecedentes que constaban en el expediente de evaluación ambiental, se advirtió que al menos 7 personas provenientes de la localidad de Puerto Viejo participaron en una actividad en la ciudad de Caldera, por lo que no era posible sostener que hayan sido excluidos del proceso de participación ciudadana, por el hecho que en la aludida localidad no se haya realizado el proceso de información que establece el ordenamiento jurídico.
 - iii. Además, los sentenciadores sostuvieron que lo esencial del procedimiento de participación ciudadana es que la información relativa al proyecto que se pretende desarrollar por el titular sea conocida por la comunidad presente en el área de influencia, objetivo que se logra no solo con la realización de talleres presenciales convocados formalmente por el SEA para cada uno de los lugares cercanos al proyecto, sino que también a través de otros medios como habría ocurrido en el caso de autos, como la constitución de una “mesa de trabajo” o “mesa de colaboración” formada entre el titular del proyecto y el sindicato de buzos y mariscadores de Puerto Viejo, del cual formaban parte los reclamantes de autos.
 - iv. Por otra parte, respecto a la compatibilidad territorial del proyecto, los sentenciadores señalaron en primer lugar, que el instrumento de planificación territorial aplicable correspondía al PRICOST de 2001, vigente al tiempo de ingreso al sistema de evaluación de impacto ambiental como de su calificación favorable.
 - v. En base a lo anterior, se estableció que las áreas de protección de recursos de valor natural contempladas en el PRICOST de 2001, específicamente, las zonas ZPI-2 y ZPI-6, han dejado de producir efectos jurídicos conforme a los cambios normativos en la Ordenanza de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, quedando el proyecto emplazado en la zona ZUI-7, situación confirmada por la Secretaría Ministerial de Vivienda y Urbanismo de Atacama.
 - vi. En consecuencia, el tribunal confirmó la compatibilidad territorial del proyecto con el PRICOST de 2001, rechazando la alegación formulada a este respecto, determinando, a mayor abundamiento, la compatibilidad del mismo respecto de la actualización del plan regulador intercomunal del año 2019.
-

SENTENCIA

Antofagasta, veinticuatro de abril de dos mil veinte.

VISTOS:

1. Consta que don Roberto Marcelo Ramírez Herrera, cédula de identidad N° 14.266.398-8, don José Miguel Concha Guerrero, cédula de identidad N° 14.114.445-6, don Jorge Luis Concha Muñoz, cédula de identidad N° 14.116.197-0, don Jimmy Andrew Concha Morales, cédula de identidad N° 16.821.986-5, don Pedro Miguel Concha Gómez, cédula de identidad N° 9.800.506-4 y doña Andrea Jeannette Gumucio Gumucio, cédula de identidad N° 14.114.176-7, todos representados por el abogado Sr. Ladislao Alex Quevedo Langenegger (“reclamantes”), cédula de identidad N° 9.188.998-6, todos domiciliados para estos efectos en Pasaje Orella # 480, ciudad de Caldera, interpusieron reclamación judicial ante este Primer Tribunal Ambiental con fecha 23 de septiembre de 2019, en contra de la Resolución Exenta N° 97 de fecha 13 de agosto de 2019 de la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama (“resolución reclamada, o resolución exenta”), que rechazó la solicitud de invalidación interpuesta contra la resolución exenta N° 99, de fecha 4 de octubre de 2018 dictada por la COEVA, por medio de la cual se calificó de forma favorable el estudio de impacto ambiental del proyecto “ENAPAC”.

2. Dicha reclamación judicial, es interpuesta contra el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental (“reclamada”, o “Servicio” o “SEA”), con domicilio para estos efectos en calle Miraflores N°222, piso N°19, Santiago, quien evacuó informe solicitando el rechazo en todas sus partes de la acción de reclamación deducida, por carecer de fundamento tanto en los hechos como en el derecho, todo ello con expresa condenación en costas.

I. Antecedentes del acto administrativo reclamado:

3. De los antecedentes administrativos consta que:

Consta que el proyecto “ENAPAC” (“Proyecto”) presentado por el señor Rodrigo Silva Millán, en representación de la empresa Trends Industrial S.A (en adelante el “Titular”), ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (“SEIA”) mediante un Estudio de Impacto Ambiental (“EIA”) de fecha 13 de julio de 2017, siendo calificado ambientalmente favorable por la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama, por medio de la Resolución Exenta N° 99, de fecha 4 de octubre de 2018 (“RCA N° 99/2018”).

El proyecto “ENAPAC” consiste en la generación de agua para uso industrial, la cual será almacenada en un reservorio de aproximadamente 592.000 m3 de capacidad conformado por dos piscinas de 296.000 m3 c/u. El agua de uso industrial será generada a partir de agua de mar, la cual será tratada en una planta desaladora de osmosis inversa que se emplazará contigua a la línea de costa. Luego el caudal será conducido al reservorio mediante un acueducto de 68 km de longitud. Este acueducto se emplazará bajo tierra y corresponderá a ductos de polyester reforzado en fibra de vidrio resistente a la presión del agua transportada. Todos los procesos antes mencionados serán provistos de energía generada principalmente en una planta fotovoltaica de 100 MW, complementada con energía adquirida a terceros a través del Sistema Interconectado Central (SIC). Para ello, la planta fotovoltaica se conectará tanto con las instalaciones del proyecto como con la subestación Copayapu del SIC mediante líneas de transmisión eléctrica de 110 Kv. El proyecto está previsto que demore 2 años en su fase de construcción, luego del cual se espera que opere por un plazo de 30 años, al cabo del cual podrá extenderse su operación o bien realizar el cierre de las instalaciones que lo componen.

El EIA del Proyecto agrupa las obras y actividades en dos sectores:

Sector Costa: ubicado íntegramente en la comuna de Caldera, el cual considera la planta desaladora, ductos de aducción de agua de mar y descarga de salmuera, junto con las instalaciones necesarias para su operación.

Sector Interior: el cual agrupa el reservorio de agua de mar y Planta Fotovoltaica, emplazados en la comuna de Copiapó, junto con los trazados lineales (ductos, líneas de transmisión eléctrica y caminos de acceso), una fracción de los cuales se emplaza en la comuna de Caldera y otra, mayoritaria, en la comuna de Copiapó.

La planta desaladora, se ubicará a 38 km al sur oeste de la localidad de Caldera en la comuna del mismo nombre, mientras que la Planta Fotovoltaica y el Reservorio de agua de mar se ubicará, respectivamente a 29 km al oeste

y a 19 km al sur-oeste de la ciudad de Copiapó, en la comuna del mismo nombre.

En síntesis, las principales alegaciones y defensas de las partes son las siguientes:

1.- Supuesta ilegalidad y deficiencia del Proceso de Participación Ciudadana por omisión de actividades en el sector de Puerto Viejo.

Según la reclamante, la actividad económica de los pescadores es la más relevante de la zona en que se pretende ubicar el proyecto ENAPAC y la más próxima a sus instalaciones, no obstante, habrían sido excluidos del proceso de participación ciudadana, pues en Puerto Viejo, no se habría efectuado, por parte del SEA, el proceso de información exigido por la Ley y el Reglamento (“RSEIA”).

En efecto, según el actor, el SEA sólo habría desarrollado tres actividades de Participación Ciudadana:

1.- Taller de apresto y encuentro Ciudadanía-Titular, con la “Corporación de pescadores artesanales para el desarrollo del puerto pesquero de Caldera”, el día 2 de agosto de 2017, en el muelle Fiscal de Caldera.

2.- Taller de apresto y encuentro Ciudadanía-Titular, en el Salón de Uso Múltiple del MOP, en Copiapó, calle Rancagua 449, el día 3 de agosto de 2017.

3.- Taller de apresto y encuentro Ciudadanía-Titular, en la sede del “Sindicato de Trabajadores Independientes de Buzos Mariscadores, Pescadores y Recolectores de Orilla de Caleta Barranquilla N°1, en Barranquilla, Caldera, el día 12 de septiembre de 2017.

Todos estos lugares no serían los más próximos, ni los más afectados con el proyecto ENAPAC; infringiendo de esta forma, entre otros, los artículos 4, 26, 81 de la Ley 19.300 y los artículos 1, 44, 83 y 95 de RSEIA.

Además, no sería efectivo que se hubiera contactado por parte del SEA a un miembro del Sindicato, como señala el SEA en la resolución reclamada. Ni tampoco existe ningún antecedente acompañado al proceso de tramitación de la invalidación que dé cuenta de este supuesto hecho. Asimismo, aunque así hubiere sido, tal contacto no eximiría al SEA de su obligación de informar a los otros afectados en el sector de Puerto Viejo.

Tampoco se habría hecho ningún taller en el sector de Puerto Viejo, que es por lejos a otras localidades, el más próximo al proyecto “ENAPAC”. En este lugar viven en forma permanente 50 pescadores artesanales (la mitad pertenecientes al Sindicato) y otros 25 vecinos; y donde se realizarían las actividades económicas más relevantes e importantes de la zona, esto es, las áreas de manejo y explotación de recursos bentónicos (“AMERB”).

Por lo anterior, el proceso PAC no habría cumplido el estándar exigido por la Ley y el RSEIA ya que no se habrían realizado actividades de información a la comunidad, adecuando las estrategias de participación ciudadana a las características sociales, económicas, culturales y geográficas de la población del área de influencia del proyecto en evaluación, al excluir al sindicado reclamante.

Asimismo, los reclamantes alegan que el proyecto ENAPAC afectaría su fuente de trabajo a través de la emisión de salmuera y contaminantes asociados al proceso de desalación, como el cloro y compuestos sulfurados, los que podrían contaminar el entorno, siendo sus actividades las más impactadas. Que sin embargo todo lo anterior, a juicio de ellos, habrían sido excluidos del proceso de participación ciudadana.

2.- Supuesta incompatibilidad del Proyecto con el uso de suelo del Plan Regulador Intercomunal Costero.

Según la reclamante el uso del suelo del lugar donde se ubican las instalaciones costeras del proyecto ENAPAC está regido por el denominado Plan Regulador Costero de las Comunas Costeras de Atacama (“PRICOST”).

Sobre este punto, el SEREMI de Vivienda y Urbanismo habría informado en su ordinario N° 000886 de 6 de septiembre de 2017, que el proyecto se localiza dentro del PRICOST, específicamente en la zona ZUI-7. Esto indica que el proyecto es compatible siempre y cuando mantenga los resguardos necesarios antes riesgos naturales y paisaje. De acuerdo al actor, lo anterior, no sería efectivo, pues las instalaciones costeras del proyecto, se ubican en la zona ZPI-2, (Zona de Protección Ecológica), que corresponde a terrenos de alto valor ecológico necesarios para mantener el equilibrio y la calidad del medio ambiente, donde no se permiten edificaciones y solo se admiten las instalaciones vinculadas a uso compatibles con sus características propias, tales como paseos, miradores, senderos peatonales y otros de similar naturaleza (art. 38). Además, parte del lugar es Zona ZPI-6, (Zona de Protección de Dunas).

Señala el actor, que actualmente está vigente la denominada “Actualización del PRICOST de las comunas de Chañaral, Caldera, Copiapó, Huasco y Freirina”, publicado en el Diario Oficial el 27 de agosto de 2019. La

actualización le asigna al suelo, donde se ubican las instalaciones costeras de la desaladora, la categoría de AR-1 Borde Costero. Entre los usos de esta zona, se permite el uso de industrias inofensivas y molestas, pero no se incluye el uso de “infraestructura”, que es el que corresponde a las plantas desaladoras (art. 3.6.3.). Tampoco sería aplicable el inciso 3 del artículo 2.1.28 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (OGUC). En consecuencia, bajo la vigencia del PRICOST de Atacama del año 2001, como de la Actualización del PRICOST del año 2019, el emplazamiento de las obras de la planta desaladora del proyecto sería incompatible con el uso de suelo asignado a ese lugar por los instrumentos de planificación territorial.

II. Antecedentes del proceso judicial de reclamación:

3. En lo que respecta a la reclamación y el proceso jurisdiccional derivado de aquella en autos, consta lo siguiente:

A fs. 1 y siguientes, consta que don Roberto Marcelo Ramírez Herrera, cédula de identidad N° 14.266.398-8, don José Miguel Concha Guerrero, cédula de identidad N° 14.114.445-6, don Jorge Luis Concha Muñoz, cédula de identidad N° 14.116.197-0, don Jimmy Andrew Concha Morales, cédula de identidad N° 16.821.986-5, don Pedro Miguel Concha Gómez, cédula de identidad N° 9.800.506-4 y doña Andrea Jeannette Gumucio Gumucio, cédula de identidad N° 14.114.176-7, todos representados por el abogado Sr. Ladislao Alex Quevedo Langenegger (“reclamantes”), cédula de identidad N° 9.188.998-6, todos domiciliados para estos efectos en Pasaje Orella # 480, ciudad de Caldera, interpusieron reclamación judicial ante este Primer Tribunal Ambiental con fecha 23 de septiembre de 2019, en contra de la Resolución Exenta N° 97 de fecha 13 de agosto de 2019 de la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama, que rechazó la solicitud de invalidación interpuesta contra la resolución exenta N°99, de fecha 4 de octubre de 2018 dictada por la COEVA, por medio de la cual se calificó de forma favorable el estudio de impacto ambiental del proyecto “ENAPAC”

A fs. 174, este 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.175 y siguientes, la parte reclamada, Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, representado por los abogados Sres. Javier Naranjo Solano y Yordana Mehssen Rojas, con domicilio para estos efectos en calle Miraflores N°222, piso N°19, Santiago, solicitaron la ampliación del plazo para evacuar su informe y además, delegaron poder a los abogados Sres. Camila Palacios Ryan, Tagrid Nadi Safatle, y José Miguel Prado Ovalle, a lo que el Tribunal resolvió a fs.184, tener presente el patrocinio y poder conferido y acceder a la solicitud de ampliación de plazo para evacuar informe.

A fs. 186 y siguientes, el Servicio de Evaluación Ambiental, evacua informe solicitando el rechazo en todas sus partes de la acción de reclamación deducida, por carecer de fundamento tanto en los hechos como en el derecho, todo ello con expresa condenación en costas.

Además, en el otrosí de su presentación y de forma material, acompañó los siguientes documentos:

1. Expediente administrativo del procedimiento de evaluación ambiental, del proyecto “ENAPAC” aprobado mediante la RCA N°99, de fecha 4 de octubre de 2018, de la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama.
2. Expediente administrativo, del procedimiento de invalidación de la resolución de la Calificación Ambiental del proyecto “ENAPAC” que concluye con la resolución exenta N° 97, de fecha 13 de agosto de 2019 de la Comisión de evaluación de la región de Atacama.
3. Certificados de autenticidad de los expedientes individualizados en los números 1 y 2 precedentes.

A fs. 187, el Tribunal resolvió tener por evacuado el informe requerido. Al otrosí se solicitó adjuntar el expediente a través del sistema electrónico de causas del Tribunal dentro del quinto día bajo apercibimiento de no tenerlo presentado.

A fs. 188 la abogada Sra. Yordana Mehssen Rojas en representación del Director del Servicio de Evaluación Ambiental, delegó poder a la abogada Sra. Yurac Saavedra Naranjo, cédula de identidad N° 14.115.297-1, domiciliada en Yerbas Buenas N°295, ciudad de Copiapó, a lo que el Tribunal resolvió a fs.190, tenerlo presente.

A fs. 193 el abogado Sra. Yurac Saavedra Naranjo (reclamada), cumple lo ordenado adjuntando el expediente administrativo debidamente digitalizado a través del sistema electrónico de gestión de causas del tribunal.

A fs. 10.910, la Relator de la causa certificó que de acuerdo al artículo 372 N°3 del Código Orgánico de

Tribunales, la causa quedó en estado de relación.

A fs. 10.911, el Tribunal atendido al estado procesal de autos, resolvió fijar audiencia para la vista de la causa, para el día 21 de noviembre de 2019.

A fs. 10.912 y siguientes, el abogado Sr. Juan Cristóbal Moscoso Farías, en representación de la empresa Trends Industrial S.A. ambos domiciliados para estos efectos en Evaristo Lillo N°112, piso 8, comuna de Las Condes, ciudad de Santiago, Región Metropolitana, solicitó al Tribunal tenerlo en calidad de parte, en subsidio como tercero independiente y en subsidio, como tercero coadyuvante de la parte reclamada. A fs. 10.920 este Tribunal resolvió tener a la empresa Trends Industrial S.A. como tercero coadyuvante de la parte reclamada.

A fs. 10.921 y siguientes, la abogada Tagrid Nadi Safatle solicitó al Tribunal que la audiencia de alegatos fijada en autos, pudiese ser realizada mediante video conferencia. A fs. 10.923, este Tribunal resolvió traslado.

A fs. 10.926, el abogado Ladislao Quevedo Langenegger, evacuó traslado solicitando mantener la audiencia de alegatos día, lugar y hora fijada. A fs. 10.927, el tribunal resolvió, no ha lugar a lo solicitado por la reclamada.

A fs. 10.929 y siguientes, la empresa Trends Industrial S.A solicitó al Tribunal tener presente ciertas consideraciones de hecho y de derecho con el objeto de que se tuvieran en cuenta al momento de resolver la reclamación interpuesta. A fs. 11.050 el Tribunal resolvió tenerlo presente.

A fs. 11.051 y siguientes, el abogado Ladislao Quevedo Langenegger solicitó al Tribunal tener presente ciertas consideraciones. A fs. 11.054, este Tribunal lo tuvo presente.

A fs. 11.074, consta que este Tribunal se constituyó el día 21 de noviembre de 2019 en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 90 N°2 del Código Orgánico de Tribunales, para la realización de la vista de la causa en causa rol R-28-2019 caratulada "*Roberto Ramírez Herrera y otros con Servicio de Evaluación Ambiental*".

A fs. 11.075, se dejó constancia de los alegatos realizados por la parte reclamante, Sr. Ladislao Quevedo Langenegger; la parte reclamada, Srta. Tagrid Nadi Safatle y; el tercero coadyuvante de la parte reclamada, Sr. Juan Cristóbal Moscoso Farías.

A fs. 11.076, la causa queda en acuerdo ante el Primer Tribunal de Ambiental.

A fs. 11.077, se designa como redactor de la sentencia, al Ministro Sr. Mauricio Oviedo Gutiérrez.

CONSIDERANDO:

Primero. Que, conforme a los argumentos expuestos por la parte reclamante y las alegaciones y defensas de la parte reclamada las cuales constan en autos y que se dan por reproducidas, se han determinado como principales hechos controvertidos de la causa, los siguientes:

- I. Supuesta ilegalidad y deficiencia del Proceso de Participación Ciudadana por omisión de actividades en el sector de Puerto Viejo.
- II. Supuesta incompatibilidad del Proyecto con el uso de suelo del Plan Regulador Intercomunal Costero.

Segundo. Que, por otro lado, en su informe el SEA, agrega tres alegaciones:

- a.- Que durante el proceso de evaluación ambiental del proyecto "ENAPAC" se descartó la afectación de las áreas de manejo y explotación de recursos bentónicos.
- b.- Que la invalidación contenida en el artículo 53 de la Ley 19.300 debería aplicarse en forma subsidiaria y conciliable con el procedimiento administrativo especial; y,
- c.- Que procedería la aplicación de la norma de clausura establecida en el inciso final del artículo 17 N° 8 de la Ley 20.600.

Tercero. Que, asimismo, el tercero coadyuvante de la parte reclamada, señaló dos argumentos adicionales, no esgrimidos por la reclamada. Estos son:

- a.- Principio de permanencia o conservación de los actos administrativos.
- b.- La seguridad jurídica y el principio de buena fe como límite a la potestad invalidatoria.

I. SUPUESTA ILEGALIDAD Y DEFICIENCIA DEL PROCESO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA POR OMISIÓN DE ACTIVIDADES EN EL SECTOR DE PUERTO VIEJO.

Cuarto. Que, según la reclamante, la actividad económica de los pescadores es la más relevante de la zona en que se pretende ubicar el proyecto ENAPAC y la más próxima a sus instalaciones, no obstante, los Reclamantes habrían sido excluidos del proceso de participación ciudadana, pues en Puerto Viejo, no se habría efectuado, por parte del SEA, el proceso de información exigido por la Ley y el RSEIA.

Quinto. Que, en efecto, según el actor, el SEA sólo desarrolló 3 actividades de Participación Ciudadana:

1.- Taller de apresto y encuentro Ciudadanía-Titular, con la “Corporación de pescadores artesanales para el desarrollo del puerto pesquero de Caldera”, el día 2 de agosto de 2017, en el muelle Fiscal de Caldera.

2.- Taller de apresto y encuentro Ciudadanía-Titular, en el Salón de Uso Múltiple del MOP, en Copiapó, calle Rancagua 449, el día 3 de agosto de 2017.

3.- Taller de apresto y encuentro Ciudadanía-Titular, en la sede del “Sindicato de Trabajadores Independientes de Buzos Mariscadores, Pescadores y Recolectores de Orilla de Caleta Barranquilla N°1, en Barranquilla, Caldera, el día 12 de septiembre de 2017.

Sexto. Que, todos estos lugares no serían los más próximos, ni los más afectados con el proyecto ENAPAC; infringiendo de esta forma, entre otros, los artículos 4, 26, 81 de la Ley 19.300 y los artículos 1, 44, 83 y 95 de RSEIA.

Séptimo. Que, además, no sería efectivo que se hubiera contactado por parte del SEA a un miembro del Sindicato, como señala el SEA en la resolución reclamada. Ni tampoco existe ningún antecedente acompañado al proceso de tramitación de la invalidación que dé cuenta de este supuesto hecho.

Octavo. Que, asimismo, aunque así hubiere sido, tal contacto no eximiría al SEA de su obligación de informar a los otros afectados en el sector de Puerto Viejo.

Noveno. Que, tampoco se habría hecho ningún taller en el sector de Puerto Viejo, que es por lejos a otras localidades, el más próximo al proyecto ENAPAC. En este lugar viven en forma permanente 50 pescadores artesanales, la mitad pertenecientes al Sindicato, y otros 25 vecinos; y donde se realizarían las actividades económicas más relevantes e importantes de la zona, esto es, las AMERBs.

Décimo. Que, por lo anterior, el proceso PAC no habría cumplido el estándar exigido por la Ley y el RSEIA ya que no se habrían realizado “actividades de información a la comunidad”, adecuando las estrategias de participación ciudadana a las características sociales, económicas, culturales y geográficas de la población del área de influencia del proyecto en evaluación, al excluir al sindicato reclamante.

Undécimo. Que, asimismo, los reclamantes alegan que el proyecto ENAPAC afectaría su fuente de trabajo a través de la emisión de salmuera y contaminantes asociados al proceso de desalación, como el cloro y compuestos sulfurados, los que podrían contaminar el entorno, siendo sus actividades las más impactadas. Que no obstante lo anterior, a juicio de ellos, habrían sido excluidos del proceso de participación ciudadana.

Duodécimo. Que por su parte la reclamada señala que las actividades de información y participación ciudadana realizadas por el SEA Atacama eran idóneas para que los reclamantes presentaran las observaciones ciudadanas, habiéndose desarrollado el proceso PAC de conformidad a lo dispuesto en los artículos 26 y siguientes de la Ley 19.300, y artículos 82 y siguientes del RSEIA.

Decimotercero. Que, asegura la contraria, el ejercicio efectivo de los derechos que emanan de este instrumento de gestión ciudadana se efectúan de acuerdo a los estándares vigentes en el régimen normativo aplicable a la materia, siendo en la práctica las actividades participativas presenciales, solo una de las modalidades utilizadas para asegurar la participación informada de la comunidad, no siendo la única vía o mecanismo de difusión de la información dentro del contexto de un proceso PAC.

Decimocuarto. Que, en efecto, se efectuaron las publicaciones en el Diario Oficial, en un diario de circulación regional, la emisión de 5 avisos radiales y el envío de copias y extractos del EIA a las municipalidades de Copiapó y Caldera.

Decimoquinto. Que, según el SEA, éste habría cumplido con su deber legal en relación a garantizar el ejercicio de los derechos que comprende el proceso PAC, estableciendo los mecanismos que aseguraron la participación

informada de la comunidad, utilizando las diversas metodologías y/o instancias participativas, lo cual se ha plasmado en guías relativas a PAC.

Decimosexto. Que, prueba de aquello, es la circunstancia, de que en la actividad presencial realizada en la comuna de Caldera, participaron personas provenientes de diferentes localidades de dicha comuna, entre éstas, la localidad de Puerto Viejo a la cual pertenecen los recurrentes, según consta en la lista de asistencia.

Decimoséptimo. Que, el SEA continúa señalando que durante el proceso de evaluación ambiental del proyecto, se habría descartado la afectación de las AMERBs.

Decimooctavo. Que, en efecto, si bien el proyecto en su fase de operación generará agua de descarte que incluirá salmuera mezclada con el agua sobrenadante del proceso de sedimentación y deshidratación de lodos, ésta será descargada al mar previo tratamiento, de manera de no superar la concentración máxima establecida en el Decreto Supremo N°90 de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que establece la norma de emisión para la regulación de contaminantes asociados a las descargas de residuos líquidos a aguas marinas y continentales superficiales.

Decimonoveno. Que, además, se habría determinado que bajo ningún escenario la pluma salina sería percibida por alguna AMERB del entorno del Proyecto, al encontrarse el área de manejo más cercana al Proyecto, esto es, "Puerto Viejo Sector C", a 4,9 km. en línea recta al noroeste del mismo, por lo que dichas AMERB no se verían afectadas por la operación del Proyecto ENAPAC.

Vigésimo. Que, para los efectos de dilucidar la presente controversia, este Tribunal tendrá presente especialmente lo dispuesto en la "Guía Metodológica de Actividades Presenciales del Servicio de Evaluación Ambiental con la Ciudadanía", instruida por la Dirección Ejecutiva de dicho Servicio mediante Resolución Exenta N°808 de fecha 26 de Julio de 2017, de conformidad a su estatuto normativo contenido en el párrafo 6° de la Ley 19.300. Lo anterior, toda vez que es a través de las denominadas "Guías Trámite" que el SEA ha regulado la aplicación práctica de los procedimientos administrativos que el ordenamiento jurídico ha puesto a su cargo, como ocurre justamente con la participación ciudadana en el sistema de evaluación de impacto ambiental.

Vigésimo primero. Que, de acuerdo a lo dispuesto en el citado instrumento rector, para los efectos de definir correctamente los actores a quienes se debe dirigir la convocatoria e invitación a las actividades presenciales de la PAC, la focalización debe centrarse en la determinación de quienes son los actores potencialmente involucrados en la iniciativa que se evalúa, los que pueden ser de variada índole, "habitantes del sector, ya sean personas que viven en o cerca del sector de emplazamiento del proyecto o área de influencia, representantes de organizaciones territoriales, funcionales, organizaciones no gubernamentales (ONG), colectivos informales u otros; y empresas privadas" (Página 27, Consideraciones previas a la realización de las actividades presenciales).

Vigésimo segundo. Que, según consta del Anexo 1 del Informe del Proceso de Participación Ciudadana, el SEA de la Región de Atacama procedió a convocar y difundir el programa de actividades PAC a través de correo electrónico y contacto telefónico, a diversos actores, tales como las Municipalidades de Caldera y Copiapó, Juntas de Vecinos, Uniones Comunales y organizaciones gremiales de las comunas involucradas, entre los cuales figuran los Sindicatos de Pescadores y Buzos Mariscadores N°1 y N°2 de Puerto Viejo, a través de sus respectivos representantes estatutarios de la época, don Roberto Ramírez y don George Rodhis.

Vigésimo tercero. Que, consta asimismo de autos, que el Titular del Proyecto dio cumplimiento a las obligaciones contenidas en los artículos 87 y 88 del RSEIA, relativas a la publicación del extracto del EIA en el Diario Oficial y en un Diario de circulación regional, ambos con fecha 24 de julio de 2017; y la emisión de 5 avisos radiales entre los días 25 a 29 de julio de 2017.

Vigésimo cuarto. Que, es un hecho no controvertido en autos que al primer Taller de apresto y encuentro Ciudadanía-Titular, realizado el día 2 de agosto de 2017 en la ciudad de Caldera, asistió un total de 23 personas, según da cuenta el Anexo 2 del Informe PAC, de las cuales al menos 7 personas provenían de la localidad de Puerto Viejo, por lo que no es posible sostener, como pretenden los reclamantes, que hayan sido excluidos del proceso de participación ciudadana por el hecho que en el sector de Puerto Viejo no se haya realizado el proceso de información que mandata el ordenamiento jurídico.

Vigésimo quinto. Que, en efecto, si bien el SEA originalmente consideró la realización de sólo 2 talleres de apresto, para las ciudades de Caldera y Copiapó, respectivamente, se realizó adicionalmente un tercer taller de apresto en la localidad de Barranquilla, justamente en respuesta a la petición de ciudadanos de dicho sector realizada en el marco del primer taller de apresto de la ciudad de Caldera, lo cual no hace más que evidenciar

que la administración estuvo en disposición de absolver todas las consultas e inquietudes relativas al proyecto de parte de quienes lo solicitaran, derecho que no ejerció ningún ciudadano de la localidad de Puerto Viejo estando en condiciones de hacerlo.

Vigésimo sexto. Que, por lo demás, cabe hacer presente que el potencial desarrollo del proyecto de autos no era una situación ajena o desconocida para los habitantes del sector de Puerto Viejo, toda vez que, más allá del período formal del proceso PAC, cuyo inicio fue el día 25 de julio de 2017 y cuyo término acaeció el día 23 de octubre del mismo año, consta del expediente de evaluación ambiental, en su capítulo 15, que el Titular del proyecto, en el marco de las acciones de relacionamiento comunitario temprano con las comunidades locales, desarrolló durante los años 2016 y 2017, un total de 27 actividades de difusión, de las cuales a lo menos 11 se realizaron en la localidad misma de Puerto Viejo. En efecto, en el contexto de dicho relacionamiento comunitario es que luego de varias reuniones, se formó una “mesa de trabajo” entre el Titular del proyecto y el sindicato de pescadores y buzos mariscadores número 1 de Puerto Viejo, aprobándose dicha instancia colaborativa en reunión de fecha 06 de mayo de 2016, ante la asistencia de 30 miembros del sindicato aproximadamente.

Vigésimo séptimo. Que, lo anterior se ve corroborado en declaración escrita suscrita ante Notario Público por parte de 26 socios del ya referido sindicato, la cual se acompaña en escrito de fojas 10929 de autos, y en la cual consta que se encuentra constituida una instancia de trabajo permanente denominada “Mesa de Colaboración” en la que las partes (ENAPAC y Sindicato) planificarán y supervisarán las iniciativas de colaboración y cumplimiento de los compromisos adquiridos por ambas partes. Que asimismo, se lee en el documento declarativo que tanto la empresa como sus representantes han estado “*en contacto permanente, regular y sostenido en el tiempo, desde comienzos del año 2016 a la fecha, de manera ininterrumpida, actuando de buena fe y en disposición a informar y dialogar con nuestra organización y todos sus miembros*”, sobre los alcances del proyecto.

Vigésimo octavo. Que, en virtud de las anteriores consideraciones, no es posible sostener que los reclamantes de autos hayan sido excluidos del proceso de participación ciudadana por el solo hecho de no haberse realizado un taller presencial en la localidad misma de Puerto Viejo, ya que lo esencial del procedimiento de participación ciudadana es que la información relativa al proyecto que se pretende desarrollar por el Titular sea conocida por la comunidad presente en el área de influencia, objetivo que se logra no solo con la realización de talleres presenciales convocados formalmente por el SEA para cada uno de los lugares cercanos al proyecto, sino que también a través de otros medios como ha ocurrido en el caso de autos con la constitución de la “mesa de Trabajo” o “mesa de colaboración” formada entre el Titular del proyecto y el sindicato de buzos y mariscadores de Puerto Viejo, del cual forman parte los reclamantes de autos, instancia colaborativa que era de conocimiento del SEA desde el momento en que el Titular del proyecto lo informó en la presentación de su EIA (capítulo 15) en cumplimiento de lo dispuesto en el literal o) del artículo 18 del RSEIA.

Vigésimo noveno. Que en conclusión, estos sentenciadores son de la opinión que la reclamada ha dado total cumplimiento a las normas legales y reglamentarias que regulan lo relativo al procedimiento de participación ciudadana, y en consecuencia, la Resolución N°97 de la COEVA de Atacama, impugnada en autos, se encuentra ajustada a Derecho, por lo que no se hará lugar a la alegación de la reclamante sobre esta materia.

2.- Supuesta incompatibilidad del Proyecto con el uso de suelo del Plan Regulador Intercomunal Costero.

Trigésimo. Que, de acuerdo a la reclamante el uso del suelo del lugar donde se ubican las instalaciones costeras del proyecto ENAPAC está regido por el denominado Plan Regulador Costero de las Comunas Costeras de Atacama (PRICOST).

Trigésimo primero. Que, sobre este punto, el SEREMI de Vivienda y Urbanismo región de Atacama habría informado en su ordinario N° 886 de 6 de septiembre de 2017, que el proyecto se localiza dentro del PRICOST, específicamente en Zona ZUI-7.

Trigésimo segundo. Que, lo anterior indica que el proyecto es compatible siempre y cuando mantenga los resguardos necesarios antes riesgos naturales y el paisaje. De acuerdo al actor, lo anterior no sería efectivo, pues las instalaciones costeras del proyecto se ubican en la ZPI-2, (Zona de Protección Ecológica), que corresponde a terrenos de alto valor ecológico necesarios para mantener el equilibrio y la calidad del medio ambiente, donde no se permiten edificaciones y solo se admiten las instalaciones vinculadas a usos compatibles con sus características propias, tales como paseos, miradores, senderos peatonales y otros de similar naturaleza (art. 38). Además, parte del lugar es Zona ZPI-6, (Zona de Protección de Dunas).

Trigésimo tercero. Que, el actor señala que actualmente está vigente la denominada “Actualización del PRICOST de las comunas de Chañaral, Caldera, Copiapó, Huasco y Freirina”, publicado en el Diario Oficial

el 27 de agosto de 2019. Dicha actualización le asigna al suelo donde se ubican las instalaciones costeras de la desaladora, la categoría de AR-1 Borde Costero.

Trigésimo cuarto. Que, entre los usos de esta zona, y de acuerdo a lo que dispone el artículo 3.6.3 de dicho instrumento de planificación territorial (IPT), se permite el uso de industrias inofensivas y molestas, pero no se incluye el uso de “infraestructura”, que es el que corresponde a las plantas desaladoras.

Trigésimo quinto. Que, tampoco sería aplicable el inciso 3 del artículo 2.1.28 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (“OGUC”) de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2.1-2 del citado instrumento de planificación.

Trigésimo sexto. Que, en consecuencia, bajo la vigencia del PRICOST de Atacama del año 2001, como de la Actualización del PRICOST del año 2019, el emplazamiento de las obras de la planta desaladora del proyecto es incompatible con el uso de suelo asignado a ese lugar por los instrumentos de planificación territorial.

Trigésimo séptimo. Que, por su parte, de acuerdo a la reclamada, el instrumento de planificación aplicable sería aquel del año 2001, por ser éste el instrumento vigente a la época del sometimiento del proyecto al SEIA.

Trigésimo octavo. Que, funda su argumento, en el art. 8 de la Ley 19.300, art. 33 del RSEIA, y las Circulares de la División de Desarrollo Urbano MINVU Números 219 y 227, ambas de 2009, estas últimas en orden a que los instrumentos de planificación territorial al referirse a las áreas de protección de recursos de valor natural (“APRVN”), solo tienen facultades para reconocer estas áreas, mas no para definir las o crearlas, lo que trae como consecuencia, que la resolución reclamada se ajustaría a derecho en cuanto a la alegación planteada, toda vez que el Ministerio de Vivienda y Urbanismo (“MINVU”), de la Región de Atacama, en virtud de lo establecido en el artículo 4 de Ley General de Urbanismo y Construcciones, ha fijado el sentido y alcance de las disposiciones del instrumento de planificación, lo que permitió concluir durante la evaluación que no se configuraría la incompatibilidad denunciada, al ser compatible territorialmente con el uso del suelo asignado.

Trigésimo noveno. Que, en conclusión, y de acuerdo a lo informado por los Órganos competentes durante el proceso de evaluación ambiental, el emplazamiento del proyecto corresponde a la Zona ZUI-7 del PRICOST, correspondiente a terrenos costeros, reservados para futuras extensiones de los centros poblados y para infraestructura complementaria para asentamientos humanos, siendo compatible con la naturaleza del Proyecto, en conformidad al PRICOST de 2001.

Cuadragésimo. Que, en relación a la presente controversia, es pertinente primeramente hacer presente que el artículo 8° inciso tercero de la Ley N° 19.300, establece que “Sin perjuicio de los permisos o pronunciamientos sectoriales, siempre se requerirá el informe del Gobierno Regional, del Municipio respectivo y la autoridad marítima competente, cuando corresponda, sobre la compatibilidad territorial del proyecto presentado”.

Cuadragésimo primero. Que, a su vez, en cuanto a los requisitos mínimos del estudio de impacto ambiental, el artículo 18 literal e.9) del RSEIA, establece que deberá contener “[...] el uso del territorio y su relación con la planificación territorial que incluirá, entre otros: [...] los instrumentos de planificación territorial vigentes, así como otros instrumentos de ordenamiento territorial relevantes”.

Cuadragésimo segundo. Que, en ese contexto, resulta pertinente dejar asentado que el estudio de impacto ambiental del proyecto de autos ingresó el 6 de junio de 2017 al SEA de la Región de Atacama, y fue calificado ambientalmente favorable el 4 de octubre de 2018, a través de la Res. Ex. N° 99, de 2018, de la Comisión de Evaluación de esa región; lo anterior, significa que el instrumento de planificación territorial aplicable al proyecto, y que se encuentra vigente en ese período es el PRICOST aprobado por la Resolución N° 5, de 2001, del Gobierno Regional de Atacama. Ello, fue confirmado por el referido organismo, durante la evaluación ambiental del proyecto, mediante el oficio N° 628, de 2017, en el cual se solicitó al titular realizar el análisis de compatibilidad territorial.

Cuadragésimo tercero. Que, respecto a la regulación en concreto del lugar del emplazamiento del proyecto, durante su evaluación ambiental la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo de la Región de Atacama, “SEREMI MINVU de Atacama”, a través del oficio N° 886 de 2017, informó que “[...] el proyecto (Desaladora, ductos y planta fotovoltaica) se localizan dentro del Plan Regulador Intercomunal Costero de Atacama, específicamente en Zona ZUI-7. Esto indica que el proyecto es compatible siempre y cuando mantenga los resguardos necesarios ante riesgos naturales y paisaje”.

Cuadragésimo cuarto. Que, a su vez, del expediente de evaluación, específicamente, de la respuesta del titular N° 14.1 de la Adenda, el titular del proyecto indica que “[...] la razón para no presentar el análisis respecto a la

Zona ZPI-2 requerida responde a lo señalado en el Ordinario N°431/17 de la SEREMI MINVU que a su vez cita el Ordinario N°773/13 del mismo organismo [...]”.

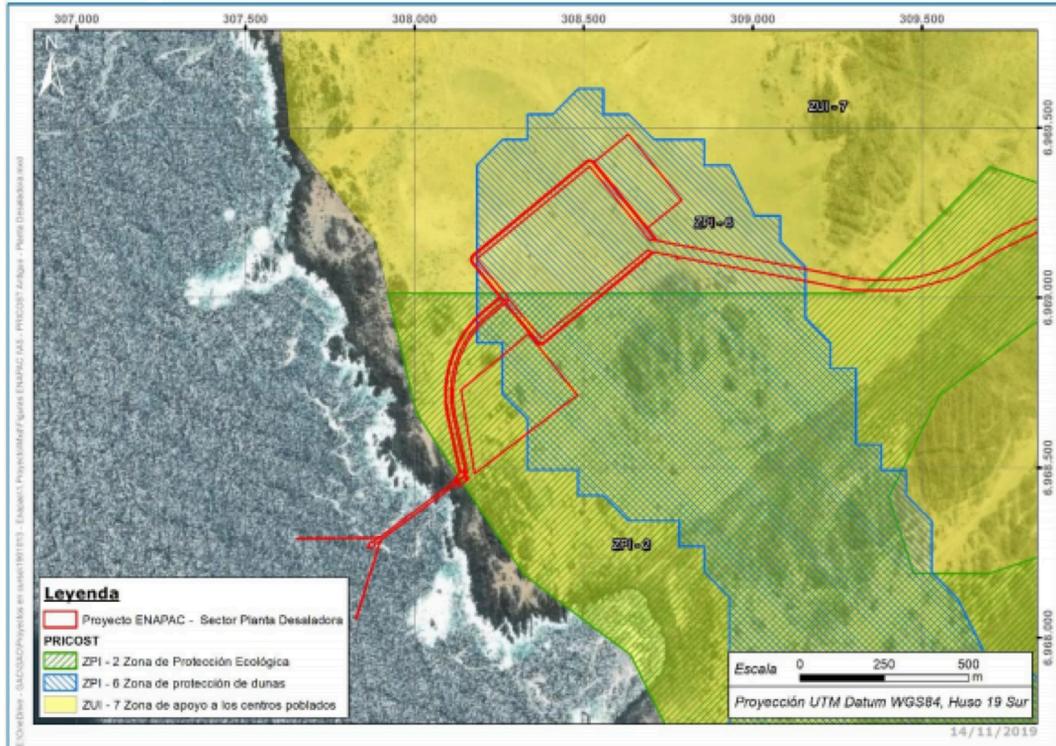
Cuadragésimo quinto. Que, en específico, el Oficio Ord. N° 773, de 2013, de la SEREMI MINVU de Atacama -dirigido al 2° Juzgado de Letras de Copiapó-, a partir de lo establecido en el PRICOST y la modificación de la OGUC en lo relativo al artículo 2.1.18, señala que “[...] el Plan Intercomunal Costero, si bien define como zonas de protección diversas áreas de dunas en el territorio regional, éstas no cuentan con un Decreto Oficial que las respalde, por lo tanto dichas zonas dunarias se encuentran tácitamente derogadas con fines de ‘protección’”.

Cuadragésimo sexto. Que, a partir de lo anterior, la SEREMI MINVU de Atacama, a través de los oficios N°s. 468 y 1.035, ambos de 2018, se pronunció conforme respecto de la Adenda como del Informe Consolidado de Evaluación, respectivamente.

Cuadragésimo séptimo. Que, así las cosas, con ocasión del proceso de invalidación iniciado por los reclamantes de autos, la Entidad antes aludida, mediante el oficio N° 458, de 2019, señaló en relación a las zonas ZPI-2, Zona de Protección Ecológica, y la ZPI-6, Zona de Protección de Dunas, que “[...] el Plan Regulador Intercomunal Costero, reconoció como territorios de protección, diversas áreas en las comunas de su ámbito de planificación, que sin embargo no corresponden en su definición a ninguna de las características indicadas en el mencionado artículo 2.1.18, circunstancia que derogaría tácitamente la aplicación normativa de dichas Zonas de Protección (Dictamen N° 13.901 del año 2017, de la Contraloría General de la República)”.

Cuadragésimo octavo. Que, además agrega el documento, que “de acuerdo a lo anterior, las citadas zonas ZPI-2 y ZPI-6 del PRICOST, no cuentan con Decretos Oficiales que las respalden y como de acuerdo al artículo 2.1.18 de la OGUC, este instrumento de planificación solo tiene facultades para reconocer las áreas de protección de recursos de valor natural definidos y protegidos por el ordenamiento jurídico vigente, estas zonas se encuentran derogadas con fines ‘de protección’, siendo necesario por ello señalar la normativa o zona que correspondería según el PRICOST para las zonas derogadas en cuestión”. Finaliza el referido oficio, informando, a partir del artículo 4° de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, que “[...] para cualquier Zona ZPI-2, Zona de Protección Ecológica y ZPI-6, de Protección de Dunas, se debe aplicar la normativa del área que se encuentra inmediatamente debajo de dichas zonas de protección derogadas, la que, para el caso concreto, corresponde a la Zona ZUI-7”.

Figura 1: Zonificación del PRICOST de 2001, en relación con las instalaciones costeras del proyecto ENAPAC.



Fuente: Escrito de Trends Industrial S.A., que consta a fs. 10.953.

Cuadragésimo noveno. Que, de lo precedentemente expuesto, es preciso indicar que la regulación de las áreas de protección de recursos de valor natural, vigente a la fecha de publicación del PRICOST, establecía en el artículo 2.1.18, inciso primero de la OGUC, norma incorporada por el Decreto N° 75, de 2001, del MINVU, que “En los Instrumentos de Planificación Territorial que corresponda podrán definirse áreas de protección de recursos de valor natural o patrimonial, cuando proceda y previo estudio fundado”. Agrega el inciso 4° de la misma norma, que “Por recursos de valor natural se entenderán los bordes costeros marítimos, lacustres o fluviales, los parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, altas cumbres y todas aquellas áreas o elementos naturales específicos protegidos por la legislación vigente”.

Quincuagésimo. Que, posteriormente, a través del Decreto N° 10, de 2009, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo “MINVU”, se modificó la antes citada norma, en el sentido de reemplazarla por la actualmente vigente en la OGUC, estableciendo en sus incisos primero y segundo, que “Los instrumentos de planificación territorial deberán reconocer las áreas de protección de recursos de valor natural, así como definir o reconocer, según corresponda, áreas de protección de recursos de valor patrimonial cultural. Para estos efectos, se entenderán por ‘áreas de protección de recursos de valor natural’ todas aquellas en que existan zonas o elementos naturales protegidos por el ordenamiento jurídico vigente, tales como: bordes costeros marítimos, lacustres o fluviales, parques nacionales, reservas nacionales y monumentos naturales”.

Quincuagésimo primero. Que, ante tal significativo cambio, cobra total sentido la interpretación efectuada por la SEREMI MINVU de Atacama, ya manifestada el año 2013, y aplicada durante la evaluación ambiental del proyecto ENAPAC, y el procedimiento de invalidación de la RCA del mismo, reclamado en autos, mencionada precedentemente. En efecto, el cambio normativo expuesto permite sostener que las Zonas ZPI-2 y ZPI-6, contempladas en el PRICOST han perdido eficacia con la modificación introducida a la OGUC el año 2009, al carecer esas zonas de un instrumento de protección por parte del ordenamiento jurídico, a lo cual debe sumarse la restricción de la facultad que en los IPT se puedan definir áreas de protección de recursos de valor natural.

Quincuagésimo segundo. Que, en este sentido, la propia División de Desarrollo Urbano (“DDU”) del MINVU, a través de su Circular N° 219, de 2009, sostuvo que “El Plan Regulador Intercomunal, sólo tiene facultades para reconocer las áreas de protección de recursos de valor natural [...]”. Agrega, que estas últimas “[...]corresponden a aquellas en que existan zonas o elementos naturales protegidos por el ordenamiento jurídico vigente”.

Quincuagésimo tercero. Que, lo anterior ha sido confirmado por la Contraloría General de la República, al indicar que “[...] según se infiere de lo ordenado por el citado artículo 2.1.18., en conformidad al ordenamiento jurídico vigente, los instrumentos de planificación territorial sólo pueden reconocer, con el carácter de áreas de protección de recursos de valor natural, aquellas zonas o elementos naturales ya protegidos oficialmente de acuerdo con la normativa aplicable, pero no definir ese tipo de áreas” (Dictamen N° 13.901, de 2017).

Quincuagésimo cuarto. Que, en ese mismo orden de ideas, la doctrina ha indicado que “la distinción que efectúa la norma es significativa, pues aclara de modo concluyente que las APRVN no pueden ser definidas, esto es, creadas o declaradas por un IPT sino que, únicamente, corresponde que éstos constaten su existencia en el territorio de conformidad con las normas generales que las rigen” (Meneses S., Felipe, “Cambio en la interpretación administrativa sobre las Áreas Protegidas para efectos del SEIA: El caso de las Áreas de Protección de Recursos de Valor Natural”, en Revista de Derecho Ambiental, año 2015, p.110). Agrega el mismo autor, que “las APRVN que hayan sido incorporadas en un IPT sin tener como antecedente la creación de un área protegida contradicen la LGUC y la OGUC; carecen de contenido normativo -pues de momento que no existe un territorio sometido a estatuto especial (ej.: parque nacional), no debe considerarse que existan restricciones asociadas a su uso -y, por último, cualquier restricción que se les asocie carece de fundamento real y debe considerarse nula, pues las normas legales de la LGUC y reglamentarias de la OGUC deben aplicarse con preferencia a las de cualquier IPT” (Ibid. p. 111).

Quincuagésimo quinto. Que, lo anterior, guarda completa armonía con el principio de jerarquía normativa que debe existir en la legislación urbanística, al establecer en el artículo 2.1.1 inciso segundo de la OGUC, que “Las normas de la Ley General de Urbanismo y Construcciones y de esta Ordenanza priman sobre las disposiciones contempladas en los Instrumentos de Planificación Territorial que traten las mismas materias. Asimismo, estos instrumentos constituyen un sistema en el cual las disposiciones del instrumento de mayor nivel, propias de su ámbito de acción, tiene primacía y son obligatorias para los de menor nivel”.

Quincuagésimo sexto. Que, en efecto, las zonas ZPI-2 y ZPI-6, han dejado de producir efectos jurídicos conforme a los cambios normativos acaecidos en la materia, motivo por el cual, de acuerdo a la regulación del propio PRICOST, el lugar de emplazamiento del proyecto estaría situado en la ZUI-7, señalando el artículo 35 inciso primero del referido instrumento, que “corresponde a terrenos costeros, reservados para futuras extensiones de los centros poblados y para infraestructura complementaria a los asentamientos humanos”, situación confirmada por la SEREMI MINVU de Atacama, durante la evaluación ambiental.

Quincuagésimo séptimo. Que, entender que las zonas ZPI-2 y ZPI-6 mantenían su vigencia al tiempo del ingreso del proyecto ENAPAC a la evaluación ambiental, implicaría el reconocimiento de una doble regulación normativa de las zonas de protección de recursos de valor natural, existiendo unas reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico y por los Planes Reguladores Intercomunales, y otras únicamente por estos últimos, con distintas cargas para los administrados, afectando la igualdad ante la ley y la igualdad ante la regulación urbanística.

Quincuagésimo octavo. Que, al respecto, la doctrina ha indicado que “[...]el principio de igualdad constituye una importante limitación a la potestad de planificación, así como a las cargas que esta impone, ya que las diferencias que genera la acción urbanística no pueden ser arbitrarias y menos aún pueden significar un menoscabo patrimonial para los propietarios” (Cordero Q., Eduardo, “Naturaleza, contenido y principios del Derecho Urbanístico Chile”, en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Coquimbo, año 2015, v. 22, n. 2, p. 120).

Quincuagésimo noveno. Que, por consiguiente, estos sentenciadores rechazarán la alegación formulada a este respecto por la parte reclamante, no advirtiéndose ilegalidad en la compatibilidad territorial del proyecto ENAPAC, en relación al PRICOST de 2001.

Sexagésimo. Que, sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, y sin que se haya alegado durante la tramitación del procedimiento de invalidación, los reclamantes de autos han alegado en esta sede, una eventual incompatibilidad territorial del proyecto con la Actualización del Plan Regulador Intercomunal Costero de Atacama de 2019, aprobado por la Resolución N° 30, del Gobierno Regional de Atacama (“APRICOST”), a partir de lo establecido en los artículos 2.1-2 y 3.6-3 de la Ordenanza de ese instrumento.

Sexagésimo primero. Que, sin ser aplicable al tiempo de la evaluación el instrumento de planificación descrito precedentemente, debe descartarse lo alegado por la parte reclamante, ya que si bien le resultaría aplicable al proyecto lo dispuesto en el artículo 3.6-3 del APRICOST, por encontrarse el Proyecto ENAPAC ubicado en la Zona AR-1, esto es, área rural 1: Borde Costero, aquella norma nada dice respecto al uso de industrias inofensivas y molestas, como lo sostiene el reclamante; así como tampoco resultaría aplicable lo prescrito en el artículo 2.1-2 del mismo instrumento, para sostener la prohibición de infraestructura en la referida zona, toda vez que tal prohibición parte del supuesto que el instrumento de planificación territorial permita la actividad de industria, cuestión que como se indicó precedentemente, no ocurre en la Zona AR-1.

Sexagésimo segundo. Que, en efecto, para la zona donde se emplaza el proyecto de autos le resultaría plenamente aplicable lo prescrito en el artículo 2.1.29 inciso cuarto, de la OGUC, relativo al tipo de uso infraestructura, al señalar que “[...] En el área rural de los planes reguladores intercomunales o metropolitanos, dichas instalaciones o edificaciones estarán siempre admitidas y se sujetarán a las disposiciones que establezcan los organismos competentes, sin perjuicio del cumplimiento de la ley 19.300 y de lo dispuesto en el artículo 55 del DFL N°458 (V. y U.), de 1975, Ley General de Urbanismo y Construcciones”.

Sexagésimo tercero. Que, lo anterior guarda completa armonía con lo expresado en la Circular DDU N° 219, ya citada, que dispone en su punto N° 2 literal d), que “En el área rural regulada de los Planes Reguladores Intercomunales, las instalaciones o edificaciones del uso de suelo de infraestructura estarán siempre admitidas y se sujetarán a las disposiciones que establezcan los organismos competentes, sin perjuicio del cumplimiento de la ley N° 19.300 y lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones. En atención a lo cual es dable concluir que dichos instrumentos de planificación no tienen competencia para regular dichas instalaciones o edificaciones”.

Sexagésimo cuarto. Que, en consecuencia, se advierte por estos sentenciadores la compatibilidad territorial del proyecto ENAPAC con el PRICOST de 2001 -vigente al tiempo de la evaluación ambiental-, como asimismo respecto del APRICOST de 2019, debiendo rechazarse la alegación formulada a este respecto por los reclamantes.

Sexagésimo quinto. Que, de acuerdo a lo razonado en los capítulos precedentes, sobre los cuales justamente se ha trabado la controversia de autos, estos sentenciadores omitirán pronunciamiento respecto de las alegaciones adicionales tanto del SEA como del tercero coadyuvante por estimarse innecesario.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en el artículo 17 N°8 de la Ley N°20.600; disposiciones legales citadas de la Ley N° 19.300, y demás normas legales aplicables en la especie.

SE RESUELVE:

- I. Rechazar la reclamación de autos.
- II. No condenar en costas a la reclamante por tener motivos plausibles para litigar.

Acordado lo anterior, con el voto de prevención y el voto en contra del Ministro Sr. Marcelo Hernández Rojas, quien estuvo por acoger la Reclamación de autos, por las razones que se pasan a exponer:

- 1) Que, respecto al **Proceso de Participación Ciudadana**, según la “Guía Metodológica de Actividades Presenciales del SEA con la Ciudadanía” (Res. Ex. N°808/2017, según párrafo 6° Ley 19.300), se deben aplicar ciertos criterios de focalización para determinar los actores potencialmente involucrados en la iniciativa. Lo anterior implica un ejercicio relevante para un proceso de participación ciudadana exitosa a través del cual el Estado tiene la obligación de fomentar y facilitar la participación ciudadana en la evaluación de proyectos. En este contexto, y según la citada Guía Metodológica, las actividades presenciales constituyen la forma más efectiva de comunicación con la comunidad y el proyecto en evaluación. Para estos efectos, señala la Guía, que *“En el caso de actividades presenciales vinculadas al proceso de evaluación ambiental de un proyecto o actividad en el SEIA, la determinación clara y precisa del área de influencia es un elemento clave para la focalización de actores. El/la profesional del SEA debe revisar y analizar la información sobre el área de influencia, con especial atención en aquellos lugares donde habitan personas potencialmente afectadas. Además de la información contenida en el EIA o DIA, [...]”*. Luego, continúa refiriendo que *“La focalización en este tipo de actividades presenciales siempre debe priorizar aquellos actores potencialmente afectados por los impactos ambientales del proyecto o interesados en éstos”*.

- 2) Que, revisados los antecedentes relacionados con la línea de base y área de influencia del proyecto, es posible advertir que, en el sector costero, la localidad más cercana a las instalaciones lo constituye la localidad de Puerto Viejo, distante a unos 5,6 kilómetros al norte de las obras del proyecto.
- 3) Que, el titular del proyecto, en el capítulo 3.E de su “Línea de base – Medio humano”, destaca la importancia de la localidad de Puerto Viejo caracterizándola por la pesca artesanal como su actividad económica principal y sus organizaciones sociales principales, donde se incluyen dos sindicatos de pescadores artesanales y un comité de vivienda.
- 4) Que, pese a la completa información proporcionada por la empresa, se ha constatado que el SEA no ejecutó ninguna actividad de participación ciudadana en la localidad de Puerto Viejo, y sí en otras localidades como Caldera, Copiapó y Caleta de Barranquilla.
- 5) Que, en este sentido, es deseable tener una mayor observación respecto de actores y comunidades locales más cercanas y directamente afectadas o interesadas en el proyecto y sus impactos, como en este caso fuera Caleta Puerto Viejo, y los miembros del “Sindicato de Trabajadores Independientes de Pescadores y Buzos Mariscadores Artesanales de Puerto Viejo”, toda vez que la propia empresa en sus diálogos previos realizó 11 de 27 encuentros en dicha localidad, correspondiendo al 41% de dichos diálogos y/o reuniones, lo que da cuenta del interés de los actores (empresa y comunidad) de mantener un buen diálogo y participación a fin de enfrentar colaborativamente la construcción y desarrollo del mismo proyecto.
- 6) Que, a mayor abundamiento, el Principio 10 de la Declaración de Río, principio de participación, acceso a la información y a la justicia en materia ambiental, han sido reconocidos por la jurisprudencia nacional en múltiples sentencias; de igual manera el principio preventivo y de equidad ambiental, no sólo le es exigible al Estado y en particular al SEA como garante del SEIA, sino también al titular del proyecto como responsable directo de él y del fin social que cumplen el territorio, los recursos naturales y el medio ambiente en los cuales se ejecuta el proyecto.
- 7) Que, finalmente, es importante tener en consideración que un proceso de participación ciudadana transparente, público e informado contribuye a una mejor calidad de las decisiones y a una adecuada gobernabilidad ambiental, tal como lo expresa el mensaje presidencial en el proyecto de Ley N° 20.417, como también evitar la generación de problemas ambientales y conflictos socioambientales futuros, como lo consagran el principio preventivo y el principio de justicia ambiental que uniforman la rama del derecho ambiental.
- 8) Que, sin perjuicio de lo anteriormente indicado, el SEA ha llevado a cabo las formalidades del Proceso PAC, así como los reclamantes tuvieron conocimiento de dicho proceso a través de sus dirigentes, tal como se detalla en los considerandos vigésimo tercero al vigésimo octavo de esta sentencia.
- 9) Que, en conclusión, respecto a la alegación del Proceso de Participación Ciudadana, este sentenciador estima que las inconsistencias del expediente administrativo de evaluación ambiental y su reclamación, no evidencian en este caso concreto “vicio esencial de ilegalidad” y por tanto se ajustan a derecho rechazando dicha pretensión del reclamante.
- 10) Que, respecto a la **Compatibilidad Territorial del proyecto**, este sentenciador estima que lo sostenido por la SEREMI MINVU de Atacama, en orden a que las zonificaciones ZPI-2 “Zona de Protección Ecológica” y ZPI-6 “Zona de Protección de Dunas” del PRICOST de 2001 -al no contar con decretos oficiales que las respalden y como de acuerdo al artículo 2.1.18 de la OGUC, los instrumentos de planificación solo tienen facultades para reconocer las áreas de protección de recursos de valor natural definidos y protegidos por el ordenamiento jurídico vigente-, se encontrarían derogadas con fines de protección; implica un exceso del ejercicio de la facultad interpretativa otorgada a las SEREMI MINVU a través del artículo 4° de la LGUC, para fijar el alcance de los instrumentos de planificación.
- 11) Que, respecto a la definición de APRVN¹ conforme al artículo 2.1.18 de la OGUC, en su texto original se ha indicado que “[...] esta fórmula ha presentado sus inconvenientes para aquellas áreas que al momento de la elaboración del plan no estén reconocidas oficialmente, dado el tenor del artículo 2.1.18 de O.G.U.C., lo que finalmente quedará supeditado al control que le compete efectuar a la

¹ Mallea Álvarez, María, Ordenamiento territorial y la dimensión ambiental de los Instrumentos de Planificación en Chile, Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, N° 20, Diciembre de 2008, p.78.

Contraloría General de la República". A lo cual, lógicamente este sentenciador entiende que no se trata de área protegida oficial de acuerdo con la normativa aplicable, como si fueren de aquellas administradas por el SNASPE y por tanto no se pueden definir como tales; cosa distinta son sus consideraciones, particularidades y fines desde el punto de vista de la planificación territorial y las limitaciones que dichos IPT vigentes les imponen como tales.

- 12) Que, no debe perderse de vista que la propia Contraloría General de la República (CGR) a través del dictamen N° 30.689, de 25 de agosto de 1998, refiriéndose a la aludida potestad interpretativa, ha sostenido que “[...]el verbo ‘interpretar’ significa, según el Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia, en la acepción que interesa para estos efectos, “explicar o declarar el sentido de una cosa, y principalmente el de textos faltos de claridad”. Desde el punto de vista jurídico, interpretar una norma consiste en fijar “su verdadero sentido y alcance”. Agrega el referido pronunciamiento, que “En estas condiciones, cuando el legislador ha encomendado a la Secretaría de Estado referida, a través de los SEREMI de Vivienda y Urbanismo, la interpretación de las ‘disposiciones’ de los instrumentos de planificación territorial mencionados, le atribuyó la facultad de determinar el verdadero sentido y alcance de dicha preceptiva [...]”.
- 13) Que, así también es aplicable a este punto controvertido lo indicado por la CGR en el dictamen N° 9.102, de fecha 16 de marzo de 2017, que indica “En este contexto, es menester anotar que, en la especie, aun cuando a la luz de la normativa reglamentaria actualmente vigente -en particular de lo dispuesto en el nombrado artículo 2.1.17-, la zona en análisis no se enmarcaría en las áreas a las que este se refiere y en las que -desde su incorporación en la OGUC- se podría prohibir la subdivisión predial, ello no conduce a que la indicada preceptiva del PRMS pueda ser interpretada de la manera que parecen entender las reparticiones informantes, esto es, como una irregularidad de la cual se deriva una falta de regulación sobre la materia. Ello, toda vez que no resulta posible desconocer que dicha disposición es anterior a la definición contenida en la OGUC relativa a las zonas no edificables, y que, en su oportunidad, se dictó con apego a lo dispuesto en la normativa legal -el mencionado artículo 60, que no ha sido modificado- y reglamentaria, y que en tal virtud el planificador consideró a las nombradas Áreas de Preservación Ecológica como terrenos no susceptibles de ser subdivididos, en atención a su especial naturaleza y ubicación”.
- 14) Lo anterior, demuestra que la interpretación que realiza la SEREMI MINVU de Atacama en ningún caso puede llegar a modificar o disponer la eliminación de normas urbanísticas contenidas en los instrumentos de planificación territorial. De permitirse ello, implicaría que por dicha vía se alteren los referidos instrumentos sin que medie una modificación que se ajuste a los procedimientos reglados establecidos al efecto en la LGUC y OGUC, y la misma LBGMA.
- 15) En efecto, en el caso de autos, la SEREMI MINVU de Atacama, ha tenido por tácitamente derogadas aquellas áreas válidamente definidas en los artículos 38 y 42 de la Ordenanza del PRICOST de 2001, todo lo cual significa un ejercicio que en absoluto corresponde a la interpretación de una norma urbanística dudosa, sino que a la eliminación de normas claras y precisas.
- 16) Que, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en causa Rol N° 2684²-2014, ha indicado que “Los instrumentos de planificación territorial previstos en el ordenamiento territorial chileno son elaborados y modificados de acuerdo con procedimientos de competencia de órganos de representación popular (y, por consiguiente, dotados de legitimación democrática) y cuentan con instancias de control técnico y de participación de la comunidad local”.
- 17) Que, por su parte el párrafo segundo del art. 7° bis de Ley 19.300 señala “En todo caso, siempre deberán someterse a evaluación ambiental estratégica los planes regionales de ordenamiento territorial, planes reguladores intercomunales, planes reguladores comunales y planes seccionales, planes regionales de desarrollo urbano y zonificaciones del borde costero, del territorio marítimo y el manejo integrado de cuencas o los instrumentos de ordenamiento territorial que los reemplacen o sistematicen. En esta situación el procedimiento y aprobación del instrumento estará a cargo del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, el Gobierno Regional o el Municipio o cualquier otro organismo de la Administración del Estado, respectivamente”.

² STC, Rol N° 2684 -2014, numeral 5°, párrafo final, del voto en contra.

- 18) Que, al respecto la doctrina³ ha indicado que *“la evaluación de impacto ambiental de la Ley N°19.300, implica diversos elementos, entre los que se encuentra la evaluación de compatibilidad. A su vez, la referida compatibilidad se debe evaluar con los siguientes instrumentos: a) compatibilidad territorial; b) compatibilidad con la evaluación ambiental estratégica (EAE) y c) compatibilidad con los planes de desarrollo”*.
- 19) Que, se indica además *“[...] de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8 inc. 3° LBGMA, respecto de todo proyecto o actividad sometido al SEIA ‘siempre se requerirá el informe del Gobierno Regional, del Municipio respectivo y la autoridad marítima competente, cuando corresponda, sobre la compatibilidad territorial del proyecto presentado’. En este caso, se pondrá en relación el EIA o la DIA con los respectivos instrumentos de planificación territorial. Así, por ejemplo, respecto de si la actividad propuesta es compatible con el uso del suelo dispuesto en un plan intercomunal o metropolitano, o bien, con un plan regulador comunal, en que deberá informar el Gobierno Regional o la Municipalidad. En el caso de la zonificación del uso del borde costero, el informe deberá ser emitido por la Dirección General del Territorio Marítimo y la Marina Mercante (DIRECTEMAR). Existe una diferencia de fondo entre ambas clases de informes. Los primeros tienen el carácter imperativo, en el sentido que si la actividad evaluada no es compatible con el uso del territorio dispuesto en el respectivo instrumento de planificación territorial, ésta no podrá llevarse a cabo. Esta conclusión se apoya en el carácter obligatorio de dichos instrumentos. Por el contrario, en el caso del informe sobre la compatibilidad territorial del proyecto con la zonificación del uso del borde costero, el informe será indicativo, dado el carácter no vinculante de dicho instrumento, salvo para el caso de las actividades de acuicultura”*.
- 20) Que por tanto, sobre la interpretación con efecto derogatorio de las zonas ZPI-2 “Zona de Protección Ecológica” de alto valor ecológico necesarios para mantener el equilibrio y calidad del medio ambiente (art. 38) y ZPI-6 “Zona de Protección de Dunas” campos dunarios marcados en el Plano PRICOST (art. 42), y como se advierte en la Figura 1 del considerando cuadragésimo octavo de esta sentencia, este Ministro constata que no existe un acto administrativo y/o jurídico ex ante a la evaluación ambiental del proyecto que cambie su clasificación a ZUI-7 “Zona de apoyo a centros poblados”, que corresponde a terrenos costeros reservados para acoger infraestructura complementaria a centros poblados, cuyo despliegue según el art. 35 del PRICOST 2001, indica que los PRC deberán detallar en su interior limitantes de riesgo y protección y fijar disposiciones que cautelen los terrenos en los cuales se produce con especial intensidad el fenómeno del desierto florido, las dunas y quebradas, las singularidades paisajísticas que requieren ser preservadas y los sitios de interés paleontológico.
- 21) Que, más allá de la interpretación administrativa que haga la SEREMI MINVU de Atacama, sobre el art. 2.1.18 de la OGUC, dicha norma no es explícitamente retroactiva, por tanto, estando el PRICOST por la Resolución N°5/2001 aprobado luego de pasar por un proceso de validación técnico administrativa, participación ciudadana y legal, incluso tomado de razón por CGR y publicado en el Diario Oficial, sería necesario un acto administrativo formal de cambio de dicha zonificación que revierta dicha situación; tema que ocurre con el APRICOST según el DS N°30/2019, en que zonifica dicha área como Zona AR-1: Borde Costero, del cual también se tiene una Evaluación Ambiental Estratégica (EAE) aprobada el año 2012 y que permitió cumplir con los requisitos de la Ley N°19.300 sobre los Instrumentos de Planificación Territorial.
- 22) Que, pese al APRICOST/2019 no le es estrictamente aplicable a la Evaluación Ambiental del proyecto ENAPAC según el art. 8° de la Ley N° 19.300 y el art. 33 del DS N° 40/2012; sin embargo, si la revisión de la Evaluación Ambiental Estratégica involucrada en ello y aprobada el año 2012, y que se resolviera con fecha anterior a la evaluación del proyecto ENAPAC en cuestión.
- 23) Que, si bien, no se está invalidando la interpretación realizada por la SEREMI MINVU, la actuación realizada a partir de dicho acto, manifestada previamente a la Evaluación Ambiental del Proyecto – igualmente sostenida por el Director de Obras de la Municipalidad de Caldera, a través del Certificado de Informaciones Previas N° 34, de 2017, sirvieron de fundamento a la actuación del titular del proyecto, advirtiéndose un actuar de buena fe, que ameritaría su amparo.

³ Bermúdez Soto, Jorge, Fundamentos de Derecho Ambiental, 2° Edición, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2015, p. 284.

- 24) Que, sin embargo es menester del Estado procurar que dicho proyecto tenga una coherencia con los nuevos instrumentos vigentes, toda vez que el proyecto aprobado tendría una vida útil de 30 años, poniendo especial atención al principio precautorio y principio de no regresión respecto del estándar de protección de dichos bienes ambientales (fenómeno del desierto florido, las dunas y quebradas, las singularidades paisajísticas que requieren ser preservadas y los sitios de interés paleontológico) que en su momento fueron identificados y validados a través del PRICOST 2001.
- 25) Que, también la doctrina⁴ ha indicado que *“en este contexto, la exigencia al Estado de velar por el derecho a la protección del medio ambiente adecuado para el desarrollo de la vida humana se erige como construcción del Derecho Constitucional moderno, que obliga a hacer una nueva lectura del derecho de propiedad y su limitación, para adecuar su ejercicio a una nueva relación del ser humano con su entorno, paradigma de la nueva construcción del Estado de la posmodernidad”*.
- 26) Que, en conclusión, respecto de la Compatibilidad Territorial del proyecto, este sentenciador estima que producto de las inconsistencias evidenciadas en el expediente administrativo de evaluación ambiental y su reclamación, sí revisten en este caso concreto “vicio esencial de ilegalidad”, y por tanto correspondería anular las Res. Ex. N°97/2019 y RCA N° 99/2018, ambas de la COEVA de Atacama; ya que al hacer un análisis armónico de la legislación ambiental vigente y sus principios, y teniendo muy presente la primacía, vinculación y obligatoriedad de los IPT en comento; se vulnera el resguardo del bien jurídico ambiental en las zonas de dunas y de protección ecológica, y que a pesar de no ser estas áreas de conservación oficial del Estado, se hace del todo necesario y obligatorio que tanto la COEVA de Atacama y el titular del proyecto ENAPAC resguarden los objetos de conservación ambiental especiales (fenómeno del desierto florido, dunas y quebradas, singularidades paisajísticas y sitios de interés paleontológico), que se identifiquen en la zona de emplazamiento (planta desaladora y ductos) y su área de influencia del proyecto ENAPAC, cumpliendo con ello con la Ley N°19.300 y el derecho constitucional del art. 19 N° 8 de la CPR de vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el deber del Estado de tutelar preservación de la naturaleza.

Notifíquese y regístrese.

Redactó la sentencia el Ministro Sr. Mauricio Oviedo Gutiérrez, y la prevención y disidencia su autor.

Rol N° R-28-2019

Pronunciada por el Primer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Sr. Mauricio Oviedo Gutiérrez, Sr. Marcelo Hernández Rojas y Sr. Juan Opazo Lagos.

Autoriza el Secretario Abogado del Tribunal, Sr. Claudio F. Gandolfi.

En Antofagasta, a veinticuatro de abril de dos mil veinte, se notificó por el estado diario y correo electrónico la sentencia precedente.

⁴Alberto Olivares Gallardo, Los Principios Ambientales en la actividad del Tribunal Constitucional. Estudios constitucionales vol.14 no.2 Santiago, 2016, p. 457.

Causa R-26-2019 (ac. R-32-2019)

“Ilustre Municipalidad de Caldera y otros con Servicio de Evaluación Ambiental”

SÍNTESIS

1. Datos del procedimiento

- Reclamante(s): Ilustre Municipalidad de Caldera e Ilustre Municipalidad de Copiapó.
- Reclamado(s): Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA).

2. Hechos esenciales que originaron el procedimiento y decisión del asunto controvertido

Las Municipalidades de Caldera y de Copiapó reclamaron en contra de las resoluciones del SEA que declararon inadmisibles los recursos administrativos deducidos por la calificación ambientalmente favorable del proyecto “Andes LNG”, ubicado en la región de Atacama. Al efecto, solicitaron que se declarará que son legitimadas activas para presentar observaciones al proyecto y, en consecuencia, que debieron haberse acogidos los recursos administrativos por falta de consideración de sus observaciones formuladas durante la evaluación ambiental.

Por su parte, el SEA señaló que las municipalidades no tienen legitimación activa para efectos de representar intereses locales en materias ambientales, ya que supondría ir más allá de sus competencias y funciones específicas. Además, al no ser observantes ciudadanos en el contexto de la evaluación ambiental, no gozarían del recurso de reclamación.

En la sentencia, el tribunal acogió la reclamación deducida, con el voto de minoría del Ministro Sr. Oviedo, quien estuvo por rechazar las reclamaciones atendido que la sistematización y evaluación técnica de las observaciones ciudadanas solo está reservada para aquellas que provengan de la comunidad, la cual en su concepción genuina no incorpora a las municipalidades.

3. Principales controversias

- i. Si las atribuciones de las Municipalidades en materia ambiental las facultarían o no para interponer el recurso de reclamación del artículo 20 de la Ley N°19.300.
- ii. Si el recurso de reclamación del artículo 20 en relación al artículo 29 de la Ley N°19.300, se confiere solo a quienes presentaron observaciones dentro de un proceso de participación ciudadana asociada a un Estudio de Impacto Ambiental.
- iii. Sobre el eventual carácter facultativo y no vinculante de los pronunciamientos de los organismos sectoriales con competencia ambiental en el SEIA.
- iv. Si es procedente discutir la materia de fondo relativa a la impugnación de la RCA.

4. Sentencia

El Tribunal consideró y resolvió:

- i. En cuanto a las atribuciones de las municipalidades, se estimó que, en virtud de los mandatos Constitucionales y legales, dichas entidades tienen roles, funciones y atribuciones de carácter ambiental, de ordenación y planificación territorial, por lo cual poseen un interés legítimo para resguardar y ser garantes del bienestar humano, así como del desarrollo económico, social y cultural de sus vecinos.

- ii. Respecto a si el recurso de reclamación se confiere solo a quienes presentaron observaciones dentro de un proceso de participación ciudadana, previo a un análisis sistémico y armónico de la normativa municipal, ambiental y administrativa, así como de los principios que las inspiran, el tribunal evidenció que no podía negarse a los municipios el acceso a la justicia ambiental por cuestiones de forma, más aún, cuando éstos tienen un rol trascendental en el desarrollo integral de sus habitantes en el territorio.
 - iii. Sobre el carácter no vinculante y facultativo de los pronunciamientos de los organismos sectoriales, los sentenciadores rechazaron dicha alegación señalando que no debe confundirse las observaciones planteadas por las reclamantes con la obligación de cumplimiento de la normativa de carácter ambiental y municipal, la cual debe conciliarse armónica y eficazmente en post de proteger el bien jurídico ambiental y el bien común de la sociedad.
 - iv. Por último, en cuanto al fondo del asunto, el tribunal estimó necesario que se revisaran las materias planteadas por las reclamantes al Comité de Ministros, además de velar por una observancia estricta a las exigencias de los instrumentos de planificación territorial y al plan de desarrollo comunal aplicables al proyecto.
-

SENTENCIA

Antofagasta, veintisiete de mayo de dos mil diecinueve.

VISTOS:

1. Consta que la Ilustre Municipalidad de Caldera, R.U.T. N°69.030.300-0, en adelante (“Reclamante”, “Municipalidad” o “I.M. de Caldera”), representado por la Sra. Alcaldesa Brunilda González Anjel, cédula de identidad N°9.198.247-1, domicilio en Cousiño N°395, Caldera, región de Atacama, representada por el abogado Sr. Rodrigo Flores Osorio, cédula de identidad N°9.832.914-5, domiciliado para estos efectos en Avenida Presidente Kennedy N°7440, oficina 823, Comuna de Vitacura, Región Metropolitana; interpusieron reclamación judicial ante este Primer Tribunal Ambiental con fecha 29 de agosto de 2019, en contra de la Resolución Exenta N°0846 de fecha 5 de agosto de 2019 emanada del Comité de Ministros (“resolución reclamada, o “resolución exenta”, o “res. ex”), que rechazó la solicitud de invalidación interpuesta contra la Res. Ex. N°65 de fecha 13 de junio de 2019 de la COEVA de la Región de Atacama, solicitando que sea dejada sin efecto, declarando que la I. M. de Caldera es legitimada activa para presentar observaciones al Proyecto “Andes LNG”, y, en consecuencia, se declare que es procedente acoger el recurso de reclamación presentado respecto de la Res. Ex. N°65, que calificó favorablemente el Estudio de Impacto Ambiental (“EIA”) del Proyecto “Andes LNG”, impugnándose dicha calificación favorable, ya que se infringió el artículo 29 inciso tercero de la Ley N°19.300.

2. Dicha reclamación judicial, fue interpuesta contra el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental (“reclamada”, “Servicio” o “SEA”), con domicilio para estos efectos en calle Miraflores N°222, piso N°19, Santiago, quien evacuó informe solicitando el rechazo en todas sus partes de la acción de reclamación deducida, por carecer de fundamento tanto en los hechos como en el derecho, todo ello con expresa condenación en costas.

3. En lo que respecta a la reclamación R-26-2019 y el proceso jurisdiccional derivado de aquella en autos, consta lo siguiente:

A fs. 1 y siguientes, la I.M. de Caldera, R.U.T. N°69.030.300-0, representada por la Sra. Alcaldesa Brunilda González Anjel, cédula de identidad N°9.198.247-1, con domicilio en Cousiño N°395, Caldera, región de Atacama, representada por el abogado Sr. Rodrigo Flores Osorio, cédula de identidad N°9.832.914-5, domiciliado para estos efectos en Avenida Presidente Kennedy N°7440, oficina 823, Comuna de Vitacura, región Metropolitana, interpuso reclamación judicial ante este Primer Tribunal Ambiental con fecha 29 de agosto de 2019, en contra de la Resolución Exenta N°0846 de fecha 5 de agosto de 2019 emanada del Comité de Ministros, (“Res. Ex.”, “resolución reclamada”, o “resolución exenta”), que rechazó la solicitud de invalidación interpuesta contra la resolución exenta N°65 de fecha 13 de junio de 2019 de la COEVA de la Región de Atacama, solicitando sea dejada sin efecto, declarando que la I.M. de Caldera es legitimada activa para presentar observaciones al Proyecto “Andes LNG”, y en consecuencia, se declare que es procedente acoger el recurso de reclamación presentado respecto de la Resolución Exenta N°65 de fecha 13 de junio de 2019 de la COEVA de la Región de Atacama, que calificó favorablemente el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto “Andes LNG”, impugnándose dicha calificación favorable, ya que se habría infringido el artículo 29 inciso tercero de la Ley N°19.300.

A fs. 61, este 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. 62 y siguientes, la parte reclamada, es decir, el Director Ejecutivo del SEA, representado por los abogados Sres. Javier Naranjo Solano y Yordana Mehseñ Rojas, con domicilio para estos efectos en calle Miraflores N°222, piso N°19, Santiago, solicitaron la ampliación del plazo para evacuar su informe y además, delegaron poder a los abogados Sres. Camila Palacios Ryan, Tagrid Nadi Safatle y José Miguel Prado Ovalle, a lo que el

Tribunal resolvió a fs.69, tener presente el patrocinio y poder conferido y acceder a la solicitud de ampliación de plazo para evacuar informe.

A fs. 71 y siguientes, el SEA, evacua informe solicitando el rechazo en todas sus partes de la acción de reclamación deducida, por carecer de fundamento tanto en los hechos como en el derecho, todo ello con expresa condenación en costas.

Además, en el otrosí de su presentación, acompañó los siguientes documentos:

1. Copia del expediente de evaluación del Proyecto Andes LNG, que concluye con la Res. Ex. N°65/2019, que declara ambientalmente favorable el Proyecto.
2. Copia del expediente administrativo de reclamación, que concluye con la Res. Ex. N°846/2019, que declara inadmisibles las reclamaciones interpuestas.
3. Certificado de autenticidad de los expedientes individualizados en el número 1 y 2 precedente.

A fs. 23.992, el Tribunal resolvió tener por evacuado el informe requerido.

A fs. 23.993, la Relatora de la causa certificó que de acuerdo al artículo 372 N°3 del Código Orgánico de Tribunales, la causa quedó en estado de relación.

A fs. 23.994 y siguientes, el reclamante expone una serie de consideraciones, las cuales solicita se tengan presente, el Tribunal a fs. 24.004 resolvió tenerlas presente.

A fs. 23.993, el Tribunal atendido al estado procesal de autos, resolvió fijar audiencia para la vista de la causa, para el día 29 de octubre de 2019.

A fs. 24.006, reclamante y reclamado solicitaron al Tribunal la suspensión del procedimiento y por ende la suspensión de la vista de la causa, conforme al artículo 64 inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil, hasta el día 14 de diciembre de 2019. A fs. 24.007 el Tribunal resolvió, como se pide, ha lugar, fijando nueva fecha de audiencia para el día 17 de diciembre de 2019.

A fs. 24.009 y siguientes, la abogada Sra. Ericka Portilla Barrios delega poder al abogado Guillermo Ortega Muñoz, cédula de identidad N°14.468.707-8. A fs. 24.011 el Tribunal resolvió, téngase por conferido el poder.

A fs. 24.018, consta que este Tribunal se constituyó el día 17 de diciembre de 2019 en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 90 N°2 del Código Orgánico de Tribunales, para la realización de la vista de la causa en causa rol R-26-2019 (Ac. R-32-2019) caratulada "Ilustre Municipalidad de Caldera y otros con Servicio de Evaluación Ambiental".

A fs. 24.019, se dejó constancia de los alegatos realizados por la parte reclamante, Sr. Rodrigo Flores Osorio y Sr. Guillermo Ortega Muñoz, y, por la parte reclamada, Sr. José Miguel Prado Ovalle.

A fs. 24.020, la causa queda en acuerdo ante el Primer Tribunal Ambiental.

A fs. 24.021, se designa como ministro redactor de la sentencia, al Ministro Sr. Marcelo Hernández Rojas.

Respecto a la reclamación judicial R-32-2019 y su tramitación previa a la acumulación de autos fue la siguiente.

1. Consta que la Ilustre Municipalidad de Copiapó, R.U.T. N°69.030.200-4, en adelante ("Reclamante", "Municipalidad" o "I.M. de Copiapó"), representada por la abogada Sra. Ericka Portilla Ramos, cédula de identidad N° 15.578.476-8 domiciliada para estos efectos en calle Chacabuco N°857, Copiapó, interpuso reclamación judicial ante este Primer Tribunal Ambiental con fecha 30 de octubre de 2019, en contra de la Resolución Exenta N°950/2019 de fecha 12 de septiembre de 2019, emanada del Comité de Ministros, ("resolución reclamada, o "resolución exenta", O "res. ex."), que no admitió a trámite el recurso de reclamación interpuesto en contra de la Res. Ex. N°65 de fecha 13 de junio de 2019, de la COEVA de la Región de Atacama, que calificó ambientalmente favorable el EIA del "Andes LNG" cuyo proponente es la empresa ANDES S.A.

2. Dicha reclamación judicial, es interpuesta contra el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental ("reclamada, o Servicio o SEA"), con domicilio para estos efectos en calle Miraflores N°222, piso N°19,

Santiago, quien evacuó informe solicitando el rechazo en todas sus partes de la acción de reclamación deducida, por carecer de fundamento tanto en los hechos como en el derecho, todo ello con expresa condenación en costas.

3. En lo que respecta a la reclamación R-32-2019 y el proceso jurisdiccional derivado de aquella en autos, consta lo siguiente:

A fs. 1 y siguientes, consta que la Ilustre Municipalidad de Copiapó R.U.T. N°69.030.200-4 representada por la abogada Sra. Ericka Portilla Ramos (“reclamante”), cédula de identidad N°15.578.476-8, domiciliado para estos efectos en calle Chacabuco N°857, Copiapó, interpuso reclamación judicial ante este Primer Tribunal Ambiental con fecha 30 de octubre de 2019, en contra de la Res. Ex. N°950/2019 de fecha 12 de septiembre de 2019, emanada del Comité de Ministros, (“resolución reclamada, o resolución exenta”, o “res. ex.”), que no admitió a trámite el recurso de reclamación interpuesto en contra de la Res. Ex. N°65 de fecha 13 de junio de 2019, de la COEVA de la Región de Atacama, que calificó ambientalmente favorable el EIA del “Andes LNG” cuyo proponente es la empresa ANDES S.A.

A fs. 135, este 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. 136 y siguientes, la parte reclamada, es decir, el Director Ejecutivo del SEA, representado por los abogados Sres. Javier Naranjo Solano y Yordana Mehseñ Rojas, con domicilio para estos efectos en calle Miraflores N°222, piso N°19, Santiago, solicitaron la ampliación del plazo para evacuar su informe y además, delegaron poder a los abogados Sres. Camila Palacios Ryan, Tagrid Nadi Safatle y José Miguel Prado Ovalle, a lo que el Tribunal resolvió a fs.144, tener presente el patrocinio y poder conferido para la abogada Sra. Yordana Mehseñ Rojas, tener como apoderado al Sr. Javier Naranjo Solano, y acceder a la solicitud de ampliación de plazo para evacuar informe.

A fs. 145 y siguientes, el SEA, evacua informe solicitando el rechazo en todas sus partes de la acción de reclamación deducida, por carecer de fundamento tanto en los hechos como en el derecho, todo ello con expresa condenación en costas.

Además, en el otrosí de su presentación, acompañó los siguientes documentos:

1. Copia del expediente de evaluación del Proyecto Andes LNG, que concluye con la Res. Ex. N°65/2019, que declara ambientalmente favorable el Proyecto.
2. Copia del expediente administrativo de reclamación, que concluye con la Res. Ex. N°950/2019, que declara inadmisibile la reclamación interpuesta.
3. Certificado de autenticidad de los expedientes individualizados en el número 1 y 2 precedente.

A fs. 25.124, el Tribunal resolvió tener por evacuado el informe requerido.

A fs. 25.125, la Relatora de la causa certificó que de acuerdo al artículo 372 N°3 del Código Orgánico de Tribunales, la causa quedó en estado de relación.

A fs. 25.126 El Tribunal resolvió de conformidad a lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley N°20.600, en relación a los artículos 92 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, que estos autos se acumularan a la causa R-26-2019, suspendiendo en consecuencia su tramitación.

CONSIDERANDO:

Primero. Que, conforme a los argumentos y alegaciones expuestos por ambas reclamantes y las alegaciones y defensas de la parte reclamada las cuales constan en autos y que se dan por reproducidas, se determinaron como hechos controvertidos de la causa, los siguientes:

1. **EN CUANTO A LA LEGITIMIDAD ACTIVA DE LAS I.M. DE CALDERA Y COPIAPÓ PARA DEDUCIR EL RECURSO DE RECLAMACIÓN DEL ARTÍCULO 20 EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 29 DE LA LEY N°19.300 Y EL RECURSO DE RECLAMACIÓN DE AUTOS.**
 - 1.1. **Respecto a si las atribuciones de las Municipalidades en materia ambiental las facultarían o no para interponer el recurso de reclamación del artículo 20 de la Ley N°19.300.**

Segundo. Que, para la I.M. de Caldera, los Municipios son Órganos Constitucionales regulados en la Constitución Política de la República en los artículos 118 y siguientes, siendo definidas como “corporaciones autónomas de

derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna"; constituyéndose en la expresión de la soberanía comunal y manifestación de democracia directa en el espacio territorial, el cual -dentro de sus deberes en su administración-, tienen fines muy claros delimitados con rango Constitucional como son el progreso económico, social y cultural de sus administrados.

Tercero. Que, por su parte, el art. 4° letra b) de la Ley N°18.695 señala que "Las municipalidades, en el ámbito de su territorio, podrán desarrollar, directamente o con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas con: b) La salud pública y c) La protección del medio ambiente."

Cuarto. Que, luego la reclamante se refiere al art. 4°, de la Ley N°19.300, que señala: "Es deber del Estado facilitar la participación ciudadana, permitir el acceso a la información ambiental y promover campañas educativas destinadas a la protección del medio ambiente. Los órganos del Estado en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes."

Quinto. Que, en este contexto la I.M. de Caldera sostiene que estaría facultada legalmente para proteger el medio ambiente toda vez que la Ley Orgánica que la regula tiene por objeto operativizar una norma Constitucional. Por lo tanto, se trata de un Órgano de la Administración del Estado de rango constitucional, autónomo, siendo además expresión del soberano comunal.

Sexto. Que, por otro lado, señala esta reclamante que el Municipio, al ser un órgano público, debe aplicar los Principios Generales del Derecho, especialmente lo relativo al Principio Preventivo, propio del Derecho Ambiental, "el cual pretende evitar o reducir efectos negativos de carácter significativo sobre el entorno, justificados jurídicamente -impacto ambiental- o antijurídicos -daño ambiental-".

Séptimo. Que, por su parte la I. M. de Copiapó señaló a su vez que, la participación de las Municipalidades en el proceso de Evaluación Ambiental debe considerarse no como una acción consultiva, sino más bien como una participación decisiva de carácter estratégica, porque es parte de su función propia, relacionada con la ejecución de acciones y programas de protección del Medio Ambiente, como las que ha desplegado no solo informando a otros organismos del Estado en cuanto a sus observaciones sobre el proyecto, sino que, además regulando o normando las condiciones del espacio territorial en los que se pretende emplazar el proyecto.

Octavo. Que, así se dictó el Decreto Alcaldicio N°2810 de fecha 2 de diciembre de 2008, que Modificó el Plan Regulador de Copiapó, sector Bahía Salado, Punta Cachos, publicado en el Diario Oficial de fecha 10 de diciembre de 2008, estableciendo la normativa que el Proyecto no podrá obviar. Mediante dicha modificación al Plan Regulador constituyó al área en que se pretende instalar el gaseoducto el carácter de zona UBS-2 "Zona de Extensión Urbana de la Prioridad" e indica que "Estará constituido por la zona delimitada en el estudio del Plan y estará disponible una vez consolidado un 75% de las zonas de desarrollo prioritario o cuando los proyectos tengan un tamaño que no sea albergable en las zonas prioritarias disponibles".

Noveno. Que, continúa la Municipalidad de Copiapó indicando que, dicha normativa fue representada al SEA y al Comité de Ministros como también de la infracción normativa en que habría incurrido el proyecto, normativa válidamente establecida a su juicio por ella en el ejercicio de las atribuciones que el Ordenamiento Jurídico le concede. Todas estas alegaciones de fondo no fueron debidamente reconocidas ni recogidas por dichas autoridades. Se hizo presente que la Resolución N°30 de fecha 20 de mayo de 2019 del Intendente(S) de la Región de Atacama, publicada en el Diario Oficial de fecha 27 de agosto de 2019, que aprobó la Actualización del Plan Regulador Intercomunal Costero de Atacama (APRICOST) de las comunas de Chañaral, Caldera, Copiapó, Huasco y Freirina, recoge la regulación del Decreto Alcaldicio N°2810 del 2008 respecto de Punta Cachos y Bahía Salado.

Décimo. Que, por su parte señaló el SEA, de conformidad a lo establecido en el artículo 1° de la Ley N°18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, las Municipalidades son órganos de la Administración del Estado. En tanto órgano de la Administración del Estado, toda Municipalidad debe estar a lo prescrito por el artículo 2° de la misma norma, que señala: "Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes"; siendo esta norma la expresión del principio de legalidad o juridicidad de los artículos 6° y 7° de la Constitución Política,

conforme a los cuales los órganos de la Administración del Estado deben actuar dentro de la esfera de sus atribuciones establecidas en la Constitución o en la Ley, lo que junto a un examen atento de la Ley N°19.300 y del Decreto Supremo N°40, de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, revela claramente cuáles son las competencias y funciones que el legislador ambiental ha asignado a las municipalidades en el SEIA, las cuales deben distinguirse de sus otras competencias en materia ambiental.

Undécimo. Que, prosiguió el SEA, la reforma a la institucionalidad ambiental introducida por la Ley N°20.417, buscaba evitar la superposición de competencias entre los órganos que participan en la evaluación ambiental, razón por la cual se agregó el inciso final del artículo 9° de la Ley N°19.300 que establece “los pronunciamientos de los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental deberán ser fundados y formulados dentro de las esferas de sus respectivas competencias”. Esta reforma, a juicio del SEA, buscaba dar “una respuesta a la práctica que se había dado en el SEIA en que los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental que intervenían emitían opinión sobre aspectos ajenos a su ámbito de competencia, lo que, si bien no resultaba vinculante para la evaluación ambiental, introducía un elemento de incertidumbre y una valoración inoficiosa para la misma” (Jorge Bermúdez, Fundamentos de Derecho Ambiental. p. 284).

Duodécimo. Que, sostiene la reclamada, las competencias ambientales de las municipalidades que establece la Ley N°18.695 son de carácter genérico, y, por lo tanto, dichas normas deben interpretarse a la luz de lo dispuesto en la Ley N°19.300, tanto por su carácter de bases generales, como por la aplicación del criterio de especialidad.

Decimotercero. Que, las competencias de las municipalidades en materia de evaluación de impacto ambiental se encuentran establecidas en la Ley N°19.300, en concreto, en el artículo 8° inciso 3, 9° ter y 31. De ahí que en materia de evaluación de impacto ambiental corresponde al municipio pronunciarse únicamente sobre (i) la compatibilidad territorial del proyecto presentado y (ii) su relación con planes de desarrollo comunal. Esto sería confirmado por la Excma. Corte Suprema, en diversos fallos: ROL CS N° 7.263-2010; ROL CS N° 6.590-2014/2014, ROL CS N° 21.973-2014, ROL CS N° 25.938-2014 y ROL CS N° 14.263-2014. Todas indican en términos generales el criterio siguiente: “los municipios sólo son colaboradores de los organismos técnicos especializados, encargados del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”. En el mismo sentido lo ha señalado el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, en sentencia Rol R-148-2017.

Decimocuarto. Que, por lo tanto, señala el SEA, los municipios no tienen legitimación activa para efectos de representar intereses locales en materias ambientales, pues supone ir más allá de sus competencias y funciones específicas.

Decimoquinto. Que, sin embargo, sostiene el SEA, esta regla general de falta de legitimación activa de los municipios en materia ambiental presenta dos excepciones. En primer lugar, el artículo 54 de la Ley N°19.300 que otorga legitimación activa para interponer la acción por daño ambiental, y la segunda, respecto de la impugnación de una norma de general aplicación que concierne a la comunidad toda.

Decimosexto. Que, concluye el SEA sobre el deber de la municipalidad de cumplir estrictamente con el principio de coordinación conforme lo dispone el artículo 5° inciso 2 de la ley N°18.575, el cual la obliga a reconocer que la administración del SEIA por ley se encuentra a cargo del Director Ejecutivo del SEA. Dicho principio, según el SEA, se ve infringido al pretender las I. M. de Caldera y de Copiapó, con esta acción de reclamación que se deje sin efecto el acto terminal del procedimiento de evaluación, entorpeciendo con ello el cumplimiento de la función pública, sin ajustar su cometido a sus competencias ambientales conferidas por la Ley N°19.300, en virtud del principio de especialidad.

Decimoséptimo. Que, para el análisis de esta controversia, este Tribunal estima del todo necesario revisar con detalle la normativa aplicable a ésta.

Decimooctavo. Que, el artículo 118 de la Constitución Política de la República (CPR), establece en sus incisos segundo y tercero, que: “La administración local de cada comuna o agrupación de comunas que determine la ley reside en una municipalidad, la que estará constituida por el alcalde, que es su máxima autoridad, y por el concejo”. Continúa señalando que: “La ley orgánica constitucional respectiva establecerá las modalidades y formas que deberá asumir la participación de la comunidad local en las actividades municipales [...]. Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna. Una ley orgánica constitucional determinará las

funciones y atribuciones de las municipalidades [...]. Los servicios públicos deberán coordinarse con el municipio cuando desarrollen su labor en el territorio comunal respectivo, en conformidad con la ley [...].”

Decimonoveno. Que, así las cosas, se dictó la Ley N°18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades (LOCM), actualmente contenida en un texto refundido, coordinado y sistematizado, aprobado a través del Decreto con Fuerza de Ley N°1, de 2006, del Ministerio del Interior, en virtud de la cual *“Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de las respectivas comunas”* (artículo 1° inciso segundo).

Vigésimo. Que, la LOCM establece y distingue distintos tipos de funciones municipales. En este contexto, dentro de sus funciones privativas le corresponde a las Municipalidades elaborar, aprobar y modificar el plan comunal de desarrollo, cuya aplicación deberá armonizar con los planes regionales y nacionales; la planificación y regulación de la comuna y la confección del plan regulador comunal, de acuerdo con las normas legales vigentes; la promoción del desarrollo comunitario; aplicar las disposiciones sobre construcción y urbanización, en la forma que determinen las leyes, sujetándose a las normas técnicas de carácter general que dicte el ministerio respectivo, y el aseo y ornato de la comuna, entre otras.

Vigésimo primero. Que, asimismo, las municipalidades, en el ámbito de su territorio, podrán desarrollar, directamente o con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas con la salud pública y la protección del medio ambiente.

Vigésimo segundo. Que, dentro de las funciones privativas la LOCM en su artículo 5° reconoce determinadas funciones esenciales, entre las cuales destacan las de *“ejecutar el plan comunal de desarrollo y los programas necesarios para su cumplimiento”*; *“administrar los bienes municipales y nacionales de uso público, incluido su subsuelo, existentes en la comuna, salvo que, en atención a su naturaleza o fines y de conformidad a la ley, la administración de estos últimos corresponda a otros órganos de la Administración del Estado”*; *“aprobar los planes reguladores comunales y los planes seccionales de comunas que formen parte de un territorio normado por un plan regulador metropolitano o intercomunal, y pronunciarse sobre el proyecto de plan regulador comunal o de plan seccional de comunas que no formen parte de un territorio normado por un plan regulador metropolitano o intercomunal”* y *“aprobar los planos de detalle de los planes reguladores comunales y de los planes seccionales”*.

Este mismo artículo les entrega a las municipalidades la fiscalización colaborativa en el cumplimiento de la normativa relacionada con la protección del medio ambiente, dentro de sus límites comunales.

Vigésimo tercero. Que, el plan comunal de desarrollo (PLADECO) y el plan regulador comunal (PRC) son instrumentos de gestión ambiental esenciales para el correcto desempeño de las funciones edilicias, tal como lo dispone el artículo 6° de la LOCM

Vigésimo cuarto. Que, el PLADECO es definido como el *“instrumento rector del desarrollo en la comuna”*, el cual debe contener *“las acciones orientadas a satisfacer las necesidades de la comunidad local y a promover su avance social, económico y cultural”* (artículo 7° LOCM). En su elaboración y ejecución se tendrá en consideración la participación ciudadana y la necesaria coordinación con los demás servicios públicos que operen en el ámbito comunal o ejerzan competencias en dicho ámbito.

Vigésimo quinto. Que, para un mejor entendimiento, es necesario traer a colación, además, los aspectos de organización y funcionamiento interno de las municipalidades en materia ambiental y de planificación territorial. En este contexto, la Secretaría Comunal de Planificación desempeña funciones de asesoría en materia de estudios y evaluación, incluyendo el PLADECO. Además, la Dirección de Obras Municipales tiene la función de fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, del plan regulador comunal y de las ordenanzas correspondientes, en relación con lo previsto en el artículo 5° de la Ley General de Urbanismo y Construcción (LGUC). El artículo 25 de la citada LOCM crea la unidad de medio ambiente, a la cual le empuja la fiscalización de las acciones y programas relacionados con el medio ambiente,

la aplicación de las normas ambientales de su comuna y competencia y elaborar el anteproyecto de ordenanza ambiental.

Vigésimo sexto. Que, por último, según el artículo 79 letra b) de la LOCM le corresponde al Consejo Municipal *“supervisar el cumplimiento del plan comunal de desarrollo”*.

Vigésimo séptimo. Que, cabe además destacar la regulación ambiental que el legislador ha incorporado en el proceso de elaboración y aprobación de los instrumentos de planificación y ordenamiento territorial, donde además cobran relevancia los principios de participación y coordinación entre los órganos de la administración del Estado. En efecto, en el *“anteproyecto de todo Plan Regulador Intercomunal o Metropolitano, o sus modificaciones, la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo respectiva deberá proceder con la consulta de las municipalidades correspondientes y los organismos de la administración del Estado que sean necesarios, con el fin de resguardar una actuación pública coordinada sobre el territorio planificado [...]”*.

Vigésimo octavo. Que, respecto del Plan Regulador Comunal, el artículo 43 de la LGUC indica que: *“El anteproyecto de Plan Regulador Comunal o de sus modificaciones será diseñado por la municipalidad correspondiente [...]”* y *“debe ajustarse a lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 7 bis de la ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente”*. Además, *el anteproyecto de plan regulador deberá contener un informe ambiental, que será remitido al Ministerio del Medio Ambiente para sus observaciones”, lo que refuerza la vinculación del referido instrumento de gestión con la normativa ambiental.*

Vigésimo noveno. Que, a mayor abundamiento, la Ley N°19.300 en su artículo 7° bis obliga a los planes regionales de ordenamiento territorial, planes reguladores intercomunales, planes reguladores comunales y planes seccionales, planes regionales de desarrollo urbano y zonificaciones del borde costero, del territorio marítimo y el manejo integrado de cuencas o los instrumentos de ordenamiento territorial que los reemplacen o sistematicen, a someterse a evaluación ambiental estratégica.

Trigésimo. Que, en relación a las normas que se refieren a la actuación de los órganos con competencia ambiental, dentro del procedimiento de evaluación ambiental, se debe indicar, en primer lugar, que de acuerdo al artículo 8° inciso final de la Ley N°19.300, le corresponde al Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) la administración del sistema de evaluación de impacto ambiental (SEIA) en coordinación con los organismos del Estado involucrados.

Trigésimo primero. Que, en este rol de coordinación la ley exige el informe del Gobierno Regional y del Municipio respectivo, acerca de la compatibilidad territorial del proyecto. Asimismo, el titular del proyecto o actividad tiene la obligación de considerar “siempre” las políticas y planes evaluados estratégicamente y, además, de qué forma se relaciona con los planes de desarrollo comunal.

Trigésimo segundo. Que, también se establece en términos perentorios para el SEA la obligación de considerar la opinión de los organismos con competencia ambiental (artículo 9° de la LBGMA) y la evaluación técnica de las observaciones planteadas por la comunidad e interesados (artículo 9 bis LBGMA), so pena de incurrir en un vicio esencial en el procedimiento de calificación ambiental.

Trigésimo tercero. Que, de las normas jurídicas revisadas precedentemente, es posible advertir que tanto los instrumentos de planificación y ordenamiento territorial como los planes reguladores comunales y los planes de desarrollo comunal, son instrumentos de gestión administrados por las municipalidades para lograr el desempeño de sus funciones esenciales. En este sentido, la Ley no solo les ha entregado una función normativa sino también de supervisión y fiscalización en el cumplimiento de las mismas, creando al efecto una estructura orgánica al interior de las municipalidades para lograr dichos objetivos.

Trigésimo cuarto. Que, a su vez, los mencionados instrumentos deben respetar los planes o estrategias de carácter ambiental sometiéndose a Evaluación Ambiental Estratégica, como así también, respetar los principios de coordinación y participación en el proceso de su elaboración.

Trigésimo quinto. Que, finalmente, y como se ha observado, los referidos instrumentos de gestión son protegidos o resguardados por la normativa ambiental.

Trigésimo sexto. Que, en materia de reclamación, el artículo 20 de la LBGMA detalla: *“[...] En contra de la resolución que rechace o establezca condiciones o exigencias a un Estudio de Impacto Ambiental, procederá la reclamación ante un comité integrado por los Ministros del Medio Ambiente, que lo presidirá, y los Ministros de Salud; de Economía, Fomento y Reconstrucción; de Agricultura; de Energía, y de Minería. Estos recursos deberán ser interpuestos por el responsable del respectivo proyecto, dentro del plazo de treinta días contado*

desde la notificación de la resolución recurrida.”. Asimismo, complementa indicando para un mejor resolver que: *“En el caso de los Estudios de Impacto Ambiental, el Comité de Ministros deberá solicitar siempre informe a los organismos sectoriales que participaron de la evaluación ambiental”*. Así como de su posibilidad de reclamo señalando que, *“De lo resuelto mediante dicha resolución fundada se podrá reclamar, dentro del plazo de treinta días contado desde su notificación, ante el Tribunal Ambiental, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y siguientes de esta ley. [...]”*

Trigésimo séptimo. Que, respecto de posibilidad de reclamación de las personas (naturales y jurídicas) sobre los actos en materia ambiental, esto está recogido el art. 29 de la Ley N°19.300, que señala en su párrafo final: *“Cualquier persona, natural o jurídica, cuyas observaciones señaladas en los incisos anteriores no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental establecida en el artículo 24, podrá presentar recurso de reclamación de conformidad a lo señalado en el artículo 20 [...]”*; lo cual se abordará con mayor profundidad en considerados posteriores de esta sentencia.

Trigésimo octavo. Que, de la revisión de la jurisprudencia y doctrina referida a las atribuciones de las Municipalidades en materia ambiental, planificación territorial y planes de desarrollo, y la participación de comunidad y los interesados, se razona lo siguiente:

Trigésimo noveno. Que, respecto de la intervención de las municipalidades en el procedimiento de evaluación ambiental y su legitimación activa para interponer la reclamación prevista en el artículo 20 de la Ley N°19.300 se debe precisar, en primer término, que la evaluación ambiental considera entre otros aspectos, una evaluación de compatibilidad del proyecto con el territorio, con la evaluación ambiental estratégica y con los planes de desarrollo.

Cuadragésimo. Que, la aludida compatibilidad territorial se debe realizar tomando en consideración lo señalado en los informes evacuados por las municipalidades sobre la base de los instrumentos de ordenación territorial que se encuentren vigentes y respecto de los cuales sean competentes, conforme lo establece el 33 inciso segundo del RSEIA.

Cuadragésimo primero. Que, la intervención de las municipalidades a la que se viene haciendo referencia, se realiza en su calidad de organismo informante de un aspecto fundamental de la evaluación ambiental. Sin embargo, dicha intervención no obsta a que los municipios puedan intervenir o participar en otras calidades, ya sea como proponentes de proyectos o como observantes de los mismos. En este sentido se ha pronunciado la Excelentísima Corte Suprema, reconociendo la legitimación activa de las Municipalidades para reclamar en procedimientos administrativos y judiciales, cuando sus observaciones no han sido debidamente consideradas *“invocando sus facultades residuales, contempladas en su Ley Orgánica, donde será necesario acreditar la concurrencia de los requisitos exigidos en el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil”* (sentencia de casación Rol CS N°12802-2018).

Cuadragésimo segundo. Que, en este mismo orden de ideas, la doctrina¹ ha señalado que *“el principio de coordinación no debe ser interpretado en desmedro de la autonomía constitucional reconocida a los municipios -dirigida a satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna-. En este entendido, no se debe perder de vista que los municipios son órganos creados para satisfacer una función administrativa específica, la que se ejecuta con independencia del poder administrador central, en miras a la realidad local respecto de la cual despliegan sus facultades [...]”*.

Cuadragésimo tercero. Que, a mayor abundamiento, el derecho ambiental se ha sido definido como *“el conjunto de disposiciones que tienen por objeto la protección de los elementos del patrimonio ambiental, con el fin de asegurar las condiciones que permitan la subsistencia humana y la mejora de la calidad de vida de las personas, así como la de las generaciones futuras”*.²

Cuadragésimo cuarto. Que, el medio ambiente, como interés difuso, es un bien colectivo que emana del derecho constitucional de vivir en un medio libre de contaminación, y, por lo tanto, es del interés de toda la comunidad *“que el ambiente permanezca en calidades, niveles, concentraciones y estándares que permitan a cada uno de*

¹ Núñez Gómez de Jiménez, Álvaro Ignacio, “Impugnación de las Resoluciones de Calificación Ambiental por parte de los Municipios”, Revista de Derecho Ambiental, FIMA, Año XI, N° 11, Diciembre 2019, p.289-290.

² Op.cit, p.35.

los integrantes de la nación disfrutar y beneficiarse de un medio ecológico apto para las necesidades presentes y futuras”³

Cuadragésimo quinto. Que, en consecuencia, la protección de esta diversidad de intereses que derivan del medio ambiente puede y deben ser protegidos a través de esta rama del Derecho (Derecho Ambiental), lo cual debe vincularse a la luz del derecho de participación ciudadana y su vinculación con los Municipios, ya que su afectación puede perturbar al entorno y a las generaciones futuras. Por lo demás, se trata de un interés real, concreto, personal, directo, protegido por el ordenamiento jurídico y actualmente comprometido en el asunto de que se trata.

Cuadragésimo sexto. Que, las municipalidades de Caldera y Copiapó, tienen por mandato constitucional roles, funciones y atribuciones de carácter ambiental, planificación territorial y planificación del desarrollo en el ámbito de su territorio, por lo cual se envisten de un interés legítimo para reclamar en contra de las Resoluciones N°0846/2019 y N°950/2019 del Comité de Ministros, en referencia a la RCA N°65/2019 de la COEVA de la Región de Atacama.

Cuadragésimo séptimo. Que, en efecto, y tal como se mencionó en considerandos previos, los Municipios a través de la LOCM tienen funciones y atribuciones propias, como las indicadas en el artículo 3° letras a), b), c), e) y f) como funciones privativas; en el artículo 4° literales b), c), e), f), g), i) y l) como funciones relacionadas; en el artículo 5° literales a), d), k), m) y o) párrafo tercero, sobre atribuciones esenciales; artículo 6° literales a), b) y e) sobre los instrumentos esenciales para gestión municipal; artículo 7° sobre el rol de la Secretaría Comunal de Planificación sobre el PLADECOC y PRC; artículo 24 sobre la Unidad de Obras Municipales y su relación al PRC y temas urbanísticos; artículo 25 sobre la Unidad de Medio Ambiente, Aseo y Ornato, y temas de gestión ambiental y ordenanzas ambientales; por último sobre sus resoluciones en el artículo 12; artículos 56, 65, 79 y 94 sobre la socialización y aprobación con el Concejo Municipal y la Comunidad del PLADECOC y sus modificaciones; todas ellas, tendientes a satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna, como también proteger la salud de la población y el medio ambiente, en función del desarrollo sustentable de su territorio. De ahí que tienen un interés real de naturaleza ambiental, concreto, personal como persona jurídica, directo sobre los instrumentos municipales que se les obliga y actualmente comprometido en el asunto en controversia.

Cuadragésimo octavo. Que, en efecto, es precisamente esta posición de garante del ordenamiento y planificación territorial encomendada por la Constitución y las leyes, la que fundamenta el interés de los Municipios de que el SEA a lo menos, de respuesta fundada a sus observaciones relacionadas con la compatibilidad territorial del proyecto. Es también este rol social de protección del medio ambiente el que le otorga el sustento para observar y reclamar respecto de aquellos aspectos no relacionados a la referida compatibilidad territorial. No es admisible pensar que por el hecho de ser un órgano con competencia ambiental dentro del procedimiento, no sea considerada su opinión por estimarse que es un pronunciamiento no vinculante para el SEA y, además, para desmedro de su posición, no pueda defender sus instrumentos de planificación territorial como observante, precisamente por tener la calidad de sujeto pasivo en el SEIA, más aún si se agrega que además con la reforma de la Ley N°20.417 los Consejeros Regionales quienes podían defender los intereses de la comunidad, dejaron de tener participación en la etapa resolutoria del procedimiento.

Cuadragésimo noveno. Que, por otro lado, estos sentenciadores evidencian que el SEA tenía conocimiento sobre la vigencia y detalles del Plan Regulador Comunal (PRC) tanto de Caldera como de Copiapó, vigentes según los Decreto Alcaldicio N°1206/2003 de la I.M. Caldera y Decreto Alcaldicio N°2810/2008 de la I.M. Copiapó, los cuales, en su zonificación, limitaban la instalación de equipamiento industrial en específico el gasoducto y el trazado del proyecto Andes LNG, evaluado según la RCA N°65/2018.

Quincuagésimo. Que, a los Municipios se les aplica la obligación del cumplimiento constitucional y las leyes, como los principios precautorio y preventivo respecto de la salud de la población, la preservación de la naturaleza y el medio ambiente; así como el resguardo del principio participativo y el concepto democracia ambiental, con sus pilares de acceso a la información, participación efectiva y acceso a la justicia ambiental; no pudiendo por lo tanto, excusarse en que la protección del medio ambiente y la salud de la población en su territorio comunal no les compete; todo lo contrario, son los primeros garantes del bienestar humano en sus componentes ambiental, salud y calidad de vida de sus ciudadanos, así como del desarrollo económico, social y cultural de todos sus vecinos.

³ Tisné, Jorge. "Los intereses comprometidos en el daño ambiental. Comentario al nuevo procedimiento por daño ambiental de la Ley N° 20.600". Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte. Sección: Estudios. Año 21 N°1, 2014. p. 328

Quincuagésimo primero. Que, por lo anteriormente señalado estos sentenciadores estiman que los Municipios de Caldera y Copiapó, no han excedido sus atribuciones y competencias constitucionales y legales, sino por el contrario se advierte un legítimo actuar en el ejercicio de sus funciones y atribuciones; por tanto, dichas entidades estarían facultadas para interponer el recurso de reclamación del artículo 20 de la Ley N°19.300, por lo que se acogerá la alegación de la reclamante.

1.2. Respecto a si el recurso de reclamación del artículo 20, en relación al artículo 29 de la Ley N°19.300 se confiere solo a quienes presentaron observaciones dentro de un Proceso de Participación Ciudadana asociada a un Estudio de Impacto Ambiental.

Quincuagésimo segundo. Que, despejados los aspectos referidos a las posibilidades de intervención de las Municipalidades dentro de un procedimiento de evaluación ambiental y la naturaleza de los intereses protegidos por los instrumentos de ordenamiento territorial y desarrollo comunal, se hace necesario analizar en específico en qué calidad jurídica intervienen las Municipalidades reclamantes, en el proceso de evaluación ambiental del proyecto "Andes LNG" y si el Servicio de Evaluación Ambiental se pronunció fundadamente respecto de ellas en su Resolución de Calificación Ambiental N°65.

Quincuagésimo tercero. Que, sobre el particular las reclamantes señalan que, si bien es cierto la Ley N°19.300 señala las formas de participación del Municipio en materias de Medio Ambiente, las mismas, en virtud del Principio de Prevención, no se pueden limitar tan solo al cumplimiento de requisitos formales como los contenidos en el artículo 24 de dicho cuerpo normativo -en atención a la especial naturaleza del Municipio-, ya que si bien es un Órgano de la Administración del Estado, por otra parte es, según mandato constitucional, el llamado a "...satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna", sin olvidar que en atención a sus funciones Constitucionales, debe proteger el Patrimonio Ambiental de su comuna. Sostienen que es el Municipio el que expresa el poder del Soberano Comunal, en consecuencia, esta entidad puede manifestar su opinión y participar, ya no meramente como un sujeto al cual se le requiere información -como Órganos de la Administración del Estado con Competencia Ambiental-, sino que, además, como una organización que manifiesta y expresa la voluntad de su comunidad en el resguardo del Patrimonio Ambiental.

Quincuagésimo cuarto. Que, complementan las reclamantes señalando que el artículo 29 de la Ley N°19.300 señala que "cualquier persona" podrá realizar observaciones al Proyecto, estableciendo la obligación de la entidad pública evaluadora de responder a las observaciones planteadas. En este sentido, si bien los Municipios respondieron a la información solicitada por el ente evaluador, también al momento de entregar dicha información, formularon sendas observaciones al Proyecto. En consecuencia, en este actuar dual, los Municipios generaron observaciones aplicándose plenamente el artículo 29 inciso tercero del mencionado cuerpo legal.

Quincuagésimo quinto. Que, a juicio del SEA, el sistema recursivo entregado en la Ley N°19.300, solo permite que se pueda impugnar una Resolución de Calificación Ambiental, al titular del proyecto u observante del mismo, más no un Municipio, en consideración a que estos órganos solo pueden participar en un proceso de evaluación de impacto medio ambiental entregando información formal solicitada por el Servicio, la cual puede ser considerada o no, ya que no le es vinculante.

Quincuagésimo sexto. Que, el órgano reclamado señala que las Resoluciones Exentas N°846 y 950 serían ajustadas a derecho al no admitir a trámite las reclamaciones presentadas por la I.M. de Caldera y la I.M. de Copiapó, toda vez que éstas dedujeron reclamaciones administrativas del artículo 20, en relación al artículo 29 de la Ley N°19.300, norma establecida para los observantes ciudadanos en el contexto de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), cuyas observaciones no habrían sido debidamente consideradas. Por consiguiente, como las referidas municipalidades no fueron observantes ciudadanos, no gozarían de esta acción, por ende, no dedujeron reclamación de conformidad a la ley y, en definitiva, no se encuentran legitimadas para ejercer la acción del artículo 17 N°6 de la Ley N°20.600.

Quincuagésimo séptimo. Que, señaló la reclamada que las acciones interpuestas en el caso de autos se encuentran establecidas en el artículo 17 N°6 de la Ley N°20.600, que indica que se encuentran legitimados para interponer la reclamación del artículo 17 N°6, los observantes en el marco de un proceso de participación ciudadana ("PAC") cuando sus observaciones no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la RCA, y se haya agotado la vía recursiva administrativa, lo que evidentemente debe realizarse en conformidad a la Ley. Lo anterior se vería reforzado con lo dispuesto en el artículo 78 del D.S. N°40/2012, que se refiere a la

reclamación del art. 29 y 30 bis de la Ley N°19.300, el cual en su epígrafe señala a dicha reclamación como la “Reclamación de la comunidad”.

Quincuagésimo octavo. Que, por su parte, el artículo 18 N°5 de la Ley N°20.600 establece quienes se encuentran legitimados activos para deducir la referida acción de reclamación, exigiendo agotar previamente la vía administrativa, mediante la interposición, de conformidad a la ley, de los recursos administrativos correspondientes. Si bien de acuerdo a la norma los organismos de la administración del Estado podrán intervenir como partes en los asuntos de competencia de los tribunales ambientales, la misma norma específica que para el caso del número 6 del art. 17, solo serán legitimados activos “las personas naturales y jurídicas que presentaron sus reclamaciones de conformidad a la ley”.

Quincuagésimo noveno. Que, complementa el Servicio que las reclamaciones deducidas por las Municipalidades no se realizaron de conformidad a la legislación vigente, al carecer éstas de legitimación activa para deducir la reclamación del art. 20, en relación con el art. 29 de la Ley N°19.300, en tanto no tienen la calidad de observantes que las habilite para realizar observaciones en el contexto del proceso de PAC. Las Municipalidades intervinieron en el proceso de evaluación del Proyecto, en su calidad de órgano de la Administración del Estado, en cada instancia de la evaluación ambiental, evacuando los pronunciamientos requeridos por el SEA mediante diversos oficios, pero en ningún escenario como observantes ciudadanos.

Sexagésimo. Que, según lo sostenido por el SEA, dichos pronunciamientos no permitirían a las reclamantes dirigirse válidamente, de manera posterior, ante el Tribunal Ambiental invocando la reclamación del artículo 17 N°6 de la Ley N°20.600. Así se habría pronunciado el Segundo Tribunal Ambiental en sentencia Rol R-148-2017, quien se ha referido al presupuesto de procesabilidad requerido por el artículo 17 N°6, señalando que, para poder reclamar mediante vía administrativa, dispuesta en el artículo 20, 29 y 30 bis de la Ley N°19.300, es necesario que exista una observación ciudadana presentada ante la autoridad ambiental dentro del plazo franqueado por el legislador, pudiendo ser su debida consideración cuestionada en sede judicial.

Sexagésimo primero. Que, a juicio de estos sentenciadores, y como ya se revisó en considerandos previos, el párrafo 3° de la Ley N°19.300 sobre Participación de la Comunidad en el Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental, indica en su artículo 26 lo siguiente: *“Corresponderá a las Comisiones de Evaluación o el Director Ejecutivo, según el caso, establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental y de las Declaraciones cuando correspondan”*.

Sexagésimo segundo. Que, por su parte el artículo 29 de la Ley N°19.300 indica: *“Cualquier persona, natural o jurídica, podrá formular observaciones al Estudio de Impacto Ambiental, ante el organismo competente, para lo cual dispondrán de un plazo de sesenta días, contado desde la respectiva publicación del extracto”*.

Continúa indicando que *“[E]l Servicio de Evaluación Ambiental considerará las observaciones como parte del proceso de calificación y deberá hacerse cargo de éstas, pronunciándose fundadamente respecto de todas ellas en su resolución. Dicho pronunciamiento deberá estar disponible en la página web del servicio con a lo menos cinco días de anticipación a la calificación del proyecto”*. Y finalmente concluye que: *“Cualquier persona, natural o jurídica, cuyas observaciones señaladas en los incisos anteriores no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental establecida en el artículo 24, podrá presentar recurso de reclamación de conformidad a lo señalado en el artículo 20, el que no suspenderá los efectos de la resolución”*.

Sexagésimo tercero. Que, a su turno, el artículo 78 del D.S. N°40/2012, referido a la reclamación de la comunidad, complementa: *“El recurso se acogerá a trámite si fuere presentado por las personas naturales o jurídicas que formularon observaciones al Estudio de Impacto Ambiental o Declaración de Impacto Ambiental si procediere, ante la autoridad competente y en el plazo establecido en el artículo 20 de la Ley. El recurso deberá indicar qué observaciones, de aquellas formuladas en la oportunidad legal, no fueron debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución y los fundamentos de dicho reclamo. De lo contrario, no será admitido a trámite. La resolución de admisión a trámite será dictada dentro de quinto día de presentado el recurso y se notificará a los reclamantes y al titular del proyecto o actividad”*.

Sexagésimo cuarto. Que, el artículo 17 N°6 de la Ley N°20.600, sobre competencia de los Tribunales Ambientales indica que serán competentes para : *“Conocer de las reclamaciones que interponga cualquier persona natural o jurídica en contra de la determinación del Comité de Ministros o Director Ejecutivo que resuelva el recurso administrativo cuando sus observaciones no hubieren sido consideradas en el procedimiento”*

de evaluación ambiental, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 29 y 30 bis de la ley N°19.300, en relación con el artículo 20 de la misma ley”.

Sexagésimo quinto. Que, el numeral 5) del artículo 18 de la Ley N°20.600, al referirse a quienes pueden intervenir como partes en los asuntos de su competencia, indica que: *“En los casos de los números 5) y 6), las personas naturales y jurídicas que presentaron sus reclamaciones de conformidad a la ley”.*

Sexagésimo sexto. Que, respecto de las referencias normativas de la Ley N°18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE), se tiene:

Sexagésimo séptimo. Que, el artículo 5° de la LOCBGAE en su inciso segundo, indica: *“Las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública”.* Precisando que: *“Los órganos de la Administración del Estado deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones”.*

Sexagésimo octavo. Que, a su vez, el artículo 8° de la LOCBGAE, señala que *“Los órganos de la Administración del Estado actuarán por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones, o a petición de parte cuando la ley lo exija expresamente o se haga uso del derecho de petición o reclamo, procurando la simplificación y rapidez de los trámites”.* Reforzando que *“Los procedimientos administrativos deberán ser ágiles y expeditos, sin más formalidades que las que establezcan las leyes y reglamentos”.*

Sexagésimo noveno. Que, revisados los antecedentes del proceso administrativo y judicial asociados a las reclamaciones de las Municipalidades de Caldera y de Copiapó, se razona lo siguiente:

Septuagésimo. Que, las fechas de apertura del proceso de Participación Ciudadana (PAC) en el SEIA del proyecto Andes LNG, se producen en tres momentos: primera PAC luego de publicado el extracto del EIA según el artículo 27 de la Ley N°19.300, con fecha de inicio el 18/04/2016 para concluir al cabo de 60 días el 13/07/2016; la segunda PAC por modificaciones sustantivas al proyecto conforme al artículo 92 del RSEIA y según la Res. Ex. N°110 de fecha 28/07/2017 del SEA de Atacama se inició el 07/08/2017, para concluir al cabo de 30 días el 20/09/2017; y finalmente, la tercera PAC por modificaciones sustantivas al proyecto conforme al artículo 92 del RSEIA y según la Res. Ex. N°101 de fecha 11/10/2018 del SEA de Atacama se inició el 25/10/2018, para concluir al cabo de 30 días el 10/12/2018.

Septuagésimo primero. Que, los pronunciamientos y observaciones que presentaron los Municipios, se realizaron a través de sus Ordinarios N°1010 del 02/09/2016, N°2058 del 08/08/2017, N°1250 del 25/09/2018 y N°330 del 22/03/2019 por parte de la I.M. de Caldera; a su vez, los Ordinarios N°14155 del 14/09/2016, N°12089 del 10/07/2017, N°18166 del 21/09/2018, N°6482 del 25/03/2019 y N°11607 del 05/06/2019 por parte de la I.M. de Copiapó; todos ellos haciendo referencias, análisis de compatibilidad u observando los distintos componentes del EIA y sus Adendas del proyecto Andes LNG en el SEIA, recepcionados formalmente por el SEA.

Septuagésimo segundo. Que, asimismo, consta que dichos oficios están identificados en el Acta de Evaluación N°6 de fecha 22/5/2019, así como en el Acta N°5 de Sesión Ordinaria de la Comisión de Evaluación de la región de Atacama de fecha 30/5/2019.

Septuagésimo tercero. Que, de lo anterior este Tribunal, logra apreciar la coherencia y pertinencia de los distintos ordinarios y que las fechas de pronunciamiento y observaciones de los Municipios de Caldera y Copiapó se entrecruzan con los distintos Procesos de Participación Ciudadana, tanto del primer PAC, como de segundo y tercer proceso PAC por modificaciones sustantivas al proyecto Andes LNG; donde en particular el Ordinario N°2058 del 08/08/2017 de la I.M. Caldera recepcionado en el SEA el 17/08/2017 se enmarca dentro de la fecha del segundo proceso PAC. Por otro, lado la I.M. de Copiapó presenta el Ordinario N°12089 del 10/07/2017 recepcionado en el SEA con fecha 13/07/2017 haciendo distintas observaciones, que incluyen la zona UBS-1B y, además, manifiesta el requerimiento de apertura de un segundo proceso PAC por modificaciones sustantivas al proyecto según el requerimiento de la ciudadana Sra. Karina Jorquera Lizana. Este mismo Municipio en su Ordinario N°18166 del 21/09/2018 recepcionado en el SEA el 04/10/2018 y previo al tercer proceso PAC por cambios sustantivos al proyecto Andes LNG, realiza varias observaciones a la Adenda complementaria manifestando que no aprueba la instalación del Terminal de Descarga y Gasificación en Bahía de Chasco de la

comuna de Copiapó, por ser contraproducente con el instrumento de Planificación territorial PRC vigente de Copiapó, según el Decreto Alcaldicio N°2810/2008, vigente a la fecha de evaluación del proyecto.

Septuagésimo cuarto. Que, como se ha razonado en considerandos previos, estos sentenciadores estiman que si bien los Municipios no tienen una norma específica respecto de participación como personas jurídicas en el proceso de Participación Ciudadana (PAC) en el SEIA, por su mandato constitucional en la LOCM y la aplicación general de la LBGMA les recae, y deben, por lo tanto, enmarcarse en dicho proceso, siempre y cuando sean debidamente informadas al respecto. Para el caso *sub lite*, si lo estaban y pretendieron su participación, ello al margen de algún desfase previo a la apertura de los distintos procesos PAC que tuvo el proyecto Andes LNG, sin embargo, nunca extemporáneamente a dicho llamado y proceso.

Septuagésimo quinto. Que, al hacer un análisis sistémico y armónico de la normativa municipal, ambiental y administrativa y sus principios, se evidencia que no puede negarse a los Municipios el acceso a la Justicia Ambiental por cuestiones de forma, más aún, cuando éstos son garantes en su territorio del desarrollo integral de sus habitantes en múltiples dimensiones, que incluyen la protección de la salud y el medio ambiente; como asimismo, están mandatados a la búsqueda del bien común para sus ciudadanos, como se lo ordena la CPR en su artículo 19 N°8, la LOCM y la LBGMA, teniendo por tanto, un interés legítimo y vigente, como persona jurídica autónoma, tal como ya se ha indicado por este Tribunal.

Septuagésimo sexto. Que, por lo demás el principio preventivo y de justicia ambiental en el derecho ambiental, refuerzan la idea que no se puede pretender no respetar la propia planificación territorial y de desarrollo, vigente y legitimada democráticamente en una comuna, la que se ha puesto a disposición de la comunidad en función del bien común, por sobre un interés particular. Asimismo, no se puede pretender ser garante de una afectación ambiental ex post por la vía de la reparación del medioambiente dañado, sin antes haber hecho todos los esfuerzos preventivos y participativos a fin de evitar el impacto ambiental de un proyecto.

Septuagésimo séptimo. Que, estos sentenciadores en orden a la inexistencia de una prohibición tácita en la LBGMA y al llamado de observancia de la Constitución en sus artículos 19 N°8 y 118, así como la LOCM en sus artículos 3°, 4°, 5°, 6°, 7° y demás normativa aplicable a las funciones, atribuciones y procedimientos de los Municipios en materia de planificación territorial, de planificación del desarrollo y resguardo de la salud y medioambiente en su territorio, son del criterio que los Municipios de Caldera y Copiapó, han actuado de buena fe y conforme a derecho, al formular observaciones y procurando la aplicación racional y armónica de los principios precautorio, participativo, de justicia ambiental, de coordinación de los órganos públicos y de legalidad. En consecuencia, se concluye por este Tribunal que son legitimados activos del Proceso de Participación Ciudadana conforme al artículo 20, en relación al artículo 29 de la Ley N°19.300 sobre reclamación administrativa, por lo que se acogerá esta alegación de la reclamante.

2. SOBRE EL EVENTUAL CARÁCTER FACULTATIVO O NO Y NO VINCULANTE DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LOS ORGANISMOS SECTORIALES CON COMPETENCIA AMBIENTAL EN EL SEIA; ASÍ COMO TAMPOCO LO SERIAN LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA I. MUNICIPALIDAD DE CALDERA Y DE COPIAPÓ

Septuagésimo octavo. Que, el Servicio indicó que de acuerdo al artículo 38 de la Ley N°19.880 -que es aplicable supletoriamente al procedimiento de evaluación ambiental-, el valor de los informes es facultativo y no vinculante. Misma regla aplica en el SEIA, con la excepción establecida en el artículo 9 bis de la Ley N°19.300, conforme al cual el Informe Consolidado de Evaluación (ICE) es obligatorio para la Comisión de Evaluación, respecto de los aspectos normados.

Septuagésimo noveno. Que, continua el reclamado, los pronunciamientos de los municipios en el contexto del SEIA se rigen por lo dispuesto en los artículos 35 y 47 del RSEIA, no siendo vinculantes para la evaluación ambiental, de acuerdo con lo estatuido en los artículos 24 del mismo cuerpo reglamentario y el artículo 38 de la Ley N°19.880 dada su naturaleza indicativa y no vinculante. Esto se ve reflejado en el Memorándum N°96 sobre "Elaboración de ICSARA, pronunciamiento de los OAECA y fundamentación del Informe Consolidado de Evaluación" y el Ord. N°180152 de 30 de enero de 2018, que "Imparte instrucciones sobre materias de procedimientos de carácter ambiental que indica", ambos de la Dirección Ejecutiva del SEA, donde se señala expresamente que el SEA "tiene la facultad de prescindir de lo dispuesto por un OAECA en su pronunciamiento sectorial, ya sea total o parcialmente, cuando éste no se enmarque dentro del ámbito de sus competencias, cuando lo manifestado no se refiera a temas ambientales o carezca de fundamentos, o cuando lo expuesto no se

considere idóneo o necesario para el buen desarrollo del procedimiento de evaluación de impacto ambiental que se encuentre en curso".

Octogésimo. Que, en este caso señala el SEA, las Municipalidades se excedieron de la esfera de sus atribuciones, por lo que no pueden pretender que sus pronunciamientos tengan el carácter de vinculante, conforme el artículo 38 de la Ley N°19.880, esto por no ajustar su actuar y pronunciamiento exclusivamente a la planificación territorial, políticas, planes y programas. De esta manera, tampoco pueden pretender que se haya dado respuestas a materias respecto de las cuales no les correspondía pronunciarse.

Octogésimo primero. Que, sobre este punto controvertido el Tribunal considerará la normativa administrativa ambiental referida al proceso de Evaluación Ambiental de Proyecto, esto es, la LBGMA y su relación con la LOCM en sus instrumentos de Plan Regulador Comunal y Plan de Desarrollo Comunal, lo que ya fue latamente abordado en considerandos previos de esta sentencia.

Octogésimo segundo. Que, este Tribunal y dada la revisión de la jurisprudencia y doctrina ya referida, agrega lo indicado por la Excm. Corte Suprema en sentencia Rol N°5470-2018, la que se pronuncia sobre el carácter de vinculante de los Planes Reguladores, señalando en su considerando duodécimo: *“Así, es indispensable señalar que, según se desprende de la normativa antes transcrita, existen niveles jerárquicos entre los cuerpos normativos que constituyen el derecho urbanístico, encontrándose en la cúspide de la pirámide normativa la Ley General de Urbanismo y Construcciones, luego, en un segundo nivel, encontramos el Decreto Supremo N° 46, de 1992, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que contiene la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, que constituye el reglamento que complementa y desarrolla a la ley antes referida. Luego, prosiguen los instrumentos de planificación territorial: a) Plan Regional de Desarrollo Urbano; b) Plan Regulador Intercomunal; c) Plan Regulador Comunal con sus planos seccionales que lo detallen; d) Plan Seccional. Estos Instrumentos de Planificación Territorial tienen una naturaleza reglamentaria, son vinculantes para los órganos de la Administración como para los particulares”*.

Octogésimo tercero. Que, asimismo, y como ya se ha señalado en considerandos previos, la evaluación de impacto ambiental de la Ley N°19.300, implica una evaluación de compatibilidad además con los siguientes instrumentos: a) compatibilidad territorial (PRC, PRI, PROT); b) compatibilidad con la evaluación ambiental estratégica (EAE asociada a PRC, PRI y PROT) y c) compatibilidad con los planes de desarrollo (PLADECO, Plan de Desarrollo Regional). Así lo ha refrendado el autor Bermúdez⁴ al señalar: *“en el sentido que si la actividad evaluada no es compatible con el uso del territorio dispuesto en el respectivo instrumento de planificación territorial, ésta no podrá llevarse a cabo”*, refiriendo el carácter obligatorio de dichos instrumentos.

Octogésimo cuarto. Que, revisados los antecedentes del proceso administrativo y judicial asociados a las reclamaciones de las Municipalidades de Caldera y de Copiapó, se razona lo siguiente:

Octogésimo quinto. Que, los municipios tienen un mandato legal y expreso a través de los artículos 3°, 4°, 5°, 6°, 7° y otros referidos al PRC y PLADECO como instrumentos rectores según la Ley N°18.695, los que deben ser consultados y se hacen vinculantes en la Evaluación Ambiental en función de los artículos 8°, 9°, 9° bis y 9° ter de la Ley N°19.300, como del D.S. N°40/2012 RSEIA referido a las materias ya detalladas.

Octogésimo sexto. Que, como ya se ha indicado, por mandato constitucional y su LOCM, las Municipalidades gozan de la facultad legal y de la especialidad en materias de planificación territorial local a través del PRC, y en materia de la planificación del desarrollo comunal a través del PLADECO; constituyéndose en garantes del Desarrollo Sostenible en el espacio local a través de la aplicación de dichos instrumentos, procurando con ello el bien común, así como la compatibilidad de los múltiples intereses, usos y demandas que los titulares de proyectos, ciudadanos y organizaciones locales requieren y plasman democráticamente en dichos instrumentos, los que son validados normativa y democráticamente a través de la participación ciudadana efectiva, y refrendados por la aprobación del Concejo Municipal, tomados de razón por la CGR y en el caso de los IPT, publicados en el Diario Oficial.

Octogésimo séptimo. Que, este Tribunal analizará en detalle el argumento del SEA como administrador del SEIA, asociado a los artículos 24, 35 y 47 del RSEIA, y el artículo 38 de la Ley N°19.880, en cuanto a la naturaleza indicativa y no vinculante de los referidos pronunciamientos, así como su potestad discrecional para considerar o no los pronunciamientos de los OAECAs, los que según la ley podrán no ser considerados cuando *“éste no se enmarque dentro del ámbito de sus competencias, cuando lo manifestado no se refiera a temas*

⁴Bermúdez Soto, Jorge. Fundamentos de Derecho Ambiental. 2ª Edición, Ediciones Universitarias de Valparaíso. p. 284

ambientales o carezca de fundamentos, o cuando lo expuesto no se considere idóneo o necesario para el buen desarrollo del procedimiento de evaluación de impacto ambiental que se encuentre en curso”.

Octogésimo octavo. Que, sobre el primer punto, esto es, que *“éste no se enmarque dentro del ámbito de competencia”*, ya se ha abordado detalladamente que el PRC y PLADECO, son materias propias, así como funciones y atribuciones esenciales de los Municipios estatuidos en su LOCM; por tanto, dichos instrumentos vigentes de la Municipalidad de Caldera y de Copiapó se constituyen en una obligación legal conforme al artículo 8° inciso 3; artículo 9° incisos 4 y 5; artículo 9° bis y artículo 9° ter de la Ley N°19.300, sobre el análisis de compatibilidad con los instrumentos de planificación territorial y de desarrollo generados por los Municipios (PRC y PLADECO); y por ello más allá de poder ser los informes, oficios u observaciones “facultativo y no vinculantes” según el artículo 38 de la Ley N°19.880, no lo es así en este caso, ya que en este sentido el SEA no tiene la facultad para pasar por alto y obviar las cuestiones de fondo de carácter normativo y vinculante, sino que por el contrario, su deber es velar por el debido cumplimiento legal ambiental del titular del proyecto, los cuales deben enmarcarse dentro de dichas ordenanzas a través de su respectiva RCA.

Octogésimo noveno. Que, en el análisis de la segunda hipótesis, en cuanto a si *“lo manifestado por los municipios no se refiera a temas ambientales o carezca de fundamentos”*; como ya se ha indicado, las alegaciones planteadas por los municipios de Caldera y Copiapó se enmarcan en la relación existente que hay entre el PRC y PLADECO con los temas ambientales, ya sea por la vía de la zonificación del territorio (USB-1B Zona Mixta Turismo-Balneario, USB-2 Zona de extensión Urbana de la prioridad y RBS-2 Zona de Protección Ecológica), con sus características especiales y limitaciones urbanísticas y ambientales, entre ellas la protección del borde costero, zonas de interés ecológico como el desierto florido; como así también, respecto del PLADECO de Caldera en sus horizontes (1, 2, 3 y 4), sus líneas estratégicas y plan de acción para cada una de ellas, así como su relación con cuestiones de carácter ambiental observadas y fundamentadas en los oficios de dicha municipalidad al SEA de Atacama en el proceso de evaluación ambiental del proyecto Andes LNG.

Nonagésimo. Que, respecto a la tercera hipótesis, esto es, *“cuando lo expuesto no se considere idóneo o necesario para el buen desarrollo del procedimiento de evaluación de impacto ambiental que se encuentre en curso”*, se advierte que los pronunciamientos de ambos municipios son idóneos y pertinentes a las materias ambientales referidas por los instrumentos del PRC y PLADECO, es más, ellas tienen un carácter imperativo respecto de pronunciarse sobre éstos en el SEIA, ya que como se ha dicho, son materias privativas y de la especialidad de dichas corporaciones autónomas.

Nonagésimo primero. Que, ya este solo hecho sobre el especial encargo que ejerce la LOCM sobre el cumplimiento del PRC y la titularidad e interés de los Municipios sobre ellos, en relación a las exigencias de la LBGMA sobre el análisis de compatibilidad territorial, haría exigible la consideración por parte del Comité de Ministros sobre una eventual anomalía o vulneración a la normativa local comunal y sus instrumentos de planificación territorial y/o desarrollos vigentes.

Nonagésimo segundo. Que, en este sentido las observaciones, opiniones y sugerencias de los Municipios en dichas materias no son una intromisión ajena y carente de especialidad, todo lo contrario, son materias propias y que persiguen mejorar el desempeño de los proyectos que se ejecutan en sus comunas, apuntando al desarrollo sustentable y al mejoramiento del bienestar y calidad de vida de sus ciudadanos.

Nonagésimo tercero. Que, con lo anterior, no es posible soslayar este mandato legal, ya que la vulneración al no ser consideradas las funciones propias de los municipios en materia de Ordenanza Municipal, PRC y PLADECO, o su indebida consideración en el SEIA se convierte en un problema no menor, que al menos debería ser revisable por parte del Comité de Ministros, más aún cuando han sido majaderamente reiteradas las observaciones en múltiples oficios por los Municipios de Caldera y Copiapó.

Nonagésimo cuarto. Que, así también las demás cuestiones de carácter ambiental alegadas por los Municipios y que dicen relación al análisis de compatibilidad de los Planes de Desarrollo Comunal (PLADECO) vigentes, tienen fuerza legal y democrática, por tanto no son meras referencias y opiniones, sino que las hacen vinculantes a las decisiones y proyectos que se ejecuten acordes a dicha planificación, por tener esta una fuerza normativa y vinculante en la Ley N°19.300 como ya se ha detallado, por lo que resultaría imperioso que el Comité de Ministros revisara dichas cuestiones, propias del interés Municipal en representación de los intereses de sus ciudadanos, ello en complemento y armonía a ver si dichas materias han sido abordadas por OAECAS cuya

especialidad las haga más pertinente de observar y considerar en la evaluación ambiental del proyecto Andes LNG.

Nonagésimo quinto. Que, estos sentenciadores estiman que de los PLADECOS se derivan varios horizontes, líneas de definiciones estratégicas y vocaciones del desarrollo en la comuna, así como su estrecha vinculación y coherencia a los PRC e IPT en general. Por tanto, si la vocación de un territorio se define en el PLADECOS que es turístico, sería contraproducente poner ahí una industria que lo afecte, donde de ser así, dicho análisis debería descartar todo riesgo de afectación ambiental y si lo hubiera se debe considerar para hacerse cargo.

Nonagésimo sexto. Que, también los Municipios deben cumplir con la Constitución y las leyes, como así también con los principios Precautorio y Preventivo en el resguardo medioambiental y con ello la defensa del principio de Participación y del concepto de Democracia Ambiental, no pudiendo excusarse en que la protección del medio ambiente y la salud de la población en su territorio comunal no les compete; sino que todo lo contrario, éstos son los primeros garantes del bienestar social y la calidad de vida de su comunidad, así como del desarrollo económico, social y cultural de sus vecinos.

Nonagésimo séptimo. Que, por todo lo precedentemente analizado estos sentenciadores son del criterio de acoger la reclamación en este punto y rechazar la alegación de la reclamada referida al supuesto carácter facultativo y no vinculante de los pronunciamientos de los organismos sectoriales con competencia ambiental, - esto es, observaciones de los Municipios en materias de compatibilidad territorial con los PRC y de Planificación del desarrollo comunal con los PLADECOS-, en el SEIA; y en particular, las observaciones y pronunciamientos de las municipalidades de Caldera y de Copiapó, ya que no debe confundirse las observaciones planteadas por las reclamantes versus la obligación de cumplimiento de las normativas de carácter ambiental y municipal que debe conciliarse armónica y eficazmente en post de proteger el bien jurídico ambiental y el bien común de la sociedad.

3. EN CUANTO A LA PROCEDENCIA O NO DE DISCUTIR LA MATERIA DE FONDO RELATIVA A LA IMPUGNACIÓN DE LA RCA N°65/2019.

Nonagésimo octavo. Que, sin perjuicio de lo que se resolverá, en definitiva, este Tribunal estima pertinente y necesario pronunciarse sobre los siguientes aspectos.

Nonagésimo noveno. Que, la I.M. de Caldera sobre este punto señaló que, dando cumplimiento a la normativa ambiental, así como a la Ley Orgánica de Municipalidades, presentó 4 observaciones en el procedimiento de Calificación Ambiental del proyecto Andes LNG, los cuales se refirieron a: Ord. N°1010 de 2/9/2016 sobre las políticas y planes evaluados estratégicamente, Descripción del proyecto o actividad, Predicción y evaluación del impacto ambiental del proyecto o actividad, Plan de prevención de contingencias y emergencias, Plan de seguimiento de las variables ambientales relevantes, Relación con los planes de desarrollo comunal, Compromisos ambientales voluntarios; Ord. N°2058 de 8/8/2017 sobre la Descripción del Proyecto, Plan de contingencias y de emergencias, Línea Base; Ord. N°1250 de 25/9/2018 sobre Línea Base, Compromisos Ambientales Voluntarios; y Ord. N°330 de 22/3/2019 sobre Línea Base.

Centésimo. Que, por su parte la I.M. de Copiapó, señaló que la participación en el proceso de tramitación de la RCA se materializó a través de: Ord. N°14155 de 14/9/2016 en relación a la modificación de los planes reguladores de Caldera y Copiapó, Redes y Trazados, Afección de área protegida, Compromete el PLADECOS, Afección a la Biodiversidad marina, Efectos económicos del medio humano, Afección de Sitios prioritarios; Ord. N°18166 de 21/9/2018 en relación a Área Costera Marina Protegida de Múltiples Usos a la Bahía Chasco; Ord. N°6482 de 25/3/2019 sobre Incompatibilidad del proyecto con la declaración de Área Costera Marina Protegida de Múltiples Usos a la Bahía Chasco.

Centésimo primero. Que, la I.M. de Copiapó señaló además que, la Evaluación ambiental a juicio de esta actora sistemáticamente ha excluido las claras y directas recomendaciones hechas por ella en orden a que el proyecto no solo constituye un riesgo ambiental para la comuna, sino que deliberadamente infringe toda una normativa territorial preexistente, asunto que no se puede soslayar sin graves consecuencias, por permitir un proyecto abiertamente en contra de la normativa que otros particulares sí se ven obligados a obedecer. Así, se infringe la Garantía Constitucional de Igualdad ante la Ley, por lo que la decisión adoptada por el Comité de Ministros y por la Comisión de Evaluación de Atacama debe ser enmendada conforme a derecho.

Centésimo segundo. Que, por su parte, la reclamada indicó que las reclamaciones impugnaron las Res. Ex. N°846/2019 y Res. Ex. N°950/2019 que se pronunciaron exclusivamente sobre la admisión a trámite de los recursos de reclamación administrativos, declarando improcedente discutir en autos la materia de fondo relativa

a la impugnación de la RCA N°65/2019, sobre la cual no ha existido pronunciamiento relativo a su supuesta ilegalidad; por lo que de acogerse el presente recurso de reclamación, el tribunal sólo podría modificar el acto administrativo recurrido ordenando al Director Ejecutivo acoger a trámite el recurso para efectos de emitir un pronunciamiento de fondo, pero no podría este Ilustre Tribunal determinar el contenido discrecional de dicho acto en relación al fondo, de conformidad al artículo 30 de la Ley N°20.600.

Centésimo tercero. Que, sobre el alcance ambiental del contenido y la elaboración del PLADECO, según la SUBDERE y CEPAL⁵, los principios orientadores del PLADECO señalan que, a partir de la regulación de la LOCM, en virtud del carácter de instrumento estratégico, éste debe contemplar “*acciones orientadas a satisfacer las necesidades de la comunidad local y a promover su avance social, económico y cultural*”. Agrega al respecto, que “*estas acciones deben definirse en el marco de un desarrollo orientado hacia la SOSTENIBILIDAD, lo cual requiere que las iniciativas propuestas en el PLADECO se orienten hacia al mejoramiento de la calidad de vida de la población, considerando una visión que incorpore aspectos económicos, sociales y ambientales que procuren un desarrollo humano equitativo e integral, cautelando las condiciones naturales del territorio, para beneficio de las generaciones presentes y futuras*”.

Centésimo cuarto. Que, además, tanto CEPAL como la SUBDERE en dicho documento indican, entre otras consideraciones, que “*los Municipios pueden jugar un rol muy importante en la mitigación del cambio climático, lo que signifique además reducción de costos, creación de empleos, aumento de la competitividad y sobre todo, una mejora en la calidad de vida de los habitantes*”⁶.

Centésimo quinto. Que, revisados los antecedentes del proceso administrativo y judicial asociados a las reclamaciones de las Municipalidades de Caldera y de Copiapó, se razona lo siguiente:

Centésimo sexto. Que, las cuestiones de planificación territorial local (como los PRC y Planes seccionales) y la planificación del desarrollo local (a través del PLADECO) y su interacción con el medio ambiente, corresponden a funciones y atribuciones de las municipalidades según los artículos 3°, 4°, 5°, 6°, 7° y otros ya indicados de la LOCM; y que a su vez, estos instrumentos, los PRC y PLADECO vigentes, son vinculantes y obligatorios para los actores privados y públicos que pretenden desempeñarse en dicha comuna, en este caso particular sobre Bahía Salado y Punta Chascos, entre las comuna de Caldera y Copiapó, como se indica en el EIA del proyecto Andes LNG y sus interacción con los PRC de las comunas de Caldera y de Copiapó. Por lo demás, en este mismo sentido ya se ha pronunciado la doctrina⁷ y la jurisprudencia (Sentencia CS Rol N°5470-2018, considerando duodécimo).

Centésimo séptimo. Que, a mayor abundamiento el SEA tenía conocimiento de la Evaluación Ambiental Estratégica del APRICOST, a través del Ord. N°121186 de fecha 20/04/2012, donde la Subsecretaría del Medio Ambiente remite al Secretario Regional Ministerial de Medio Ambiente información indicando que el Plan Regulador Intercomunal Costero de Atacama cumple con los contenidos mínimos de carácter ambiental. Este mismo instrumento (EAE), es el que sirve de sustento para la aprobación por parte del Gobierno Regional de Atacama, del APRICOST el año 2019 coetáneamente a la evaluación del proyecto Andes LNG.

Centésimo octavo. Que, en este sentido, tanto el SEA como los OAECAs especializados, y particularmente el MINVU y el Gobierno Regional de Atacama no pueden desconocer y desatender dicha obligación legal ambiental e imperativa de la zonificación territorial de los PRC y sus modificaciones según el Decreto Alcaldicio N°1206/2003 de la I.M. Caldera y el Decreto Alcaldicio N°2810/2008 de la I.M. Copiapó, instrumentos que obligan a los titulares de proyectos y particulares a cumplirla; más aún cuando se tiene en juego cuestiones de carácter territorial y ambiental vinculados al trayecto del gasoducto del proyecto Andes LNG por las zonas UBS-1B, UBS-2 y RBS-2 de dichos instrumentos.

Centésimo noveno. Que, a mayor abundamiento fue refrendada dicha zonificación del territorio Bahía Salado y Punta Cachos por el APRICOST aprobado según la Res. Ex. N°30 de fecha 20/05/2019 del Intendente(S) Regional de Atacama, que reconoce dichas áreas, sus usos y restricciones y, del cual más aún versa una

⁵ SUBDERE y CEPAL, Manual de elaboración del plan de desarrollo comunal, 2009, p.18.

⁶ Op.cit, p.87.

⁷ Según el autor Jorge Bermúdez “si el proponente o titular omite poner en relación su actividad o proyecto con dichos planes o programas, o si dicha puesta en relación arroja una incompatibilidad insuperable o es sencillamente erróneo su planteamiento, el mencionado informe deberá consignarlo. Esta puesta en relación, al tratarse de un aspecto normado, podrá fundar una propuesta de rechazo del proyecto o actividad”. (Fundamentos de Derecho Ambiental, Ediciones Universitarias de Valparaíso, año 2015, 2° Edición, p. 285).

Evaluación Ambiental Estratégica desarrollada, socializada y validada con fecha anterior (2012) a la aprobación del RCA N°65/2019.

Centésimo décimo. Que, además, la LOCM tiene un nivel jerárquico inmediatamente inferior a la Constitución, teniendo una exigencia mayor para su aprobación que una ley común, decreto o un reglamento, por lo cual no debe desatenderse a los Municipios en cuanto a lo que ordenen en relación a las obligaciones de planificación territorial a través del PRC y las planificaciones económicas, sociales, ambientales y de bienestar humano a través de su PLADECO; ello en complemento y colaboración a las obligaciones de los órganos sectoriales del Estado, especialistas en dichas materias.

Centésimo undécimo. Que, es el mismo titular, en el capítulo 12 de su EIA punto 12.4 sobre Conclusiones, que indica: *“Respecto del proceso de Evaluación Ambiental Estratégica, se identificaron 6 instrumentos que se han sometido a ésta, sin que ninguno de ellos se encuentre vigente bajo decreto en la actualidad. A esto se le suman 17 instrumentos aprobados ambientalmente repartidos entre 4 regionales, 3 pertenecientes a la comuna de Copiapó, 8 de la comuna de Caldera, y 2 de la comuna de Vallenar. De estos, 4 presentan zonificaciones en el área del Proyecto, pero solo 3 tienen vigencia para ser considerados en el presente análisis”*.

Centésimo duodécimo. Que, continua el EIA indicando: *“De acuerdo a los antecedentes descritos, se identificaron 2 instrumentos de planificación territorial vigentes, asociados al territorio donde se emplaza el sector del terminal marítimo y el primer tramo del gasoducto: el Plan Regulador Intercomunal de las comunas costeras Freirina, Huasco, Copiapó, Caldera y Chañaral, y la Modificación a los planes reguladores de Caldera y Copiapó, en el sector Bahía Salado”*.

Centésimo decimotercero. Que, se finaliza precisando que *“los dos planes vigentes describen de forma común el área como un espacio destinado a la actividad turística, cuyos usos permitidos según su zonificación describen áreas verdes e inmobiliario turístico y de recreación. Esto es ajeno a los fines que se le quiere dar al sector al instalar las obras necesarias para construir el terminal marítimo. Sin embargo, se puede indicar que dichas obras son parte de una concesión de gas actualmente en tramitación, con lo cual se considerarían admitidas para los usos de suelos permitidos (D.S. N°263/1995 MINECON). Así también, el gasoducto marino (que será armado en tierra) se entiende como infraestructura de abastecimiento y como tal le aplica la regulación estipulada en el Artículo 2.1.29 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (OGUC), que indica lo siguiente: “las redes de distribución, redes de comunicaciones y de servicios domiciliarios y en general los trazados de infraestructura se entenderán siempre admitidos y se sujetarán a las disposiciones que establezcan los organismos competentes. El instrumento de planificación territorial deberá reconocer las fajas o zonas de protección determinadas por la normativa vigente y destinarlas a áreas verdes, vialidad o a los usos determinados por dicha normativa”. Esto quiere decir que este tipo de uso se reconoce como uno que no puede verse prohibido en un territorio, pero sí restringido conforme las condiciones y/o requisitos para el funcionamiento de las obras de infraestructura de que se trate, que fije el respectivo instrumento territorial. En otras palabras, la instalación de esta obra es compatible con la regulación territorial de la LGUC”*.

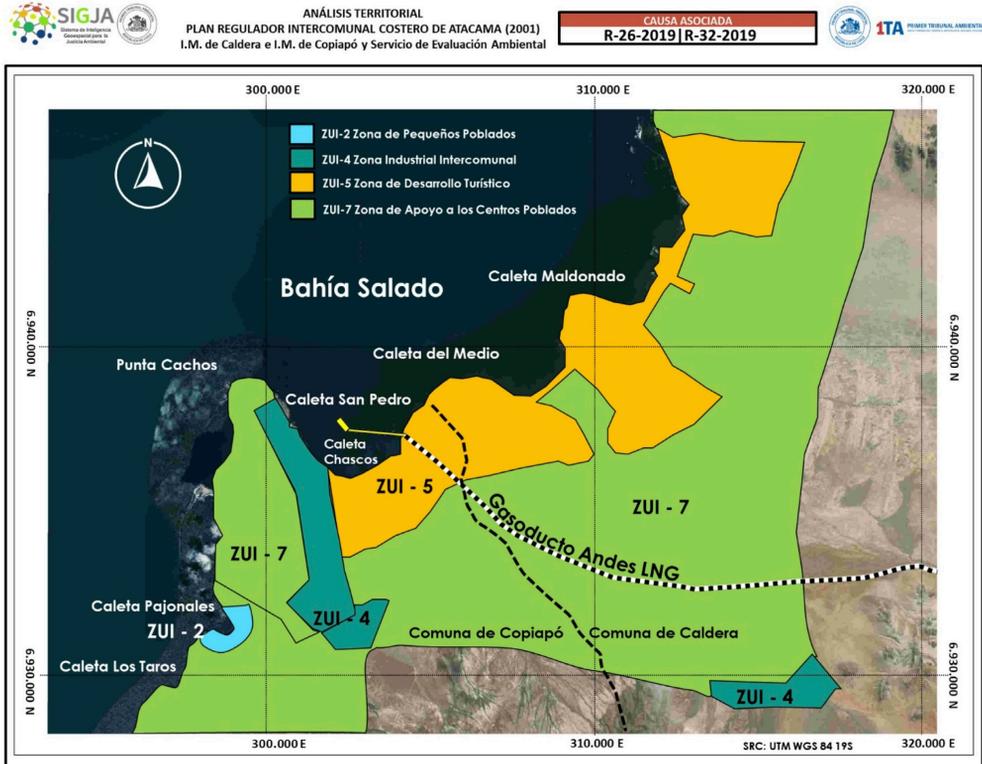
Centésimo decimocuarto. Que, del mandato de la LOCM, le corresponde a los Municipios el resguardo de la planificación territorial, la salud pública, la protección del medio ambiente, la prevención de riesgos y prestación de auxilio en situaciones de emergencia, así como el desarrollo de actividades de interés común en el ámbito local; les hace obligatorio además pronunciarse diligentemente sobre los proyectos que son evaluados en el SEIA y que se ubiquen en su territorio, siendo vital este pronunciamiento según se exige en LBGMA y el RSEIA sobre compatibilidad territorial de los proyectos, obras y actividades con el PRC y sobre su instrumento de Planificación de Desarrollo Comunal PLADECO respectivo; evidenciando este Tribunal que los municipios de Caldera y Copiapó han advertido sobre las inconsistencias que presenta el proyecto de Andes LNG con dichos instrumentos comunales.

Centésimo decimoquinto. Que, analizado lo anterior en considerandos previos, es del todo razonable para este Tribunal revisar la cuestión de fondo relativa a las potenciales incompatibilidades que la I.M. Caldera y I.M. Copiapó advierten del proyecto Andes LNG, en relación a los instrumentos de Planificación Territorial PRC y de Planificación del Desarrollo PLADECO, ya que estas son materias propias y directamente vinculantes del Proceso de Evaluación Ambiental con los Municipios.

Centésimo decimosexto. Que, a la luz de los antecedentes expuestos por las partes, estos sentenciadores concluyen que los instrumentos vigentes de Planificación Territorial al momento de la Evaluación de Impacto Ambiental del proyecto Andes LNG, eran: Plan Regulador Intercomunal Costero de Atacama PRICOST (Res. N°5 del /2001 sobre 02/04/2001); Aprueba modificaciones a los Planes Reguladores de Copiapó y Caldera,

Sector Bahía Salado (D.A. N°1.206 del 14-05-2003 Publicación D.O. 01-09-2005); Modifica Plan Regulador de Copiapó, Sector Bahía Salado, Punta Chascos (D.A. N°2.810 del 02-12-2008 Publicación D.O. 10-12-2008) y Aprobación de Evaluación Ambiental Estratégica de Plan Regulador Intercomunal Costero de Atacama (20/04/2012).

Centésimo decimoséptimo. Que, como se observa en la figura N°1 basada en el PRICOST 2001, se evidencia que las áreas de emplazamiento del terminal de embarque y un tramo del gasoducto del proyecto Andes LNG, interceptan a la zonificación ZUI-5 Zona de Desarrollo Turístico (art. 33) y ZUI-7 Zona de Apoyo a los Centros Poblados (art. 35).



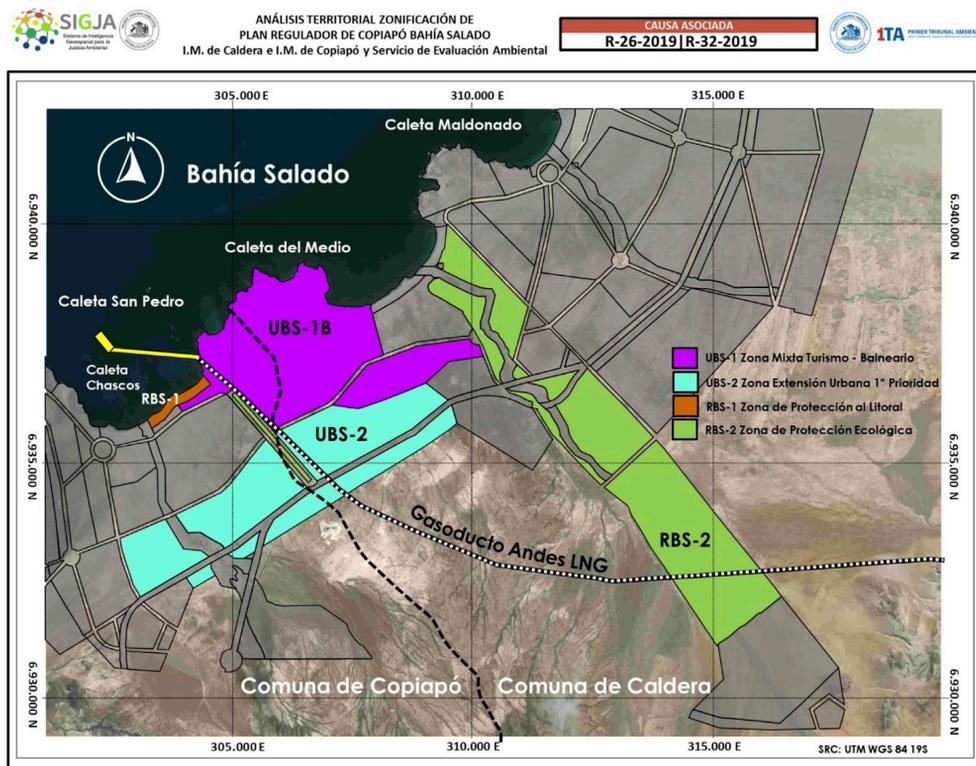
Fuente: PRICOST 2001 basada en el SEIA, Estudio de Impacto Ambiental, Capítulo N°12.

Centésimo decimoctavo. Que, la zona ZUI-5 Zona de Desarrollo Turístico, tiene las siguientes características “*Los Planes Reguladores Comunales correspondientes deberán promover el desarrollo de actividades relacionadas con el turismo estableciendo condiciones preferentes para ellas. En tanto, regirán las siguientes disposiciones: 1. Uso de suelo: Equipamiento de esparcimiento, recreacional y deportivo, Áreas verdes, Vivienda y hospedaje.*”, y por lo tanto, al menos condiciona la instalación y trayecto por dicha zona de un gasoducto de las características del proyecto Andes LGN, cuestión que necesariamente debería revisarse y aplicarse el principio preventivo en la ponderación de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley N°19.300, junto con las exigencias del artículo 12 de dicho cuerpo legal, y en particular los literales d) una predicción y evaluación del impacto ambiental [...] incluidas las eventuales situaciones de riesgo[...]; literal e) Las medidas que se abordarán para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto actividad y las acciones de reparación que se realizarán, cuando ello sea procedente.

Centésimo decimonoveno. Que, asimismo, la zona ZUI-7 Zona de Apoyo a los Centros Poblados, indica “*Corresponde a terrenos costeros, reservados para futuras extensiones de los centros poblados y para infraestructura complementaria a los asentamientos humanos. Los planes reguladores comunales deberán incorporarlas al área urbana sólo cuando las zonas urbanas y las restantes de extensión urbana del presente plan, como son ZUI5 y ZUI6, se hagan escasas para el crecimiento poblacional. Deberán detallar en su interior*

limitantes de riesgo y protección y fijar disposiciones que cautelen los terrenos en los cuales se produce con especial intensidad el fenómeno del desierto florido, las dunas y quebradas, las singularidades paisajísticas que requieren ser preservadas y los sitios de interés paleontológico”.

Centésimo vigésimo. Que, más en específico sobre el Decreto Alcaldicio N°1.206 que aprueba las Modificaciones a los Planes Reguladores de Copiapó y Caldera, en el Sector Bahía Salado, y según lo indicado en capítulo 12 figura 12-2 del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto Andes LNG, el gasoducto pasa por las zonas: USB-1B Zona Mixta Turismo-Balneario, USB-2 Zona de extensión Urbana de la prioridad y RBS-2 Zona de Protección Ecológica; de igual manera el terminal de embarque de gas se emplaza en la zona USB-1B Zona Mixta Turismo-Balneario, como se detallan gráficamente en la figura N°2 siguiente:



Fuente: Modificaciones a los PRC de Copiapó y Caldera, basado en SEIA, Estudio de Impacto Ambiental, Capítulo N°12, P.17.

Turismo-Balneario (art.31), cuya descripción indica que “Está constituida por áreas destinadas predominantemente al Desarrollo de actividades de Balneario (departamentos de uso estacional, tiempo compartido y viviendas unifamiliares) y Turismo. Las características generales de esta zona deben privilegiar el carácter preferentemente de Balneario (2ª vivienda) o de edificación de casas de veraneo”; USB-2 Zona de extensión Urbana de la prioridad (art.38), cuya descripción indica “Estará constituida por la zona delimitada en el estudio del Plan y estará disponible una vez consolidado un 75% de las zonas de desarrollo prioritario o cuando los proyectos tengan un tamaño que no sea albergable en las zonas prioritarias disponibles. Estas áreas deben ser dotadas de infraestructura eléctrica y sanitaria común o pública de acuerdo a lo establecido por las Empresas respectivas”; y RBS-2 Zona de Protección Ecológica (art.41), cuya descripción indica “Corresponden a terrenos graficados en Plano, de valor ecológico dentro del Sistema, cuya destrucción significa una pérdida considerable. Estas áreas cuentan dentro del área de máxima del Plan con la denominación de Parque Local, como el Parque formado por las Quebradas de la Palmira y la quebrada de las Zorras, área que deberá conservar e incrementar su vocación de pulmón urbano central y parque Desierto Florido y el cerro Cachos sobre la cota 100 m.s.n.m. y cota 50 m.s.n.m. lado poniente. También formará parte de esta clasificación la

Quebrada del Tiburón (exceptuando su eje y cauce de escurrimiento), por su valor paleontológico. En este lugar se promoverá a futuro un Museo de Historia Natural”.

Centésimo vigésimo primero. Que, referente a la línea de atraveso del gasoducto propuesto por Andes LNG, se evidencia que éste claramente cruza una zona clasificada como USB-1B Zona Mixta

Centésimo vigésimo segundo. Que, de la revisión de los antecedentes técnicos ambientales del EIA en su capítulo 12, punto 12.4 Conclusiones, en específico a la indicación que el proyecto se acoge al artículo 2.1.29 de la OGUC como red, o trazado de infraestructura energética, y por tanto, se entendería por siempre admitido según el titular, es juntamente un punto no pacífico, ya que una lectura e interpretación razonable de dicho artículo indicaría que el texto *“las redes de distribución, redes de comunicaciones y de servicios domiciliarios y en general los trazados de infraestructura se entenderán siempre admitidos y se sujetarán a las disposiciones que establezcan los organismos competentes. El instrumento de planificación territorial deberá reconocer las fajas o zonas de protección determinadas por la normativa vigente y destinarlas a áreas verdes, vialidad o a los usos determinados por dicha normativa”*, refiere a redes existentes antes de la entrada en vigencia de la IPT el cual debería reconocerlas y fijar allí áreas verdes, vialidad o a los usos determinados por dicha normativa, pero nada dice respecto a cuando los IPT tienen una prelación respecto a un trazado de un nuevo proyecto, en esta caso el gasoducto de Andes LNG.

Centésimo vigésimo tercero. Que, del anterior análisis a juicio de estos sentenciadores y según el mismo artículo 2.1.29 de la OGUC, se refiere a que *“deberá reconocer las fajas o zonas”*, entendiendo una preexistencia de dicha red y trazado. Sin embargo, ello no ocurre en la práctica, cosa distinta es la preexistencia de 3 IPT a saber (PRC de Caldera y Copiapó) y PRICOST 2001, como sus zonificaciones respectivas preexistentes y vigentes al momento de evaluar el proyecto Andes LNG, y que nunca evaluaron y reconocieron dicha faja o zona, y considerando tanto al principio preventivo como a las obligaciones de la LBGMA y LOCM, se hace del todo razonable y atendible que se revise por parte del Comité de Ministros la pertinencia legal (si el IPT permite dicha infraestructura productiva) y técnica (sus efectos ambientales respecto de la zonificación y objetos ambientales ya antes identificados) del trazado de redes del gasoducto proyectadas dentro del “Plan seccional Bahía Salado”, evitando así, como lo plantean las reclamantes, potenciales o futuros conflictos con las zonas USB-1B, USB-2 y RBS-2, así como a sus administradores y/o futuros propietarios de la infraestructura turística y/o urbana; lo cual incluye a las áreas identificadas con alto valor ecológico definidas.

Centésimo vigésimo cuarto. Que, el mismo razonamiento anterior aplicaría para el gasoducto marino, planteado como infraestructura de abastecimiento y que según el titular le aplicaría la regulación estipulada en el artículo 2.1.29 de la OGUC, donde en este caso debería revisarse su compatibilidad con el uso del borde costero y la zonificación USB-1B cuyo destino es Zona Mixta Turismo-Balneario; así como la relación con el PLADECOC de dichas comunas en sus definiciones de horizontes y objetivos estratégicos.

Centésimo vigésimo quinto. Que, de los antecedentes técnicos, también se evidencia que el trazado proyectado del gasoducto intercepta la zona RBS-2 denominada Zona de Protección Ecológica (referenciado como Parque Desierto Florido), lo cual no fue abordado conforme a las observaciones realizada por la I.M. de Caldera y la I.M. de Copiapó.

Centésimo vigésimo sexto. Que, por otro lado, se observa de los antecedentes de la Evaluación Ambiental, que la unidad flotante se encuentra proyectada y enfrentada en una zona que a juicio del PRC tiene como destino claro el turístico y la recreación, contrastando la Unidad flotante al menos, con el instrumento de planificación PRC y el PLADECOC, lo que debe ser abordado y respondido fundadamente ante las observaciones realizadas por la IM de Caldera y la IM de Copiapó.

Centésimo vigésimo séptimo. Que, en específico en lo referente a la mención de los PLADECOC de ambas municipalidades, se evidencia que el Ordinario N°1010 del 2 de septiembre 2016 de la Municipalidad de Caldera, menciona que *“[...] la Ilustre Municipalidad de Caldera, realizó observaciones del siguiente horizonte del PLADECOC 2011-2015, Horizonte N°3 “Vocación Comunal”, el cual incluye al turismo, la acuicultura y la actividad portuaria”*. En este mismo tenor, el Oficio N°14.155 del 14 de septiembre de 2016 de la Municipalidad de Copiapó, menciona en el numeral N°5 que *“[...] Se informó al titular que el trazado del gasoducto por los Sitios Prioritarios para la conservación de la Biodiversidad Desierto Florido, comprometen el lineamiento estratégico de protección del medio ambiente establecido en el PLADECOC”*.

Centésimo vigésimo octavo. Que, por tanto, aquí hay elementos técnicos ambientales ligados al gasoducto que necesariamente deberían ser revisados por el SEA en torno a las observaciones realizadas por las Municipalidades de Caldera y Copiapó, no pudiendo el Servicio y el titular soslayar estas cuestiones directamente vinculantes

y obligatorias de cumplir para toda persona natural o jurídica que realice actividad productiva u otra en dicha zona.

Centésimo vigésimo noveno. Que, a mayor abundamiento, el Gobierno Regional, ya conocía de la modificación del PRC de Copiapó y Caldera, que fueron reconocidos y aprobados en el APRICOST, con fecha mayo de 2019, coetáneamente con la aprobación de la RCA N°65/2019 en cuestión; no pudiendo, por lo tanto, desconocer tal materia y el debido cumplimiento que debe hacerse por parte del titular a las exigencias normativas y legales, haciéndolo presente el SEA como órgano coordinador del proceso de evaluación ambiental.

Centésimo trigésimo. Que, por tanto, con mayor razón se justifica que el Comité de Ministros deba considerar las razonables y reiteradas observaciones de los Municipios de Caldera y Copiapó, debiendo poner estricta observancia a las exigencias de los instrumentos de planificación territorial y de desarrollo aplicables tanto en la evaluación, como en el posterior desarrollo del proyecto Andes LNG, cuya vida útil se proyecta en 33 años.

Centésimo trigésimo primero. Que, por lo analizado precedentemente, estos sentenciadores son de la tesis de que están los elementos de hecho y derecho como para proceder sobre la discusión de la materia de fondo relativa a la impugnación de la RCA N°65/2019 y, por tanto, se acogerá la alegación de las reclamantes.

Centésimo trigésimo segundo. Que, en conclusión, este Tribunal estima que es del todo pertinente y procedente que se revisen las materias de fondo planteadas por los reclamantes por parte del Comité de Ministros en relación a la RCA N°65/2019, acogiendo las reclamaciones de las Municipalidades de Caldera y de Copiapó, anulando por tanto los actos administrativos consistentes en la Res. Ex. N°0846 del 05/08/2019 y la Res. Ex. N°950 del 12/09/2019 que no admitieron a trámite las respectivas reclamaciones de las Municipalidades de Caldera y de Copiapó en sede administrativa.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en el artículo 17 N°6 de la Ley N°20.600; Ley N°19.300; Ley N°19.880, y demás normas legales y reglamentarias ya citadas y aplicables en la especie.

SE RESUELVE:

I. Acoger la Reclamación de la Ilustre Municipalidad de Caldera y de la Ilustre Municipalidad de Copiapó, respecto de las Res. Ex. N°0846 de fecha 5 de agosto de 2019 y Res. Ex. N°950 de fecha 12 de septiembre de 2019, ambas emanadas del Comité de Ministros, interpuestas en estos autos.

II. No condenar en costas al Servicio de Evaluación Ambiental, por tener motivos plausibles para litigar.

Acordada con el voto disidente del Ministro Sr. Oviedo, quien estuvo por rechazar ambas reclamaciones en atención a los argumentos que se expondrán a continuación:

1° Que en el caso de autos los reclamantes I. Municipalidad de Copiapó e I. Municipalidad de Caldera demandan la intervención de este Tribunal Ambiental en virtud de la regla de competencia contemplada en el artículo 17 N°6 de la Ley N°20.600, norma que habilita a este último para conocer de las reclamaciones que interponga cualquier persona natural o jurídica en contra de la determinación del Comité de Ministros o Director Ejecutivo que resuelva el recurso administrativo cuando sus observaciones no hubieren sido consideradas en el procedimiento de evaluación ambiental, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 29 y 30 bis de la Ley N°19.300, en relación con el artículo 20 de la misma ley.

2° La norma en comento parte del supuesto que la autoridad administrativa respectiva –Comité de Ministros o Director Ejecutivo- ha resuelto previamente el recurso administrativo que contempla la LGBMA para el caso que las observaciones ciudadanas del proceso de Participación Ciudadana (PAC) no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental, supuesto que en el caso sub lite no concurre toda vez que los actos administrativos impugnados por los reclamantes, esto es, las Resoluciones Exentas N°0846 de 05/08/19 y 0950 de 12/09/19, ambas del Comité de Ministros, únicamente resuelven acerca de la inadmisibilidad a trámite de los respectivos recursos administrativos de reclamación presentados en su oportunidad por los referidos municipios. Que bajo esa lógica entonces, al faltar un elemento de procesabilidad de la acción intentada, esto es, que la autoridad administrativa hubiere resuelto previamente los recursos administrativos interpuestos, conociendo en consecuencia el fondo del asunto, y no tan solo lo relativo a su admisibilidad, no resultaría procedente que este Tribunal se avoque a conocer de las reclamaciones de autos en la medida que las mismas, hasta el momento, no dan cuenta de la hipótesis prevista en la norma jurídica invocada,

cual es justamente la falta de debida consideración por parte de la autoridad ambiental de las observaciones formuladas en el marco del proceso PAC.

3° Que el ordenamiento jurídico ambiental chileno ha ordenado detallada y taxativamente en el artículo 17 de la Ley N°20.600, en sus numerales 1 a 6, en relación con el artículo 18 del mismo cuerpo legal, tanto las materias que puede conocer el Tribunal Ambiental como a sus respectivos legitimados activos, sin que en dicho catálogo de competencias sea posible identificar a los actos administrativos impugnados en estos autos, que como se ha dicho precedentemente, no se pronuncian sobre observación ciudadana alguna sino que únicamente acerca de la inadmisibilidad de sendos recursos de reclamación interpuestos por los Municipios de Caldera y Copiapó en razón de la falta de la necesaria legitimación activa. Que no obstante lo anterior, y teniendo en consideración que negar esta vía de ingreso por las razones antedichas dejaría a los reclamantes en una posición de tener que recurrir a otras vías de impugnación distintas a aquellas previstas en la Ley N°20.600, opción que por cierto conspira contra los principios de eficiencia, eficacia, economía procedimental y acceso a la justicia ambiental, este disidente será de la opinión que resulta pertinente, conocer y resolver las alegaciones de las partes, aun cuando no digan estricta relación con la falta de la debida consideración de observaciones ciudadanas, en los términos que prescribe la ley.

4° Que despejado lo anterior, y entrando derechamente al fondo de lo debatido, cabe señalar que de acuerdo a la arquitectura que detenta el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y su sistema recursivo administrativo, el Comité de Ministros no podía sino desechar de plano las citadas reclamaciones toda vez que las mismas adolecen de la falta de un elemento fáctico esencial para los efectos de su procedencia, cual es justamente la existencia previa de observaciones ciudadanas formuladas en el marco del proceso de participación ciudadana PAC.

5° Que, en efecto, por mucho que los reclamantes se invistan de la calidad de observantes PAC, lo cierto es que sus intervenciones en la evaluación ambiental del proyecto “ANDES LNG” han sido únicamente en su calidad de órganos de la administración del Estado con competencias específicas otorgadas por la ley como ocurre justamente con lo relativo a la verificación de la compatibilidad territorial del proyecto, como asimismo de la compatibilidad de éste con el plan de desarrollo comunal. La referida intervención de los Municipios en la evaluación ambiental de proyectos se encuentra reglamentada en el DS 40/12, RSEIA, específicamente en los artículos 33 y 34, que se intitulan justamente “Pronunciamientos sobre compatibilidad territorial” y “Pronunciamientos sobre políticas, planes y programas de desarrollo regional y planes de desarrollo comunal”, normas que en concreto lo que mandatan es a “informar” fundadamente acerca de dichas materias, actividad que dista bastante de aquella que contempla el proceso de participación ciudadana y que consiste en “observar” o bien, como señala la propia norma, en “formular observaciones” al Estudio de Impacto Ambiental. De acuerdo a lo definido en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española la voz “observar”, en lo que al asunto de marras interesa, significa *advertir o reparar*, cual es justamente la actividad que ejerce la comunidad respecto de la evaluación ambiental de los proyectos que le atañen, en tanto que la voz “informar” da cuenta de la actividad de *dictaminar en asunto de su respectiva competencia*, prerrogativa que se encuentra radicada únicamente en los órganos de la administración del Estado con competencia ambiental, dentro de los cuales por cierto se encuentran los Municipios respecto de las materias de su competencia.

6° Que si bien este disidente comparte el criterio del voto de mayoría en orden a que los Municipios detentan facultades legales relativas a la verificación de cumplimiento de las normas e instrumentos tanto de planificación territorial como de desarrollo comunal, las discrepancias que pudieren surgir con el órgano estatal a cargo de administrar el SEIA, no corresponde que sean formuladas bajo la fórmula de una observación ciudadana -la cual está concebida en la ley en favor de los ciudadanos y no para el propio Estado-, sino que a través de otros mecanismos impugnatorios que el ordenamiento jurídico dispone para estos efectos.

7° Admitir la posibilidad que los Municipios puedan impugnar las decisiones de la autoridad ambiental por la misma vía que la ley proporciona a la ciudadanía, no solo atenta en contra de los principios de coordinación y unidad de acción que deben inspirar el actuar de la administración en virtud de lo dispuesto en el art 5° inciso segundo de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, sino que además introduce un elemento de distorsión al procedimiento de participación ciudadana, el cual contempla etapas, plazos y exigencias que difieren absolutamente de la actividad de los Municipios, los cuales como ya se señaló, únicamente están facultados para emitir pronunciamientos o informes sobre materias determinadas -de su competencia-, en plazos y vías diferentes.

8° Demostración clara de lo que se viene diciendo lo constituye el Informe Consolidado de Evaluación, hito procedimental previo a la calificación ambiental propiamente tal del proyecto por parte de la respectiva

Comisión de Evaluación, el cual se estructura en base a distintos elementos técnicos y jurídicos que deben tenerse a la vista a la hora de proceder a dicha calificación. Dichos contenidos se encuentran detalladamente individualizados en el artículo 44 del DS N°40/12, RSEIA, en donde destacan, en lo que a estos autos se refiere, por una parte (art. 44 letra c), los informes de los Gobiernos Regionales, Municipalidades, autoridad marítima competente en aquello “...*referido a lo indicado en los artículos 33 y 34 del RSEIA*”, es decir, aquellos informes que dicen relación exclusivamente con compatibilidad territorial y desarrollo regional y comunal. Por otra parte, como una materia totalmente distinta a la anterior (art. 44 letra n), considera “la sistematización y la evaluación técnica de las observaciones que hubiere formulado *la comunidad* y los antecedentes que digan relación con la implementación de los mecanismos que permitieron asegurar su participación informada, si corresponde” (lo destacado es nuestro).

9° La norma citada precedentemente ilustra la manera en que la autoridad ambiental cumple con su obligación de referirse a los aspectos informados tanto por los municipios como por los otros órganos obligados a emitir los pronunciamientos que exige la normativa ambiental, poniendo el acento en que esta referencia que debe contener el Informe Consolidado de Evaluación debe circunscribirse únicamente a las materias que indican los artículos 33 y 34 del RSEIA, por lo que toda otra referencia a otras materias que hayan formulado en el caso sub lite los Municipios reclamantes, incluso apelando al argumento de sus facultades residuales en materia ambiental, resulta absolutamente improcedente.

10° Algo similar ocurre con lo relativo a las observaciones ciudadanas en el sentido que la sistematización y evaluación técnica de las mismas solo está reservada para aquellas que provengan de la comunidad, la cual en una concepción genuina del concepto no incorpora a las Municipalidades. En efecto, si se analiza con detención las diferentes guías trámite⁸ que ha dictado el SEA para regular lo relativo al proceso de Participación Ciudadana, se puede observar que en todo momento se reconocen como sujetos activos de dicho proceso a las personas naturales que habitan en el entorno cercano al proyecto, juntas de vecinos, gremios, organizaciones no gubernamentales y otros grupos intermedios a quienes el Estado busca informar adecuadamente para los efectos de lograr una participación ciudadana efectiva.

11° Que este disidente, asimismo, junto con estimar improcedente que se anulen las resoluciones impugnadas en autos y se ordene consecuentemente admitir a trámite las reclamaciones de los Municipios, en los términos dispuestos en el voto de mayoría, considera injustificado que en esta etapa procesal el órgano llamado al control jurisdiccional del acto reclamado se pronuncie acerca de aspectos de fondo contenidos en las reclamaciones administrativas presentadas ante el Comité de Ministros, toda vez que los actos administrativos reclamados, como ya se ha dicho, discurren únicamente respecto de la calidad que detentan los municipios en el sistema de evaluación de impacto ambiental y su consecuente falta de legitimación activa, mas no sobre aspectos de fondo propios de la evaluación, los cuales, paralelamente a la tramitación de los presentes autos se encuentran sometidos al conocimiento del Comité de Ministros por la vía de trece recursos de reclamación PAC legítimamente interpuestas en tiempo y forma por parte de aquellos que formularon observaciones al Estudio de Impacto Ambiental del proyecto⁹.

12° En efecto, de la revisión de las materias reclamadas por los trece observantes PAC a que ya se ha hecho referencia en el considerando anterior, es posible concluir que los reclamantes PAC señor Raimundo Gómez Vergara; la Fundación Gente Conservación Sur y Fundación Chao Pesca; el señor Eduardo Herrera y otros; los Pescadores, buzos mariscadores, asistentes de buzos, recolectores de orilla y comercializadores de productos del mar de las caletas Chasco, Bahía Salada y CA; el Sindicato de trabajadores independientes de buzos mariscadores y artesanales del mar de Caldera; y el Sindicato de trabajadores independientes de buzos de apnea de recursos bentónicos y recolectores de orilla e históricos, han presentado ante el Comité de Ministros sendas reclamaciones administrativas que, entre otros aspectos sometidos a resolución, se encuentran aquellos relacionados con la supuesta incompatibilidad del Proyecto a los usos que el Plan Regulador Comunal, el Plan Regulador Intercomunal, la zonificación de borde costero y la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción, permiten en algunas de las zonas donde se emplazan determinadas infraestructuras del mismo. Así también,

⁸ Guía para la participación anticipada de la comunidad en proyectos que se presentan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/guias/GuiaPAC_anticipada_FINAL_20130711.pdf); Guía de buenas prácticas en las relaciones entre los actores involucrados en proyectos que se presentan al SEIA (https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/guias/Guia_buenas_practicas_relaciones_actores_seia.pdf) y Guía metodológica de actividades presenciales del Servicio de Evaluación Ambiental con la ciudadanía (https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2017/07/27/web_guia_metodologica_de_actividades_presenciales_del_sea.pdf).

⁹ https://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientes.php?id_expediente=2143855350&idExpediente=2143855350

se refieren a la eventual infracción a la vocación turística que le asignan los instrumentos de planificación territorial, particularmente a Bahía Chascos. En efecto, mientras que los reclamantes Gómez; Herrera y otros; y la Fundación Gente Conservación Sur y Fundación Chao Pescao acusan infracciones al Plan Regulador Comunal e Intercomunal, y a la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción; los tres últimos reclamantes PAC ya referidos, alegan la contravención del Proyecto al PRICOST de Atacama, Freirina, Huasco-Copiapó, Caldera, Chañaral, además de la supuesta infracción al artículo 2.1.29 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción.

Cabe señalar que todas estas reclamaciones se encuentran actualmente pendientes de resolver ante el Comité de Ministros.

13° Que el hecho de pronunciarse en esta etapa procesal respecto de aspectos de fondo no sometidos a la decisión del Tribunal, aun cuando lo fuere bajo la fórmula de recomendaciones u orientaciones, implica en la práctica una vulneración al principio procedimental del orden consecutivo legal que debe respetarse en todo momento por el juzgador, ya que en los hechos anticipa a la autoridad administrativa a cargo de resolver -tanto los recursos administrativos de los Municipios de Caldera y Copiapó como los otros trece recursos administrativos en trámite-, los criterios y directrices que ésta debiera seguir, en una instancia recursiva administrativa que se encuentra en pleno desarrollo y respecto de la cual el mismo Tribunal Ambiental podría eventualmente tener que conocer en el futuro por la vía de recursos de reclamación que interpongan todos aquellos que se consideren perjudicados con la decisión que en definitiva adopte el órgano colegiado estatal.

14° Que es un criterio ya asentado en la jurisprudencia nacional que el Comité de Ministros se encuentra dotado de amplias facultades en virtud de las cuales puede corregir vicios de legalidad, subsanar omisiones, o bien hacer lugar a las modificaciones del proyecto que sean necesarias y procedentes conforme al mérito de los antecedentes del proceso de evaluación ambiental, todo lo cual torna en impertinente la intromisión de este órgano jurisdiccional sin que antes se hubiese finalizado dicha etapa de revisión administrativa.

15° Que reafirma lo razonado precedentemente lo sostenido por la Excma. Corte Suprema en autos Rol N°7451-2013 al señalar que “[...]en estas condiciones resulta evidente que el régimen relativo a la competencia de este Tribunal ha sido diseñado por el legislador entendiendo que, como todo contencioso-administrativo, su objeto consiste en la revisión judicial de la actividad de la autoridad administrativa, de lo que se sigue que para alcanzar tal cometido previamente se deben haber llevado a término los procedimientos administrativos previstos por el legislador, incluyendo entre ellos, como es evidente, aquel referido a la reclamación que procede ante el Comité de Ministros establecido en los artículos 20 y 29 de la Ley N° 19.300.”.

16° Que, en virtud de lo razonado precedentemente, este Ministro disidente es de opinión de rechazar los recursos de reclamación interpuestos por la I. Municipalidad de Caldera y la I. Municipalidad de Copiapó, y en consecuencia, mantener a firme los actos administrativos impugnados.

Notifíquese y regístrese.

Redactó la sentencia el Ministro Sr. Marcelo Hernández Rojas y su disidencia su autor.

Rol N° R-26 (acum.32)-2019

Pronunciada por el Primer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Sr. Mauricio Oviedo Gutiérrez, Sr. Marcelo Hernández Rojas y Sra. Miriam Urbina Perán.

Autoriza el Secretario Abogado del Tribunal, Sr. Claudio F. Gandolfi.

En Antofagasta, a veintisiete de mayo de dos mil veinte, se notificó por el estado diario y correo electrónico la sentencia precedente.

Causa R-30-2019 (ac. R-31-2019)

“Miguel Painenahuel y otros con Servicio de Evaluación Ambiental”

SÍNTESIS

1. Datos del procedimiento

- Reclamante(s): Sr. Miguel Painenahuel Cortés, la Juntas de Vecinos Emprendedores del Desierto, la Junta Vecinal Patricio Ferreira, y otros.
- Reclamado(s): Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA).
- Tercero(s) coadyuvante del reclamado: COSEMAR S.A.

2. Hechos esenciales que originaron el procedimiento y decisión del asunto controvertido

Una primera acción fue interpuesta por el Sr. Miguel Painenahuel, quien reclamó en contra de la resolución del SEA que rechazó el recurso administrativo deducido en contra de la RCA que aprobó el proyecto “Relleno Sanitario Santa Inés” de la empresa COSEMAR S.A., ubicado en la región de Tarapacá. Fundó su reclamo en la falta de una debida consideración de las observaciones ciudadanas formuladas durante la evaluación ambiental del aludido proyecto.

A su vez, 25 organizaciones sociales de la comuna de Alto Hospicio interpusieron una reclamación en contra del rechazo de la solicitud de invalidación deducida respecto a la aprobación ambiental del antes mencionado relleno sanitario. Sus argumentos se centraron, principalmente, en la existencia de fallas geológicas activas en el lugar de emplazamiento del proyecto.

Por su parte, el SEA sostuvo que ambas reclamaciones debían ser rechazadas. Respecto a la primera, invocó la improcedencia de la misma atendido el ejercicio extemporáneo de la acción, además de sostener la legalidad del proceso de consideración de las observaciones ciudadanas. Por otra parte, en cuanto a la reclamación de las organizaciones sociales, el ente evaluador alegó, igualmente, la improcedencia de la acción sobre la base de la aplicación de la norma de clausura establecida en el inciso final del artículo 17 N° 8 de la ley N° 20.600; sin perjuicio, de sostener la ausencia de cualquier otro vicio en la aprobación del proyecto.

En la sentencia, el tribunal rechazó la reclamación deducida, con el voto en contra del Ministro Sr. Marcelo Hernández, quien estimó que la resolución recurrida era inválida por falta de motivación suficiente, al existir un real riesgo ambiental, sanitario y de seguridad para la población de Alto Hospicio.

3. Principales controversias

- a) Controversias asociadas a la causa Rol R-30-2019**
 - i. Si la acción de reclamación fue interpuesta dentro de plazo.
 - ii. Si hubo una debida consideración de las observaciones ciudadanas realizadas por el reclamante.
- b) Controversias asociadas a la causa Rol R-31-2019**
 - i. Si la reclamación de autos era improcedente sobre la base de la norma de clausura establecida en el inciso final del art. 17 N° 8 de la Ley N° 20.600.
 - ii. Si existió interés legítimo de las comunidades afectadas.
 - iii. Si existió ilegalidad y falta de motivación de la resolución reclamada.

4. Sentencia

El Tribunal consideró y resolvió:

- i. En lo concerniente a la primera reclamación, **Rol R-30-2019**, se estableció que no concurrieron los supuestos necesarios para entender que el plazo se había interrumpido por la presentación de la solicitud de invalidación, por lo que el recurso judicial interpuesto resultaba extemporáneo.
 - ii. Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal igualmente se pronunció sobre la debida consideración de las observaciones ciudadanas efectuadas por el reclamante, señalando que fueron tratadas a lo largo del proceso de evaluación ambiental y debidamente consideradas en la resolución reclamada. Así, se estableció que el proyecto cumplía con lo establecido en el DS N° 189, de 2005, del Ministerio de Salud, al no estar ubicado el relleno sanitario en una falla geológica activa en el Holoceno, cuestión que fue ratificada por el SERNAGEOMÍN durante el proceso de evaluación ambiental y etapa recursiva.
 - iii. Respecto de la causa **Rol R-31-2019**, los sentenciadores estimaron que era procedente la aplicación de la norma de clausura solo respecto de 3 organizaciones sociales que habían solicitado la apertura del proceso de PAC, al haberse encontrado en condiciones de formular observaciones.
 - iv. Sobre el interés legítimo de las organizaciones sociales afectadas, el tribunal tuvo por no acreditado dicho interés, toda vez que se esgrimieron razones de orden socioeconómico y de planificación territorial, las cuales en nada se vinculaban con los argumentos que fundaron la solicitud de invalidación, relativos a las características geológicas de la zona de emplazamiento del proyecto.
 - v. De esa forma, el tribunal estimó incompatible e innecesario pronunciarse sobre las restantes materias controvertidas.
-

SENTENCIA

Antofagasta, diecinueve de agosto de dos mil veinte.

VISTOS:

1. Consta que el Sr. Miguel Painenahuel Cortés, R.U.T. N°17.094.555-7 representado por el abogado Sr. Matías Ramírez Pascal (“reclamante”), cédula de identidad N°15.918.264-9 domiciliado para estos efectos en calle Sotomayor N°625, oficina 906 Edificio Contadores, Iquique, interpuso reclamación judicial ante este Primer Tribunal Ambiental con fecha 2 de octubre de 2019, en contra de la Resolución Exenta N°1226/2018 (“Res. 1226”) de fecha 24 de octubre de 2018, emanada del Servicio de Evaluación Ambiental (“SEA” o “servicio”), que calificó favorablemente el proyecto “Relleno Sanitario Santa Inés” (“relleno Santa Inés” o “relleno” o “relleno sanitario”) solicitando a este Tribunal que declare que dicha resolución no se ajusta a la normativa vigente y sea anulada totalmente, en razón de no haberse ponderado debidamente las observaciones realizadas por el reclamante durante el proceso de evaluación ambiental del proyecto, las cuales revelan una serie de insuficiencias metodológicas respecto de la información base presentada por el Titular, lo que no fue subsanado durante la evaluación.

Dicha reclamación judicial es interpuesta contra el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental (“reclamada” o “SEA” o “servicio”), con domicilio para estos efectos en calle Miraflores N°222, piso N°19, Santiago, quien evacuó informe solicitando el rechazo en todas sus partes de la acción de reclamación deducida, por carecer de fundamento tanto en los hechos como en el derecho, todo ello con expresa condenación en costas.

2. Por su parte, consta que con fecha 2 de octubre de 2019, el abogado Sr. Matías Ramírez Pascal (“reclamante”), cédula de identidad N°15.918.264-9 domiciliado para estos efectos en calle Sotomayor N°625, oficina 906 Edificio Contadores, Iquique, en representación de la organización comunitaria territorial JUNTA DE VECINOS EMPRENDEDORES DEL DESIERTO, persona jurídica de su denominación, con personalidad jurídica vigente N°214-V, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°105 del año 2005, de fecha 31 de agosto del año 2005 y vigente a la fecha, representada por su Presidente doña YUBIZA DE LOURDES CABEZAS SALGADO, chilena, casada, R.U.T. N°9.682.113-1, ambas con domicilio para estos efectos en Avenida Jerusalén N°3936, Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial JUNTA VECINAL PATRICIO FERREIRA, persona jurídica de su denominación, con personalidad jurídica vigente N°293-V, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°003/2017, de fecha 17 de mayo de 2017 y vigente a la fecha, representada por su Presidente doña DIANA ELISA VALENZUELA JARA, chilena, R.U.T. N°12.212.255-7, ambas con domicilio para estos efectos en Avenida Chijo con Unión Comunal de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial JUNTA DE VECINOS VILLA LAS AMERICAS, persona jurídica de su denominación, con personalidad jurídica vigente N°215-F, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°063 año 2015, de fecha 18 de mayo de 2005 y vigente a la fecha, representada por su Presidente dona MARIA MAGDALENA VALENZUELA JARA, chilena, R.U.T. N°13.214.084-7, ambas con domicilio para estos efectos en Salitrera De Laware N°3905, de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial JUNTA DE VECINOS VISTA HERMOSA, persona jurídica de su denominación, con personalidad jurídica vigente N°173-V, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°091 año 2005, de fecha 18 de agosto de 2005 y vigente a la fecha, representada por su Presidente doña MARINA MINERVA FUENTES AQUEA, chilena, R.U.T. N°9.721.272-4, ambas con domicilio para estos efectos en Calle dos sin número, Villa Frei de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial JUNTA DE VECINOS PAMPA V, persona jurídica de su denominación, con personalidad jurídica vigente N°295-V, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°001 del año 2018, de fecha 20 de abril de dos mil dieciocho y vigente a la fecha, representada por su Presidente doña GLORIA ALEJANDRA ENGLISH VEGA, chilena, R.U.T. N°13.977.621-6, ambas con domicilio para estos efectos en Turquía sin número de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial JUNTA DE VECINOS NORTE GRANDE, persona jurídica de su denominación, con personalidad jurídica vigente N°16-V, según inscripción efectuada en el Registro de las

Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°317 del año 2017, de fecha 10 de mayo de 2017 y vigente a la fecha, representada por su Presidente doña ANA CAROLINA ALARCON BARRIA, chilena, R.U.T. N°13.415.326-1, ambas con domicilio para estos efectos en Naciones Unidas con Japón de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial COMITE DE VIVIENDA BUEN VIVIR, persona jurídica de su denominación, con personalidad jurídica vigente N°1638-F, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°061 del año 2016, de fecha 20 de junio de dos mil 2016 y vigente a la fecha, representada por su Presidente doña GRETE NATACHA NEIRA AQUEVEQUE, chilena, R.U.T. N°8.581.402-8, con domicilio para estos efectos en Estanque N°1000 de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial COMITÉ DE VIVIENDA DE DESARROLLO BARRIAL NUESTRA SENORA DEL CARMEN, persona jurídica de su denominación, con personalidad jurídica vigente N°1502-F, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°51 del año 2014, de fecha 15 de octubre de 2014 y vigente a la fecha, representada por su Presidente dona MARIA JOSE SOTELLO CARDENAS, chilena, R.U.T. N°16.593.039-8, ambas con domicilio para estos efectos en Barrio de Emergencia con Suiza de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial JUNTA VECINAL ISABEL ALLENDE, persona jurídica de su denominación, con personalidad jurídica vigente N°280-V, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°01 del año 2013, de fecha 19 de junio de 2013 y vigente a la fecha, representada por su Presidente doña NOVELIA DE LAS MERCEDES MORA FLORES, chilena, R.U.T. N°11.816.257-9, ambas con domicilio para estos efectos en Avenida Parque Dos con Baldomero Lillo de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial JUNTA DE VECINOS ALTOS DEL SUR, persona jurídica de su denominación, con personalidad jurídica vigente N°286-V, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°006 del año 2014, de fecha 18 de noviembre de 2014 y vigente a la fecha, representada por su Presidente doña MARITZA ODETTE LEON RODRIGUEZ, chilena, R.U.T. N°11.677.401-7, ambas con domicilio para estos efectos en Altos del Desierto con Altos de la Pampa de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial JUNTA DE VECINOS NUEVO DESPERTAR, persona jurídica de su denominación, con personalidad jurídica vigente N°199-V, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°134 del año 2005, de fecha 31 de octubre de 2005 y vigente a la fecha, representada por su Presidente don ENRIQUE VENTURA CORTEZ HUERTA, chileno, R.U.T. N°11.613.220-6, ambas con domicilio para estos efectos en pasaje Nicaragua con Honduras sin numero de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial JUNTA DE VECINOS VILLA QUITASOLES, persona jurídica de su denominación, con personalidad jurídica vigente N°31-V, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°30 del año 2009, de fecha 31 de mayo de 2009 y vigente a la fecha, representada por su Presidente doña MARIA ANGELICA REYES PAYAUNA, chilena, R.U.T. N°12.213.051-7, ambas con domicilio para estos efectos en pasaje Rio Bio Bio N°4328 de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial JUNTA DE VECINOS SANTA ROSA, persona jurídica de su denominación, con personalidad jurídica vigente N°203-V, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°108 del año 2005, de fecha 31 de agosto de 2005 y vigente a la fecha, representada por su Presidente doña NURY JANET ROJO GONZALEZ, chilena, R.U.T. N°7.120.225-9, ambas con domicilio para estos efectos en Los Lagos manzana veintiuno, sitio cuatro de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial JUNTA DE VECINOS VILLA MUJER EMPRENDEDORA, persona jurídica de su denominación, con personalidad jurídica vigente N°22-V, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°09 del año 2008, de fecha 26 de febrero 2008 y vigente a la fecha, representada por su Presidente dona ANGELA DE LOURDES ROJO BRAVO, chilena, R.U.T. N°6.579.393-8, ambas con domicilio para estos efectos en Serena N°4595 de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial JUNTA DE VECINOS JAIME GUZMAN, persona jurídica de su denominación, con personalidad jurídica vigente N°03-V, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°059 del año 2005, de fecha 11 de mayo de 2005 y vigente a la fecha, representada por su Presidente doña RUTH MELCHORA VILCA VILLANUEVA, chilena, R.U.T. N°14.785.936-4, ambas con domicilio para estos efectos en calle México N°4257 de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial JUNTA DE VECINOS DESPERTAR DEL BORO, persona jurídica de su denominación, con personalidad Jurídica vigente N°24-V, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°026 del año 2008, de fecha 17 de mayo de 2008 y vigente a la fecha, representada por su Presidente doña ISABEL DE LOURDES NOVOA MACAYA, chilena, R.U.T. N°9.138.361-6, ambas con domicilio para estos efectos en Ebenezer numero dos mil doscientos cincuenta y uno de la Comuna

de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial JUNTA DE VECINOS PABLO NERUDA, persona jurídica de su denominación, con personalidad Jurídica vigente N°142-V, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°229 del año 2006, de fecha 13 de septiembre de 2006 y vigente a la fecha, representada por su Presidente don CARLOS ENRIQUE MOLINA DUARTE, chileno, R.U.T. N°9.309.812-9, ambas con domicilio para estos efectos en Santa Rosa con La Aguada de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial JUNTA DE VECINOS WILMA ALVAREZ, persona jurídica de su denominación, con personalidad Jurídica vigente N°289-V, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°002 del año 2016, de fecha 30 de marzo de 2016 y vigente a la fecha, representada por su Presidente don OCTAVIO ANTONIO CACERES RAMIREZ, chileno, R.U.T. N°11.195.873-4, ambas con domicilio para estos efectos en Guinea con Retamales de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial JUNTA DE VECINOS JARDINES DEL DESIERTO, persona jurídica de su denominación, con personalidad Jurídica vigente N°281-V, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°001 del año 2014, de fecha 10 de junio de 2014 y vigente a la fecha, representada por su Presidente doña JEANNETTE DEL CARMEN MALDONADO VASQUEZ, chilena, R.U.T. N°9.117.698-k ambas con domicilio para estos efectos en Salvador Allende número dos mil trescientos sesenta y cinco de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial JUNTA DE VECINOS SAN LORENZO EL BORO, persona jurídica de su denominación, con personalidad Jurídica vigente N°213-V, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°96, de fecha 26 de agosto de 2005 y vigente a la fecha, representada por su Presidente dona JENNY PAOLA GONZALEZ PEREZ, chilena, R.U.T. N°11.755.584-4, ambas con domicilio para estos efectos en Avenida el Boro sin número de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial CONDOMINIO SOCIAL LOS OLIVOS 11, Folio N°13 del año 2012, de fecha 23 de marzo de 2012 y vigente a la fecha, representada por su Presidente doña LORENA EMELINDA NUNEZ SOZA, chilena, R.U.T. N°13.274815-2, ambas con domicilio para estos efectos en El Alto N°22285 de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial FEDERACION DE TOMAS, CAMPAMENTO Y ALLEGADOS SIN CASA ALTO HOSPICIO, persona jurídica de su denominación, con personalidad Jurídica vigente N°1825-F, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°082 del del año 2018, de fecha 13 de noviembre de 2018 y vigente a la fecha, representada por su Presidente doña JOHANNA ODETTE ONATE ANTRIZ, chilena, soltera, R.U.T. N°13.439832-9, ambas con domicilio para estos efectos en Las Tomas S/N, de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial UNION COMUNAL OLIVOS DEL DESIERTO, persona jurídica de su denominación, con personalidad Jurídica vigente N°61-U según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°140 del año 2005, de fecha 21 de noviembre del año 2005 y vigente a la fecha, representada por su Presidente don RAFAEL BERNARDO UBEDA MICHELSEN, chileno, casado, R.U.T. N°11.466.175-9, ambas con domicilio para estos efectos en Santa Inés N°4295 de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria UNION COMUNAL ALTO HOSPICIO, persona jurídica de su denominación, con personalidad Jurídica vigente N°012-U, de fecha 5 de mayo del año 2005 a la fecha, representada por su presidenta doña ALEJANDRA DE LAS MERCEDES GUTIÉRREZ VASALLO, chilena, casada, R.U.T. N°10.588.018-9, ambas con domicilio para estos efectos en Avenida Ramón Pérez Opazo sin número de la Comuna de Alto Hospicio, interpuso reclamación judicial ante este Primer Tribunal Ambiental en contra de la Resolución Exenta N°0853/2019 (“Res. 853”) de fecha 12 de agosto de 2019, que rechazó la solicitud de invalidación interpuesta en contra de la Res.1226, que calificó favorablemente el proyecto denominado “Relleno Sanitario Santa Inés”, y en contra de esta última resolución, solicitando a este Tribunal que declare que tanto la Res. 1226 y la Res. 853, no se ajustan a la normativa vigente y sean dejadas sin efecto, por ser dichos actos administrativos contrarios a derecho, al haber sido dictados transgrediendo las disposiciones que rigen el procedimiento administrativo.

Dicha reclamación judicial, fue interpuesta contra el Director Ejecutivo del SEA, con domicilio para estos efectos en calle Miraflores N°222, piso N°19, Santiago, quien evacuó informe solicitando el rechazo en todas sus partes de la acción de reclamación deducida, por carecer de fundamento tanto en los hechos como en el derecho, todo ello con expresa condenación en costas.

I. Antecedentes del acto administrativo reclamado:

- 1.- Antecedentes del proyecto asociado a la causa de autos:

El proyecto, cuyo titular es COSEMAR S.A., corresponde a la habilitación de un relleno sanitario para servir a la población de la Provincia de Iquique y busca dar solución a la disposición de los residuos sólidos domiciliarios y asimilables que provienen de las comunas de Iquique y Alto Hospicio.

Durante la operación del proyecto se espera recibir aproximadamente 4.767.245 toneladas de residuos sólidos durante 20 años de vida útil con una tasa inicial de 427 ton/día. El proyecto se ubicaría en la comuna de Alto Hospicio, Región de Tarapacá contemplando una superficie de 46,20 ha.

2.- Antecedentes del procedimiento administrativo:

El proyecto fue evaluado a través de una Declaración de Impacto Ambiental (“DIA”) ingresada el 12 de julio de 2017. En dicho proceso, mediante resolución de fecha 1° de septiembre de 2017, se inició un proceso de participación ciudadana (“PAC”) durante el cual, el reclamante Sr. Miguel Painenahuel Garcés realizó observaciones al referido proyecto.

El 20 de marzo de 2018, mediante Resolución Exenta N° 34/2018 (“Res. 34”), de la Comisión de Evaluación de la Región de Tarapacá (“COEVA”) se decidió calificar desfavorablemente la DIA del proyecto “Relleno Sanitario Santa Inés”, de COSEMAR S.A. Dentro de los argumentos, se expresó que no se podía desconocer un posible daño en la base del relleno que pudiera generar infiltraciones.

Con fecha 20 de abril de 2018, el proponente interpuso reclamación de conformidad al artículo 20 de la Ley 19.300 en contra de la decisión adoptada por la COEVA.

Con fecha 24 de octubre 2018, el Director Ejecutivo del SEA acogió el recurso de reclamación del titular COSEMAR S.A., calificando favorablemente el proyecto mediante Resolución Exenta N°1226.

II. Antecedentes del proceso judicial de reclamación:

3. En lo que respecta a la reclamación y el proceso jurisdiccional derivado de aquella en autos, consta lo siguiente:

A fs. 1 y siguientes, consta que el Sr. Miguel Painenahuel Cortés R.U.T. N°17.094.555-7 representado por el abogado Sr. Matías Ramírez Pascal, cédula de identidad N°15.918.264-9 domiciliado para estos efectos en calle Sotomayor N°625, oficina 906 Edificio Contadores, Iquique, interpuso reclamación judicial ante este Primer Tribunal Ambiental con fecha 2 de octubre de 2019, en contra de la Res. 1226, emanada del Servicio de Evaluación Ambiental, que calificó favorablemente el proyecto “Relleno Sanitario Santa Inés”.

Solicitó además, decretar medida cautelar conservativa de prohibición de inicio de obras mientras se resolviera la presente reclamación o se realicen los estudios científicos correspondientes sobre la falla Zofri Sur.

A fs. 54, este 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, decretando, además, traslado respecto de la solicitud del reclamante.

A fs. 55 y siguientes, la parte reclamada, representado por los abogados Sres. Javier Naranjo Solano y Yordana Mehzen Rojas, con domicilio para estos efectos en calle Miraflores N°222, piso N°19, Santiago, solicitaron la ampliación del plazo para evacuar su informe y además, delegaron poder a los abogados Sres. Camila Palacios Ryan, Tagrid Nadi Safatle y José Miguel Prado Ovalle, a lo que el Tribunal resolvió a fs.62, tener presente el patrocinio y poder conferido para la abogada Sra. Yordana Mehzen Rojas, y acceder a la solicitud de ampliación de plazo para evacuar informe.

A fs. 63 y siguientes, el SEA evacuó el traslado solicitando rechazar la solicitud de medida cautelar de la parte reclamante, a lo que el Tribunal resolvió a fs. 105, acoger la medida conservativa de prohibición de inicio de obras, mientras no se acreditase por parte del titular con estudios científicos fundados, la ausencia del riesgo esgrimido por el órgano estatal. Acto seguido, se abrió un cuaderno anexo para la tramitación de la medida cautelar conservativa.

A fs. 107 y siguientes, el SEA evacuó informe de autos, solicitando el rechazo en todas sus partes de la acción de reclamación deducida, por carecer de fundamento tanto en los hechos como en el derecho, todo ello con expresa condenación en costas.

Además, en el otrosí de su presentación, acompañó los siguientes documentos:

1. Expediente de evaluación ambiental y participación ciudadana, que concluye con la RCA N° 34/2018, de la Comisión de Evaluación de la Región de Tarapacá, que califica de manera desfavorable el Proyecto, con su respectivo certificado de autenticidad.
2. Expediente de Reclamación administrativa que concluye con la Res. Exenta N°1226/2018, del Director Ejecutivo, que acoge la reclamación del Titular y califica ambientalmente favorable el Proyecto.
3. Res. Exenta N° 853/2018, del Director Ejecutivo, que resuelve solicitud de invalidación y aclara la Res. Exenta N° 1226/2018.
4. Certificado de autenticidad del expediente individualizado en el numeral 2, y del expediente administrativo de invalidación que concluye con la Res. Exenta acompañada en el numeral 3 precedente. A fs. 25.124, el Tribunal resolvió tener por evacuado el informe requerido.

A fs. 2165, el Relator de la causa certificó que de acuerdo al artículo 372 N°3 del Código Orgánico de Tribunales, la causa quedó en estado de relación.

En causa Rol R-31-2019, este Tribunal resolvió de conformidad a lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley N°20.600, en relación a los artículos 92 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, acumular dicha causa a los autos Rol R-30-2019, suspendiéndose en consecuencia su tramitación y agregándose a esta última.

A fs. 2166, el Tribunal, atendido al estado procesal de autos, resolvió fijar audiencia para la vista de la causa, para el día 12 de diciembre de 2019.

A fs. 2167, este órgano jurisdiccional ordenó a los reclamantes notificar a la empresa COSEMAR S.A., titular del proyecto "Relleno Santa Inés", las resoluciones que concedieron las medidas cautelares conservativas de prohibición de inicio de obras.

A fs. 2169 y siguientes, reclamante y reclamado de conformidad a lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley N°20.600, en relación con el artículo 64 del Código De Procedimiento Civil, solicitaron de común acuerdo, la suspensión del procedimiento, entre los días jueves 12 de diciembre de 2019 y miércoles 15 de enero del año 2020, ambos inclusive. A fs. 2170, el Tribunal resolvió como se pide, suspendiendo el procedimiento en las fechas solicitadas.

A fs. 2171 y siguiente, el abogado Sr. José Roberto Herrera Toro en representación de COSEMAR S.A., solicitó a este Tribunal tenerlo como tercero coadyuvante de la parte reclamada, deduciendo en su primer otrosí una excepción dilatoria por incompetencia del Tribunal. A fs. 2242, se accedió a lo solicitado en cuanto a tenerlo como tercero coadyuvante de la reclamada y otorgando traslado respecto la excepción dilatoria.

A fs. 2243, el abogado Sr. José Roberto Herrera Toro en representación de COSEMAR S.A., delegó poder al abogado Sr. Eduardo Jeria Iriondo. A fs. 2244 este Tribunal lo tuvo presente.

A fs. 2246 y siguientes, reclamante presentó recurso de reposición en contra de resolución de fs. 2242 cuaderno principal, de fecha 10 de diciembre de 2019. A fs. 2254 este Tribunal resolvió, estese al mérito de autos y a lo resuelto en el cuaderno de medida cautelar.

A fs. 2248 y siguientes, la parte reclamada evacuó traslado sobre la excepción dilatoria de incompetencia deducida por el tercero coadyuvante COSEMAR S.A. A fs. 2253 este Tribunal resolvió que atendido el estado procesal de la causa, se resolverá en su oportunidad.

A fs. 2256, el abogado Sr. Matías Ramírez, evacuó traslado, respecto de la excepción dilatoria de incompetencia promovida por el tercero coadyuvante, solicitando su rechazo del mismo.

A fs. 2257, este Tribunal previo a proveer, solicitó al Secretario Abogado certificar si se dio tramitación incidental a la excepción de incompetencia planteada por el SEA en su informe de fs. 227 y siguientes en causa Rol R-31-2019. A fs. 2258, el Secretario Abogado de este Tribunal certificó que no se le dio tramitación incidental.

A fs. 2259, este Tribunal rechazó la excepción dilatoria de incompetencia presentada por el Tercero Coadyuvante de la parte reclamada y la excepción dilatoria incluida en el informe evacuado por el SEA.

A fs. 2261, la abogada Yordana Mehsen Rojas delegó poder al abogado Sr. Carlos Daniel Espinosa Vargas. A fs. 2263 este Tribunal tuvo presente la delegación de poder.

A fs. 2264, las partes, como el tercero coadyuvante del presente proceso de reclamación, y de conformidad al

artículo 29 de la Ley N°20.600, solicitaron a este Ilustre Tribunal disponer la suspensión de la vista de la causa por común acuerdo de las. A fs. 2265, este Tribunal resolvió como se pide, suspendiendo la vista de la causa.

A fs. 2269 y siguientes, COSEMAR S.A. acompañó informe, con citación, denominado “Informe revisión de la información geológica recogida para tramitación de la DIA del Proyecto Sanitario Santa Inés”, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, a fs. 2279 este Tribunal resolvió, que se tuviese acompañado con citación.

A fs. 2282 y siguientes, la parte reclamante haciendo uso de la citación, realizó una serie de observaciones a los documentos acompañados por el tercero coadyuvante, el cual también acompañó una serie de fotografías. A fs. 2315, el Tribunal resolvió tener presente las consideraciones y las fotografías acompañadas con citación.

A fs. 2290 y siguientes, la parte reclamada hizo presente una serie de consideraciones para efecto de la audiencia de alegatos. A fs. 2316, este Tribunal las tuvo presente.

A fs. 2317, consta que este Tribunal se constituyó el día 6 de abril de 2020 en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 90 N°2 del Código Orgánico de Tribunales, para la realización de la vista de la causa en causa Rol R-30-2019 (Ac. R-31-2019) caratulada “Miguel Painenahuel Garcés y otros con Servicio de Evaluación Ambiental”.

A fs. 2319, consta que la causa quedó en estudio.

A fs. 2320, consta que la causa quedó en acuerdo ante los Ministros Sres. Mauricio Oviedo Gutiérrez, Marcelo Hernández Rojas y Juan Opazo Lagos.

A fs. 2321 se designó como Ministro redactor al Sr. Mauricio Oviedo Gutiérrez.

Respecto a la reclamación judicial R-31-2019 y su tramitación previa a la acumulación de autos fue la siguiente.

A fs. 1 y siguientes, consta que con fecha 2 de octubre de 2019, el abogado Sr. Matías Ramírez Pascal, cédula de identidad N°15.918.264-9 domiciliado para estos efectos en calle Sotomayor N°625, oficina 906 Edificio Contadores, Iquique, y en representación de la organización comunitaria territorial JUNTA DE VECINOS EMPRENDEDORES DEL DESIERTO, persona jurídica de su denominación, con personalidad jurídica vigente N°214-V, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°105 del año 2005, de fecha 31 de agosto del año 2005 y vigente a la fecha, representada por su Presidente doña YUBIZA DE LOURDES CABEZAS SALGADO, chilena, casada, R.U.T. N°9.682.113-1, ambas con domicilio para estos efectos en Avenida Jerusalén N°3936, Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial JUNTA VECINAL PATRICIO FERREIRA, persona jurídica de su denominación, con personalidad jurídica vigente N°293-V, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°003/2017, de fecha 17 de mayo de 2017 y vigente a la fecha, representada por su Presidente doña DIANA ELISA VALENZUELA JARA, chilena, R.U.T. N°12.212.255-7, ambas con domicilio para estos efectos en Avenida Chijo con Unión Comunal de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial JUNTA DE VECINOS VILLA LAS AMERICAS, persona jurídica de su denominación, con personalidad jurídica vigente N°215-F, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°063 año 2015, de fecha 18 de mayo de 2005 y vigente a la fecha, representada por su Presidente dona MARIA MAGDALENA VALENZUELA JARA, chilena, R.U.T. N°13.214.084-7, ambas con domicilio para estos efectos en Salitrera De Laware N°3905, de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial JUNTA DE VECINOS VISTA HERMOSA, persona jurídica de su denominación, con personalidad jurídica vigente N°173-V, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°091 año 2005, de fecha 18 de agosto de 2005 y vigente a la fecha, representada por su Presidente doña MARINA MINERVA FUENTES AQUEA, chilena, R.U.T. N°9.721.272-4, ambas con domicilio para estos efectos en Calle dos sin número, Villa Frei de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial JUNTA DE VECINOS PAMPA V, persona jurídica de su denominación, con personalidad jurídica vigente N°295-V, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°001 del año 2018, de fecha 20 de abril de dos mil dieciocho y vigente a la fecha, representada por su Presidente doña GLORIA ALEJANDRA ENGLISH VEGA, chilena, R.U.T. N°13.977.621-6, ambas con domicilio para estos efectos en Turquía sin número de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial JUNTA DE VECINOS NORTE GRANDE, persona jurídica de su denominación, con personalidad jurídica vigente N°16-V, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°317 del año 2017, de fecha 10 de mayo de 2017 y vigente a la fecha, representada por su Presidente doña ANA CAROLINA ALARCON BARRIA, chilena, R.U.T. N°13.415.326-1, ambas con domicilio para estos efectos en Naciones Unidas con Japón de la

Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial COMITE DE VIVIENDA BUEN VIVIR, persona jurídica de su denominación, con personalidad jurídica vigente N°1638-F, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°061 del año 2016, de fecha 20 de junio de dos mil 2016 y vigente a la fecha, representada por su Presidente doña GRETE NATACHA NEIRA AQUEVEQUE, chilena, R.U.T. N°8.581.402-8, con domicilio para estos efectos en Estanque N°1000 de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial COMITÉ DE VIVIENDA DE DESARROLLO BARRIAL NUESTRA SENORA DEL CARMEN, persona jurídica de su denominación, con personalidad jurídica vigente N°1502-F, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°51 del año 2014, de fecha 15 de octubre de 2014 y vigente a la fecha, representada por su Presidente dona MARIA JOSE SOTELLO CARDENAS, chilena, R.U.T. N°16.593.039-8, ambas con domicilio para estos efectos en Barrio de Emergencia con Suiza de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial JUNTA VECINAL ISABEL ALLENDE, persona jurídica de su denominación, con personalidad jurídica vigente N°280-V, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°01 del año 2013, de fecha 19 de junio de 2013 y vigente a la fecha, representada por su Presidente doña NOVELIA DE LAS MERCEDES MORA FLORES, chilena, R.U.T. N°11.816.257-9, ambas con domicilio para estos efectos en Avenida Parque Dos con Baldomero Lillo de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial JUNTA DE VECINOS ALTOS DEL SUR, persona jurídica de su denominación, con personalidad jurídica vigente N°286-V, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°006 del año 2014, de fecha 18 de noviembre de 2014 y vigente a la fecha, representada por su Presidente doña MARITZA ODETTE LEON RODRIGUEZ, chilena, R.U.T. N°11.677.401-7, ambas con domicilio para estos efectos en Altos del Desierto con Altos de la Pampa de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial JUNTA DE VECINOS NUEVO DESPERTAR, persona jurídica de su denominación, con personalidad jurídica vigente N°199-V, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°134 del año 2005, de fecha 31 de octubre de 2005 y vigente a la fecha, representada por su Presidente don ENRIQUE VENTURA CORTEZ HUERTA, chileno, R.U.T. N°11.613.220-6, ambas con domicilio para estos efectos en pasaje Nicaragua con Honduras sin numero de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial JUNTA DE VECINOS VILLA QUITASOLES, persona jurídica de su denominación, con personalidad jurídica vigente N°31-V, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°30 del año 2009, de fecha 31 de mayo de 2009 y vigente a la fecha, representada por su Presidente doña MARIA ANGELICA REYES PAYAUNA, chilena, R.U.T. N°12.213.051-7, ambas con domicilio para estos efectos en pasaje Rio Bio Bio N°4328 de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial JUNTA DE VECINOS SANTA ROSA, persona jurídica de su denominación, con personalidad jurídica vigente N°203-V, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°108 del año 2005, de fecha 31 de agosto de 2005 y vigente a la fecha, representada por su Presidente doña NURY JANET ROJO GONZALEZ, chilena, R.U.T. N°7.120.225-9, ambas con domicilio para estos efectos en Los Lagos manzana veintiuno, sitio cuatro de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial JUNTA DE VECINOS VILLA MUJER EMPRENDEDORA, persona jurídica de su denominación, con personalidad jurídica vigente N°22-V, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°09 de año 2008, de fecha 26 de febrero 2008 y vigente a la fecha, representada por su Presidente dona ANGELA DE LOURDES ROJO BRAVO, chilena, R.U.T. N°6.579.393-8, ambas con domicilio para estos efectos en Serena N°4595 de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial JUNTA DE VECINOS JAIME GUZMAN, persona jurídica de su denominación, con personalidad jurídica vigente N°03-V, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°059 de año 2005, de fecha 11 de mayo de 2005 y vigente a la fecha, representada por su Presidente doña RUTH MELCHORA VILCA VILLANUEVA, chilena, R.U.T. N°14.785.936-4, ambas con domicilio para estos efectos en calle México N°4257 de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial JUNTA DE VECINOS DESPERTAR DEL BORO, persona jurídica de su denominación, con personalidad Jurídica vigente N°24-V, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°026 del año 2008, de fecha 17 de mayo de 2008 y vigente a la fecha, representada por su Presidente doña ISABEL DE LOURDES NOVOA MACAYA, chilena, R.U.T. N°9.138.361-6, ambas con domicilio para estos efectos en Ebenezer numero dos mil doscientos cincuenta y uno de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial JUNTA DE VECINOS PABLO NERUDA, persona jurídica de su denominación, con personalidad Jurídica vigente N°142-V, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°229 del año 2006, de

fecha 13 de septiembre de 2006 y vigente a la fecha, representada por su Presidente don CARLOS ENRIQUE MOLINA DUARTE, chileno, R.U.T. N°9.309.812-9, ambas con domicilio para estos efectos en Santa Rosa con La Aguada de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial JUNTA DE VECINOS WILMA ALVAREZ, persona jurídica de su denominación, con personalidad Jurídica vigente N°289-V, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°002 del año 2016, de fecha 30 de marzo de 2016 y vigente a la fecha, representada por su Presidente don OCTAVIO ANTONIO CACERES RAMIREZ, chileno, R.U.T. N°11.195.873-4, ambas con domicilio para estos efectos en Guinea con Retamales de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial JUNTA DE VECINOS JARDINES DEL DESIERTO, persona jurídica de su denominación, con personalidad Jurídica vigente N°281-V, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°001 del año 2014, de fecha 10 de junio de 2014 y vigente a la fecha, representada por su Presidente doña JEANNETTE DEL CARMEN MALDONADO VASQUEZ, chilena, R.U.T. N°9.117.698-k ambas con domicilio para estos efectos en Salvador Allende numero dos mil trescientos sesenta y cinco de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial JUNTA DE VECINOS SAN LORENZO EL BORO, persona jurídica de su denominación, con personalidad Jurídica vigente N°213-V, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°96, de fecha 26 de agosto de 2005 y vigente a la fecha, representada por su Presidente dona JENNY PAOLA GONZALEZ PEREZ, chilena, R.U.T. N°11.755.584-4, ambas con domicilio para estos efectos en Avenida el Boro sin número de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial CONDOMINIO SOCIAL LOS OLIVOS 11, Folio N°13 del año 2012, de fecha 23 de marzo de 2012 y vigente a la fecha, representada por su Presidente doña LORENA EMELINDA NUNEZ SOZA, chilena, R.U.T. N°13.274815-2, ambas con domicilio para estos efectos en El Alto N°22285 de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial FEDERACION DE TOMAS, CAMPAMENTO Y ALLEGADOS SIN CASA ALTO HOSPICIO, persona jurídica de su denominación, con personalidad Jurídica vigente N°1825-F, según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°082 del del año 2018, de fecha 13 de noviembre de 2018 y vigente a la fecha, representada por su Presidente doña JOHANNA ODETTE ONATE ANTRIZ, chilena, soltera, R.U.T. N°13.439832-9, ambas con domicilio para estos efectos en Las Tomas S/N, de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria territorial UNION COMUNAL OLIVOS DEL DESIERTO, persona jurídica de su denominación, con personalidad Jurídica vigente N°61-U según inscripción efectuada en el Registro de las Organizaciones Comunitarias Territoriales y Funcionales, bajo el Folio N°140 del año 2005, de fecha 21 de noviembre del año 2005 y vigente a la fecha, representada por su Presidente don RAFAEL BERNARDO UBEDA MICHELSEN, chileno, casado, R.U.T. N°11.466.175-9, ambas con domicilio para estos efectos en Santa Inés N°4295 de la Comuna de Alto Hospicio; la organización comunitaria UNION COMUNAL ALTO HOSPICIO, persona jurídica de su denominación, con personalidad Jurídica vigente N°012-U, de fecha 5 de mayo del año 2005 a la fecha, representada por su presidenta doña ALEJANDRA DE LAS MERCEDES GUTIÉRREZ VASALLO, chilena, casada, R.U.T. N°10.588.018-9, ambas con domicilio para estos efectos en Avenida Ramón Pérez Opazo sin numero de la Comuna de Alto Hospicio; Interpuso reclamación judicial ante este Primer Tribunal Ambiental en contra de la Resolución Exenta N°0853/2019 de fecha 12 de Agosto de 2019, que rechazó la solicitud de invalidación interpuesta en contra de la resolución exenta N°1226, de fecha 24 de octubre de 2018, que calificó favorablemente el proyecto denominado "Relleno Sanitario Santa Inés", y en contra de esta última resolución, solicitando a este Tribunal que declare que tanto la Res 1226 y la Res. 0853, ambas del SEA, no se ajustan a la normativa vigente y sean dejadas sin efecto, por ser dichos actos administrativos contrarios a derecho, al haber sido dictados transgrediendo las disposiciones que rigen el procedimiento administrativo.

A fs. 130, este 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, decretando, además, traslado respecto de la solicitud del reclamante de medida cautelar.

A fs. 131 y siguientes, la parte reclamada, es decir, el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, representado por los abogados Sres. Javier Naranjo Solano y Yordana Mehsen Rojas, con domicilio para estos efectos en calle Miraflores N°222, piso N°19, Santiago, solicitaron la ampliación del plazo para evacuar su informe y además, delegaron poder a los abogados Sres. Camila Palacios Ryan, Tagrid Nadi Safatle y José Miguel Prado Ovalle, a lo que el Tribunal resolvió a fs.138, tener presente el patrocinio y poder conferido para la abogada Sra. Yordana Mehsen Rojas, y acceder a la solicitud de ampliación de plazo para evacuar informe.

A fs. 139 y siguientes, el Servicio de Evaluación Ambiental, evacuó el traslado solicitando rechazar la solicitud de medida cautelar de la parte reclamante.

A fs. 225 y siguiente, este Tribunal resolvió acoger la medida conservativa de prohibición de inicio de obras, mientras no se acredite por parte del titular, estudios científicos fundados, la ausencia del riesgo esgrimido por el órgano estatal. Acto seguido, se abrió un cuaderno anexo para la tramitación de la medida cautelar conservativa.

A fs. 227 y siguientes, el SEA evacuó informe solicitando el rechazo en todas sus partes de la acción de reclamación deducida, por carecer de fundamento tanto en los hechos como en el derecho, todo ello con expresa condenación en costas.

Además, en el otrosí de su presentación, acompañó los siguientes documentos:

1. Expediente de evaluación ambiental y participación ciudadana, que concluye con la RCA N° 34/2018, de la Comisión de Evaluación de la Región de Tarapacá, que califica de manera desfavorable el Proyecto, con su respectivo certificado de autenticidad.
2. Expediente de Reclamación administrativa que concluye con la Res. Exenta N°1226/2018, del Director Ejecutivo que acoge la reclamación del Titular y califica ambientalmente favorable el Proyecto.
3. Expediente administrativo de invalidación, que concluye con la Res. Exenta 853/2019, del Director Ejecutivo que rechaza la solicitud de invalidación presentada por los Reclamantes.
4. Certificado de autenticidad de los expedientes individualizados en los numerales 2 y 3 precedente

A fs. 2460, se tuvo por evacuado el informe y los documentos acompañados con citación.

A fs. 2461, este Tribunal resolvió de conformidad a lo dispuesto en el art. 47 de la Ley N°20.600, en relación a los artículos 92 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, acumular la causa Rol R-31-2019 a los autos Rol R-30-2019, suspendiéndose en consecuencia su tramitación y agregándose a esta última.

Respecto del cuaderno de medida cautelar y su tramitación:

A fs. 1 y siguientes, consta la resolución del Tribunal que acogió la medida cautelar conservativa de prohibición de inicio de obras, mientras no se acredite por el titular, estudios científicos fundados, de la ausencia del riesgo esgrimido por el SERNAGEOMIN.

A fs. 5, el Tribunal ordenó notificar por parte de los reclamantes, las resoluciones de este Tribunal que concedieron las medidas cautelares conservativas, a la empresa COSEMAR S.A., y ordenó formar el cuaderno separado de medida cautelar.

A fs. 6 y siguientes, el tercero coadyuvante, abogado José Herrera Soto, solicitó que se deje sin efecto las medidas cautelares conservativas de prohibición de inicio de obras. En el primer otrosí de su presentación, solicitó tener por acompañado un Estudio Geológico de la Escuela de Ingeniería en Construcción de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, de fecha 25 de noviembre de 2019, respecto al proyecto objeto del presente pleito, En el segundo otrosí, solicitó tener presente que comparece en representación de COSEMAR S.A.

A fs. 18, el Tribunal resolvió tener por deducida la oposición a las medidas cautelares conservativas, conforme a lo establecido al art. 24 inciso 4 de la ley 20.600 y se citó a audiencia de revisión de medidas cautelares para el día 16 de diciembre de 2019.

A fs. 19, el abogado José Herrera Toro, en representación de COSEMAR S.A. delegó poder al abogado Sr. Eduardo Jeria Iriondo. A fs. 21 el Tribunal lo tuvo presente.

A fs. 23 y siguientes, el abogado Matías Ramírez Pascal, por los reclamantes, presentó reposición en virtud del art. 47 de la Ley 20.600 en relación al art. 181 del Código de Procedimiento Civil, en contra de la resolución dictada con fecha 10 de diciembre de 2019, de fs. 18 del cuaderno medida cautelar, solicitando acogerla y enmendar la resolución conforme a derecho y al mérito del proceso, dejando sin efecto la audiencia decretada en autos para el día 16 de diciembre de 2019. A fs. 26 este Tribunal resolvió, en virtud de una serie de consideraciones rechazar la reposición.

A fs. 32 y siguientes, la abogada Yordana Mehsen, por la parte reclamada solicitó el alzamiento de las medidas cautelares. A fs. 54 se resolvió, estese a lo resuelto a fs. 51 y siguientes.

A fs. 49, consta que este Tribunal se constituyó el día 6 de abril de 2020 en cumplimiento a lo dispuesto en el art. 90 N°2 del Código Orgánico de Tribunales, para la realización de la audiencia de revisión de medidas cautelares.

A fs. 51 y siguientes, este Tribunal decretó la mantención de la medida cautelar conservativa de prohibición de inicio de obras, mientras no se acredite por parte del titular estudios científicos fundados, la ausencia de riesgo esgrimido por el órgano estatal.

A fs. 55, el reclamante solicitó oficiar a la Ilustre Municipalidad de Iquique, a objeto de poner en su conocimiento la resolución de fecha 16 de diciembre de 2019, dictada a fojas 51 y siguientes del cuaderno de medida cautelar, mediante la cual se determinó mantener la medida cautela conservativa de prohibición de inicio de obras. A fs. 56 este Tribunal resolvió, como se pide.

A fs. 58 y siguientes, la Superintendencia del Medio Ambiente, envió a este Tribunal, oficio N°39/2020 en el cual informa la etapa de construcción del “Relleno Sanitario Santa Inés”. A fs. 67, el Tribunal resolvió a sus antecedentes.

A fs. 68, el Tribunal ordenó informar a la empresa COSEMAR S.A., que informe dentro del plazo de 5 días el estado de cumplimiento de la medida cautelar. Así mismo, ordenó al Servicio de Evaluación Ambiental, que informe sobre el estado de cumplimiento de la medida cautelar.

A fs. 71 y siguientes, la Ilustre Municipalidad de Alto Hospicio ofició al Primer Tribunal Ambiental, a fin de poner en conocimiento, el incumplimiento de la medida cautelar conservativa por parte de la empresa COSEMAR S.A. A fs. 98, este Tribunal resolvió a sus antecedentes.

A fs. 99 y siguientes, la reclamada efectuó presentación, a través de la cual cumple lo ordenado por este Tribunal, en relación a informar sobre el estado de cumplimiento de la medida cautelar. A fs. 102 este Tribunal resolvió, téngase presente.

A fs. 103 y siguientes, COSEMAR S.A., efectuó presentación, mediante el cual cumple lo ordenado por este Tribunal, y señala haber dado estricto cumplimiento a lo mandado sobre la paralización de la obra, como medida preventiva cautelar. A fs. 107, el Tribunal resolvió téngase presente.

A fs. 108 y siguientes, el reclamante solicitó el cumplimiento de la resolución de fecha 16 de diciembre de 2019, dictada a fojas 51 y siguientes del cuaderno de medida cautelar, además de los apremios por el incumplimiento en contra del Titular. El Tribunal resolvió a fs. 110, traslado, además de oficiar a la Brigada de Delitos Ambientales de la Policía de Investigaciones, para que concurra la zona de emplazamiento del proyecto y verifique el cumplimiento de lo ordenado.

A fs. 113 y siguientes, la Brigada de Delitos Ambientales de la Policía de Investigaciones dio cumplimiento a lo ordenado, oficiando al Ilustre Primer Tribunal Ambiental. El Tribunal resolvió, a fs. 117, la aplicación de una multa a la empresa titular del proyecto COSEMAR S.A. por 1 UTM. Además, se ordenó la clausura temporal del proyecto Relleno Sanitario Santa Inés.

A fs. 118 y siguientes, la empresa solicitó tener por cumplido lo ordenado, y en el otrosí de su presentación interpuso recurso de reposición parcial, en contra de la resolución de fecha 6 de abril de 2020, sólo en aquella parte que señala en el resolvo: “2. Se ordena la clausura temporal del proyecto Relleno Sanitario Santa Inés. La ejecución de esta diligencia estará a cargo de la PDI de la ciudad de Iquique”. El Tribunal a fs. 121, resolvió no ha lugar a la reposición interpuesta.

A fs. 122 y siguientes, la Brigada de Delitos Ambientales de la Policía de Investigaciones ofició al Primer Tribunal Ambiental, a fin de que tomase conocimiento de las diligencias realizadas. A fs. 139, el Tribunal resolvió a sus antecedentes.

A fs. 140 y siguientes, la Ilustre Municipalidad de Alto Hospicio, ofició a este Ilustre Tribunal, para poner en conocimiento el informe de fiscalización efectuado el día 4 de mayo de 2020. El Tribunal resolvió, a sus antecedentes, además solicitó oficiar a la Superintendencia del Medio Ambiente a fin de verificar un eventual incumplimiento a la RCA 1226.

A fs. 152 y siguientes, la Superintendencia del Medio Ambiente informó acerca de las diligencias efectuadas en virtud de la presente reclamación. La SMA procedió por medio de la Resolución Exenta N°44/2020, a requerir a COSEMAR S.A. información asociada a las obras viales con el objetivo de fiscalizar posibles infracciones de competencia de la SMA, la respuesta a dicho requerimiento sería remitida a la brevedad. El Tribunal resolvió a fs. 157, a sus antecedentes.

A fs. 158 y siguientes, la SMA remitió Ord. N°1543, en el cual informó a este Ilustre Tribunal nuevos antecedentes sobre la fiscalización a la empresa, el Tribunal resolvió, a fs. 186 a sus antecedentes.

CONSIDERANDO:

Primero. Que, conforme a los argumentos expuestos por la parte reclamante y las alegaciones y defensas de la parte reclamada las cuales constan en autos y que se dan por reproducidas, se han determinado los principales hechos controvertidos de la causa, los que a continuación se indican:

En relación a la causa R-30-2019, cuya reclamación fue interpuesta por el Sr. Miguel Painenahuel Garcés, las alegaciones y controversias planteadas son las siguientes:

- 1.- En cuanto al plazo para la interposición de la presente Reclamación.
- 2.- En cuanto a la Participación Ciudadana y especialmente de las observaciones realizadas por Miguel Painenahuel Garcés.

En relación a la causa R-31-2019, cuyos reclamantes son la Junta de Emprendedores del Desierto y 24 organizaciones más, las alegaciones y controversias planteadas, son las siguientes:

- 3.- En cuanto a si la reclamación de autos es improcedente, sobre la base de la norma de clausura establecida en el inciso final del art. 17 N° 8 de la Ley N° 20.600.
- 4.- En cuanto al interés legítimo de las comunidades afectadas.
 - 4.1.- Sobre la supuesta falta de sustentabilidad del proyecto a emplazar y las externalidades negativas generadas como consecuencia del proyecto en la comuna de Alto Hospicio.
 - 4.2.- Sobre la supuesta afectación producida como consecuencia del incremento de la percepción del sector el Boro, como una zona de sacrificio ambiental y la consecuente disminución en el avalúo comercial de las viviendas del sector.
- 5.- En cuanto al fondo de la reclamación:
 - 5.1.- En cuanto a la supuesta infracción al artículo 20 inciso 1 de la Ley 19.300 para resolver la reclamación del titular.
 - 5.2. De la supuesta ilegalidad por infracción al artículo 12 bis y 20 de la Ley 19.300 y al artículo 11 del DS 189, en cuanto no se habrían incorporados oportunamente antecedentes relevantes.
 - 5.3. De la supuesta ilegalidad a las mismas disposiciones antes señaladas en la Res. 1226 dictada por el Director Ejecutivo del SEA.
 - 5.4 De la supuesta falta de motivación de la Res. 1226.

1.- En cuanto al plazo para la interposición de la presente Reclamación (R-30).

Segundo. Que, el reclamante señala que interpuso la presente reclamación en contra de la Res. 1226, dictada por el Director Ejecutivo del SEA que calificó favorablemente el proyecto, luego que previamente y de conformidad a lo dispuesto en art. 53 de la Ley N° 19.880, solicitara la iniciación de un proceso administrativo de invalidación de dicha Resolución. La señalada solicitud fue ingresada mientras aún se encontraba pendiente y vigente el plazo para la interposición de la reclamación judicial contemplada en el art. 17 N° 6 de la Ley N° 20.600. El proceso de invalidación fue resuelto desfavorablemente mediante Res. 853, de la Dirección Ejecutiva del SEA, la cual fue notificada mediante correo electrónico de 14 de agosto de 2019.

Tercero. Que, a su juicio, el plazo para la interposición de los recursos judiciales habría sido interrumpido por la iniciación del proceso de invalidación, debiendo computarse nuevamente el plazo, de conformidad con lo establecido en el art. 54 inciso 2 de la Ley 19.880.

Cuarto. Que, según el reclamado, para aplicar la interrupción establecida en la normativa, deben concurrir los presupuestos establecidos en el inciso primero del mismo artículo, el cual señala: “Interpuesta por un interesado una reclamación ante la Administración no podrá el mismo reclamante deducir igual pretensión ante los Tribunales de Justicia (...)”.

Quinto. Que, lo anterior, no se aplicaría en el caso de autos, toda vez que la pretensión hecha valer en sede administrativa, al solicitar la invalidación de la RCA no es igual a la pretensión que se encuentra detrás de la acción de reclamación del art. 17 N° 6 de la Ley 20.600, por falta de debida consideración de observaciones ciudadanas. Además de lo anterior, la invalidación solicitada por el actor, que supuestamente interrumpiría el

plazo, no es una reclamación administrativa en los términos señalados en el art. 54, por lo cual tampoco se satisface dicho presupuesto.

Sexto. Que, para una correcta y acabada comprensión de esta primera controversia, cabe tener presente que el actor de autos, encontrándose vigente el plazo para formular la reclamación judicial prevista en el art. 17 N°6 de la Ley 20.600 para el caso que las observaciones formuladas no hubiesen sido debidamente consideradas en la resolución de calificación ambiental, optó por solicitar el inicio de un procedimiento administrativo de invalidación en contra de la Res. 1226, que calificaba favorablemente el proyecto “Relleno Sanitario Santa Inés”, sin haber ejercido en su lugar, ante el Tribunal Ambiental, la acción de reclamación prevista en el art. 17 N°6 antes citado.

Séptimo. Que, las ilegalidades alegadas de conformidad al artículo 53 de la ley 19.880 fueron las siguientes: 1.- Infracción al art. 20 inciso primero de la ley N°19.300, relativa al plazo que detentaba la administración para resolver la reclamación del titular del proyecto; 2.- Infracción al art. 12 bis y 20 de la Ley 19.300, y art. 11 del DS 189/2005 (“DS 189”) del Ministerio de Salud, en cuanto no se incorporaron oportunamente antecedentes relevantes del proyecto; 3.- Infracción por falta de motivación de la Res. 1226.

Octavo. Que, tal y como se indicara en considerandos precedentes, el expediente de invalidación fue resuelto de manera negativa para el solicitante -actor de autos-, procediendo este último solo en ese momento, y habiendo transcurrido casi un año completo desde la dictación de la RCA que le perjudicaba, a accionar para ante esta jurisdicción especializada de conformidad a la regla de competencia prevista en el art. 17 N°6 de la Ley 20.600.

Noveno. Que, si bien es cierto que el reclamante de autos contaba tanto con la acción especial que le confiere la Ley 20.600, como con el derecho de solicitar la invalidación prevista en la Ley 19.880, no es menos cierto que dicho ejercicio impugnatorio debe guardar la debida secuencia y coherencia, de manera de no vulnerar el principio de congruencia a que deben sujetarse todas las actuaciones del proceso tanto en su etapa administrativa como judicial.

Décimo. Que, en ese orden de consideraciones, lo primero que observa este Tribunal es el hecho que la discusión relativa al proyecto de autos culminó en sede administrativa con la dictación de la Res. 853, que no hace lugar a la invalidación solicitada, siendo en consecuencia lo lógico que ante esta sede judicial se haya reclamado de dicho acto administrativo mediante la acción prevista por el ordenamiento jurídico al efecto, esto es, aquella contemplada en el art. 17 N°8 de la Ley 20.600, cuestión que en el caso de autos no ha acontecido. Lo anterior es así ya que la naturaleza de uno y otro mecanismo jurídico de nulidad difieren sustantivamente en cuanto a los fundamentos que los sostienen, en un caso, la existencia de vicios de derecho y, en otro, la falta de la debida consideración de observaciones ciudadanas.

Undécimo. Que, si bien las partes no controvierten sobre este punto, este Tribunal estima necesario referirse al efecto toda vez que en los hechos la situación planteada configura lo que en doctrina se ha denominado “desviación procesal”, vicio del procedimiento que, atendido su entidad e incidencia en la discusión de autos, faculta al sentenciador para emitir pronunciamiento al respecto. Sobre lo anterior la Excm. Corte Suprema ha señalado que “(...) los tribunales, para resolver el asunto sometido a su decisión, están facultados para revisar el derecho aplicable, siempre que ello se encuentre conforme y sea congruente con los presupuestos fácticos de la pretensión intentada, actividad que realizaron los jueces del fondo. En efecto, frente al principio de congruencia se erige otro principio: *iura novit curia*, en el sentido que el juez conoce y aplica el derecho, sin que ello afecte la causa de pedir” (C. Suprema, 29 de mayo de 2017, Rol N° 47.629 2016).

Duodécimo. Que, la figura de la desviación procesal, a diferencia de la congruencia intra proceso que exige la debida concatenación entre reclamación, prueba y sentencia (o acto administrativo de término en caso de sede administrativa), requiere que exista correspondencia entre la reclamación administrativa y la judicial, o más bien, entre la pretensión administrativa y la judicial, de manera que los vicios de legalidad que sostienen a una se identifiquen con aquellos que sostienen a la otra. Solo respetándose esta debida relación entre ambos procesos el revisor jurisdiccional se encontrará en posición de revisar el pronunciamiento previo de la administración, cuestión que en el caso de ocurrir desviación procesal no acontece en la medida que la cuestión controvertida planteada por primera vez en sede judicial no ha tenido la oportunidad de ser examinada previamente por la administración, presupuesto consustancial al contencioso administrativo. En el mismo sentido se ha pronunciado la Excm. Corte Suprema en autos Rol 34.281 de 2017, al señalar que “(...) no se debe olvidar que, por su propia naturaleza, el contencioso-administrativo requiere que la Administración haya tenido la posibilidad de enmendar una eventual ilegalidad, de lo que se sigue que, para que el recurrente en sede administrativa pueda interponer, a su vez, reclamación ante el Tribunal Ambiental, es imprescindible que el Comité haya estado en

condiciones de pronunciarse sobre la materia impugnada, cuestión que, en la especie, no acaeció, desde que el asunto de que se trata fue planteado en sede judicial, mas no a través de la vía recursiva administrativa”.

Decimotercero. Que, el vicio de desviación procesal analizado precedentemente en estricto rigor deja a este Tribunal en situación de omitir pronunciamiento respecto de las controversias fijadas en autos, en razón de ser incompatibles con el razonamiento que se ha hecho presente en los considerandos anteriores. No obstante lo anterior, y en búsqueda del cumplimiento del derecho a la tutela judicial efectiva, este Tribunal de todas maneras se avocará al conocimiento del asunto sometido a su jurisdicción en los términos que a continuación se indican.

Decimocuarto. Que, el reclamante sostiene que la acción de reclamación que motiva estos autos se encuentra interpuesta dentro del plazo de 30 días que la ley prevé al efecto, cuestión que como se verá no es efectiva toda vez que en los hechos la interposición de la solicitud de invalidación denegada no ha generado el efecto de interrumpir el plazo para ejercer la presente acción jurisdiccional.

Decimoquinto. Que, en efecto, si se atiende al tenor del artículo 54 de la Ley N°19.880, resulta que para que se produzca la interrupción alegada, la pretensión deducida vía reclamación en sede administrativa debe ser la misma que aquella que se deduce ante el órgano jurisdiccional, cuestión que en el caso sub lite no concurre desde que la pretensión de la solicitud de invalidación difiere absolutamente de aquella contenida en la reclamación judicial. En concreto, la pretensión de la solicitud de invalidación consiste en que el respectivo acto administrativo sea anulado o dejado sin efecto por la propia administración por un vicio de legalidad, esto es, por ser antijurídico, en cambio, la pretensión de la reclamación del art. 17 N°6 de la Ley 20.600 consiste en que el Tribunal Ambiental revise si la RCA del proyecto ha considerado debidamente las observaciones ciudadanas que se han formulado, y por esa vía, eventualmente, deje sin efecto dicha calificación ambiental.

Decimosexto. Que, de lo razonado precedentemente resulta claro que la pretensión en uno y otro caso no es la misma, ya que si bien coinciden en la petición, difieren en su fundamento, razón por la cual por este solo argumento la alegación de la reclamante debiera ser rechazada en la medida que el plazo de 30 días con que contaba para accionar ante el Tribunal Ambiental de conformidad al art. 17 N°6, no se interrumpió con motivo de la solicitud de invalidación presentada, venciendo inexorablemente con fecha 08 de diciembre del año 2018.

Decimoséptimo. Que, además de la razón expuesta precedentemente, este sentenciador visualiza un segundo motivo para el rechazo, cual es el hecho que la hipótesis prevista en el art. 54 de la ley 19.880 parte del supuesto que el reclamante judicial ha interpuesto previamente una reclamación ante la administración, esto es, un recurso administrativo, naturaleza jurídica que no detenta la solicitud de invalidación prevista en el art. 53 del mismo cuerpo legal.

Decimooctavo. Que, al respecto se ha indicado que “Naturalmente, aunque la ley no lo explicita, este efecto sólo puede predicarse de los recursos ordinarios, a diferencia de lo que ocurre con el recurso extraordinario de revisión, que procede contra resoluciones firmes (esto es, una vez vencidos las posibilidades de recurso administrativo ordinario, por no ejercicio oportuno o por resolución desestimatoria a su respecto)”¹.

Decimonoveno. Que, en el mismo sentido se ha pronunciado la Excm. Corte Suprema en causa Rol N° 7167-2010, al señalar respecto de la invalidación que, no obstante, puede efectuarse a petición de parte, no constituye un recurso administrativo, sino una facultad de la autoridad que puede utilizarse mientras no se encuentre vencido el plazo de dos años que contempla la norma (Considerando Duodécimo).

Vigésimo. Que, en mérito de lo precedentemente expuesto, y habiéndose verificado que en el caso de autos no han concurrido los presupuestos necesarios para que se produzca la interrupción del plazo para la interposición de la acción jurisdiccional prevista en el art. 17 N°6 de la Ley 20.600, la misma resulta extemporánea, razón por la cual la reclamación de autos será rechazada en los términos que se señalarán en la parte resolutive de esta sentencia.

Vigésimo primero. Que, sin perjuicio de lo anterior, y sin que tenga incidencia en lo dispositivo del fallo, teniendo a la vista el principio de acceso a la justicia en materia ambiental contenido en el Convenio de Aarhus de 1998, en el Principio 10 de la Declaración de Río, en los puntos 99 y 238 de la Conferencia de las Naciones Unidas (“ONU”) sobre Desarrollo Sostenible, también denominada Río + 20, principio jurídico ambiental que entre otros elementos, habilita a la magistratura para actuar de manera preventiva en pos del cuidado del medio ambiente, este Tribunal procederá a revisar las alegaciones de fondo del reclamante, las cuales dicen relación con 2 observaciones efectuadas en el marco del proceso de participación ciudadana desarrollado por el SEA, las

¹Valdivia, José Miguel, “Manual de Derecho Administrativo”, Editorial Tirant Lo Blanch, Año 2018, p.293.

cuales no habrían sido debidamente consideradas en los fundamentos de la RCA, cuestión que como se analizará en los considerandos siguientes no ha sido efectiva.

2.- En cuanto a la Participación Ciudadana y especialmente de las observaciones realizadas por Miguel Painenahuel Garcés (R-30).

Vigésimo segundo. Sobre este punto el actor señala que, durante el proceso de participación ciudadana, realizó seis observaciones relacionadas con el proyecto evaluado y que las dos primeras no habrían sido consideradas debidamente.

1. Observación sobre la existencia de fallas geológicas en el área de emplazamiento del proyecto.

Para ello señala que se debe tener presente lo establecido en el art. 11 del DS 189 del Ministerio de Salud, que en lo medular indica que no se podrán emplazar Rellenos Sanitarios en suelos con características que puedan afectar su estabilidad estructural, debiendo acreditarse, entre otras cosas, que el sitio:

a.- No se encuentra expuesto a fallas geológicas activas, entendiéndose por tales aquellas en las cuales ha ocurrido un desplazamiento durante el Holoceno.

Sobre este punto, el titular del proyecto no habría acompañado oportunamente informe alguno que diera cuenta de dicha circunstancia. Más aún, el Ordinario N° 1355 (“Ord. 1355”) emitido por SERNAGEOMIN en la etapa recursiva, de fecha 20 de junio de 2018, incorpora nuevos antecedentes que no habrían sido debidamente ponderados, que no permitirían establecer, fehacientemente, la inactividad de la falla en el sector de emplazamiento del proyecto. Agrega que una campaña geológica de mapeo superficial –como la realizada por el titular del proyecto– no sería concluyente ni suficiente para determinar con veracidad la actividad de una falla. Concluye que sería necesario realizar estudios acabados de la historia sísmológica de cada estructura, además de estudios morfotectónicos que evidencien su actividad.

2. Observación sobre el tránsito de vehículos particulares que considera el proyecto.

Esta observación habría sido considerada someramente en la Res. Ex. 34 – que declaró desfavorablemente el proyecto, en una primera etapa – señalando que no es posible establecer un número exacto de camiones particulares que ingresarían al relleno sanitario. No obstante lo anterior, se indica que es posible estimar una cantidad media de residuos que ingresarán al relleno por concepto de “transporte particular”, por lo que bajo esta condición se estima que la cantidad que se recibirá es de 50 ton/día aproximadamente, por lo tanto, la cantidad de vehículos dependerá de su capacidad de carga.

La respuesta, según el actor, no atendería el fondo de la observación y solo consistiría en una respuesta formal.

Vigésimo tercero. Que, por su parte la reclamada, señala que para determinar si las inquietudes planteadas por los observantes ciudadanos fueron debidamente abordadas se debe considerar todo el expediente de evaluación ambiental, no sólo la respuesta expresa que entregue la autoridad a través de una RCA determinada.

Así entonces:

1.- Respecto de las observaciones planteadas por el Reclamante en la etapa PAC, el SEA afirma que la Res. Ex. 1226 aborda debidamente la existencia de fallas geológicas activas en el área de emplazamiento del Proyecto.

- a. El Proyecto no infringiría la prohibición establecida en el artículo 11 letra a) DS. 189, por cuanto no se encontraría en una falla geológica activa, lo que es coherente con el pronunciamiento de SERNAGEOMIN tanto en la evaluación ambiental como en la etapa recursiva.
- b. La Res. Ex. 1226 considera el pronunciamiento de SERNAGEOMIN y los demás antecedentes de la evaluación de impacto ambiental, debiendo rechazarse esta acción por cuanto la preocupación del Reclamante habría sido debidamente considerada.

2.- Sobre el tránsito de vehículos particulares que considera el proyecto y su falta de debida consideración en la RCA N° 34, el SEA señala que dicha alegación sería procedente si se hubiese alegado en la instancia de reclamación compareciendo como parte agraviada.

Vigésimo cuarto. Que, por último y en relación a la aplicación del principio precautorio señala la reclamada que el actor confunde el “impacto ambiental” y la situación de “riesgo”. El impacto ambiental, siempre es causa del hombre, en cambio los riesgos pueden provenir de diferentes factores, tanto naturales como antrópicos.

Vigésimo quinto. Que, en el caso de autos, los riesgos ante sismos habrían sido correctamente abordados por el Plan de Prevención de Contingencia y Emergencia del Proyecto, por lo cual no existe verosimilitud en la pretensión de la reclamante de dejar sin efecto la Res. Ex. 1226 que aprueba el proyecto. Asimismo, no existiría incumplimiento de la normativa aplicable al respecto, no correspondiendo aplicar la norma prohibitiva del art. 11 DS. 189.

Vigésimo sexto. Que, sobre la debida consideración de las observaciones ciudadanas presentada por Miguel Painenahuel, cabe señalar que el artículo 30 bis de la Ley 19.300 amplió las posibilidades de participación ciudadana para el caso de las Declaraciones de Impacto Ambiental, pudiendo abrirse un procedimiento de esta naturaleza siempre que se cumplan con los requisitos establecidos en la norma. Esta disposición establece en su inciso cuarto que “El Servicio de Evaluación Ambiental considerará las observaciones como parte del proceso de calificación y deberá hacerse cargo de éstas, pronunciándose fundadamente respecto de todas ellas en su resolución”, y agrega en su inciso final que “la participación ciudadana comprende los derechos a (...) formular observaciones y obtener respuesta fundada de ellas”.

Vigésimo séptimo. Que, el inciso quinto del mismo artículo señala que “Cualquier persona, natural o jurídica, cuyas observaciones no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental establecida en el artículo 24, podrá presentar recurso de reclamación de conformidad a lo señalado en el artículo 20, el que no suspenderá los efectos de la resolución”. A su vez, el art. 17 N°6 de la Ley 20.600 faculta a los Tribunales Ambientales para “conocer de las reclamaciones que interponga cualquier persona natural o jurídica en contra de la determinación del Comité de Ministros o Director Ejecutivo que resuelva el recurso administrativo cuando sus observaciones no hubieren sido consideradas en el procedimiento de evaluación ambiental (...)”.

Vigésimo octavo. Que, para resolver la presente controversia, es necesario aclarar primeramente qué debe entenderse por debida consideración de las observaciones ciudadanas. Al efecto, se ha de considerar el Instructivo del SEA sobre la Consideración de las Observaciones Ciudadanas en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (Oficio Ordinario N°130.528, de 1 de abril de 2013, de la Dirección Ejecutiva). Dicho instructivo aclara que “considerar” las observaciones implica “hacerse cargo de la materia observada durante el proceso de evaluación ambiental o, en otras palabras, incorporar al proceso respectivo la preocupación ambiental levantada por el observante, para luego, a la luz de lo anterior, dar respuesta a los requerimientos presentados por la ciudadanía durante el proceso formal de participación ciudadana”.

Vigésimo noveno. Que, al respecto, se ha señalado que “no implica incluir una posición favorable a lo observado, pero sí obliga a la autoridad a motivar adecuadamente su respuesta, no siendo suficiente una mera descripción que se limite únicamente a la reproducción de las opiniones del titular o de los organismos sectoriales, sino que deberá contener una revisión acuciosa de todos los elementos tenidos en cuenta en la evaluación” (Sentencia Segundo Tribunal Ambiental de 18 de febrero de 2016, R-35-2014, acumulada R-37-2014 y R-60-2014). La misma sentencia agrega que para determinar si las observaciones ciudadanas fueron debidamente consideradas “el análisis se debe extender a todo el procedimiento de evaluación ambiental y no debe quedar circunscrito únicamente a la respuesta que de ella se haga en la RCA respectiva. Tan importante como la respuesta a las observaciones, es el tratamiento que la autoridad les haya dado durante todo el proceso de evaluación antes de dar respuesta formal (...)”.

Trigésimo. Que, de acuerdo a las disposiciones citadas y las precisiones jurisprudenciales efectuadas sobre la materia, y siguiendo lo ya razonado por este Tribunal en causa Rol R-7-2018 (Considerando vigésimo primero), desde la perspectiva del derecho a la participación ciudadana lo que interesa es que quien participe, obtenga una respuesta fundada desde el punto de vista técnico-científico de sus observaciones, de manera que el análisis se centrará en determinar si el observante fue satisfecho en su derecho a obtener respuesta fundada de sus observaciones y la forma en que éstas fueron abordadas en las diferentes instancias del procedimiento de evaluación ambiental.

Trigésimo primero. Que, en primer término, en lo relativo a la observación sobre la existencia de fallas geológicas en el área de emplazamiento del proyecto, el reclamante señala que no existe información y

antecedentes suficientes que permitan descartar la real actividad de la falla en el sector de emplazamiento del proyecto y, en consecuencia, la aplicación de la prohibición establecida en el DS 189 al proyecto.

Trigésimo segundo. Que, al efecto, el capítulo II de la DIA del proyecto reconoce la existencia de tres estructuras (falla Zofri, falla Zofri Sur y falla Guantaca) cercana a la zona de estudio. Sin embargo, se indica que no existen registros que se asocien a estas fallas intraplacas con actividad sísmica reciente en la región. Cabe señalar que SERNAGEOMIN se pronuncia sobre la DIA sin dar cuenta de observaciones asociadas a los riesgos geológicos.

Trigésimo tercero. Que, el tratamiento de la observación fue desarrollada por el titular del proyecto en Adenda Complementaria donde acompaña el Informe “Levantamiento geológico estructural relleno sanitario Santa Inés, Alto Hospicio, Región de Tarapacá. Escala 1:2.500”. Dicho informe fue elaborado por el Geólogo Sr. Miguel Cáceres, como el resultado de una campaña geológica en terreno, y tuvo por objeto identificar estructuras geológicas presentes en el área del proyecto y determinar si han presentado movimientos durante el Holoceno (últimos 12.000 años aproximadamente). En él, se da cuenta que los Depósitos Aluviales recientes cubren en discordancia angular y de erosión a los Depósitos Aluviales Antiguos, por ende, si se considera que la falla corta a estos últimos, de haber ocurrido movimientos durante el Holoceno, estos debieron quedar reflejados en los Depósitos Aluviales Recientes. No obstante, la ausencia de morfologías indicativas de movimientos apunta a que esta estructura no se ha movido durante el Holoceno”. Al respecto, SERNAGEOMIN se pronuncia conforme y reafirma que no se halló evidencia de movimientos de la falla EO, correspondiente a uno de los ramales de la Falla Zofri, durante el Holoceno.

Trigésimo cuarto. Que, por su parte, el Informe Consolidado de Evaluación Ambiental (“ICE”) se pronuncia sobre la observación efectuada por el reclamante indicando que el detalle de la información se entregó en el “informe geológico estructural relleno sanitario Santa Inés”, donde se concluyó, además, que el proyecto cumple con lo establecido en el DS 189, al no estar expuesto a falla activa en el período Holoceno. Así, el SEA regional recomendó aprobar el proyecto, indicando que éste cumpliría con la normativa ambiental aplicable, entre ellos el citado DS 189.

Trigésimo quinto. Que, la RCA 34 en su considerando 10.2,15, también se pronuncia sobre la observación efectuada por el reclamado, reiterando que el detalle de la información se entregó en el “informe geológico estructural relleno sanitario Santa Inés”, donde se concluyó además que, el proyecto cumple con lo establecido en el DS 189, al no estar expuesto a falla activa en el período Holoceno. No obstante, la RCA rechaza el proyecto debido a que “en lo relativo a la cobertura del relleno, no se recibió respuesta en tiempo y forma de todas las observaciones realizadas, por lo que se desestima la utilización de otros medios o materiales para la cobertura y por ende esto debe ajustarse al DS 189; que no se puede desconocer un posible daño en la base del relleno que pudiera generar infiltraciones (...)”. El Tribunal observa a este respecto que la COEVA de Tarapacá solo hizo referencia a la falta de certeza sobre posibles daños en la base del relleno, sin referirse expresamente a los posibles riesgos geológicos o a la presencia de falla activa en el lugar de emplazamiento del proyecto.

Trigésimo sexto. Que, en el marco del recurso de reclamación del titular, el SERNAGEOMIN a través del Ord. 1355 señala que “el proyecto se encuentra ubicado en uno de los ramales de la falla ZOFRI, la que no presenta evidencia de movimiento durante el Holoceno, al menos en el sector del proyecto y su área de influencia”. No obstante lo anterior, concluye que “el proyecto está ubicado en un traza de falla cuaternaria con potencial sísmico, por encontrarse dentro de un sistema estructural activo. Por ello, recomienda tomar en cuenta los resultados del peligro sísmico informado, considerando las aceleraciones máximas esperadas, en caso de proceder con la ejecución y diseño del relleno sanitario”. Indica que, según el Departamento de Geociencias de la Pontificia Universidad Católica, no es lo mismo que la falla presente potencial sismogénico a que se acredite que esta se encuentre activa en el Holoceno.

Trigésimo séptimo. Que, el Director Ejecutivo, a través de la Res. 1226, se pronuncia respecto de todos los antecedentes del proceso de evaluación ambiental y de la etapa recursiva. En cuanto al informe del SERNAGEOMIN en el marco del recurso señala que, desde el punto de vista sismogénico, no existen evidencias de sismicidad de la falla Zofri en el Holoceno, en particular en el sector del Proyecto y su área de influencia. En mérito de todos los antecedentes del proceso, la Dirección Ejecutiva concluye que el proponente entregó los antecedentes que justifican la inexistencia de efectos adversos sobre los recursos naturales renovables, en particular producto de posibles infiltraciones, acreditando, además, el cumplimiento del DS 189 en lo atinente a

las características de los sistemas de infiltración considerados en el Proyecto, así como en cuanto a la restricción de emplazarse en zonas expuestas a fallas geológicas activas.

Trigésimo octavo. Que, de lo expuesto, este Tribunal aprecia que se consideraron todos los antecedentes de la evaluación ambiental del proyecto, así como de la fase recursiva por la autoridad ambiental. En efecto, el titular aclaró y complementó la información geológica adjuntando el informe “Levantamiento geológico estructural relleno sanitario Santa Inés, Alto Hospicio, Región de Tarapacá. Escala 1:2.500”, concluyendo que el proyecto cumple con lo establecido en el DS 189, al no estar expuesto a una falla geológica activa en el Holoceno, lo cual fue ratificado por SERNAGEOMIN durante el proceso de evaluación ambiental y etapa recursiva. Por ello, este Tribunal considera que a lo largo del proceso de evaluación ambiental hubo una debida consideración de la observación ciudadana y suficiente fundamentación por parte del Director Ejecutivo en la Res. 1226.

Trigésimo noveno. Que, en virtud de lo expuesto, el Tribunal estima que el tratamiento y consideración de la observación ciudadana durante la evaluación ambiental, en la RCA 34 y en la Res. 1226 del Director Ejecutivo, es adecuada y cumple con la normativa ambiental, no configurándose en consecuencia el vicio jurídico invocado por la reclamante.

Cuadragésimo. Que, en segundo término, en lo relativo a la observación sobre el tránsito de vehículos particulares que considera el proyecto, el actor estima que no se ha determinado el real impacto en el tránsito vehicular en el sistema de transporte urbano, debiendo determinar de manera precisa, en base a antecedentes técnicos, la cantidad de vehículos particulares y públicos que se dirigirían al proyecto.

Cuadragésimo primero. Que, la DIA del proyecto en los antecedentes que sustentan la no presentación de un Estudio de Impacto Ambiental (“EIA”), capítulo 8.2.7 a propósito de la red vial, señala que “el transporte de residuos desde las comunas de Alto Hospicio e Iquique u otras comunas serán acciones indirectas al proyecto de relleno sanitario sometido a evaluación. Lo anterior se fundamenta en que los servicios de recolección, transporte y destino de los residuos, corresponden a contratos, distintos con el proyecto de relleno sanitario. Sin perjuicio de ello, y en función de la proyección de generación de residuos, se ha elaborado una estimación del tráfico de camiones que llegarán a descargar residuos al relleno sanitario”. Así, el titular acompaña la tabla N°3 titulada “Proyección. Flujo de camiones que ingresarán al relleno sanitario” la que muestra la estimación diaria por año de tráfico de camiones que llegarán a descargar residuos al relleno sanitario. Luego, en el anexo de la Adenda Complementaria PAC, el titular aborda la observación ciudadana aclarando en el punto 1.4 que “no es posible establecer un número exacto de camiones particulares que ingresarán al relleno sanitario. Sí se puede estimar una cantidad media de residuos que ingresarían al relleno por concepto de transporte particular. Bajo esta condición se espera que la cantidad que se recibirá es de 50 ton/día aproximadamente, donde la cantidad de vehículos dependerá de la capacidad de carga de cada vehículo la cual se espera que sea variable”. Esta respuesta fue consignada en el punto 11.2.1.4 del ICE y en el considerando 10.2.4 de la RCA 34.

Cuadragésimo segundo. Que, respecto al impacto del proyecto sobre el tránsito vehicular alegado por el actor, cabe señalar que el titular descarta que el proyecto genere obstrucción y restricción a la libre circulación, conectividad o aumento en tiempos de desplazamiento, en antecedentes que acreditan no presentar un EIA. A su vez, según consta en el capítulo 7 del ICE, se descartó que el proyecto genere los efectos, características y circunstancias establecidos en el artículo 11 letra c) de la Ley N°19.300, ya que “atendiendo la naturaleza y características del proyecto, y los antecedentes evaluados en la DIA y sus Adendas, no se generarán reasentamientos de comunidades humanas o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos”. En efecto, el capítulo 12 del ICE, afirma que “el proyecto no provocará obstrucción ni restricción a la libre circulación, conectividad o aumento en tiempos de desplazamientos. El proyecto se emplazará en el mismo sitio que ha operado el vertedero municipal el cual no ha afectado la circulación ni conectividad.”

Cuadragésimo tercero. Que, de los antecedentes expuestos, el Tribunal estima que la observación ciudadana fue debidamente considerada en la evaluación ambiental del proyecto y en la RCA 34, no configurándose en consecuencia el vicio jurídico invocado por la reclamante.

3.- En cuanto a si la reclamación de autos es improcedente, sobre la base de la norma de clausura establecida en el inciso final del artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600 (R-31).

Cuadragésimo cuarto. Que, según indica el SEA, la acción de reclamación de autos debería ser rechazada toda vez que en el procedimiento de evaluación del Proyecto reclamado hubo Participación Ciudadana (“PAC”), por lo cual habría operado la norma de clausura del art. 17 N° 8 de la Ley N° 20.600, en virtud de la cual en los casos en que se ha abierto PAC, existiendo una vía recursiva especial contemplada en el art. 17 N°6 de Ley N°20.600,

no procede la solicitud de invalidación, en cuanto la Administración no podrá ejercer la potestad invalidatoria, conforme lo dispone el artículo 17 N°8 inciso final del mismo cuerpo legal.

Cuadragésimo quinto. Que, en opinión del SEA, la redacción de esta regla de clausura es genérica, su finalidad sería otorgar certeza y evitar criterios o decisiones contradictorias. Así, se habría señalado por la doctrina que “estando cubierto el SEIA mediante un sistema recursivo especial, la regla de clausura comentada viene a confirmar lo anterior. De otro modo: al disponerse una exclusión de la potestad invalidatoria si los recursos administrativos y judiciales fueron resueltos o vencieron los plazos para interponerlos, con ello no se hace más que reconocer la primacía que tiene la vía especial para impugnar una RCA, evitando así la duplicidad o concurrencia de acciones paralelas o sucesivas”.

Cuadragésimo sexto. Que, por lo tanto, y de acuerdo al reclamado, la intención de la norma es sólo una, y es que procediendo el recurso de reclamación del art. 20 de la Ley N°19.300, no procede la potestad invalidatoria. La finalidad es evitar criterios contradictorios y establecer el efecto de cosa juzgada.

Cuadragésimo séptimo. Que, en consecuencia, la finalidad de la regla de clausura es la certeza jurídica, ya que se pretende evitar la creación de espacios de incertidumbre regulatoria para el SEIA. De manera que el art. 17 N°8 de la Ley N°20.600 indica que no procede la invalidación cuando han tenido lugar los recursos administrativos especiales. Una vez interpuestos, nadie podrá entonces solicitar la invalidación aun cuando un tercero (observante PAC) fue quien presentó el recurso administrativo y no quien pretendía solicitar la invalidación, lo anterior, con la finalidad de que no exista duplicidad de criterios o resoluciones contradictorias.

Cuadragésimo octavo. Que, en definitiva, la regla en cuestión impedía a los reclamantes, y solicitantes en sede administrativa, deducir la acción de invalidación, pues debían preferir la vía especial de impugnación prevista por en los arts. 20 y 30 bis de la Ley N° 19.300 y el art. 17 N°6 de la ley 20.600.

Cuadragésimo noveno. Que, a juicio del SEA, lo anterior es aplicable tanto para quienes participaron del proceso de participación ciudadana, como para los terceros absolutos, esto es, quienes no han participado en el proceso de evaluación de impacto ambiental, pudiendo haberlo hecho, considerando además que de las 25 organizaciones sociales que solicitaron invalidación, 3 de ellas solicitaron la apertura de PAC.

Quincuagésimo. Que, de esta manera, la inhabilitación de la administración para invalidar opera aun cuando quien solicita la invalidación no haya sido un observante PAC, puesto que la norma señala que “no se podrá ejercer la potestad invalidatoria transcurridos los plazos legales para interponerlos sin que se hayan deducido”. Así, aun cuando no se hayan interpuesto los recursos especiales, la ley restringe la potestad invalidatoria del SEA.

Quincuagésimo primero. Que, sobre este punto lo primero que debe señalarse es que no obstante la finalidad perseguida por el legislador con la incorporación de la regla prevista en el inciso final del art. 17 N°8, era la de evitar criterios contradictorios y establecer el efecto de cosa juzgada², ello en ningún caso puede alcanzar a los terceros absolutos, esto es, a aquellos que no han participado en el procedimiento de evaluación ambiental en calidad de interesados. En primer lugar, porque el procedimiento administrativo iniciado con su respectiva solicitud de invalidación detenta autonomía respecto del procedimiento de evaluación ambiental que se impugna, en segundo término, porque aquel tercero absoluto se encuentra amparado por la garantía constitucional contemplada en el art. 19 N°3 de la Constitución Política de la República de Chile, en cuanto a su derecho a la defensa³ y, por último, porque un mecanismo de impugnación como éste constituye el instrumento con el cual la comunidad en general, que por diversas razones no ha podido participar en el procedimiento de evaluación ambiental, pueda hacer valer su derecho a la tutela judicial efectiva respecto de los actos administrativos que afecten sus intereses.

Quincuagésimo segundo. Que, lo anterior no debe confundirse con el examen que la administración o el órgano jurisdiccional debe efectuar en su oportunidad acerca del contenido sustantivo o densidad del interés que se invoca por parte del tercero absoluto para los efectos de lograr que se elimine el acto impugnado del sistema jurídico; materia que responde a una cuestión distinta a la posibilidad misma de impugnar, y que en definitiva

² Segundo Informe de Comisiones Unidas, Primer Trámite Constitucional, Senado, pp283 (pp.449, refundido de Historia de la Ley).

³ En este sentido, Barros Bordeau, Alberto; Valdivia Olivares, José Miguel, La Justicia Ambiental ante la jurisprudencia. Actas de las II Jornadas de Justicia Ambiental, p.158.

dice relación con la acreditación del denominado “interés legítimo”, cuyos alcances en el caso de autos serán analizados en un capítulo posterior.

Quincuagésimo tercero. Que, en cuanto a la aplicación de la norma de clausura a la que ya se ha hecho referencia, es preciso recordar que la evaluación ambiental del proyecto de autos no contemplaba originalmente un proceso de PAC en la medida que el mismo había ingresado al sistema de evaluación de impacto ambiental bajo la figura de una DIA, la cual, como se sabe, sólo excepcionalmente admite dicho proceso participativo en la medida que el proyecto evaluado genera “cargas ambientales” en los términos previstos en el art. 30 bis de la Ley 19.300.

Quincuagésimo cuarto. Que, lo anterior es relevante toda vez que el proyecto en estudio se sujetó a un proceso PAC luego que varias organizaciones sociales solicitaran al SEA su apertura, solicitud que fuera finalmente concedida en virtud de la Resolución Exenta N°65 (“Res. 65”), de 28 de agosto de 2017.

Quincuagésimo quinto. Que, los solicitantes de la PAC, a saber, Junta de Vecinos Emprendedores del Desierto, Junta de Vecinos Jardines del Desierto y Junta de Vecinos San Lorenzo del Boro forman parte de las 25 organizaciones sociales que interpusieron el reclamo que da cuenta estos autos, por lo que respecto de ellas no puede sino acogerse la alegación de la reclamada relativa a la aplicación de la norma de clausura, en la medida que en su calidad de solicitantes de la PAC, se encontraban en condición de haber formulado sus respectivas observaciones ciudadanas, para luego, si era del caso, reclamar ante la autoridad administrativa de conformidad a lo dispuesto en el art. 30 bis en relación con el art. 20 de la ley, cuestión que en el caso de autos no ocurrió.

Quincuagésimo sexto. Que, en efecto, consta del expediente de evaluación ambiental, que las únicas personas que formularon observaciones ciudadanas en tiempo y forma fueron los señores Miguel Painenahuel Garcés, reclamante en autos Rol R-30 acumulados, Daniel Toledo Quiroga y Alberto Muñoz Figueroa.

Quincuagésimo séptimo. Que, en ese sentido, la comparecencia tardía de las citadas 3 organizaciones sociales ya referidas –luego de más de un año desde la apertura de la PAC-, mediante un mecanismo impugnatorio general como lo es la invalidación prevista en el art. 53 de la Ley 19.880, en desmedro del recurso especial que el ordenamiento jurídico ambiental dispone para aquel ciudadano que concurre al procedimiento PAC y formula observaciones, a juicio de este sentenciador se encuentra correctamente desestimada por la reclamada en los términos y por las razones esgrimidas en la Res. 853 impugnada.

Quincuagésimo octavo. Que, en virtud de las anteriores consideraciones, y no habiéndose configurado respecto de los restantes reclamantes la hipótesis prevista en el inciso final del art. 17 N°8, también denominada por el SEA como “norma de clausura”, no se acogerá en términos generales dicha alegación, accediendo este Tribunal a la misma únicamente respecto de las tres Juntas de Vecinos que solicitaron la apertura de la PAC, ya individualizadas, respecto de las cuales, por este motivo, la reclamación será rechazada.

4.- En cuanto al interés legítimo del resto de las comunidades afectadas (R-31).

Quincuagésimo noveno. Que, sobre este punto cabe señalar primeramente que el SEA, mediante Res.853, rechazó la invalidación del acto impugnado -Res. 1226-, entre otras consideraciones, por falta de acreditación del necesario interés legítimo de las organizaciones sociales solicitantes en dicho procedimiento de invalidación, requisito que a juicio de la reclamante concurre en la medida que el proyecto “Relleno Sanitario Santa Inés” no sería sustentable y porque al percibirse al sector El Boro como una zona de sacrificio traería aparejada la reducción del valor comercial de las viviendas aledañas al mismo.

4.1. En cuanto a la supuesta falta de sustentabilidad del proyecto a emplazar y las externalidades negativas generadas como consecuencia del proyecto en la comuna de Alto Hospicio.

Sexagésimo. Que, los reclamantes, señalan que el 70% de los habitantes de la comuna se encuentran exentos del pago del servicio de recolección de basura, los que no cuentan con los recursos para sortear el insoslayable escollo que representa la instalación de un relleno sanitario de carácter privado en las inmediaciones de la comuna.

Sexagésimo primero. Que, el Municipio deberá desviar recursos destinados a la satisfacción de necesidades básicas de la comunidad, al tener que sostener el elevado costo operacional de una empresa privada, que mínimamente contribuiría a la generación de externalidades positivas. El cobro asociado al uso del relleno incentivaría la proliferación de microbasurales, junto con vectores y otras problemáticas. En definitiva, solo contribuiría a agravar el problema.

Sexagésimo segundo. Que, lo anterior podría evitarse con la elaboración de un proyecto de relleno sanitario en que los costos operacionales fueran absorbidos, en buena parte, por operaciones de reciclaje y gestión integral de residuos, que brindarían un valor agregado a los residuos, produciendo un círculo virtuoso en la gestión de ellos mismos, absorción de mano de obra y propensión al desarrollo de una economía circular.

Sexagésimo tercero. Que, el SEA al respecto señala que los reclamantes, no cumplirían con el interés exigido en el art. 21 de la Ley N° 19.880 para iniciar un procedimiento administrativo de invalidación, por cuanto las circunstancias planteadas en sede administrativa y judicial para fundamentarlo, nada tienen que ver con el fondo de su pretensión de dejar sin efecto la RCA, en consecuencia, no han justificado su afectación directa con el acto que pretenden invalidar, y además, se refieren a cuestiones que exceden el ámbito del SEIA.

4.2. En cuanto a la supuesta afectación producida como consecuencia del incremento de la percepción del sector el Boro, como una zona de sacrificio ambiental y la consecuente disminución en el avalúo comercial de las viviendas del sector.

Sexagésimo cuarto. Que, los actores señalan que cuatro Juntas de Vecinos verían disminuidos el avalúo comercial de sus inmuebles con la instalación del relleno sanitario, al aumentar la percepción de dicho sector como una zona de sacrificio ambiental.

Sexagésimo quinto. Que, además, la Res. 1226 dictada por el Director Ejecutivo, se traduce en la vulneración al derecho de propiedad de quienes residen en el sector.

Sexagésimo sexto. Que, sobre este punto la reclamada afirma que las alegaciones de los actores, dicen relación con una materia de índole urbanístico, en cuanto se pretende prohibir el desarrollo de este tipo de proyectos en la zona en que se emplaza este proyecto, lo cual escapa al ámbito del SEIA.

Sexagésimo séptimo. Que, sin perjuicio de lo anterior, el proyecto se encuentra fuera del límite urbano, sin que exista un instrumento de planificación territorial con el cual sea incompatible. Atendido lo anterior, el uso de suelo es agrícola el cual puede ser modificado con el correspondiente permiso de cambio de uso de suelo, lo que permite dar un uso diferente sin que tengan por objeto crear núcleos urbanos.

Sexagésimo octavo. Que, para una adecuada comprensión del punto controvertido, lo primero que se debe analizar es el concepto de interés legítimo en cuya virtud el SEA ha resuelto desestimar la solicitud de invalidación planteada por los reclamantes.

Sexagésimo noveno. Que, a este respecto cabe señalar que, si bien la ley no ha definido lo que debe entenderse como interés legítimo, la doctrina y la jurisprudencia de nuestros tribunales han abordado sus características principales, distinguiéndolo del derecho subjetivo con el cual convive y en algunas ocasiones se le confunde. Así, se ha dicho que “(...) en el ámbito contencioso administrativo sólo pueden intentar la acción de nulidad los sujetos que resulten directamente afectados por el acto administrativo, esto es, aquellos que tuvieren un derecho subjetivo o interés cualificado (legítimo) en su anulación (...) coincidiendo con la mayoría de la doctrina (señores Pedro Pierry, Urbano Marín, Jorge Reyes, entre otros distinguidos administrativistas), y la sostenida jurisprudencia de esta Corte” (Corte Suprema, Rol N°3.011-2006, de 28 de agosto de 2009).

Septuagésimo. Que, a lo anterior, cabe agregar que el interés legítimo, en tanto posición jurídica de contenido sustancial y concreto respecto de un sujeto que reclama ante la administración, debe guardar la debida relación o vinculación con el acto reclamado, y por cierto la debida congruencia entre el interés legítimo invocado y las ilegalidades denunciadas, de manera tal que para el revisor o juzgador sea evidente la afectación que se invoca. Lo anterior se desprende del tenor del art. 21 N°3 de la Ley 19.880, al señalar que se considerarán interesados en el procedimiento administrativo a “aquellos cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución (...)”.

Septuagésimo primero. Que, en el caso de autos se puede observar que las afectaciones invocadas por los reclamantes responden más bien a situaciones de orden económico-social y de planificación territorial, que en nada se relacionan con los argumentos jurídicos sobre los cuales se estructura la solicitud de invalidación, los cuales se refieren sustancialmente al hecho que el proyecto se emplazaría en una falla geológica activa, no cumpliendo con ciertas exigencias sanitarias y de seguridad básicas que el ordenamiento jurídico impone.

Septuagésimo segundo. Que, en efecto, los reclamantes en ningún momento relacionan la manera en que la hipótesis de antijuricidad en que se sustenta la invalidación alegada -el emplazamiento sobre una falla geológica activa en el Holoceno-, les afecta de manera concreta, real y directa (Corte Suprema, Rol N°26.558-2015, de 10 de agosto de 2015) como sería por ejemplo el caso de vecinos que habitando aguas abajo de un relleno sanitario

teman por un eventual colapso del mismo a consecuencia de actividad sísmica de magnitud, escenario que por cierto les conferiría el carácter de interesados legítimos en relación al acto administrativo que por causa de antijuricidad impugnan.

Septuagésimo tercero. Que, en el caso de autos se esgrimen diversas consideraciones de contexto socio económico que justificarían su interés legítimo, las cuales, según se desprende del propio tenor de la reclamación judicial⁴, en nada se vinculan con la cuestión de fondo que afectaría al proyecto, la cual como ya se ha dicho, dice relación con las características geológicas de su zona de emplazamiento.

Septuagésimo cuarto. Que, en virtud de las anteriores consideraciones este sentenciador tendrá por no acreditado el interés legítimo invocado por la reclamante de autos, razón por la cual procederá a rechazar su reclamación en los términos que se señalarán en la parte resolutive de esta sentencia, omitiendo su pronunciamiento respecto de las restantes materias controvertidas por ser incompatible con lo que se resolverá y por estimarse innecesario.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en el artículo 17 N°6 y 8 de la Ley N°20.600; disposiciones legales citadas de la Ley N° 19.300, y demás normas legales aplicables en la especie.

SE RESUELVE:

- I. Rechazar las reclamaciones interpuestas por los reclamantes a fojas 1 y siguientes, en todas sus partes.
- II. Alzar la medida cautelar conservativa de prohibición de inicio obras del “Proyecto Sanitario Santa Inés”, decretada a fs. 1, de fecha 23 de octubre de 2019, y mantenida mediante resolución de fs. 51, con fecha 16 de octubre del mismo año, todas del cuaderno de medida cautelar.
- III. Oficiar a la Policía de Investigaciones de Chile, para que proceda al levantamiento de la clausura temporal del proyecto, ordenada por este Tribunal con fecha 6 de abril del año 2020 como, asimismo, retirar el sello de clausura desde las instalaciones de la empresa, titular del proyecto.
- IV. No condenar en costas a las reclamantes por tener motivos plausibles para litigar.

Acordado lo anterior, con el voto preventivo y en contra del Ministro Sr. Marcelo Hernández Rojas, quien estuvo por acoger las reclamaciones de autos, por las razones que se pasan a exponer:

1) Para el análisis técnico científico y jurídico de las presentes causas (R-30-2019 y R-31-2019 acumulada), resulta fundamental entender la relevancia y criticidad de los proyectos asociados a Rellenos Sanitarios⁵ (“RS”), considerados como una técnica de disposición final de los residuos sólidos domiciliarios y asimilables, cuyo objeto es minimizar los perjuicios al medio ambiente y los peligros para la salud y seguridad pública. Sobre este punto, resulta importante especificar la relación entre la Ley 19.300, el DS 40 y el DS 189 que, en este último, en su considerando señala “(...) la evaluación y manejo de los Rellenos Sanitarios del país, sean éstos operados por personas de derecho público o privado, que permita evitar concurrencia de contingencias de carácter sanitario ambiental, siendo eficaz en asegurar la prestación de un servicio de disposición final de Residuos Sólidos Domiciliarios y Asimilables con una calidad, constancia y seguridad adecuadas para el normal desarrollo de las actividades de las localidades, comunas o regiones que concurran a disponer tales residuos en estos establecimientos”.

2) Por otro lado, se hace necesario precisar los conceptos de Riesgo, Peligro y Vulnerabilidad donde, para efectos de la presente causa, se adscribirá a las definiciones de la Oficina de Naciones Unidas para la Reducción de Riesgos de Desastres (UNISDR⁶), entendiendo como: **Riesgo de desastres** "Las posibles pérdidas que ocasionaría un desastre en términos de vidas, las condiciones de salud, los medios de sustento, los bienes y los servicios, y que podrían ocurrir en una comunidad o sociedad particular en un período específico de tiempo en el futuro"; **Amenaza geológica** "Un proceso o fenómeno geológico que podría ocasionar la muerte, lesiones u otros impactos a la salud, al igual que daños a la propiedad, la pérdida de medios de sustento y de servicios, trastornos

⁴ Página 10, “(...) la afectación con el proyecto en desarrollo se produce como consecuencia de la falta de sustentabilidad del proyecto ...”. Página 12, “(...) la lucha protagonizada por las organizaciones sociales (...), obedece a la legítima expectativa de que dichos centros de disposición final de residuos sean cerrados y así cesar la estigmatización generada como consecuencia de la percepción ciudadana de dicho sector como una zona de sacrificio ambiental emplazada dentro de la comuna de Alto Hospicio”. Página 13, “Cabe señalar que esta afectación obedece a una percepción social, independiente de las características del proyecto mismo (...)”.

⁵ SEA 2020: <https://www.sea.gob.cl/videos-explicativos-de-tipologias-de-proyectos>.

⁶ UNISDR- Terminología sobre Reducción del Riesgo de Desastre, ISDR Estrategia Internacional para la Reducción del Riesgo de Desastres, 2009

sociales y económicos, o daños ambientales"; y **Vulnerabilidad** "Las características y las circunstancias de una comunidad, sistema o bien que los hacen susceptibles a los efectos dañinos de una amenaza".

3) En este mismo tenor, el Instructivo del Director Ejecutivo del SEA Ord. N° 180.972 del 5 de julio de 2018 sobre instrucciones en relación al concepto de "impacto ambiental" y "riesgo" en el SEIA, señala que "El artículo 2° letra k) de la Ley N° 19.300 define impacto ambiental como "la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada". Así mismo, "la palabra '**riesgo**' es empleada en la Ley N° 19.300 y en el RSEIA en sentido diverso, pues en ciertos casos se contempla como un sinónimo de "impacto ambiental"; en otros, se asimila a los '**peligros**', acorde a la definición de la RAE. También, en algunos pasajes normativos se considera la probabilidad de pérdidas o consecuencias negativas derivadas de un 'peligro' y la '**vulnerabilidad**' o 'grado de exposición'".

4) Además, el DS 189 en su art. 4° define, entre otros, los siguientes conceptos: **Falla geológica**: ruptura o zona de ruptura en la corteza terrestre donde la formación o estrato de un lado sufre desplazamiento con respecto a la del lado opuesto; **Relleno Sanitario**: la instalación de eliminación de residuos sólidos en la cual se disponen residuos sólidos domiciliarios y asimilables, diseñada, construida y operada para minimizar molestias y riesgos para la salud y la seguridad de la población y daños para el medio ambiente, en la cual las basuras son compactadas en capas al mínimo volumen practicable y son cubiertas diariamente, cumpliendo con las disposiciones del presente reglamento; y **Sitio**: terreno en el cual se emplaza o pretende emplazar un Relleno Sanitario.

5) Por su parte, el art. 5° del DS 189 señala que "todo relleno sanitario deberá contar con un proyecto de ingeniería aprobado por la Autoridad Sanitaria, el que deberá ser elaborado por un profesional idóneo. En aquellos casos en que previamente corresponda ingresar el proyecto al SEIA, la Autoridad Sanitaria otorgará dicha aprobación una vez que, habiendo sido incorporados las exigencias contenidas en la respectiva Resolución de Calificación Ambiental, **se constate el cabal cumplimiento de las disposiciones reglamentarias, de orden sanitario y de seguridad**. Tanto en el caso que en que deba ingresar al SEIA como en aquellos casos que se presente directamente a la Autoridad Sanitaria, el proyecto deberá contener al menos lo siguiente: a) **Descripción del Sitio**: debe incluir los antecedentes y planos que den cuenta del cumplimiento de los requisitos establecidos en el Título II del presente Reglamento; b) **Diseño de Ingeniería**: debe contemplar todos los antecedentes, y definiciones que den cuenta del cumplimiento del Título III del presente Reglamento (...); d) **Plan de Contingencias**: debe describir todas las medidas a desarrollar frente a eventuales emergencias surgidas durante la operación del Relleno Sanitario, las que puedan constituir un riesgo o amenaza para la salud pública, tales como incendios, explosiones, sismos, derrames de lixiviados, fugas de biogás, fallas en la planta de tratamiento de lixiviados, imposibilidades de acceso al frente de trabajo, emanaciones de olores molestos, e inundaciones"(Énfasis añadido).

6) Por otro lado, en su art. 8°, el DS 189 indica que "La Descripción del Sitio que debe ser incluida en el proyecto, deberá aportar los siguientes planos y estudios: (...) g) Un estudio del área de emplazamiento que dé cuenta de riesgos tales como remoción en masa, pérdida de estabilidad e inundaciones que puedan afectar al Relleno Sanitario (...)"'. Lo anterior, se complementa con el art. 11, el cual señala "(...) Asimismo, **no se podrán emplazar Rellenos Sanitarios en suelos con características que puedan afectar su estabilidad estructural, debiendo acreditarse que el sitio**: a) No se encuentra expuesto a fallas geológicas activas, entendiéndose por tales a aquellas en las cuales ha ocurrido un desplazamiento durante el período holoceno; b) No se encuentra expuesto a remociones en masa tales como flujos de barro o detrito; c) Se encuentra en terrenos estables no expuestos a deslizamientos o derrumbes; (...) d) No se encuentra sobre zonas de geología cárstica susceptibles de formación de sumideros; e) No se encuentra en zonas inestables o con insuficiente capacidad de soporte" (Énfasis agregado).

7) A su vez, el DS 40 en su art. 19, sobre contenidos mínimos de las Declaración de Impacto Ambiental ("DIA"), en su literal a.8, menciona que "Se deberá incluir, cuando corresponda, un Plan de Prevención de Contingencias y Emergencias asociado a las eventuales situaciones de riesgo o contingencia identificadas, según lo establecido en el Párrafo 2° del Título VI de este Reglamento"; complementando dicho artículo con "Para efectos de lo señalado en los literales precedentes, la descripción se deberá realizar en consideración a la **posibilidad de generar o presentar los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11 de la Ley**, y en concordancia con lo requerido en la letra siguiente de este artículo. b) Los antecedentes necesarios que justifiquen la inexistencia de aquellos efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley que pueden dar origen a la **necesidad de efectuar un Estudio de Impacto Ambiental**" (Énfasis agregado).

8) Por su lado, el art. 50 del citado decreto, sobre ICSARA, se refiere en sus literales "a) Las referidas a los

aspectos relevantes de la descripción de proyecto para la determinación y cuantificación de los impactos ambientales. Entre estos aspectos se encuentra la ubicación del proyecto o actividad (...); así como otros elementos que, justificadamente, puedan generar impactos ambientales; (...) c) Las asociadas a la identificación de contingencias o riesgos y sus respectivos planes de contingencia y de emergencia; (...) e) Las que tengan por finalidad pronunciarse respecto a la aplicabilidad de cada uno de los permisos ambientales sectoriales así como de las exigencias técnicas requeridas para su otorgamiento”.

9) Por su parte, en el art. 56 del DS 40, sobre el ICE, se exige en su literal “g) Las medidas relevantes de los planes de contingencias y emergencias”; mientras que en su art. 60 sobre el contenido mínimo de la RCA, señala en su literal “a) Las consideraciones técnicas u otras en que se fundamenta la resolución; b) La consideración de las observaciones formuladas por la comunidad, si corresponde; (...) d2) Las condiciones o exigencias que deberán cumplirse para ejecutar el proyecto o actividad en todas sus fases y aquéllas bajo las cuales se otorgarán los permisos ambientales sectoriales que, de acuerdo con la legislación, deben emitir los órganos de la Administración del Estado; (...) d.6) Las fechas a que se refieren el literal l) del artículo 44 o el literal m) del artículo 56, según corresponda”, donde también se hace referencia a las medidas relevantes de los Planes de Contingencia y Emergencia.

10) A su vez, el art. 103 del ya citado decreto, sobre el Plan de prevención de contingencias, indica “El Plan deberá identificar las situaciones de riesgo o contingencia que puedan afectar el medio ambiente o la población y describir las acciones o medidas a implementar para evitar que éstas se produzcan o minimizar la probabilidad de ocurrencia”. A su vez, el art. 104 sobre el Plan de emergencias, mandata que “El Plan deberá describir las acciones a implementar en caso de que se produzca una emergencia. El objetivo de estas medidas es controlar la emergencia y/o minimizar sus efectos sobre el medio ambiente o la población. Asimismo, indicará la oportunidad y vías de comunicación a la Superintendencia de la activación de dicho Plan”.

11) Por otra parte, el art. 107 del mismo cuerpo legal, referido a los PAS, señala que “todos los permisos de carácter ambiental, que de acuerdo con la legislación vigente deban o puedan emitir los órganos de la Administración del Estado, respecto de proyectos o actividades sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, **serán otorgados a través de dicho sistema, de acuerdo a las normas de la Ley y el presente Reglamento**”. En este orden de ideas, el párrafo 3° sobre PAS mixtos, en el art. 141 sobre Permiso para la construcción, reparación, modificación y ampliación de relleno sanitario, indica que “(...) será el establecido en el artículo 5° del DS 189/2005, del Ministerio de Salud, Reglamento sobre condiciones sanitarias y de seguridad básicas en los rellenos sanitarios”, destacando que “El requisito para su otorgamiento consiste en que la instalación de relleno sanitario no cause problemas que afecten la salud, bienestar o seguridad de la población”, el cual detalla los contenidos técnicos y formales que deben presentarse para acreditar su cumplimiento “**a) Descripción del sitio; b) Diseño de ingeniería; c) Plan de operación; d) Plan de contingencias; e) Plan de cierre; y f) Plan de monitoreo y control**”(Énfasis agregado).

12) La normativa antes descrita le otorga una **alta relevancia al abordaje de los temas de riesgos a los que puede verse expuesto un proyecto** -entre los cuales está la adecuada evaluación ambiental de los potenciales riesgos y peligros ambientales, incluyendo la evaluación del diseño de ingeniería-, que podrían implicar una afectación para la salud de la población y el medio ambiente. Lo anterior, en particular, a través del **Plan de Prevención de Contingencias y Plan de Emergencias** y del **contenido técnico de los PAS involucrados**; temas que deben en todo momento **resguardarse a la luz de la normativa sanitaria y ambiental vigente de una manera sistémica, armónica y rigurosa, con el firme propósito de velar por la seguridad de la población y del medioambiente**. Dicha situación es de tal relevancia, que incluso el análisis podría implicar que el proyecto, por ejemplo, debiese ingresar, eventualmente, mediante un Estudio de Impacto Ambiental lo que se relaciona con el art. 12 bis de la Ley 19.300.

Ahora bien, respecto de la revisión y análisis de la Causa R-30-2019.

I. En relación al plazo para la interposición de la Reclamación.

13) Sobre esta alegación, este Ministro entiende que al rechazar la COEVA de Tarapacá el proyecto, mediante la RCA 34, no se generó afectación a los intereses observados en la PAC, respecto a que el proyecto de aprobarse y ejecutarse “cumpliera absolutamente con los estándares de evaluación y normativa ambiental vigente, en particular la estabilidad del relleno y sus efectos ambientales, como el tránsito de camiones de transporte de residuos y sus efectos ambientales en la población”, no teniendo obligación de interponer recurso el actor ante dicho rechazo del proyecto.

14) Tema muy distinto ocurre al cambiar el Director Ejecutivo del SEA dicha decisión de la COEVA de Tarapacá, a través de la Res. 1226, que aprueba el proyecto; acto que ocurrió luego de la presentación del reclamante PAC, rechazando la solicitud de invalidación administrativa con la Res. 853. En ella, no se habrían abordado ni ponderado razonablemente las observaciones de la reclamante, como se abordará en detalle en los considerandos posteriores, siendo la presentación al Primer Tribunal Ambiental su última vía de ingreso para requerir el acceso a la Justicia Ambiental.

15) Si bien se comparte la visión en cuanto a la naturaleza de uno y otro mecanismo jurídico de nulidad, éstos difieren en los fundamentos que los sostienen. En un caso, por la existencia de vicios de derecho y, en otro, por la falta de la debida consideración de observaciones ciudadanas. Sin embargo, no es menos cierto que de verificarse la indebida consideración y ponderación de las observaciones PAC, el acto administrativo reclamado adolecería de vicios de derecho. De igual manera, existiendo temas normados de índole técnicos sustantivos, no abordados en el proceso de evaluación ambiental en relación a lo reclamado, esto podría eventualmente constituir vicios de legalidad del acto administrativo en cuestión.

16) Atendido a que el fondo reclamado en ambas acciones es similar, trae como consecuencia, en opinión de este Ministro, que el plazo antes dicho se interrumpió y, por lo tanto, su derecho a reclamar en estos autos estaría vigente.

17) Ello se refuerza en lo establecido en el título IV de la Ley 19.880, en cuanto a garantizar al administrado la concurrencia o presentación a la judicatura, dando posibilidad a los ciudadanos de ejercer las potestades administrativas y resguardar sus derechos constitucionales que en derecho corresponda, entre ellas, la de ejercer la solicitud de invalidación en contra de las Res. 1226 y garantizar el acceso a la justicia.

18) Este Ministro comparte la necesidad de abordar la presente reclamación, siendo fundamentales para este objetivo, entre otros, el principio de acceso a la justicia en materia ambiental, el principio de acceso a la información y el principio de participación en materias ambientales. Tal como se estableció en la Declaración de Río, en los acuerdos y convenios en materia ambiental y desarrollo sostenible de las Naciones Unidas. Así como a nivel nacional, los Principios jurídicos medioambientales para un desarrollo ecológicamente sustentable⁷, elaborado por el Poder Judicial, en conjunto con la Organización de Estados Americanos y la Cumbre Judicial Iberoamericana en el mes de septiembre de 2008; habilitando a esta magistratura para actuar de manera preventiva a favor del medio ambiente y de la salud de la población.

II. En cuanto a las observaciones PAC del Sr. Painenahuel.

19) En orden a determinar si las inquietudes planteadas por los observantes PAC fueron debidamente consideradas, según la Ley 19.300, el DS 40 y el Instructivo del SEA Ord. 130.528, se desprende que para abordar y ponderar la consulta PAC y su respuesta fundada, es necesario tener en cuenta todo el expediente de evaluación ambiental y no sólo la respuesta expresa que entregue el titular del proyecto, algún servicio público sectorial y/o la autoridad a través de la RCA, específicamente. Por otro lado, es **vital tener presente la suficiencia, veracidad y completitud de la información aportada**, como su debido análisis y ponderación a la luz de la evaluación ambiental.

20) El referido Instructivo del SEA, Ord. 130.528 sobre la Consideración de las Observaciones Ciudadanas en el marco del SEIA, establece 7 **criterios para abordar las respuestas a las observaciones PAC**, éstos son, la Completitud y Precisión, Autosuficiencia, Claridad, Sistematización y Edición, Independencia, Autoría Interpersonal y Actualización de la consideración. De ellos, sólo serán analizados en su mérito aquellos que se observan no satisfechos en su requerimiento para la presente causa.

21) A la luz de los considerandos previos, se entiende la obligación de la autoridad a motivar adecuadamente su respuesta, tanto de las observaciones ciudadanas, como del tratamiento que se le haya dado durante todo el proceso de evaluación antes de dar respuesta formal. En consecuencia, se ratifica que, **desde la perspectiva del derecho a la participación ciudadana, lo que interesa es que quien participe obtenga una respuesta fundada y motivada desde el punto de vista técnico-científico de sus observaciones bajo la lógica de dichos criterios**, asentado en la jurisprudencia y doctrina; situación que en detalle se pasará a analizar. Lo anterior, centrándose en determinar si el observante fue satisfecho en su derecho a obtener respuesta fundada

⁷ Poder Judicial de la República de Chile, Organización de Estados Americanos y Cumbre Judicial Iberoamericana. "Principios jurídicos medioambientales para un desarrollo ecológicamente sustentable", impreso en Santiago de Chile, 2008, p. 48.

de sus observaciones y la forma en que éstas fueron abordadas en las diferentes instancias del procedimiento de evaluación ambiental, en el caso de autos.

22) Así, sobre la observación PAC referida a la existencia de fallas geológicas en el área de emplazamiento del proyecto y al riesgo potencial alto (escala de peligrosidad) en caso de activación sísmica -y su relación con el **art. 11 del DS 189, que prohíbe el emplazamiento de Rellenos Sanitarios en suelos cuyas características puedan afectar su estabilidad estructural-**, tanto como respecto a otras situaciones, como los fenómenos de remoción en masa y, en particular, sobre que el relleno no se encuentra expuesto a fallas geológicas activas en el período Holoceno, se debe tener siempre presente que **“es obligación del titular el acreditar fundada y razonablemente dicha situación”**.

23) Ahora bien, parte de la doctrina señala que “se requiere de un proceso de toma de decisiones estructurado a través de los tres elementos que, según las buenas prácticas acordadas por numerosos organismos internacionales, componen la gestión de riesgos: la evaluación del riesgo, la elección de la estrategia de gestión de riesgo y la comunicación del riesgo”⁸. Estos elementos deben, por tanto, ser parte integrante de la evaluación ambiental, donde los riesgos-peligros deben identificarse por el titular para proponer las medidas que se hagan cargo de las contingencias y situaciones de emergencia en el Plan de Prevención de Contingencias y Emergencias, con la finalidad, en el primer caso, de analizar los escenarios, describir las acciones o medidas a implementar para reducir las contingencias y prevenir daños a la población y medioambiente cuando aquéllas ocurran, y, en el segundo caso, de controlar la emergencia o minimizar sus efectos.

24) A su vez, es importante tener presente que aun cuando el riesgo añadido por un proyecto no constituya un efecto del artículo 11 de la Ley N° 19.300, de igual forma debe ser evaluado dentro del SEIA, existiendo debido resguardo al principio preventivo y precautorio, según el caso; donde cabe la posibilidad de reclamar de una RCA respecto a una eventual ilegalidad o inadecuada consideración de un impacto ambiental susceptible de ser generado derivado de riesgos-peligros no considerados ni ponderados.

25) A la luz de lo anterior, es razonable profundizar sobre las inquietudes lógicas y atingentes referidas al proceso de evaluación ambiental, en función de las observaciones PAC, la RCA 34, las Res. 1226 y 853, en atención al proceso del SEIA, y del DS 189, como del Instructivo SEA 180972 -dejando en claro que este último se evacúe 75 días después de la RCA 34-, preguntándose cuestiones como:

a.- ¿Fue suficiente la descripción, análisis y presentación que hace el titular respecto de fallas geológicas, en particular la falla Zofri sur y su ramal, y sobre la exposición del relleno sanitario a dichas fallas; así como el análisis del tráfico vehicular en específico por zonas pobladas en un contexto creciente de población atendida y residuos transportados?

b.- ¿Fue razonable y suficiente la evidencia técnica y el análisis que descarta a la falla Zofri sur y su ramal como activa en el Holoceno, pese a que existen zonas de depósitos aluvionales y antrópicos recientes (que cubren la traza de fallas en gran parte del terreno), que ésta ha presentado actividad en el Cuaternario y que presenta un alto potencial sísmogénico?; además, ¿fue razonable y suficiente la evidencia técnica y el análisis que descarta afectación a la población por tráfico de vehículos recolectores?

c.- ¿Fueron razonables, suficientes y debidamente motivados los actos administrativos de los OAECA y el SEA, en relación al análisis del proyecto en una zona de alto riesgo sísmico, incluyendo el emplazamiento de obras y diseño de ingeniería, y la evaluación de riesgos-peligros ambientales asociados a sismos tipo intraplaca continental “corticales”, que son distintos a los sismos interplaca en zona de subducción (estos últimos los más comunes y estudiados en el país)?

26) En específico, sobre la vulneración al **criterio de Completitud y Precisión**, si bien el SEA argumenta que existe evidencia que, con los antecedentes aportados por el titular en la etapa administrativa de evaluación ambiental, se daría certidumbre administrativa respecto de descartar que la falla Zofri Sur se encuentra inactiva, nada se dice sobre el conjunto de fallas Zofri Norte, Zofri Sur y Guantaca, como así mismo sobre la existencia de cambios sustantivos en el proyecto que debió observar la SEREMI de Salud. Lo cierto es que, con dichos antecedentes escasos, como es una campaña geológica de mapeo superficial realizada por el titular y bajo el

⁸ Durán Medina, Valentina; Hervé Espejo Dominique, Análisis jurídico sobre resultados de dos proyectos de investigación. en: revista de derecho ambiental (2002), p. 249

alto escenario de riesgo indicado por SERNAGEOMIN, no sería concluyente ni suficiente para determinar adecuadamente la actividad de una falla.

27) Lo anterior también afecta los **critérios de autosuficiencia y claridad**, dejando de manifiesto una falta de consistencia descriptiva y de exhaustividad en búsqueda de evidencias, así como una carencia de rigor en su posterior análisis y ponderación en la evaluación ambiental sistémica y coordinada entre SERNAGEOMIN, la SEREMI de Salud y el SEA. De ésta, caben serias y razonables dudas sobre su completitud, precisión y representatividad de dicha información, por lo que no podría afirmarse fehacientemente que dichas fallas se encuentran inactivas en el período Holoceno.

28) Dicha situación denota problemas de fondo en la misma Evaluación Ambiental que son críticas y relevantes, por ser éstas las fallas geológicas inmediatas, que rodean al proyecto, en particular la falla Zofri sur y su ramal, donde incluso una de ellas intercepta el polígono de extracción de áridos del proyecto. Por consiguiente, es evidente que el relleno emplazado en una zona de alta exposición y peligro sísmico, como lo ha ratificado SERNAGEOMIN, tiene deficiencias de diseño y abordaje del cumplimiento del DS 189, como también se advirtió por SALUD y la propia COEVA de Tarapacá, como se detallará más adelante.

29) Ahora bien, en la eventualidad hipotética de descarte que dichas fallas están activas en el periodo Holoceno, aún persiste la falta de un abordaje mínimo y razonable del riesgo-peligro sísmico y sus efectos ambientales con el relleno sanitario -infraestructura voluminosa y crítica a emplazar en dicha zona de alto riesgo-. Ello, en función de lo recomendado y ratificado expresamente por SERNAGEOMIN en su Ord. 1355, donde establece que "(...) **la Falla Zofri pertenece al sistema de fallas E-W que se caracteriza por dislocar el relieve de la Cordillera de la Costa, formando notorios escarpes morfológicos. Este sistema tiene una importancia local, (...) y ha estado activo desde hace 6 Ma hasta el presente** (Allmendinger et al., 2009)" y agrega "Por otro lado, en el estudio Peligros Geológicos: Área de Iquique y Alto Hospicio, Región del Tarapacá, actualmente en edición, realizado por este Servicio, a dicha falla se le asocia un **alto grado de peligro sísmico asociado a fallas corticales**. Con aceleraciones pico esperadas de 0,59g. Desde el punto de vista sismogénico no existen evidencias de sismicidad en esta estructura. Sin embargo, un terremoto cortical (Mw 5.7, profundidad 26,59 km) ocurrido el 24 de marzo de 2007, aproximadamente a 28.4 km al suroeste de la localidad de Pisagua **evidencia un acortamiento paralelo a la fosa** (Carrizo y otros, 2008b), y **que el proceso de deformación intraplaca del sistema estructural E-W aún está activo**" (Énfasis agregado).

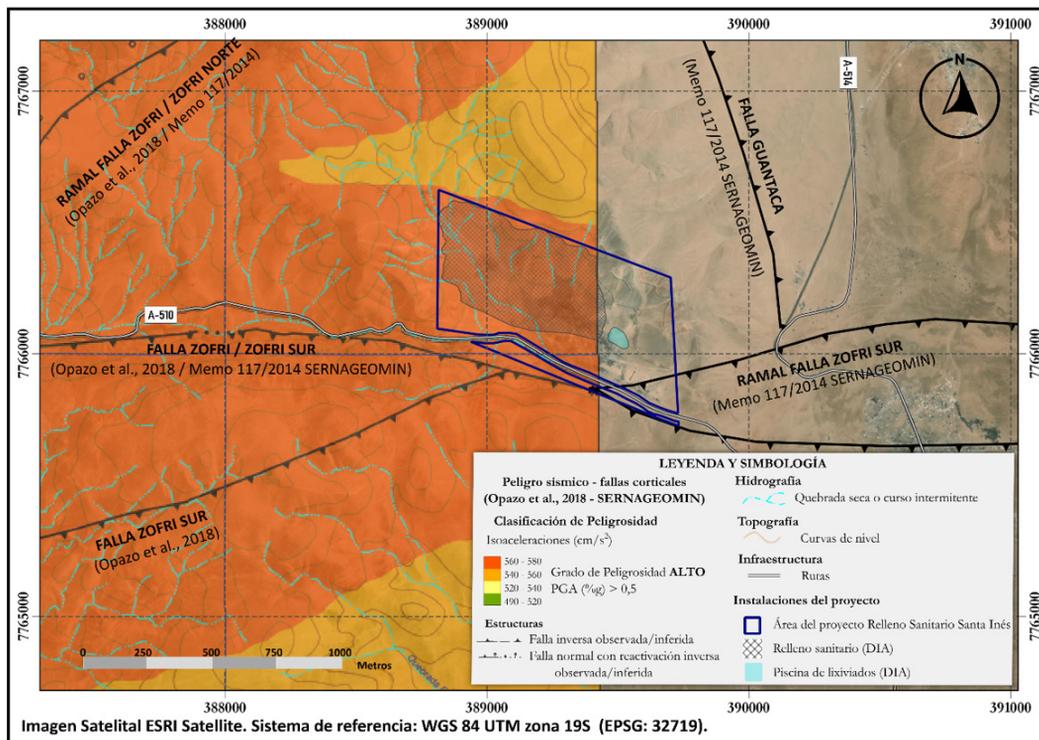
30) Dicho oficio agrega, además, que "el departamento de geociencias de la Pontificia Universidad Católica clasifica la Falla Zofri como una falla cortical con potencial sismogénico, es decir, que no presenta evidencia instrumental de movimiento reciente, pero **que tiene una gran tasa de peligrosidad asociada a probables sismos con Mw hasta ≈ 7.5** , con intervalos de recurrencia entre cientos y miles de años". Finalmente, el servicio concluye indicando "**el Proyecto está ubicado en una traza de falla cuaternaria con potencial sísmico, por encontrarse dentro de un sistema estructural activo**. Se recomienda tomar en cuenta los resultados de peligro sísmico entregados en este pronunciamiento considerando las aceleraciones máximas esperadas, en caso de proceder con la ejecución y diseño del relleno sanitario" (Énfasis agregado). Algunos antecedentes del SERNAGEOMIN se presentan en el Mapa 1.

31) Así mismo, de la revisión de los antecedentes técnicos geológicos y de mapas de peligro del SERNAGEOMIN, se evidencia que gran parte del cuerpo del relleno sanitario (celdas de depósito, canales de desviación, piscina de lixiviados, planta de tratamiento y otras obras del proyecto) se emplazan en una **zona catalogada con Mala (F) respuesta sísmica de suelos de fundación**. A la vez, se encontrarían en una zona catalogada como de **moderado peligro a remociones en masa** (Opazo et al., 2018)⁹, como se detalla en el Mapa 2, cuestiones no debidamente abordadas en la etapa de evaluación ambiental, tanto sus efectos y respuesta de la estructura del relleno a dichas variables, como sus efectos ambientales, seguridad y sanitarios a la población.

32) La información del SERNAGEOMIN del año 2018 (Opazo et al., 2018) es consistente con publicaciones previas del servicio (SERNAGEOMIN, 2013¹⁰) y aquella mencionada en los Memorándum N° 117, de fecha 16 de diciembre de 2014 ("Memo 117") y Ord. 1355.

⁹ Opazo C., Enrique; Sepúlveda D., Natalia; Marin D., Mónica; Ramírez C., Paola; Neira S., Hugo; SERNAGEOMIN (2018). Peligros geológicos del área de Iquique-Alto Hospicio, Región de Tarapacá [monografías]. Santiago: SERNAGEOMIN, 2018. 109 p.: il., 5 mapas pleg. + 1 cd (Carta Geológica de Chile, Serie Geología Ambiental: n.34)

¹⁰ SERNAGEOMIN (2013). Geología para el Ordenamiento Territorial y la Gestión Ambiental en el área de Iquique-Alto Hospicio, Región de Tarapacá. Servicio Nacional de Geología y Minería, Informe Registrado IR-13-53, 41 p., 5 mapas a diferentes escalas. Santiago. Disponible en: <http://sitiohistorico.sernageomin.cl/pdf/mapa-geo/VIPresentacionTarapaca.pdf>



Mapa 1. Peligro sísmico asociado a fallas cuaternarias. Fuente: Primer Tribunal Ambiental, en base a Mapa de Peligros geológicos del área de Iquique-Alto Hospicio, Región de Tarapacá (Opazo et al., 2018), Memo 117/2014 de SERNAGEOMIN y expediente de evaluación ambiental.

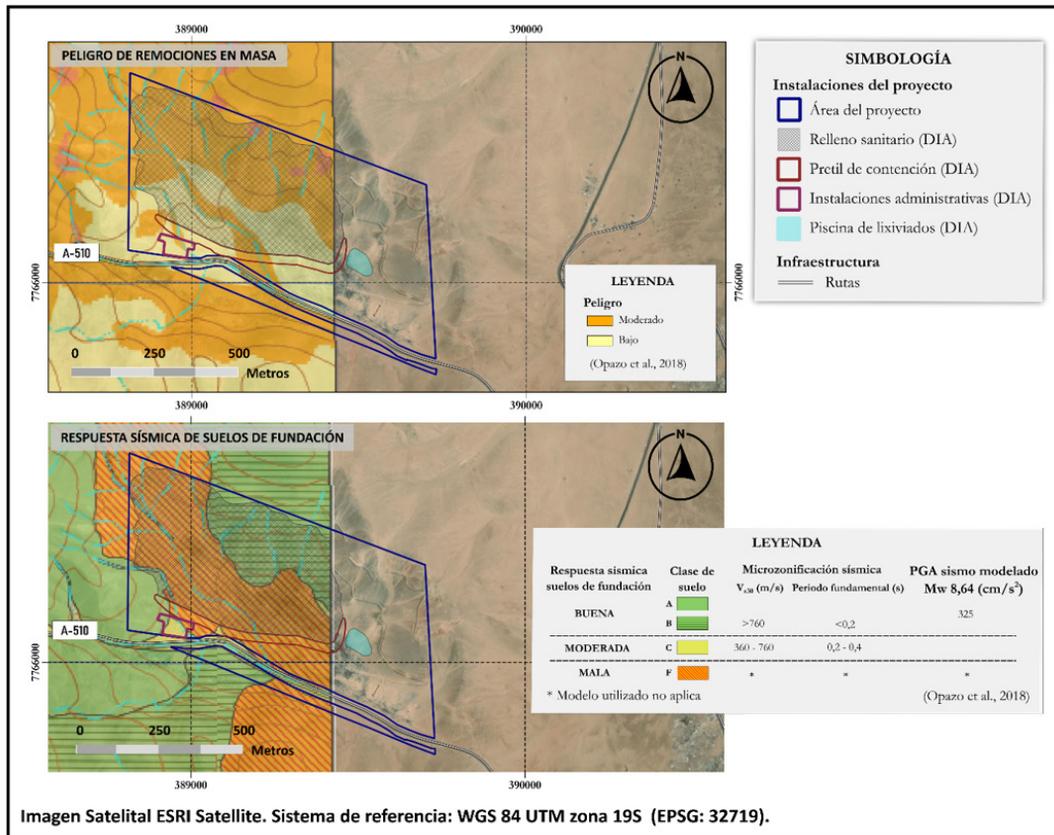
33) Si bien se reconoce en el capítulo II de la DIA del proyecto la existencia de tres estructuras (fallas Zofri, Zofri Sur y Guantaca) cercanas a la zona de estudio, no se entrega información suficiente y completa. Además, como ya se indicó, ésta no es razonablemente abordada y analizada desde el punto de vista del riesgo y del abordaje del diseño de ingeniería del relleno, tanto en el marco del SEIA, como en las respuestas que deberían implementarse a través del Plan de Emergencia y Contingencias del mismo, exigidos en los arts. 19 letra a8; 50 letras c y e; 56 letra g; 60 letras a, b, d2 y d6; 103; 104; 107 y 141 letras a, b y d; denotando un contenido y abordaje en la evaluación ambiental deficitario, que adolece de insuficiencias técnicas importantes, como las ya mencionadas sobre riesgo y peligro sísmico, de remociones en masa, respuesta sísmica de suelo y manejo de incendios asociados.

34) Estas deficiencias lo tornan poco robusto e ineficiente a la hora de servir como herramienta de apoyo al abordaje de potenciales contingencias y emergencias tanto ambientales, sanitarias y de seguridad a la población. Lo anterior, ya que un relleno sanitario emplazado en una zona de alto riesgo-peligro sísmico, con población cercana de alta densidad como Alto Hospicio e Iquique a menos de 7 km de cada una, genera externalidades muy diferentes a aquellos emplazados en zonas de baja densidad y más distantes.



**PELIGROS GEOLÓGICOS
RELLENO SANITARIO SANTA INÉS**

**CAUSA ASOCIADA
R-30-2019 / R-31-2019**



Mapa 2. Peligros Geológicos en el sector del proyecto Relleno Sanitario Santa Inés: peligro de remociones en masa y respuesta sísmica de suelos de fundación. Fuente: Primer Tribunal Ambiental, en base a Mapas 2 y 3 de Carta de Peligros geológicos del área de Iquique-Alto Hospicio, Región de Tarapacá (Opazo et al., 2018) y expediente de evaluación ambiental.

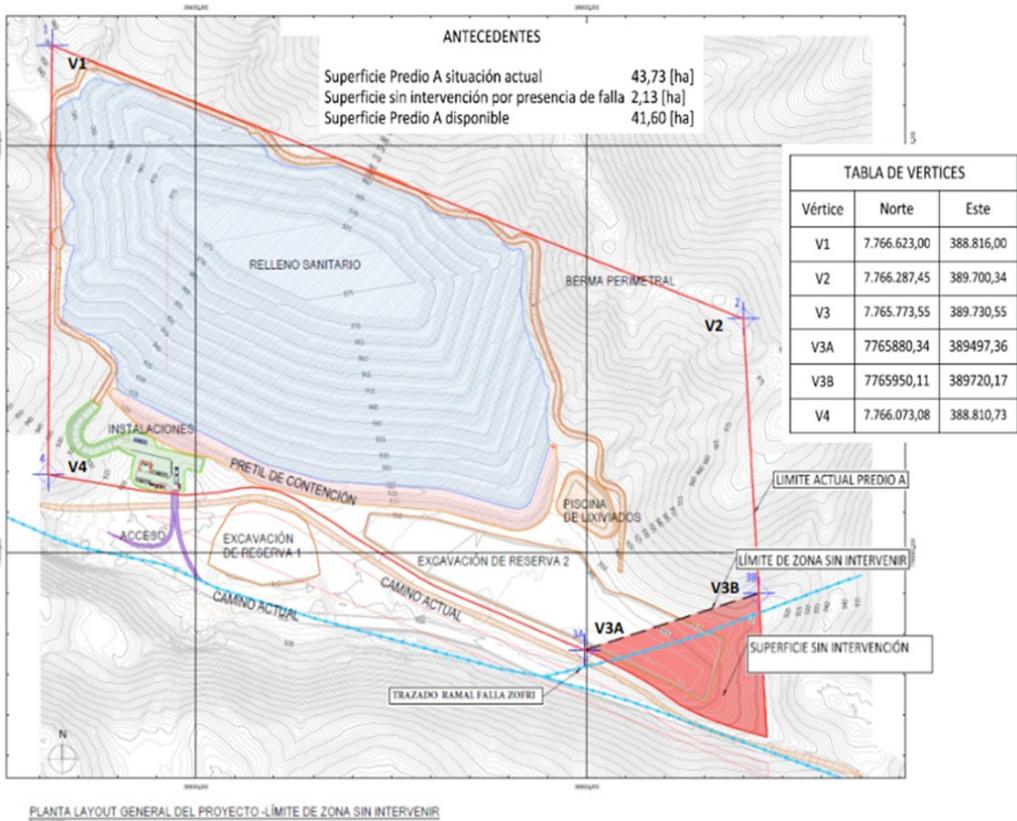
35) Sólo luego de un proceso de exigencia por los actores PAC, como también por los OAECA, se incluyeron los aspectos relacionados a fallas geológicas activas y riesgo sísmico en Adenda Complementaria, situación ya anómala, por cuanto la adenda no puede tener por objeto constituir o definir contenidos relevantes o esenciales del proyecto. Toda vez que ésta no es una instancia para aportar información nueva, sino para aclarar, rectificar o ampliar la información existente ya proporcionada por el Titular. Por lo demás, estos nuevos antecedentes fueron escasos y no bien ponderados ni abordados por el SEA y los órganos sectoriales. En efecto:

- a) No se considera, en la etapa recursiva administrativa, las orientaciones del SERNAGEOMIN en el Memo 117 y Ord. 1355, donde se advierte la necesidad de estudios previos al diseño y ejecución del proyecto y de los efectos ambientales derivados de los riesgos sísmicos;
- b) No se hace un análisis y/o modelamiento, al menos básico, de cuál pudiese ser el comportamiento de la infraestructura del relleno sanitario -celdas de relleno con recepción de 427 ton/día, ductos de conducción de líquidos percolados y lixiviados, piscinas de lixiviados, ductos de respiración y manejo de gases de efecto invernadero (quemadas), áreas de extracción de áridos para cobertura diaria- respecto de la máxima aceleración del suelo (PGA) estimada para un posible evento sísmico de falla Zofri sur y su ramal, las cuales se consideran de alto potencial sísmogénico; ni de sus potenciales efectos ambientales, sanitarios y de seguridad a la población;
- c) No hay análisis adecuado de un posible incendio en el relleno, como de su infraestructura y sus efectos

ambientales, a la salud y seguridad de trabajadores y de la población cercana en Alto Hospicio e Iquique, teniendo presente la dinámica variable de vientos en la zona;

d) No hay evaluación ambiental y sanitario adecuada de interrupción de servicios por contingencia sísmica, aluvional, remoción en masa, incendio u otra naturaleza, con sus efectos en la población objetivo de Alto Hospicio e Iquique. Ello, a la luz de lo exigido tanto el DS 40 como en el propio DS 189.

36) A mayor abundamiento, el titular si bien entrega información adicional en su Adenda complementaria, cambia elementos de diseño entre la etapa de evaluación ambiental, recursiva y judicial. En el “Informe revisión de la información geológica recogida para tramitación de la DIA del proyecto sanitario Santa Inés”, acompañado en la etapa judicial, se presenta un plano de emplazamiento de la excavación de reserva y de identificación de falla geológica Zofri sur y su ramal (y una superficie en la zona de falla que no será intervenida) distinto al evaluado ambientalmente por la COEVA de Tarapacá y el Director Ejecutivo del SEA, como se evidencia en el Mapa 3.



Mapa 3. Fuente: Expediente Judicial, Acompaña informe de COSEMAR S.A. (Lámina 05 Layout General, Anexo 1.02 Lámina de Arquitectura, Anexos, DIA).

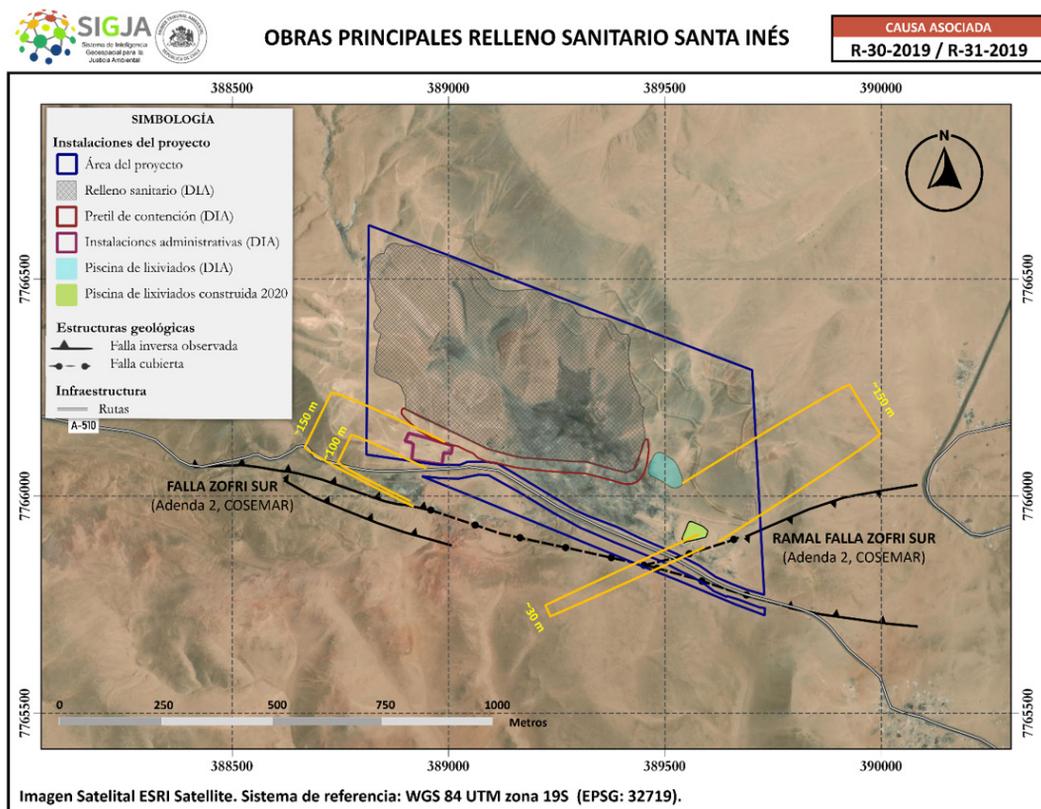
37) De lo anterior, se evidencia claramente que la falla Zofri sur está a menos de 150 m del pretil de contención, a menos de 100 metros de las instalaciones administrativas y a menos de 15 metros de la excavación de reserva 1 (zona donde se pretende extraer áridos para cubrir el relleno diariamente), como se muestra en el Mapa 4.

38) A su vez, respecto del ramal de falla Zofri Sur, éste precisamente estaría debajo de la excavación de reserva 2, donde a la luz del proceso judicial y la medida cautelar mandatada por este Tribunal, la empresa encarga un estudio a docentes de la PUCV, quienes luego de revisar sólo los antecedentes presentados en la DIA y sus Adendas, como en la reclamación administrativa, sugieren dejar una superficie original del polígono del relleno sin intervención, pero sólo a escasos 15 metros de dicho ramal, no evidenciándose en dicho informe, análisis,

modelaciones o razonamientos mínimos sobre el riesgo sísmico, riesgo de remoción en masa o de sus efectos ambientales y sanitarios.

39) Tampoco se hace un estudio complementario con información nueva bibliográfica y/o de campo en que se pueda robustecer la tesis que las fallas Zofri norte, Guantaca y Zofri sur y su ramal se encuentren inactivas en el período Holoceno; sino más bien se han limitado a reafirmar una propuesta de falla inactiva, sólo con los escasos antecedentes del expediente administrativo de evaluación ambiental.

40) Más grave aún es un cambio en la ubicación de la piscina de lixiviados, que se evaluó ambientalmente a ~150 m del ramal de la falla, pero finalmente se construyó a menos de 30 m de dicha falla, y con una superficie menor a la evaluada ambientalmente, lo que es un cambio sustantivo al proyecto, como se observa en Mapa 4.



Mapa 4 Fuente: Primer Tribunal Ambiental, en base a documentos de la evaluación ambiental, audiencia de alegatos e imagen satelital Google Earth 2020.

41) De hecho, este Tribunal, en el considerando octavo de la medida cautelar preventiva referida al proyecto, advirtió la carencia de información relevante y solicitó al Titular la presentación de estudios científicos fundados para acreditar si las fallas se encuentran o no activas, como el análisis y abordaje del riesgo en la zona de fallas y emplazamiento del proyecto.

42) Lo anterior, con el fin de obtener mayor robustez a la declaración del titular sobre la ausencia de movimiento y expresión superficial de la falla en el período Holoceno. Más aún cuando la evidencia indica que existen Depósitos Aluviales recientes (Holoceno) y Depósitos Antrópicos (recientes), que pudiesen haber cubierto dicha evidencia, que involucren a la falla Zofri sur, su ramal y gran parte de la zona de emplazamiento del proyecto, en particular, la zona de excavación 2 que se emplaza sobre el ramal de la falla Zofri sur. Esta situación podría esconder perfectamente alguna evidencia de actividad de la falla en el Holoceno que, al no haberse revisado, genera una incertidumbre técnica-científica razonablemente alta, por cuanto se está en un complejo de fallas activas. SERNAGEOMIN define dicha zona como de máximas isoaceleraciones (560–580 cm/s^2) y es catalogada

de peligrosidad sísmica Alta (la mayor en su nomenclatura para la zona), como se muestra en el Mapa 1.

43) Esto evidencia que, en el proceso de evaluación, hay serias deficiencias de evaluación que ameritan subsanarse para evitar exponer a la población de Alto Hospicio e Iquique a posibles peligros derivados de la falta de abordaje del riesgo ambiental sísmico. Asimismo, no se evidencia abordaje de variables y eventos climáticos adversos, como los asociados al Invierno Altiplánico (épocas de mayor pluviosidad en los Andes centrales) y su interacción con el fenómeno de El Niño (ENOS¹¹), ni del cambio climático, que en los últimos años ha generado serios problemas de daño a la infraestructura privada y pública en la zona norte del país y, en particular, en la región de Tarapacá.

44) Las deficiencias de fondo advertidas por el Reclamante PAC, como de la revisión judicial del expediente que denota falta de información relevante y cambios sustantivos en el proyecto no evaluados, sólo dan cuenta de una clara vulneración a las exigencias básicas de la Ley 19.300, y los DS 40 y DS 189, respecto de despejar y abordar sustantivamente las condiciones de riesgo que puedan afectar la estabilidad del relleno sanitario y hagan imposible su ejecución en dicha zona. El DS 189 incluso es taxativo y eleva al máximo la exigencia de seguridad, con fines preventivos sanitarios y ambientales para el resguardo de la población y medio ambiente, exigiéndose que el titular debe demostrar que la zona de emplazamiento no se encuentra afectada a remociones en masa y a fallas geológicas activas, entre otras exigencias. De existir alguna de ellas se hace imposible la ejecución del proyecto en la zona.

45) Dicha criticidad, y al no poder contar con certeza científica en dicho descarte, ameritaría que se aborden con debida diligencia y rigor los aspectos ambientales, sanitarios y de seguridad asociados a los riesgos-peligros sísmicos y de desplazamiento de masas de propio relleno sanitario. De no ser posible ello, simplemente se limite el emplazar en dicha zona una infraestructura crítica como lo es un relleno sanitario, por el potencial efecto adverso sanitario, ambiental y de seguridad a trabajadores y la población cercana.

46) Por otro lado, es evidente que los riesgos-peligros de remociones en masa, generación de incendios, infiltración de lixiviados, entre otros riesgos asociados a la respuesta sísmica de los suelos, y de lluvias intempestivas intensas y aluviones -como las ocurridas en las últimas décadas en la zona norte de nuestro país y que se pueden agravar con el cambio climático-, son riesgos naturales que deben ser considerados, evaluados y ponderados razonablemente en el contexto del SEIA.

47) Si bien son fenómenos o eventos ajenos a la voluntad del titular del proyecto, a diferencia de los impactos ambientales directos, éstos **pueden multiplicar sustancialmente los riesgos, al sumarse y potenciarse sinérgicamente los peligros**, dada la natural vulnerabilidad de la zona y población cercana; pudiendo generar con ello emergencias y desastres ambientales, sanitarios y de seguridad en la población de Alto Hospicio e Iquique; como ya ha ocurrido en múltiples eventos negativos asociados a rellenos sanitarios en nuestro país, como por ejemplo: RS Loma Los Colorados, 2012; RS El Panul, 2015-2017; Santa Marta 2016; RS Iquique, 2017; RS La Yesca, 2019; entre otros.

48) De los antecedentes expuestos, de la zonificación de peligro del SERNAGEOMIN (como se observa en el informe y los mapas ya presentados), del Memo 117 -donde se concluye que la **falla Zofri sur es una de las de mayor potencial sismogénico y riesgo sismológico en la zona**-, lo cual se ratifica en cartografía de peligro del año 2013 y 2018, y donde se evidencia claramente que la ubicación del proyecto se emplaza en la zona de alto riesgo de sismicidad y altas magnitudes estimadas, se concluye que no se han hecho estudios básicos que permitan de manera razonable y con un mínimo grado de rigor técnico-científico poder ponderar los riesgos y exposiciones de la infraestructura del relleno sanitario, como su adecuado abordaje a través de un **Plan de Emergencias y Contingencias robusto en esta materia**. El mencionado plan, presentado y evaluado en el SEIA, no cumple con el estándar mínimo de suficiencia para este tipo de infraestructuras civiles críticas y de gran relevancia para la sociedad, tanto por su impacto ambiental, sanitario y de seguridad, como por sus servicios económicos y sociales que brindan a la comunidad.

49) Por tanto, a la luz de dicho análisis, el riesgo y el peligro sísmico no han sido debidamente abordado en la etapa de evaluación ambiental, según los propios antecedentes del SERNAGEOMIN al referirse a la existencia de peligro sísmico de magnitudes 7.5° Richter, como por el SEA, al evaluar y ponderar el precario Plan de Contingencia y Emergencias que el titular incorpora en la DIA. Más aún, donde a la luz de la Ley 19.300, los DS 40 y 189, es el titular quien está obligado a identificar con detalle y evaluar cabalmente los riesgos asociados en

¹¹ El Niño, Oscilación del Sur.

dicho Plan de Contingencias y Emergencias, y que deben ser plasmados en el PAS 141 a través de la ingeniería de detalle que deberá revisar la autoridad sanitaria.

50) Por tanto, de la revisión de los antecedentes del proceso administrativo, recursivo y judicial de autos, no existe información, ni estudios e investigaciones que den cuenta de una adecuada entrega de información y evaluación ambiental del relleno sanitario en una zona previamente establecida como de alto peligro sísmico. Tampoco existen estudios técnico científicos sólidos que permitan descartar que la falla Zofri sur y su ramal no se encuentren activas en el período Holoceno. Además, el levantamiento de terreno realizado por el titular, en respuesta a la observación ciudadana, no reviste la suficiencia técnica científica que permita descartar que la falla está inactiva y que dé cuenta de alguna modelación, simulación o abordaje, al menos razonable, del riesgo sísmico y su posterior aterrizaje en la evaluación ambiental y en particular en los Planes de Emergencia y Contingencia; donde lo anterior tampoco fue exigido por el Director Ejecutivo del SEA al cambiar la RCA, lo que denota además, una vulneración al **criterio de actualización** de la consideración PAC.

51) A la luz de estos antecedentes y revisada la ponderación y consideración técnica científica en la RCA 34, PAC punto 10.2.15 y de la Res. 1226, se evidencia que no se han abordado ni ponderado adecuadamente las observaciones PAC del observante Sr. Painenahuel y, a su vez, dicha situación no ha sido subsanada por la Res. 1226 ni Res. 853, respecto de la inquietud de fondo de la reclamación PAC y, por tanto, están carentes de suficiencia técnica y faltas de motivación.

52) En relación a la **observación PAC sobre el tránsito de vehículos recolectores que considera el proyecto**, esta observación habría sido considerada someramente en la RCA 34 –la cual declaró desfavorablemente el proyecto, en una primera etapa–, señalando que no es posible establecer un número exacto de camiones particulares que ingresarían al relleno sanitario. En efecto, el titular acompaña en la Adenda Complementaria la tabla N°3 titulada “Proyección. Flujo de camiones que ingresarán al relleno sanitario” con una estimación diaria por año de tráfico de camiones que llegarán a descargar residuos, y en el punto 1.4 de su anexo, señala “que es posible estimar una cantidad media de residuos que ingresarán al relleno por concepto de ‘transporte particular’, por lo que bajo esta condición se estima que la cantidad que se recibirá es de 50 ton/día aproximadamente, por lo tanto, la cantidad de vehículos dependerá de su capacidad de carga”.

53) En consecuencia, se evidencia la falta de evaluación técnica por parte del SEA y los organismos sectoriales competentes, **ya que el citado valor referencial no se ajusta al aumento de volumen diario (de 350 ton/día a 427 ton/día) que el titular cambia en Adenda complementaria** (al aumentar la población servida, según los últimos datos censales). Por tanto, no se asocia ni se analiza en detalle el número total de vehículos de tránsito y su posible impacto ambiental, como se puede observar del punto 11.2.1.4 del ICE y en el considerando 10.2.4 de la RCA 34; afectándose gravemente los criterios de completitud y precisión, autosuficiencia y actualización en la respuesta de la PAC.

54) Por otro lado, la respuesta y ponderación del SEA no atiende el fondo de la observación PAC y solo se remite a una respuesta formal indicada por el titular, obviando una consideración más integral y necesaria según el propio Instructivo del SEA sobre la “Consideración de las Observaciones Ciudadanas en el marco del SEIA”, en orden a responder sobre el fondo de la observación PAC consistente en que “no se ha determinado el real impacto en el tránsito vehicular en el sistema de transporte urbano, debiendo determinar de manera precisa, en base a antecedentes técnicos, la cantidad de vehículos particulares y públicos que se dirigirían al proyecto”.

55) A mayor abundamiento, de los antecedentes presentados por el titular en su DIA y Adenda, se evidencia que la cantidad diaria cambió de 350 a 427 ton/día de residuos, totalizando un volumen de 4.767.245 toneladas de residuos sólidos en 20 años, lo cual no se condice con lo indicado en punto 4.2. Descripción Etapa de Operación, sección 4.2.1. Descripción de las partes, obras y acciones de la fase de operación de la DIA, produciéndose una confusión respecto del abordaje de la pregunta del actor PAC, cuya consulta obedece a evaluar el impacto vial y ambiental asociado al tránsito de camiones y/o vehículos recolectores de basura que se desplazan por vías urbanas por las ciudades de Iquique y Alto Hospicio hacia el relleno sanitario Santa Inés.

56) Al respecto, el titular sólo da una respuesta parcial asociada al transporte particular, indicando un flujo de ingreso al relleno de 50 ton/día, complementando que dicho ingreso dependería de la capacidad de cada vehículo, sin entrar al fondo de la pregunta que se relaciona ver con el efecto en el tránsito vial, el medio ambiente, salud y calidad de vida de la población por los cuales se transita.

57) Lo anterior evidencia una clara falta de consideración y evaluación por parte del SEA, que no analiza en forma íntegra, ni pondera la observación PAC a la luz del mérito de todo el expediente de evaluación, afectando con ello los criterios de completitud y precisión, claridad y actualización.

58) En virtud de las dos alegaciones expuestas y analizadas anteriormente, este Ministro disidente estima que el tratamiento y consideración de las observaciones ciudadanas durante la evaluación ambiental, en la RCA 34, como en las Res. 1226 y 853, son insuficientes, carentes de análisis y de rigor técnico, y por tanto no cumplen con el propio estándar del Instructivo del SEA Ord. 130.528, ni con la normativa ambiental vigente, configurándose el vicio jurídico invocado por la reclamante; concluyendo que se debe acoger la reclamación y anular las respectivas resoluciones exentas, Res. 1226 y 853.

Respecto de la revisión y análisis de la Causa R-31-2019.

III. En cuanto a la “norma de clausura” en la Reclamación R-31.

59) Para abordar esta controversia, es necesario precisar la normativa y jurisprudencia sobre la citada norma de clausura indicada por el SEA. Si bien la regla prevista en el inciso final del art. 17 N°8 de la Ley 19.300, persigue evitar criterios contradictorios y establecer el efecto de cosa juzgada, ello no puede alcanzar a los terceros absolutos, estos son, aquellos que no han participado en el procedimiento de evaluación ambiental en calidad de interesados en la PAC, ya que el procedimiento administrativo iniciado con su respectiva solicitud de invalidación detenta autonomía respecto del procedimiento de evaluación ambiental que se impugna. A su vez, el tercero absoluto se encuentra amparado por la garantía constitucional del art. 19 N°3 de la Constitución Política, garantizando su legítimo derecho a la defensa.

60) Además, este mecanismo de impugnación es un instrumento por el cual la comunidad que, por diversas razones, no ha podido participar del procedimiento de evaluación ambiental a través de la PAC, pueda hacer valer su derecho a la tutela judicial ambiental efectiva respecto de los actos administrativos que afecten sus legítimos intereses.

61) Ahora bien, del expediente administrativo de evaluación, recursivo y judicial, se evidencia que el proyecto se sujetó a un proceso PAC, a través de la Res. Ex. N°65/2017 (“Res. 65”), del 28 de agosto de 2017, del Director Regional del SEA Tarapacá, según fuera solicitado, entre otras organizaciones, por la Junta de Vecinos Emprendedores del Desierto, Junta de Vecinos Jardines del Desierto, y Junta de Vecinos San Lorenzo del Boro, las que forman parte de las 25 organizaciones sociales que interpusieron el reclamo judicial. Se debe tener presente que ninguna de ellas participó en forma efectiva ni hizo observaciones del proceso PAC, lo que se verifica del expediente de evaluación ambiental, donde las únicas personas que formularon observaciones ciudadanas en tiempo y forma fueron los Sres. Miguel Painenahuel Garcés, reclamante en autos Rol R-30, Daniel Toledo Quiroga y Alberto Muñoz Figueroa.

62) En ese sentido, la reclamación de las 3 organizaciones sociales ya referidas, no puede ser objeto de bloqueo o impedimento de acceso a la justicia ambiental, por cuanto no han sido partícipes del Proceso PAC. Sin perjuicio de ser parte de las organizaciones solicitantes de este proceso y por tanto cumplen con los requisitos del art. 53 de la Ley 19.880, siendo errónea la argumentación del SEA en la Res. 853.

63) Por tanto, en virtud de los antecedentes analizados y las consideraciones tenidas a la vista, y no habiéndose configurado respecto de los reclamantes la hipótesis prevista en el inciso final del art. 17 N°8, este Ministro es de la opinión de rechazar la alegación esgrimida por la reclamada.

IV. En cuanto al interés legítimo de las comunidades afectadas (R-31).

64) Sobre este punto, es necesario realizar un detallado análisis de la pretensión de los reclamantes en todo el contexto de las resoluciones 853 y 1226, la RCA 34, así como del expediente de evaluación ambiental; lo cual se analizará en mérito de los antecedentes judiciales de autos.

4.1. En cuanto a la supuesta falta de sustentabilidad del proyecto a emplazar y las externalidades negativas generadas.

65) Frente a los primeros y no únicos argumentos de los reclamantes sobre la acreditación de su interés legítimo, indican que el 70% de los habitantes de la comuna de Alto Hospicio se encuentran exentos del pago del servicio de recolección de basura, debido a su condición socioeconómica. De esta forma, ven con preocupación y potencial afectación la posibilidad que el Municipio de Alto Hospicio deba destinar recursos de actividades básicas comunitarias, sociales, educacionales y de salud para dichas materias. Lo anterior, significaría pagar un potencial costo de disposición final de los residuos domiciliarios al Relleno Santa Inés.

66) Así mismo, y como efecto secundario de ello, derivaría en la proliferación de microbasurales, vectores y otras problemáticas procedentes de residuos domiciliarios sin manejo, contribuyendo a agravar el problema

ambiental y social. Dicha inquietud, dada su realidad, es absolutamente atendible y debió revisarse en algún análisis descriptivo socio-económico de los habitantes y municipios que serán potenciales usuarios de dicho relleno y la consiguiente afectación a sus vidas y costumbres.

67) Sin embargo, lo señalado, y el pago de un costo de ingreso de disposición de residuos municipales, no es materia en sí de la evaluación ambiental, ni de las familias directamente atendidas, más aún cuando existe una obligación de exención de dicho pago según la Ley de Rentas II para familias más vulnerables. Sin perjuicio de lo anterior, constituye una responsabilidad de gestión administrativa y financiera que debe en su momento ser resuelta por cada municipio, atendido por el relleno sanitario donde disponga finalmente sus residuos municipales.

68) Ahora bien, la propuesta de las organizaciones comunitarias a fin de aspirar a un proyecto de relleno sanitario en que los costos operacionales fueran absorbidos por operaciones de reciclaje y gestión integral de residuos -brindando un valor agregado a los residuos y produciendo un círculo virtuoso en la gestión de ellos mismos, absorción de mano de obra y propensión al desarrollo de una economía circular-, si bien es una preocupación atendible, es una materia que escapa a la evaluación ambiental del proyecto. De todas maneras, pudiese gestionarse con los actores involucrados algún programa de responsabilidad social corporativa o un acuerdo de producción limpia y valorización de residuos domiciliarios y asimilables.

69) Sin embargo, más allá de dichas inquietudes y potenciales afectaciones que perciben los vecinos frente a la instalación de un relleno sanitario, lo relevante son las observaciones de fondo que manifiestan. Ello, por la falta de certeza y análisis de la ubicación del relleno sobre una zona de fallas geológicas, ponderación y abordaje de los riesgos y peligros sísmicos; así como los efectos en el relleno, la salud y la seguridad de la población y del medio ambiente circundante; elementos de carácter sustantivos de interés legítimo al derecho constitucional de vivir en un medio ambiente libre de contaminación y al deber del Estado de resguardar dicho derecho.

70) Por lo anterior, la hipótesis de falta de sustentabilidad y la generación de externalidades negativas en su entorno por una deficiente Evaluación Ambiental, con evidentes carencias en la entrega de antecedentes sustantivos y falta de revisión, análisis y ponderación de algunos de sus antecedentes críticos, tanto en etapa de evaluación como recursiva que termina finalmente aprobándolo, pueden efectivamente lesionar sus legítimos intereses como habitantes de Alto Hospicio. Elementos que se analizarán en los puntos siguientes de esta disidencia.

4.2. En cuanto a la supuesta afectación producida como consecuencia del incremento de la percepción de zona de sacrificio ambiental y disminución del avalúo comercial de las viviendas del sector el Boro.

71) La doctrina y la jurisprudencia hacen referencia al interés legítimo como “(...) en el ámbito contencioso administrativo sólo pueden intentar la acción de nulidad los sujetos que resulten directamente afectados por el acto administrativo, esto es, aquellos que tuvieren un derecho subjetivo o interés cualificado (legítimo) en su anulación (...) coincidiendo con la mayoría de la doctrina (...), y la sostenida jurisprudencia de esta Corte” (Excma. Corte Suprema, Rol N°3.011-2006).

72) Aclarado lo anterior, cabe agregar que el interés legítimo, en tanto posición jurídica de contenido sustancial y concreto respecto de un sujeto que reclama ante la administración, debe guardar la debida relación o vinculación con el acto reclamado. Lo anterior, con la debida congruencia entre el interés legítimo invocado y las ilegalidades denunciadas, de manera tal que para el revisor o juzgador sea evidente la afectación que se invoca. Lo anterior se desprende del tenor del artículo 21 N°3 de la ley 19.880, al señalar que se considerarán interesados en el procedimiento administrativo a “aquellos cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución (...)”.

73) En este sentido, el interés es amplio y difuso que, por cierto, lo es el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Con todo, dicho interés está directamente vinculado a las alegaciones de fondo esgrimidas en la solicitud de invalidación, toda vez que se tratan de consideraciones diversas. En este sentido, el interés legítimo no sólo se acredita por residir en la comuna y sector de El Boro en Alto Hospicio, sino además y mayoritariamente de cómo el proyecto afecta, de manera negativa, a las organizaciones y los vecinos y, si consecuentemente, se afectan sus derechos garantizados en la Constitución Política de la Republica.

74) De ello, también se refuerza en la jurisprudencia, como el caso Relleno Sanitario de Maipú, Rol 38987-12 de la Corte de Apelaciones de Santiago, donde resolvió que “la autoridad que dictó la resolución recurrida fue la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región Metropolitana, la que mediante una simple resolución borra lo resuelto sin tener en cuenta la forma en que se aprobó primitivamente y el tiempo transcurrido, por lo que no parece suficiente que se califique favorablemente un proyecto de esta envergadura, a través de una mera

declaración en la que obvia un Estudio de Impacto Ambiental, como ordena la ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente”.

75) De igual manera, en el caso del Relleno Sanitario Malleco Norte, Rol 2714-2019 de la Corte de Apelaciones de Temuco -actualmente en revisión en la Excma. Corte Suprema- donde “el Tribunal consideró que efectivamente se encuentra un *menoko* que quedó debajo de las piscinas de evaporación de los líquidos lixiviados, lo que es refrendado por la DGA, en cuyo informe se consigna: ‘en base a los antecedentes reportados por el titular, es posible afirmar que el proyecto sí se emplaza en suelos saturados’, lo anterior a propósito de lo dispuesto en el artículo 11 del DS N°189/2005, el que señala que no pueden emplazarse rellenos sanitarios sobre suelos saturados”.

76) En este orden de ideas, las consideraciones que sustentan la solicitud de invalidación, dicen relación con el análisis de las materias de fondo del procedimiento mismo de evaluación ambiental y, tras su calificación favorable del proyecto, se estarían afectando las condiciones de vida, de salud, de seguridad y socioeconómicas de los habitantes y organizaciones comunitarias reclamantes.

77) Por tanto, frente a los antecedentes presentados por las cuatro juntas de vecinos, mediante los cuales, según su opinión, verían disminuidos el avalúo comercial de sus inmuebles con la instalación del relleno, al aumentar la percepción de dicho sector como una zona de sacrificio ambiental y, por tanto, con una desvalorización en sus tasaciones comerciales y valores de cobro de arriendo, ameritaban ser revisados. Cabe precisar que estos elementos ameritaban ser revisados, al menos someramente en la descripción de la zona de influencia o de servicios del proyecto, particularmente en el sector de El Boro en Alto Hospicio y, donde se argumenta que la Res. 1226, se traduce en la vulneración al derecho de propiedad y calidad de vida de quienes residen en el sector.

78) Sobre este punto, la reclamada afirma que las alegaciones de los actores dicen relación con una materia de índole urbanístico, en cuanto se pretende prohibir el desarrollo de los proyectos en la zona, lo cual escapa del SEIA. Sin embargo, lo que correspondía hacer por parte del titular y ser exigido por el SEA, es precisamente el análisis de afectación sobre vida y costumbres de dicha población, dentro del apartado que justifica la inexistencia de efectos, características y circunstancias del art. 11 de la Ley 19.300; tema que a la luz de los antecedentes no fue debidamente abordado.

79) En el caso de autos, el SEA argumenta que las afectaciones invocadas por los reclamantes respondían más bien a situaciones de orden económico, social y de planificación territorial, que en nada se relacionan con los argumentos jurídicos sobre los cuales se estructura la solicitud de invalidación, los cuales se refieren sustancialmente al hecho que el proyecto se emplazaría en una falla geológica activa en el Holoceno, no cumpliendo, en consecuencia, con ciertas exigencias sanitarias y de seguridad básicas que el ordenamiento jurídico impone.

80) En este sentido, y a juicio de este Ministro, existe un error de apreciación del SEA al indicar que los reclamantes no cumplirían con el interés exigido en el art. 21 de la Ley 19.880 para iniciar un procedimiento administrativo invalidación, por cuanto las circunstancias planteadas en sede administrativa y judicial para fundamentarlo, nada tienen que ver con el fondo de su pretensión de dejar sin efecto la RCA. No obstante lo anterior, a la luz de los antecedentes revisados del proceso, tanto de la reclamación administrativa como de la judicial, existe evidencia de elementos de fondo que se conectan directamente con la evaluación ambiental a la luz del SEIA, junto a las indicaciones de falta de motivación e ilegalidad de las Res. 853 y 1226. Por tanto, existen antecedentes que justifican su interés actual, real y concreto y, por ello, afectación directa del acto que pretenden invalidar.

81) En consecuencia, a la luz de los antecedentes sobre interés legítimo, actual y vigente, no puede limitarse y acotarse al apartado sobre los antecedentes que esgrimen los reclamantes, en la cual la instalación del relleno sanitario Santa Inés afectaría su status de gestión local y municipal de los residuos sólidos domiciliarios en sus comunidades y vecindarios, sino en una mirada completa y sistémica de toda la reclamación y solicitud, donde cobran vital importancia cuestiones de fondo como lo son el propio mérito y fundamentos de la evaluación ambiental. Luego, la aprobación del relleno sanitario por la Res. 1226 y, posteriormente, la denegación de la reclamación administrativa mediante la Res. 853, resultarían, a juicio de este Ministro, ser discriminatorias.

V. En cuanto al fondo de la reclamación R-31 del proyecto Sta. Inés.

Para el análisis de esta alegación se subdividirá en 4 subpuntos, teniendo en consideración elementos ya referidos en los considerandos introductorios como del abordaje de la causa R-30-2019.

5.1.- En cuanto a la supuesta infracción al artículo 20 inciso 1° de la Ley 19.300 para resolver la reclamación del titular.

82) En específico el art. 20 inciso primero de la Ley 19.300, señala que “(...) La autoridad competente resolverá, mediante resolución fundada, en un plazo fatal de treinta o sesenta días contado desde la interposición del recurso, según se trate de una Declaración o un Estudio de Impacto Ambiental”. Por otro lado, el art. 81 del DS 40 sobre Resolución de las reclamaciones, indica “Transcurridos los plazos otorgados para que los órganos requeridos los terceros o expertos independientes evacúen sus informes, -se hayan emitido o no-, la autoridad que conociere del recurso, deberá resolverlo dentro del término que restare para completar los sesenta o treinta días, según corresponda, contado desde la interposición del recurso”.

83) Por su parte, el art. 65 de la ley 19.880 sobre Silencio Negativo señala que “Se entenderá rechazada una solicitud que no sea resuelta dentro del plazo legal cuando ella afecte el patrimonio fiscal. Lo mismo se aplicará en los casos en que la Administración actúe de oficio, cuando deba pronunciarse sobre impugnaciones o revisiones de actos administrativos, cuando se ejercite por parte de alguna persona el derecho de petición consagrado en el numeral 14 del art. 19 de la Constitución Política”.

84) Para abordar este punto, es relevante citar la jurisprudencia y doctrina referida sobre el Silencio Negativo contenido en la Ley 19.880 donde existe amplia referencia a favor como en contra. Lo relevante, para el caso de autos, es revisar más allá de las cuestiones de formas, e ir al fondo del asunto controvertido, entendiendo además que las cuestiones ambientales son complejas, sistémicas, voluminosas y de especialización, lo que redundará en que muchas veces los órganos administrativos y judiciales no logran enmarcarse en los plazos legales establecidos para evacuar sus pronunciamientos. Esto ha ocurrido en el caso de autos, donde se evidencia que la Reclamación del titular se realizó el 20 de abril 2018. Luego, el Director Ejecutivo del SEA solicita información y pronunciamiento fundado a servicios competentes, quienes responden con el Ord. 1355 del 20 de junio de 2018 por parte de SERNAGEOMIN y con el Ord. B32 N°4267 del 25 de septiembre de 2018 por parte de la Subsecretaría de Salud Pública.

85) Por lo anterior, se entiende en cierta medida que el Director Ejecutivo sólo pudo evacuar la Res. 1226 posteriormente el 24 octubre 2018. Sin embargo, sin ánimo de justificar y entendiendo que todo retraso merece reproche, en especial de los órganos del Estado, se debe entender, que las materias ambientales son especialmente complejas y especializadas, lo que acarrea en algunas ocasiones una superación de los plazos legales, como ha sido el caso de autos; más allá que lo relevante, es abordar sustantiva y motivadamente las cuestiones de fondo que pudieren ser constitutivos de ilegalidad en la evaluación ambiental del caso de autos.

86) Por tanto, en atención al análisis de la supuesta infracción al artículo 20 inciso 1° de la Ley 19.300, para resolver la reclamación del titular, en este caso particular, existe evidencia de la imposibilidad externa de cumplirlos, y por tanto se rechazará esta alegación de la reclamante.

5.2. De la supuesta infracción al art. 12 bis y 20 de la Ley 19.300 y art. 11 del DS 189, por no incorporación oportuna de antecedentes relevantes.

87) Para abordar esta alegación, se debe precisar que el art. 12 bis de la Ley 19.300 referida a las materias que deben contener las declaraciones de Impacto Ambiental, a saber “a) Una descripción del proyecto o actividad; b) Los antecedentes necesarios que justifiquen la inexistencia de aquellos efectos, características o circunstancias del artículo 11 que pueden dar origen a la necesidad de efectuar un Estudio de Impacto Ambiental; c) La indicación normativa ambiental aplicable, y la forma en la que se cumplirá, y d) La indicación de los permisos ambientales sectoriales aplicables, y los antecedentes asociados a los requisitos y exigencias para el respectivo pronunciamiento”.

88) En ello, se comprende una descripción detallada del lugar de emplazamiento, caracterización y entorno natural, artificial y sociocultural, incluyendo los asentamientos humanos. Lo anterior constituye un requisito esencial del sistema de evaluación ambiental, toda vez que, de aquellos antecedentes, completos, íntegros y verídicos, los distintos servicios con competencia ambiental y los ciudadanos interesados podrán realizar observaciones fundadas en torno al marco del proyecto en análisis.

89) Estos temas señalados han sido abordados por la doctrina y jurisprudencia, como el dictado por la Excm. Corte Suprema en Rol N° 15500-2018 donde se analizan cuestiones vitales asociadas al riesgo natural y aquel adicional que puede generar un proyecto, así como su necesario análisis en el contexto del SEIA; como también, en causa Rol N° 97792-2016, donde se indica que el proyecto enfrenta riesgos en caso de tsunamis y que éste no fue ponderado en la resolución reclamada.

90) Como ya se ha revisado latamente, y tal como lo reconoce la propia resolución que se busca invalidar, el titular del proyecto no cumple cabalmente con su obligación de informar en veracidad y completitud la información esencial, al no reconocer la existencia de fallas en, o cercanas al área de emplazamiento del proyecto (pág. 11, punto 13.1.2., párrafo segundo de la DIA); siendo éste un elemento sustancial, ya que tratándose de un relleno sanitario, es el DS 189 que impone la obligación de descartar la presencia de fallas activas en el lugar de emplazamiento. En efecto, el citado cuerpo normativo, señala expresamente que “no se podrán emplazar Rellenos Sanitarios en suelos con características que puedan afectar su estabilidad estructural”.

91) De los propios antecedentes del expediente administrativo, recursivo y judicial, se evidencia que al recalificar favorablemente el proyecto Santa Inés por el Director Ejecutivo, cometió una ilegalidad, al subsanar una falta de información esencial que no fue incorporada al inicio de la tramitación de la DIA, pero que fue progresivamente siendo incorporada en la Adenda complementaria por el titular, y que finalmente advirtió en su rechazo la **COEVA de Tarapacá al considerar "que no se puede desconocer un posible daño en la base del relleno que pudiera generar infiltraciones", así mismo que "no se tiene certeza de que el proyecto cumpla la normativa ambiental"** (énfasis agregado).

92) De la misma Res. 1226, que autoriza el proyecto y en la cual el Director Ejecutivo no pondera los elementos esenciales recomendados por SERNAGEOMIN, y sí incorpora elementos nuevos advertidos por la SEREMI de Salud, -que revisten el carácter de una modificación sustantiva del proyecto- exigiría dar paso a un nuevo proceso de participación ciudadana al cambiar las condiciones del proyecto. Dicha cuestión que, obviamente, por estar en una etapa recursiva, no ocurrió ni tuvo oportunidad la comunidad potencialmente interesada o afectada para observar dichas materias esenciales.

93) En este tenor, del análisis de los antecedentes incorporados posteriormente y su incorrecta ponderación ulterior por parte del Director Ejecutivo para fundamentar favorablemente el proyecto, constituye una infracción tanto al art. 18 bis como al art. 20 de la Ley N°19.300. Este último artículo exige una motivación sustentada en los antecedentes del proyecto. Como se ha revisado latamente, el proyecto no cumpliría con los requisitos básicos, pudiendo en su momento haber efectuado un término anticipado del procedimiento de evaluación ambiental según el art. 18 bis de la Ley 19.300 o como lo realizó la COEVA de Tarapacá en el momento de la calificación.

94) Que, por lo revisado previamente, se configura una ilegalidad en el acto administrativo reclamado Res. 1226, por infracción al art. 12 bis, 18 bis y 20 de la Ley 19.300 y al art. 11 del DS 189, por lo que este Ministro es de la opinión que dicha alegación debería acogerse.

5.3. De la supuesta ilegalidad a las disposiciones antes señaladas en la Res. 1226 del Director Ejecutivo del SEA.

95) Del análisis de los antecedentes, es el mismo Director Ejecutivo quien indica en la Res 1226, que “De esta forma, es posible concluir que el Considerando N° 11 de la RCA 34/2018, carece de la fundamentación necesaria para rechazar el Proyecto por esta causa”. Más aún, reconoce el error advertido por la Subsecretaría de Salud Pública en la instancia recursiva y en consideración el art. 27 del DS 189, que previa operación de un relleno sanitario, se deberá entregar a la Autoridad Sanitaria la documentación emitida por entes certificadores debidamente acreditados, que visen que las capas de impermeabilización cumplan con los criterios establecidos en el Proyecto. Por esta razón, la Dirección Ejecutiva incluye dicha condición propuesta por dicho OAECA de acreditar -ante la SEREMI de Salud respectiva- el coeficiente de conductividad hidráulica del suelo base del relleno sanitario, en orden a que no sea superior a 1×10^{-5} cm/s, acorde a lo establecido en el art. 20 del referido DS 189.

96) Sin embargo, el razonamiento de la decisión adoptada por el Director Ejecutivo para acoger la reclamación del titular del proyecto se sustenta en la no existencia de una falla geológica activa, cuestión que, por lo analizado y ponderado, no está debidamente zanjado y acreditado, ni menos aún el abordaje del riesgo-peligro sísmico y sus derivadas hacia la seguridad de la población y el medio ambiente. Dicha cuestión es estrictamente necesaria para el proyecto, en razón de que **la norma referida es absolutamente clara al prohibir el emplazamiento de rellenos sanitarios en suelos que puedan comprometer su estabilidad estructural**. Es decir, si se desea realizar un proyecto de esta tipología y envergadura, se debe acompañar, oportunamente, los estudios correspondientes que descarten la existencia de fallas geológicas activas en el Holoceno, como los demás análisis respecto al compromiso de estabilidad del relleno en la mencionada zona.

97) Como ya fue referido, el titular del proyecto no acompañó oportunamente estudio alguno que diera cuenta de dicha circunstancia, y lo que es más grave, no le da la relevancia y criticidad necesaria en la presentación de la DIA, donde el anexo "Informe Geológico, Hidrológico e Hidrogeológico" descarta la existencia de fallas

en el sector de emplazamiento del proyecto (página 12), indicando que "**Dentro de los límites del proyecto no se observaron indicadores morfológicos que indicaran la existencia de fallas**". Si bien el Titular indica que existen tres estructuras que se encuentran cercanas a la zona de estudio que podrían ser consideradas como potenciales riesgos geológicos al ser fallas activas, éste señala "(...) aún queda por dilucidar si son fallas sismogénicas, según referencia a estudios de SERNAGEOMIN, 2013" y no se hace cargo de ello durante el proceso de evaluación.

98) Lo anterior es del todo relevante, pues la información inexacta e insuficiente otorgada por el titular, y no debidamente exigida por el SEA y los organismos sectoriales competentes, provoca un vicio desde el inicio de la evaluación ambiental de la DIA. Primero, por vulnerar la obligatoriedad de declarar y justificar fundadamente que el proyecto no está expuesto a fallas geológicas activas en el periodo Holoceno, donde existe prohibición absoluta; y, segundo, porque la información proporcionada, respecto de otros elementos como las medidas de mitigación para dar estabilidad a las celdas, evitar derrames, contaminación y otros efectos adversos, no son debidamente ponderadas, en razón de no haber incorporado como elemento básico y sustantivo de riesgo el alto peligro sísmico del lugar.

99) Con todo, sólo en la Adenda Complementaria el titular acompaña un informe titulado "Levantamiento geológico estructural relleno sanitario Santa Inés, Alto Hospicio, Región de Tarapacá", con el cual entrega información diversa a la acompañada en la DIA inicialmente, pues ahora el titular reconoce la existencia de una falla geológica que intercepta, sin realizar la debida diligencia de estudios acabados a fin de justificar o descartar que se encuentre activa. Lo anterior reviste la mayor gravedad que puede cometer un titular en la presentación de un proyecto, pues el sistema de evaluación ambiental se construye en el principio de buena fe respecto de los antecedentes verídicos y suficientes que se aporten al proceso.

100) En este sentido, y como ya latamente se ha abordado, en la evaluación ambiental y en su etapa recursiva, persisten desde el punto de vista del análisis de la información técnico-científica serias dudas respecto del sistema de fallas, y además que su actividad podría asociarse al Holoceno (tiempo geológico presente). Todo ello debido a que el propio informe del titular argumenta que no existe certeza de la actividad reciente de esta falla, ya que solo se estudió su expresión superficial, la que debió reflejar la estructura cortando a los Depósitos Aluviales Recientes.

101) En efecto, los informes acompañados por el titular y los oficios del SERNAGEOMIN no permiten establecer, fehacientemente, la inactividad de las fallas en el sector de emplazamiento del proyecto, pues, como fue planteado en la etapa recursiva por los reclamantes, detallan que se requerían estudios específicos sobre dicha materia, particularmente, un estudio paleosismológico de la estructura, toda vez que la reactivación de la falla no necesariamente genera expresión superficial y tampoco se evidencia en toda la traza de la falla. Es decir, una campaña geológica de mapeo superficial no es concluyente ni suficiente para determinar con veracidad la actividad de una falla. Según la misma definición de falla activa, sería necesario realizar estudios acabados de la historia sísmológica de cada estructura (paleosismología), además de estudios morfotectónicos que evidencien su actividad.

102) Ahora bien, ésta fue una de las consideraciones que tuvo la COEVA de la región de Tarapacá al resolver calificar desfavorablemente el proyecto. Así, en el considerando décimo de la RCA 34 se establece que "(...) el organismo colegiado estimó: en lo relativo a la cobertura del relleno, que **no se recibió respuesta en tiempo y forma de todas las observaciones realizadas**, por lo que se desestima la utilización de otros medios materiales para la cobertura y por ende **esto debe ajustarse al DS 189/08; que no se puede desconocer un posible daño en la base del relleno que pudiera generar infiltraciones**; que teniendo en consideración los antecedentes vertidos en la sesión y que en el último mes se han detectado algunos sectores de nidificación de golondrinas; que **no existe certeza de que se cumplan con las normas legales vigentes por parte del proyecto**; que atendido los antecedentes expuestos en la sesión, **el proyecto podría afectar socialmente a la población de Alto Hospicio**; que en el marco del **Proceso de Participación Ciudadana** desarrollado, tratándose de personas que efectivamente participaron en las actividades de dicho proceso consultivo, por lo que éste no se **desarrolló correctamente**"(Énfasis agregado).

103) A su vez, SERNAGEOMIN precisa en etapa recursiva que "Finalmente, en base a los antecedentes expuestos, se concluye que **el Proyecto está ubicado en una traza de falla cuaternaria con potencial sísmico, por encontrarse dentro de un sistema estructural activo**. Se recomienda tomar en cuenta los resultados de peligro sísmico entregados en este pronunciamiento considerando las aceleraciones máximas esperadas, en caso de proceder con la ejecución y diseño del relleno sanitario". Por tanto, el informe de SERNAGEOMIN refuerza y concluye con la advertencia de que el proyecto se encuentra dentro de un sistema estructural activo, elementos

que no fueron debidamente ponderados y considerados por la Res. 1226 (Énfasis agregado).

104) En el punto 13.1.12. de la Res. 1226 respecto del DS 189 nada se dice sobre el potencial de remociones en masa y sobre el peligro sísmico asociado a suelos de fundación, temas también críticos a la hora de la ponderación del art. 11 de dicho reglamento. Junto a las orientaciones del SERNAGEOMIN, que no fueron debidamente ponderadas y consideradas en dicha resolución, ponen en serias dudas la debida diligencia en la protección de la vida de operarios del relleno sanitario, la seguridad de la población de Alto Hospicio, y el cuidado del medio ambiente en el entorno y zona de influencia del proyecto.

105) Esta falta razonable de certeza técnica-científica, en conformidad a los principios del derecho ambiental, hace procedente la aplicación del principio precautorio, donde la doctrina nacional reconoce que son pilares básicos de aplicación de este principio, la existencia de un peligro de daño grave e irreversible, y la falta de certeza científica absoluta. Para el caso de autos, confluyen ambos elementos, el alto peligro sísmico y la presencia de fallas que no han sido debidamente descartadas como activas, y por otro la incertidumbre de no haber incorporado el análisis y abordaje prudente del riesgo ambiental, sus impactos sanitarios, ambientales y de seguridad a la población cercana.

106) Por lo anteriormente analizado, este Ministro concluye que es necesario acoger la alegación referida a la ilegalidad Res. 1226.

5.4 De la supuesta falta de motivación de la Res. 1226.

107) Para analizar esta alegación, se debe tener presente que la motivación de un acto administrativo constituye tanto un elemento formal como un presupuesto de legalidad del mismo. Donde, a través de la debida motivación del acto, se exteriorizan las razones que han llevado a la administración a dictarlo, exigencia que se impone en virtud del principio de legalidad. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, la Ley N°19.880 consagra los principios de transparencia y publicidad, en cuanto permite y promueve el conocimiento del contenido y fundamentos de las decisiones que adopten los órganos de la Administración del Estado.

108) Así, la Ley N°19.880 señala, en su art. 11 sobre el principio de imparcialidad, que "(...) Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos". Por su parte, el art. 16 sobre el principio de transparencia y de publicidad señala que "El procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él". Así mismo, el art. 41 (inciso cuarto) indica que "Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada. Expresarán, además, los recursos que contra la misma procedan, órgano o administrativo judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno".

109) Es decir, la fundamentación, motivo y razones constituyen un requisito de validez del acto administrativo y su ausencia infringe la legislación vigente, mandatado en el art. 11 inciso segundo, 16 y 41 inciso cuarto de la Ley 19.880.

110) Junto con los argumentos ya esgrimidos sobre la ilegalidad al aprobar un relleno sanitario sobre una falla geológica, donde no se tiene certeza que este inactiva, y sin haber ponderado adecuadamente los riesgos-peligros sísmicos y sus efectos ambientales, de seguridad y sanitarios, como así mismo la evidencia que el proyecto ha sufrido cambios sustantivos en sus partes y obras, que no han sido evaluadas ambientalmente, la resolución reclamada carece de motivación e, incluso, contiene consideraciones contradictorias. A modo de ejemplo, como ya se ha referido, en el punto 13.1.12. de la resolución, se indica que "en consecuencia, de acuerdo a las consideraciones precedentes, esta Dirección Ejecutiva concluye que, durante el proceso de evaluación, el Proponente entregó los antecedentes que justifican la inexistencia de efectos adversos sobre los recursos naturales renovables, en particular producto de posibles infiltraciones, acreditando, además, el cumplimiento del DS 189 en lo atinente a las características de los sistemas de infiltración considerados en el Proyecto, así como en cuanto a la restricción de emplazarse en zonas expuestas a fallas geológicas activas".

111) Por otra parte, la misma Res. 1226 establece como condición al proponente que "Sin perjuicio de lo anterior, y en consideración a lo advertido en la referida instancia recursiva por la Subsecretaría de Salud Pública en su oficio Ord. B32 N°4267 (...), se estima necesario para la aprobación del Proyecto, que se acredite ante la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región de Tarapacá, durante la tramitación del proyecto de ingeniería, que el valor de la permeabilidad del suelo de la base del relleno sanitario no será superior

1×10^{-5} cm/s, en cumplimiento a lo establecido en el artículo 20 del DS N°189/2005, (...)”. Sin embargo, ello no ocurre respecto del descarte de fallas activas, ni menos sobre estudios necesarios para el diseño y ejecución del proyecto como señala SERNAGEOMIN.

112) Es decir, la resolución es poco clara a la hora de despejar y ponderar la presencia de una falla geológica activa; claridad que deviene de la falta de motivación del acto administrativo. Más aún, la falta de motivación también encuentra sustento en la no ponderación adecuada de los antecedentes arribados durante la etapa recursiva, al no ponderar de manera correcta el Ord. 1355 de SERNAGEOMIN, que determina que la falla geológica sobre la cual se emplaza el proyecto, pertenece a un sistema estructural activo.

113) Por todo anterior, en una zona catalogada por SERNAGEOMIN como de alto peligro sísmico y con un sistema de fallas activas, era vital y absolutamente necesario analizar el proyecto de diseño de ingeniería en detalle en etapa de evaluación ambiental, según se exige el art. 5 referido al PAS 141 del DS 189, asociado al DS 40 y la Ley 19.300. En este sentido, se debe entender que, una vez aprobado la RCA, ningún servicio podría denegar la autorización referida a cuestiones ambientales y, por ello, dichos aspectos son estrictamente necesarios de abordar en etapa de evaluación ambiental en el SEIA.

114) Así, para configurar una condición del proyecto, éste tendría que haber sido evaluado en el marco del proceso de evaluación y no a posteriori. En este sentido, la imposición de condiciones que no han sido analizadas y evaluadas a completitud en el proceso de evaluación ambiental, más aún cuando tiene relación con cambios sustantivos en obras y actividades del proyecto, no puede utilizarse para subsanar la falta de información y evaluación, sino que deben tener como objetivo reforzar medidas a las cuales les falta precisión, completitud, autosuficiencia, temporalidad, oportunidad del monitoreo, entre otras materias.

115) En el presente caso, se han incorporado condiciones poco claras, imprecisas, fruto del análisis deficitario y poco articulado entre organismos del Estado, sin tener precisión del órgano competente, lo que luego redundaría en que no sea posible fiscalizarlas adecuadamente, lo que atenta contra el sentido del procedimiento de evaluación ambiental, esto es, la predicción de impactos y de riesgos. En este sentido, es importante señalar que los principales tipos de exigencias y hallazgos negativos detectados por la Superintendencia de Medio Ambiente (SMA) en rellenos sanitarios son respecto a la Descripción del proyecto (53%), Plan de seguimiento y reportes (21%) y las Medidas de mitigación o formas de abatimiento y control (7%); con hallazgos de No ejecución y/o implementación de exigencias (37%), Implementación deficiente a lo autorizado (22%), No entrega de antecedentes a la autoridad (12%), entre otras como implementación con fallas y obras/acciones sin autorización vigente¹².

116) Para este Ministro, es razonable la aplicación del principio precautorio, donde no se trata de confundir el “impacto ambiental” respecto del “riesgo ambiental”, sino sólo de aplicar un estándar base sobre dicho principio, a fin de resguardar la debida protección y seguridad de la población y el medio ambiente, para la población de Alto Hospicio e Iquique. Especialmente, frente a un proyecto que en sí mismo es una infraestructura riesgosa, toda vez que recibiría 427 ton/día de residuos sólidos y un volumen final 4.767.245 toneladas en 20 años de operación. Precisamente, el SEIA es el espacio propicio para evaluar este tipo de situaciones especiales y complejas, desde el punto de vista del impacto ambiental, peligro y vulnerabilidad y riesgo ambiental adicional a las condiciones riesgosas naturales que ya existen en la zona, como ya se ha explicado latamente.

117) Por último, este Ministro es del parecer que, más allá del incumplimiento reglamentario en la evaluación ambiental de autos, existe un deber del Estado y sus órganos de velar por el principio de coordinación y debida diligencia en su actuar, más aún cuando se trata de advertir y ponderar la reducción de riesgos y desastres ambientales, conforme a tratados internacionales como el Marco de Acción de Hyogo (MAH), el Marco de Sendai para la reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030¹³, y la necesaria Reducción de los Factores Subyacentes del Riesgo y Preparación ante desastres para lograr una respuesta eficaz; donde el SEIA no escapa a esta necesaria tarea, en directa sintonía con el DS 1512/2016 referida a la Política Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, y con ella la reducción de pérdidas, tanto en vidas humanas como a bienes sociales, económicos y ambientales, colaborando además con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de Naciones Unidas.

118) En conclusión, la Res. 853 es inválida, al no tener fundamentos para no considerar la revisión de solicitud de invalidación. De igual manera, la Res. 1226 es inválida, arbitraria, carente de fundamentos, inmotivada y, por

¹² SMA, <https://snifa.sma.gob.cl/UnidadFiscalizable/Resultado>

¹³ UNISDR, https://www.unisdr.org/files/43291_spanishsendaiframeworkfordisasterri.pdf

ello, ilegal, como ya latamente se ha abordado en este análisis y, por tanto, este Ministro concluye que se debería acoger la reclamación de autos en los puntos antes indicados.

119) Así mismo, este Ministro disidente estima del todo razonable que se mantengan las medidas cautelares impuesta por este Tribunal, hasta que no exista cabal claridad de los asuntos de fondo revisados en la presente causa, toda vez que se pone en grave riesgo ambiental, sanitario y de seguridad a la Población de Alto Hospicio y de Iquique, de no ser subsanadas por el titular y la autoridad competente.

Notifíquese y regístrese.

Redactó la sentencia el Ministro Sr. Mauricio Oviedo Gutiérrez y la disidencia de su autor.

Rol N° R-30-2019 (Acum. R-31-2019)

Pronunciada por el Primer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Sr. Mauricio Oviedo Gutiérrez, Sr. Marcelo Hernández Rojas y Sr. Juan Opazo Lagos.

Autoriza el Secretario Abogado del Tribunal, Sr. Claudio F. Gandolfi.

En Antofagasta, a diecinueve de agosto de dos mil veinte, se notificó por el estado diario y correo electrónico la sentencia precedente.

Causa R-5-2018 (ac. R-6-2018)

“Compañía Minera Nevada SpA con Superintendencia del Medio Ambiente”

SÍNTESIS

1. Datos del procedimiento

a) Causa Rol R-5-2018

- Reclamante(s) R-5-2018: Compañía Minera Nevada SpA (CMNSpA).
- Reclamado(s): Superintendencia del Medio Ambiente.
- Tercero(s) coadyuvante del reclamado: Srs. Rubén Cruz Pérez, Pascual Olivares Iriarte y otros.

b) Causa Rol R-6-2018

- Reclamante(s) R-6-2018: Agrícola Dos Hermanos Ltda. (ADH) y Agrícola Santa Mónica Ltda. (ASM).
- Reclamado(s): Superintendencia del Medio Ambiente.
- Tercero(s) independiente: Compañía Minera Nevada SpA.

2. Hechos esenciales que originaron el procedimiento y decisión del asunto controvertido

En el marco del procedimiento sancionatorio seguido en contra de CMNSpA, la SMA dictó dos resoluciones; una a través de la cual se dieron por cumplidas determinadas medidas urgentes y transitorias decretadas en contra del proyecto “Pascua Lama”, ubicado en la región de Atacama, y la otra, en la que se puso término al procedimiento sancionatorio seguido en contra de la mencionada empresa minera, aplicándole cinco sanciones de clausura y diversas multas por una serie de hechos infraccionales.

A partir de ello, CMNSpA interpuso una reclamación en contra de la resolución sancionatoria invocando una serie de vicios que tornaban en ilegal dicho acto. En particular, sostuvo, entre otras alegaciones, la infracción del principio del non bis in ídem, la falta de fundamentación y proporcionalidad en la determinación de las sanciones de clausura, y la errada clasificación de ciertas infracciones como la determinación de las circunstancias para la fijación de las sanciones.

Por otra parte, las sociedades agrícolas Dos Hermanos y Santa Mónica reclamaron en contra de dos actos dictados por la SMA, mencionados precedentemente. En lo que respecta al primero, indicaron que no era posible dar por cumplidas las medidas decretadas mientras no se diera cabal cumplimiento a la construcción del sistema de manejo de aguas en los términos establecidos en la resolución de calificación ambiental del proyecto.

A su vez, en cuanto al acto sancionatorio, solicitaron igualmente la anulación del mismo, solicitando que se condenara a CMNSpA a sanciones que resultaran útiles, proporcionadas y razonables habida cuenta de su gravedad o las que el tribunal estime en su caso ajustadas a derecho; junto con dejar sin efecto la absolución de ciertas infracciones, debiendo imponerse las sanciones que correspondan según su gravedad.

Las principales ilegalidades invocadas por las sociedades agrícolas se centraron en una falta de contenido sancionatorio y disuasivo de las sanciones de clausura impuestas, la falta de motivación para descartar el daño ambiental y contaminación en las aguas del río Estrecho, la errada ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la Ley N° 20.417, entre otras.

El tribunal, respecto a la reclamación de la CMNSpA, estimó acogerla parcialmente, en cuanto a que la SMA debía proceder a la recalificación de los cargos N° 23.2 y 4, y consecuencialmente de la sanción, de conformidad con los argumentos expuestos en esta sentencia. En lo demás, se rechazó la reclamación.

En cuanto a la acción deducida por las sociedades ADH y ASM, se acogió parcialmente la reclamación respecto a la resolución que dio por cumplidas las MUT, atendido a que no se verificó la construcción del sistema de manejo de aguas del proyecto en los términos establecidos en la RCA. Respecto a la resolución sancionatoria, se rechazaron todas las alegaciones formuladas.

3. Principales controversias

a) Controversias generales:

- i. Si los reclamantes de la causa R-6-2018, poseen legitimación activa para recurrir ante el tribunal Ambiental.
- ii. Si se encuentra ajustada a derecho la resolución de la SMA que dio por cumplidas las MUT impuestas a CMNSpA.
- iii. Si resulta aplicable el decaimiento al ejercicio de la potestad sancionadora de la SMA.
- iv. Si se infringió el principio de *non bis in ídem* al sancionar cada infracción en forma separada.

b) Controversias asociadas a la causa Rol R-5-2018.

- i. Si la SMA incurrió en ilegalidades en la aplicación de las cinco sanciones de clausura.
- ii. Si se encontraban ajustadas a derecho las sanciones de multas reclamadas por la CMNSpA.
- iii. Si la SMA se excedió en sus competencias a decretar MUT en la resolución sancionatoria, así como respecto a las competencias del SERNAGEOMÍN y el programa de seguimiento ambiental y monitoreo.

b) Controversias asociadas a la causa Rol R-6-2018.

- i. Si la SMA omitió ordenar a CMNSpA la construcción definitiva del sistema de manejo de aguas.
- ii. Si la resolución sancionatoria carece de contenido sancionador y disuasivo al aplicar cinco sanciones de clausura.
- iii. Si la SMA descartó adecuadamente el daño ambiental a las aguas del río Estrecho.
- iv. Si hubo ilegalidad por parte de la SMA en la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA.

4. Sentencia

El Tribunal consideró y resolvió:

- i. En cuanto a la legitimación activa de las sociedades agrícolas reclamantes, se resolvió que atendido el resultado del procedimiento sancionatorio no se ajustaba a sus pretensiones manifestadas en sede administrativa, así como otras ilegalidades invocadas, circunstancias suficientes para que se tuviera por acreditada su legitimación.
- ii. Respecto a las MUT cuyo cumplimiento fue declarado por la Res. Ex. N° 70 de 2018, los sentenciadores advirtieron que aún persiste el deber de CMNSpA de cumplir con la construcción del sistema de manejo de aguas, motivo por el cual no se había cumplido con la obligación de informar la ejecución íntegra del referido sistema, acogiéndose parcialmente en ese punto.
- iii. También, se estableció que no se daban los supuestos para la aplicación del decaimiento respecto al procedimiento sancionatorio, atendido que no se advirtió que haya existido una falta de oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionatoria, verificándose un constante ejercicio de las funciones por parte de la SMA.

- iv. Respecto a las alegaciones generales, se rechazó la infracción al principio del *non bis in idem*, ello en consideración a que en ninguna de las infracciones analizadas se verificaron los requisitos de la triple identidad -igualdad de sujeto, de hecho y de fundamento jurídico-, encontrándose debidamente motivada la resolución impugnada al descartar cualquier forma de agrupación e infracción al artículo 60 de la Ley N° 20.417.
- v. En lo que se refiere a la causa Rol **R-5-2018**, luego de un detallado análisis de las alegaciones vinculadas a las infracciones sancionadas con clausura definitiva, el tribunal descartó las argumentaciones respecto a los cargos N°s 23.8, 23.9 y 7, encontrándose definitivamente determinada la comisión de las infracciones, su clasificación y sanción, las cuales eran idóneas y proporcionadas en el contexto sancionatorio.
- No obstante ello, se constató que la SMA incurrió en una falta de motivación en la clasificación de los cargos N° 23.2 y 4, determinándose por los sentenciadores que esa entidad debía clasificar nuevamente las infracciones conforme al artículo 36 de la ley N° 20.417, y determinar la sanción aplicable a partir de las circunstancias del artículo 40 del mismo cuerpo legal.
- vi. En ese mismo orden de ideas, se rechazaron las alegaciones formuladas respecto a las infracciones de multa de los cargos 23.8 y 6, atendido que se encontraban correctamente determinadas las conductas típicas, su clasificación y sanción.
- En este apartado, es importante destacar que los sentenciadores establecieron que la determinación de la tasa de descuento era razonable, toda vez que los antecedentes del 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.
- vii. Por otra parte, se determinó que la SMA había actuado conforme a derecho respecto a las MUT decretadas en el acto sancionatorio, al haberse cumplido los requisitos exigidos para su procedencia, a fin de evitar la profundización de los daños ocasionados.
- En lo que se refiere a la intromisión en las facultades del SERNAGEOMÍN, se apreció por los sentenciadores 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 efecto, es 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.
- Asimismo, se resolvió que la SMA no ha efectuado una interpretación respecto al programa de seguimiento ambiental y de monitoreo, toda vez que únicamente recordó a CMNSpA el cumplimiento de las obligaciones derivadas de sus instrumentos de gestión ambiental, por lo que no existía ilegalidad alguna.
- viii. Respecto a la causa Rol **R-6-2018**, se estableció en primer lugar, que tal como lo ha sostenido la SMA, subsiste el deber de CMNSpA 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.
- ix. También, en cuanto a la falta del carácter disuasivo y sancionatorio de las sanciones de clausura, se estableció que se desprende de la normativa sancionadora ambiental, que el legislador ha establecido una máxima que para cada infracción debe aplicarse una sanción, con la excepción del artículo 60 de la ley N° 20.417, no existiendo impedimento para que ante hechos infraccionales con un mismo o similar nivel de gravedad, se aplica una misma sanción.
- x. Asimismo, del análisis efectuado por el tribunal se constató que la SMA fundó adecuadamente el descarte de daño ambiental en las aguas, así como la afectación a las mismas.
- xi. Los sentenciadores verificaron que el órgano sancionador realizó una adecuada ponderación de los hechos al absolver los cargos 23.13, 24.2 y 25, a pesar del allanamiento efectuado por el titular del proyecto respecto a los mismos.
- xii. En lo que se refiere a la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la ley N° 20.417, luego de un minucioso análisis de cada una de ellas, se descartó cualquier ilegalidad de las invocadas por las sociedades agrícolas, que justificaran la anulación de la resolución sancionatorio.

- i. Finalmente, el tribunal dejó asentado, a partir de lo solicitado por las reclamantes en su escrito principal, que el tribunal no podía reemplazar a la SMA en la determinación del contenido discrecional del acto anulado, esto es, imponer sanciones en la sentencia, como, fijar las sanciones que debía aplicar la entidad fiscalizadora.
-

SENTENCIA

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 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 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 Resolvo Segundo de la Res. Ex. N°477/2013, y la medida del numeral 3, del Resolvo 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 Resolvo 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 Resuelto 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 Resuelto 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 Resuelto 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 Resuelto 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 Manganese 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, acompañese 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 Manganese 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 Excm. 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 multispectrales 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 “Llaretá”, 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 Manganeso 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 irremediamente 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 irremediamente 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 Iltma. 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, entendiéndose

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 Excma. 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 ídem.

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 ídem que pesa sobre la Administración, lo que ha llevado a la aplicación redundante de 5 sanciones de clausura definitiva, mediante una forma de imputar y sancionar infracciones que ya ha sido ampliamente superada por la práctica sancionatoria ambiental.

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 intraprocesal, 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 comentario”, 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, contradictorio 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 calificadas como “incumplimientos graves de medidas”, por cuanto no cumplen con los requisitos de “centralidad” que ha definido la propia SMA para hacer aplicable la causal del 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 I. 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 Resuelto 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 Respeto 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 resuelto 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 impuestas 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 ponderaron 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, entendiéndose 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 petitorio 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 Excma. 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 Memorándum 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 I del Resuelto 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 resuelto 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 CMN SpA, 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-2014-2418-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 resolutive 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. 3º inciso segundo, 11 de la Ley N°18.575, 7º, 8º 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 decimotercero 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 impropio 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 ídem.

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 II) 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) Respetto 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 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” (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 los 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) Respetto 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 idem*, 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 decimooctavo. 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:

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”.

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

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:

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

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:

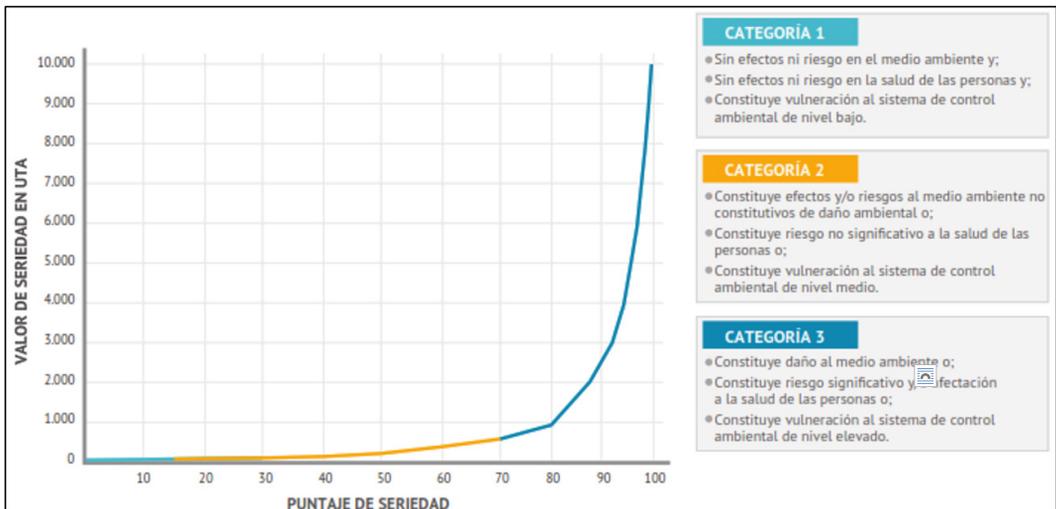


Figura 1. Valor de Seriedad como función del puntaje de seriedad. Muestra gráficamente la relación entre las variables de valor de seriedad, y puntaje de seriedad. Recuperado de Bases Metodológicas para la determinación de Sanciones Ambientales, Superintendencia del Medio Ambiente.

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 cuatragésimo 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 cuatragésimo 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 cuatragésimo 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:

$$Ke = Rf + \beta_{im} \times (Rm - Rf)$$

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:

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

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>

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% (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 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 Excm. 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 Excm. 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 idem.

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*, *Chaethanthera 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 *Chaethanthera 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 mantenimiento 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 permitan 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*, *Chaethanthera 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 adenañas 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 lorezmuelleri*), 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 candidatas 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 Excm. 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 acarrea 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. EBO = No se observa cambios ecológicos relevantes en los bordes de fragmentos de los hábitats.
- b. EBI = 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 decimooctavo. 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.

(I) 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 a 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 comentario 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 consecuencial 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 Manganeseo; 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 Manganeseo 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 Manganeso 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 comentario 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 Manganeso.

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 Manganese. A ello cabe agregar que, como pudieron constatar estos sentenciadores, la alegación relativa a la inexistencia de riesgos agudos o subcrónicos asociados al Manganese 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 Manganese 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 Manganese.

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 Manganese 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 Manganese, 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 Manganese. La 4^a 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 Manganese 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 Manganeseo 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 Manganeseo, 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 Manganeseo. Así, las conclusiones referidas al riesgo determinado frente a la exposición al Manganeseo 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 Manganeseo, 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 ocurrido 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 análisis de Manganeseo, 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 Manganeseo.

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 Manganeseo, 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 Manganeseo 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 Manganeseo, 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 período 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”.

Cuadringsentésimo. 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”.

Cuadringsentésimo 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.

Cuadringsentésimo 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.

Cuadringsentésimo 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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).

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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 trascienda en una ilegalidad del acto reclamado.

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

Cuadringsésimo 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 LO-SMA, 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 concurren en el caso específico, de acuerdo al art. 40 de la LO-SMA”; 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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).

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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 medía 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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 enmienda 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 vengan 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 idem* 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”.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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”.

Cuadringsésimo 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).

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo cuadragesimo 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.

Cuadringsésimo quincuagesimo. 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 cuadringsésimo octavo y siguientes, respecto al cargo N°23.9, por ser aplicable el mismo razonamiento allí expuesto.

Cuadringsésimo quincuagesimo 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.

Cuadringsésimo quincuagesimo 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.

Cuadringsésimo quincuagesimo 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 cuadringsésimo décimo séptimo y siguientes, que se dan por reproducidos.

Cuadringsésimo quincuagesimo 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).

Cuadringsésimo quincuagesimo 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.

Cuadringsésimo quincuagesimo 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.

Cuadringsésimo quincuagesimo 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 autorizadas 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 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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 cuadringsésimo 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).

Cuadringsésimo 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 presente 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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”.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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).

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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”.

Cuadringsésimo 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).

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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”.

Cuadringsésimo nonagésimo sexto. Que, en este sentido, respecto al subcargó 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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.

Cuadringsésimo 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 subcargó, 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 periodos 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 glaciar. 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 [$\text{media} \pm 0,75\sigma$], 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 glaciares 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 caso.

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, CMN SpA 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 idem*; 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 bis in idem.

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 idem* 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 parciales 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 —enfazando 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; Gascoïn, 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., Mlg, 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 deb 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, exigian 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 cuadragentésimo 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 aquéllas 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 la 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 decimooctavo. 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 consistió 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) Respecto 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 disociables, 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, “Suspender 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 SERNAGEOMIN 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 resuelto 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 resuelto 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 SERNAGEOMIN 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 resuelto 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 resuelto 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 las 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 decimooctavo. 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 resuelto 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 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 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 resuelto 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 respecto 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, 2ª 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: Respetto 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) Respetto 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 respetto 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 respetto 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 redundaría 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 considerando 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 acápites 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 definitiva.

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 la 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 Excm. 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:

$$Sanción = [Beneficio Económico (BE) + Componente de Afectación (CA)]$$

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:

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

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 sí 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:

Donde:

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

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 3º”. A su vez, el art. 3º 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 5º 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 CMN SpA, 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 trascurso 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 resuelto 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 resuelto 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 resuelto 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.

Causa R-33-2019

“Álvaro Castro Cepeda y otros con Servicio de Evaluación Ambiental”

SÍNTESIS

1. Datos del procedimiento

- Reclamante(s): Sr. Álvaro Rodrigo Castro Cepeda y otras 43 personas.
- Reclamado(s): Comisión de Evaluación Ambiental, Región de Coquimbo.
- Tercero(s) coadyuvante del reclamado: Compañía Minera Los Pelambres.

2. Hechos esenciales que originaron el procedimiento y decisión del asunto controvertido

El Sr. Castro Cepeda y otras 43 personas, todos habitantes de la localidad de Caimanes, reclamaron por el rechazo de la solicitud de invalidación interpuesta en contra de la resolución que calificó ambientalmente favorable el proyecto “Infraestructura Complementaria” de Compañía Minera Los Pelambres, ubicado en la región de Coquimbo.

Fundamentaron la reclamación en la infracción a las normas que regulan el procedimiento de participación ciudadana al no haberse efectuado ningún taller, charla o reunión en la localidad de Caimanes, en circunstancias que este sería el sector más próximo al tranque El Mauro.

El SEA, por su parte, sostuvo la improcedencia de la reclamación fundada en la falta de legitimidad de los reclamantes para deducir la acción, sobre la base del criterio de la invalidación propia e impropia. A su vez, la entidad evaluadora afirmó el cumplimiento de las normas que regulan el proceso de PAC, encontrándose ajustada a derecho la determinación de las actividades de participación realizadas durante la evaluación ambiental.

Finalmente, el Tribunal resolvió, por unanimidad, rechazar la reclamación interpuesta al no constatarse infracción alguna a las normas que regulan el proceso de participación ciudadana.

3. Principales controversias

- i. Si la acción del artículo 17 N°8 de la Ley N°20.600 es improcedente sobre la base del criterio de la invalidación propia e impropia.
- ii. Si hubo infracción a las normas que regulan el proceso de participación ciudadana del proyecto

4. Sentencia

El Tribunal consideró y resolvió:

- i. En cuanto a la procedencia de la acción sobre la base de los criterios de invalidación propia e impropia, que a partir de las características del procedimiento, los reclamantes se ampararon en la doctrina jurisprudencial de la invalidación impropia para interponer la reclamación en cuestión.
- ii. Sobre la base de lo anterior, se resolvió que atendido que el plazo para presentar la solicitud de invalidación por terceros absolutos era de 30 días, dicha petición resultó extemporánea en razón de haber sido presentada en un plazo superior a ocho meses posteriores a la dictación de la resolución que se pretendió invalidar.
- iii. Sin perjuicio de lo anterior, cumpliendo el derecho a tutela judicial efectiva y sin que tuviera incidencia en lo dispositivo del fallo, el Tribunal revisó la alegación de fondo de los reclamantes,

que decía relación con la supuesta infracción de parte del SEA de las normas que regulan el proceso de PAC, considerando en definitiva que el proceso se había llevado de acuerdo a la ley.

- iv. En concreto, se sostuvo por el Tribunal respecto a la alegación de no haberse realizado ningún taller, charla o reunión en la localidad de Caimanes, que el proyecto reclamado no consideraba partes, obras o actividades en dicho lugar, razón por la cual era dable entender la decisión de no realizar actividades de participación ciudadana, ya que la localidad no se vería afectada directa ni indirectamente por el proyecto.
-

SENTENCIA

Antofagasta, a cinco de octubre de dos mil veinte.

VISTOS:

1. Consta que con fecha 30 de octubre de 2019, compareció el Sr. Héctor Marambio Astorga (“reclamante”), cédula de identidad N°9.974.498-7, abogado, con domicilio en calle Santa Lucía N°256, oficina 1A, ciudad y comuna de Santiago, en representación convencional de los señores: Álvaro Rodrigo Castro Cepeda, con domicilio en calle 18 de septiembre N°25; Carmen Gloria Tapia Soto, con domicilio en Camino Público N°84C; Hilda del Carmen Escobar Tapia, con domicilio en calle 18 de septiembre N°25; Tatiana Fabiola Gallardo Medina, con domicilio en calle 18 de septiembre N°25; Albertina del Rosario Castro Rivera, con domicilio en calle 18 de septiembre N°22; Isabel de las Mercedes Escobar Salinas, con domicilio en calle Independencia sin número; Bernardita Isabel Meneses Castro, con domicilio en calle 18 de septiembre N°22; Sergio Alejandro Meneses Meneses, con domicilio en calle 18 de septiembre N°22; Matías Gabriel Varas Cepeda, con domicilio en calle 18 de septiembre N°25; José Miguel Castro Herrera, con domicilio en calle Independencia sin número; Ana Magdalena Castizaga Escobar, domiciliada en Villa Esperanza N°24; Rosa Delia Olivares Godoy, domiciliada en La Vega Casa Blanca N°145; Gabriel del Tránsito Carvajal Carvajal, domiciliado en Camino Público N°94C; Macarena Yoselyn Tapia Soto, domiciliada en Camino Público N°84C; Víctor Antonio Castro Cepeda, domiciliado en 18 de septiembre N°25; Gabriel Andrés Carvajal Tapia, domiciliado en Orfelía Farías sin número; Viviana de Lourdes Tapia Díaz, domiciliada en Orfelía Farías sin número; Eduardo Beltrán Araya Saavedra, domiciliado en 28 de marzo N°14; Vanessa Pilar Jamett Díaz, con domicilio en Camino Publico N°99A; Blanca Pilar Díaz Aguilera, con domicilio en Camino Publico N°99; Juana del Carmen Castro Rivera, con domicilio en calle Diego de Almagro N°68A; Maximiliano del Rosario Carvajal Tapia, domiciliado en Carrera sin número; Simón Andrés Tapia Vilches, domiciliado en Pasaje Norte sin número; Loreto Baytiare Silva Silva, domiciliada en Las Margaritas N°16; Damián Andrés Silva Silva, domiciliado en Las Margaritas N°16; Luis Hernán Cepeda Gaete, domiciliado en 18 de septiembre N°25; Fabián Aquiles Castro Cepeda, domiciliado en 18 de septiembre número N°24A; Samuel Castizaga Cáceres domiciliado en Calle Carrera N°80; Juan Urbano Castizaga Escobar, domiciliado en Población Nueva Esperanza sin número; Osvaldo Eduardo Olivares Godoy, domiciliado en Calle Diego de Almagro N°60A; Pedro del Rosario Tapia González, domiciliado en Camino Público N°140; Ricardo Alfredo Meneses Paredes, domiciliado en 18 de septiembre N°22; Alejandra Janina Olivares Huerta, domiciliada en Calle Carrera sin número; Pastoriza Elizabeth Olivares Godoy, domiciliada en calle Pedro Cándido sin número; Sergio Alexis Herrera Tapia, domiciliado en calle Las Virtudes N°22; Sinara Elizabeth Herrera Campos, domiciliada en calle Las Virtudes N°22; Ada Esther López Coroseo, domiciliada en calle Independencia N°206; Juan Bautista Tapia González, domiciliado en Camino Público N°140; Ramiro Eduardo Cortés Calderón, domiciliado en Villa Margarita, calle Las Camelias N°05; Nadia Romane Araya Araya, domiciliada en Pasaje Veintiocho de Marzo N°10; Celindo del Carmen Tapia Herrera, domiciliado en Pasaje Veintiocho de Marzo N°10; Keila Yarela Tapia Araya, domiciliada en Pasaje Veintiocho de Marzo N°10; Angela Jamilet Vilches Campos, domiciliada en Pasaje Vecina sin número; todos estos domicilios individualizados correspondientes a la localidad de Caimanes, comuna de Los Vilos. Los individualizados comparecen ante este Tribunal, conforme a lo establecido en el artículo 17 N°8 de la Ley 20.600, interponiendo reclamación judicial en contra de la Resolución Exenta N°107/2019 (“Res. 107” o “resolución reclamada”), de fecha 25 de septiembre de 2019, emanada del Servicio de Evaluación Ambiental (“SEA” o “reclamada”), la cual rechazó la solicitud de invalidación interpuesta por sus representados; y en contra de la Resolución Exenta N°0016/2018 (“Res. 16” o “RCA 16/2018”), de fecha 19 de febrero de 2018, que calificó favorablemente el proyecto denominado "Infraestructura Complementaria" (“INCO”) de la Compañía Minera Los Pelambres.

2. La reclamación judicial fue interpuesta en contra del Director(a) del SEA de la Región de Coquimbo, con domicilio para estos efectos en calle Miraflores N°222, piso N°19, Santiago. Con la finalidad de que este Ilustre Tribunal Ambiental declare que la Res. 16 y la Res. 107 no se ajustan a la normativa vigente y, en consecuencia,

sean dejadas sin efecto en todas sus partes, ordenando al Director Ejecutivo, calificar desfavorablemente el proyecto de Compañía Minera Los Pelambres.

I. Antecedentes del acto administrativo reclamado.

Con fecha 19 de febrero de 2018, mediante Res. 16, de la Comisión de Evaluación ambiental (“COEVA”) de la Región de Coquimbo, se decidió calificar favorablemente el Estudio de Impacto Ambiental (“EIA”) del proyecto “Infraestructura Complementaria” presentado por Minera Los Pelambres.

Con fecha 8 de noviembre de 2018, el reclamante interpuso ante la Directora Regional del SEA una solicitud de invalidación en contra de la decisión adoptada por la COEVA, la cual fue rechazada con fecha 24 de septiembre de 2019; dicha resolución es objeto de reclamación en la presente causa.

II. Antecedentes del proceso judicial de la reclamación:

En lo que respecta a la reclamación y el proceso jurisdiccional derivado de aquella en autos, consta lo siguiente:

A fs. 1, consta que el reclamante, en representación convencional de Álvaro Rodrigo Castro Cepeda y otros, con domicilio en la localidad de Caimanes, comuna de los Vilos, interpuso con fecha 30 de octubre de 2019, reclamación judicial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 N°8 de la Ley 20.600, en contra de la Resolución Exenta N°107/2019, emanada del SEA; y en contra de la Resolución Exenta N°0016/2018, de la COEVA de Coquimbo, que calificó favorablemente el proyecto denominado "Infraestructura Complementaria" de la Compañía Minera Los Pelambres, solicitando que este Ilustre Tribunal Ambiental declare que ambas Resoluciones Exentas no se ajustan a la normativa vigente y, en consecuencia, sean dejadas sin efecto en todas sus partes, ordenando a la Dirección Ejecutiva calificar desfavorablemente el proyecto citado. Además, en los otrosíes de su presentación, acompañó los siguientes documentos, los cuales solicitó tener por acompañados con citación:

1. Mandato Judicial de fecha 23 de diciembre de 2013, Repertorio N°1239
2. Mandato Judicial de fecha 09 de diciembre de 2013, Repertorio N°1.131.
3. Mandato Judicial de fecha 13 de diciembre de 2013, Repertorio N°1.160.
4. Mandato Judicial de fecha 06 de junio de 2016, Repertorio N°634.
5. Mandato Judicial de fecha 10 de febrero de 2017, Repertorio N°165
6. Mandato judicial de fecha 17 de febrero de 2017, Repertorio N°194

A fs. 427, este Tribunal, conforme lo dispuesto por el artículo 27 de la Ley N°20.600, admitió a trámite la reclamación y ordenó a la reclamada informar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley N°20.600.

A fs. 428, el reclamante acompañó los siguientes documentos con citación:

1. Copia autorizada de escritura extendida con fecha 17 de febrero de 2017 ante Notario público de Los Vilos de don Daniel Rojas Montaña, repertorio N°193-2017.
2. Copia autorizada de escritura extendida con fecha 6 de junio de 2016, ante Notario público de Los Vilos de don Hugo Ibacache Orrego, repertorio N°634-2016.
3. Copia autorizada de escritura extendida con fecha 10 de febrero de 2017, ante Notario público de Los Vilos de don Daniel Rojas Montaña, repertorio N°165-2017.
4. Copia autorizada de escritura extendida con fecha 23 de diciembre de 2010, ante Notario público de Los Vilos de don Cristián Villalobos Pellegrini, repertorio N°754-2010.

A fs. 451, el Tribunal resolvió tener por cumplido lo ordenado.

A fs. 452, el abogado Sr. Javier Naranjo Solano, cédula de identidad N°15.725.393-K y la abogada Sra. Yordana Mehsen Rojas, cédula de identidad N°16.399.666-9, en representación de la COEVA de Coquimbo, de conformidad al artículo 80 inciso 1° de la Ley 19.300, asumieron patrocinio y poder de la presente causa;

solicitando en el otrosí de dicho escrito ampliación de plazo para informar. Además, acompañó a su presentación el siguiente documento:

1. Mandato Judicial, Repertorio N°3.565-2018, otorgado en Notaría de don Alberto Mozo Aguilar, con fecha 22 de mayo de 2018.

A fs. 461, consta certificación del Sr. secretario del Tribunal Ambiental conforme a autorización delega poder.

A fs. 462, el Tribunal, proveyendo a la presentación de fs. 452, resolvió aceptar el patrocinio y poder sólo a la abogada Sra. Mehse; y, respecto a los otrosíes, resolvió tener presente, como se pide forma de notificación, concedió ampliación de plazo, en los términos solicitados por la parte reclamada, y tener por acompañado con citación los documentos indicados en dicha presentación.

A fs. 463, la abogada Sra. Mehse, en representación del Director Ejecutivo del SEA, delegó poder en la abogada Sra. Karina Fuentes Santander, cédula de identidad N°12.806.681-0.

A fs. 464, consta certificación del Sr. secretario del Tribunal Ambiental conforme a autorización delega poder.

A fs. 465, el Tribunal resolvió tener presente la delegación de poder.

A fs. 466, con fecha 26 de noviembre del 2019, la parte reclamada evacuó informe requerido por el Tribunal Ambiental, solicitando el rechazo de la acción de reclamación, en atención a los fundamentos de hecho y de derecho que se indicaron en el referido informe. Además, acompañó a su presentación los siguientes documentos:

1. Expediente administrativo foliado del procedimiento de evaluación ambiental del EIA del proyecto “Infraestructura Complementaria”, aprobado mediante la Res. 16, de la COEVA, con su respectivo certificado de autenticidad.
2. Expediente administrativo foliado del procedimiento de invalidación de la Resolución de Calificación Ambiental del Proyecto “Infraestructura Complementaria”, que concluye con la Res. 107, de la COEVA de Coquimbo, con su respectivo certificado de autenticidad.

A fs. 27605, los abogados Sres. Gabriel del Favero Valdés, cédula nacional de identidad N°5.892.251-1, y Mario Galindo Villarroel, cédula nacional de identidad N°9.427.689-6, en representación de Compañía Minera Los Pelambres (“MLP”), Rol Único Tributario N°96.790240-3, domiciliados para estos efectos en calle Badajoz N°45, piso 8, comuna de Las Condes, se hacen parte en el proceso en calidad de terceros independientes de la reclamada o, en subsidio, como terceros coadyuvantes, de conformidad a lo establecido en los artículos 17 N°8 y 18 N°7 de la Ley 20.600, en relación con el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil. Además, éstos acompañaron a su presentación el siguiente documento:

1. Escritura pública de mandato judicial suscrita con fecha 28 de noviembre de 2019, otorgada por Notario Público Titular de la 33° Notaría de Santiago, en la cual consta personería para actuar en representación de Compañía Minera Los Pelambres.

A fs. 27615, el Tribunal resolvió tenerlos como terceros coadyuvantes de la parte reclamada, en representación de MLP a los abogados Sres. Gabriel del Favero Valdés y Mario Galindo Villarroel. Al primer otrosí, tener por acompañado los documentos con citación; al segundo otrosí, tenerlo presente; y al tercer otrosí, como se pide, notificar de acuerdo al artículo 22 de la Ley 20.600.

A fs. 27616, el relator de la causa certificó que, de acuerdo artículo 372 N°3 del Código Orgánico de Tribunales, la causa quedó en estado de relación.

A fs. 27617, el reclamante delegó poder al abogado Sr. Mauricio Maturana Celedón, domiciliado para estos efectos en calle Morandé N°322, Oficina 702, Santiago.

A fs. 27618, con fecha 10 de diciembre del 2019, consta certificación del Sr. secretario del Tribunal Ambiental, conforme a autorización delega poder.

A fs. 27619, el Tribunal resolvió tenerlo presente.

A fs. 27620, el Tribunal, atendiendo el estado procesal de autos, resolvió fijar fecha para vista de la causa para el día 24 de marzo de 2020.

A fs. 27621, mediante presentación de escrito de fecha 2 de enero del 2020, el abogado Sr. Esteban Vilches Celis, cédula de identidad N°10.273.346-0, conforme a lo establecido en el inciso final del artículo 18 de la Ley 20.600,

y en relación con el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, en virtud de la presentación del Comité de Defensa de Caimanes, se hizo parte en la reclamación, en calidad de tercero coadyuvante de la parte reclamante. Además, acompañó a su presentación los siguientes documentos, con citación:

1. Copia mandato amplio judicial y extrajudicial, otorgado por el Comité de Defensa de Caimanes mediante escritura pública extendida ante el Notario de Los Vilos, con fecha 1° de febrero de 2019.
2. Copia de Certificado de Vigencia y Directorio N°405 para Organizaciones Comunitarias regidas por la Ley N°19.418.
3. Certificado emitido por el Comité de Defensa de Caimanes, con fecha 23 de agosto de 2019, que contiene la nómina actualizada de los integrantes de dicha organización comunitaria.

A fs. 27663, el Tribunal resolvió tenerlo como tercero coadyuvante de la parte reclamante y a los otrosíes resolvió como se pide.

A fs. 27664, el Tribunal, por razones de buen funcionamiento, modificó lugar de realización de la vista de la causa, fijando como nueva dependencia la Corte de Apelaciones de Antofagasta.

A fs. 27665, con fecha 18 de marzo del 2020, el abogado Sr. Javier Vergara Fisher acompañó patrocinio y poder, y solicitó la suspensión de la audiencia de alegatos, en atención a las condiciones sanitarias por COVID-19 o, en su defecto, la realización de la misma por sistema de videoconferencia.

A fs. 27667, el Tribunal, proveyendo presentación de fs. 27665 de autos, resolvió tener presente el patrocinio y poder; y a los otrosíes concedió traslado.

A fs. 27668, el abogado Sr. José Miguel Prado Ovalle, en representación del Director Ejecutivo del SEA, evacuó traslado señalando que se allana a la pretensión del tercero coadyuvante del reclamado, en cuanto a la suspensión de audiencia o bien la realización de la misma por sistema de videoconferencia.

A fs. 27671, el abogado Sr. Marambio evacuó traslado, señalando que se allana a la pretensión del tercero coadyuvante del reclamado, en cuanto a la suspensión de audiencia, oponiéndose en el otrosí a la realización de la audiencia por sistema de videoconferencia.

A fs. 27673, con fecha 19 de marzo del 2020, el abogado Sr. Vilches Celis, en representación del Comité de Defensa de Caimanes evacuó traslado conferido allanándose a la petición de suspensión de la audiencia, y oponiéndose a la realización de ésta por sistema de videoconferencia.

A fs. 27675, el Tribunal resolvió acoger suspensión de audiencia.

A fs. 27676, el Tribunal fijó nueva fecha de audiencia para el día jueves 28 de mayo del 2020, en modalidad de videoconferencia, en consideración la emergencia sanitaria por COVID-19, debiendo las partes anunciarse hasta antes de mediodía del día anterior a aquél fijado para la audiencia.

A fs. 27678, con fecha 28 de abril del 2020, el reclamante interpuso recurso de reposición en contra de la resolución del Tribunal Ambiental, de fecha 24 de abril de 2020, a fs. 27676, solicitando la disposición de una dependencia del poder judicial en la ciudad de Santiago, para que las partes puedan concurrir a celebrar la audiencia de alegatos.

A fs. 27681, el Tribunal rechazó reposición interpuesta por el reclamante.

A fs. 27682, con fecha 14 de mayo del 2020, la abogada Sra. Mehzen por parte reclamada delegó poder en el abogado Sr. Carlos Daniel Espinoza Vargas, cédula de identidad N°12.010.516-0, domiciliado para estos efectos en calle Miraflores N°222, piso 19, Santiago.

A fs. 27683, consta certificación del Sr. secretario del Tribunal Ambiental, en cuanto a la delegación de poder conferida por la Sra. abogada Yordana Mehzen Rojas al abogado Sr. Carlos Daniel Espinosa Vargas.

A fs. 27685, con fecha 23 de mayo del 2020, el abogado Sr. Vilches Celis, en representación del Comité de Defensa de Caimanes como tercero coadyuvante de la reclamante, interpuso recurso de reposición en contra de la resolución del Tribunal Ambiental de fecha 24 de abril de 2020, solicitando la suspensión de la audiencia fijada para el 28 de mayo del 2020 hasta la normalización de la situación nacional por pandemia de Covid-19.

A fs. 27688, el abogado Sr. Vergara, en representación del tercero coadyuvante MLP, solicitó a este Tribunal

rechazar la reposición presentada a fs. 27685. Además, acompañó a su presentación el siguiente documento:

1. Constancia de la vista de la causa R-200-2018, emitida por el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, donde se verifica la participación efectuada por parte del abogado Esteban Vilchez Celis.

A fs. 27691, con fecha 25 de mayo del 2020, el abogado Sr. Vilches Celis, en representación del Comité de Defensa de Caimanes como tercero coadyuvante de la reclamante, solicitó a este Tribunal resolver sobre recurso de reposición presentado por dicha parte con fecha 23 de mayo de 2020.

A fs. 27695, mediante presentación de escrito de fecha 25 de mayo del 2020, el abogado Sr. Vergara Fisher, en representación del tercero coadyuvante MLP, solicitó tener presente lo expuesto y rechazar reclamación deducida, con costas. Además, acompañó los siguientes documentos:

1. Acta de las asambleas acuerdo de caimanes de fecha 15 de septiembre de 2015.
2. Acta de fecha 16 de septiembre de 2015.
3. Acta de fecha 24 de septiembre de 2015.
4. Acta de fecha 30 de septiembre de 2015.
5. Acta de fecha 7 de octubre de 2015.
6. Acta de fecha 8 de octubre de 2015.
7. Acta de fecha 22 de octubre de 2015.
8. Acta de fecha 11 de noviembre de 2015.
9. Acta de fecha 18 de noviembre de 2015.
10. Acta de fecha 1 de diciembre de 2015.
11. Acta de fecha 16 de febrero de 2016.
12. Acta de fecha 23 de febrero de 2016.
13. Acta de fecha 08 de marzo de 2016.
14. Acta de fecha 22 de marzo de 2016.
15. Acta de fecha 21 de abril de 2016.
16. Acta de fecha 28 de abril de 2016.
17. Acta de fecha 7 de julio de 2016.
18. Acuerdo marco de relacionamiento comunitario suscrito con personas de la localidad de Caimanes.
19. Carta de 446 habitantes de Caimanes, dirigida a MLP.
20. Carta de fecha 29 de enero de 2016, de Minera Los Pelambres, en respuesta a la carta de fecha 12 de enero de 2016.
21. Facturas N°S44 de fecha 21 de marzo de 2016, emitida por Eleodoro Godoy Contreras a Visiona RSE y Gestión Social Limitada.
22. Factura N°177 de 28 de marzo de 2016, emitida por doña María Alicia Cepeda Gaete, a Visiona RSE y Gestión Social Limitada.
23. Informe de Visiona elaborado en marzo de 2020, que da cuenta de las gestiones de PACA en Caimanes.
24. Noticia publicada en el Semanario de Economía y Desarrollo de la Región de Coquimbo "Tiempo".
25. Carta a familias de la localidad de Caimanes, de fecha 10 de febrero de 2020.

26. Cartas de 6 de marzo de 2020 dirigida a MLP.
27. Sentencia de la Corte Suprema causa Rol NºII.512-2015.
28. Sentencia causa Rol Nº16.263-2015.
29. Sentencia de nulidad y reemplazo causa Rol S.737-2018.
30. Sentencia causa Rol Nº44.326-2017.
31. Ord. CE Nº116 de 22 de julio de 2016 enviado por la Directora Regional del SEA Región de Coquimbo.
32. Fotografías y vídeos de actividad de casa Abierta en Los Vilos.
33. Listado oficial de personas de Caimanes que asistieron a la Casa Abierta de Los Vilos.
34. Listado Excel que da cuenta la entrega de invitación a personas de Caimanes.
35. Formato invitación a Casa Abierta del Gimnasio de Los Vilos, para presentación el proyecto INCO.
36. Factura Nº01680 de fecha 21 de marzo de 2016, emitida por don Alonso Velicando Aguirre Rojas, a Visiona RSE y Gestión Social Limitada.
37. Certificados de difusión de la PAC del canal Ultra visión, Canal 4, Radio Imaginación, Radio Balneario y Radio Valle de Caimanes y Radio Ensenada Los Vilos.

A fs. 27874, el Tribunal Ambiental, proveyendo presentaciones de fs. 27.691 y siguientes, fs. 27695 y siguientes, resolvió tenerlo presente, mientras que al otrosí tener por acompañados los documentos con citación.

A fs. 27875, con fecha 26 de mayo del 2020, el abogado Sr. Espinoza Vargas, en representación del Director Ejecutivo del SEA, se anunció para alegar la vista de la causa por un lapso de 30 minutos, por sistema de videoconferencia.

A fs. 27876, el Tribunal, proveyendo presentación de fs. 27875 de autos, resolvió tener presente por el tiempo solicitado.

A fs. 27877, el Tribunal, proveyendo las presentaciones efectuadas por el tercero coadyuvante de la parte reclamante, en representación del Comité Defensa de Caimanes, y la presentación efectuada por parte del tercero coadyuvante de la parte reclamada, en representación de Minera Los Pelambres, resolvió rechazar la reposición interpuesta por el tercero coadyuvante de la parte reclamante con fecha 23 de mayo de 2020, a fs. 27.685 y siguientes, sin costas.

A fs. 27879, con fecha 26 de mayo del 2020, el abogado Sr. Vilches Celis, en representación del Comité de Defensa de Caimanes como tercero coadyuvante de la reclamante, se anunció para alegar para la vista de la causa por un lapso de 30 minutos, por sistema de videoconferencia. En el otrosí solicitó la reserva del derecho a reclamar la nulidad de la vista de la causa y a solicitar las medidas de protección pertinentes en caso de afectación al debido proceso.

A fs. 27882, el abogado Sr. Vergara Fisher, en representación del tercero coadyuvante Minera Los Pelambres, se anunció para alegar por un lapso de 30 minutos, por sistema de videoconferencia.

A fs. 27884, el abogado Sr. Marambio Astorga, por la parte reclamante, se anunció para alegar por un lapso de 20 minutos, por sistema de videoconferencia.

A fs. 27885, el Tribunal, proveyendo la presentación de fs. 27884, de autos, resolvió tener por anunciado por el tiempo solicitado.

A fs. 27886, el abogado Sr. Vergara Fisher, en representación del tercero coadyuvante Minera Los Pelambres, mediante presentación de escrito de fecha 27 de mayo del 2020, acompañó los siguientes documentos:

1. Certificado de defunción de doña Albertina Castro Rivera.
2. Certificado de defunción de don Samuel Castizaba Cáceres.
3. Certificado de defunción de doña Juana del Carmen Castro Rivera.

4. Noticia del diario U. Chile, de fecha 04 de mayo de 2016, en relación a proyecto Caimanes.

A fs. 27894, el Tribunal, proveyendo presentación de escrito de fs. 27886, resolvió tener por acompañados los documentos, con citación.

A fs. 27895, con fecha 28 de mayo del 2020, consta acta de instalación de sala, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 N°2 del Código Orgánico de Tribunales.

A fs. 27896, con fecha 28 de mayo del 2020, el abogado Sr. Vilches Celis, en representación del Comité de Defensa de Caimanes como tercero coadyuvante de la reclamante, hizo uso de la citación y objetó los documentos presentados por la contraria con fecha 25 de mayo del 2020. Además, acompañó a su presentación de escrito los siguientes documentos, con citación:

1. Artículo publicado por la Fundación Danielle Miterrand, doña Elif Karakartal.
2. Video de 20 segundos de duración, grabado en el tranque de relaves el lunes 25 de mayo de 2020.
3. Copia de querrela presentada con fecha 13 de febrero de 2017.
4. Copia de declaración del señor Jorge Araneda Alcaíno, gerente de sustentabilidad de Minera Los Pelambres, ante el Ministerio Público, con fecha 21 de marzo de 2018.

A fs. 27962, el abogado Sr. Carlos Espinoza Vargas, en representación del Director Ejecutivo del SEA, mediante presentación de escrito, acompañó minuta de alegatos utilizada en la audiencia de fecha 28 de mayo de 2019.

A fs. 27982, con fecha 28 de mayo del 2020, el reclamante acompañó los siguientes documentos:

1. Copia de Recurso de Protección Rol 809-2020, ante la Iltma. Corte de Apelaciones de La Serena.
2. Copia autorizada de certificado de ingreso del recurso referido en el numeral precedente.
3. Copia autorizada de providencia que recayó en el recurso de protección referido en el número 1 de este otrosí
4. Capturas de pantalla de videos publicados por Radio Los Vilos con fechas 10 y 12 de mayo.
5. Fallo dictado por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 6 de noviembre del año 2006, causa Rol 12004-2005.
6. Fallo dictado por la Excma. Corte Suprema con fecha 4 de julio del año 2013, causa Rol 19-2013.
7. Fallo dictado por la Excma. Corte Suprema con fecha 21 de octubre del año 2014, en la causa Rol 12938-2013.
8. PDF que contiene los links de dos videos publicados por Radio Los Vilos, con fecha 12 de mayo del 2020 y 26 de mayo del mismo año.
9. Certificados de residencia de los representados, otorgados con fecha 25 de mayo del año 2020.
10. Copias de inscripciones de dominio de los representados.
11. Copia de escrito presentado el 25 de diciembre del año 2013, en la causa Rol 7891-2008.

A fs. 28176, el abogado Sr. Vergara Fisher, como tercero coadyuvante de la reclamada, mediante presentación de escrito de fecha 28 de mayo del 2020, de conformidad al art. 348 bis del Código de Procedimiento Civil en relación al art. 47 de la Ley 20.600, solicitó audiencia de percepción electrónica. Además, acompañó a su presentación los siguientes documentos:

1. Copia de transacción entre sociedad Agrícola y Comercial Mauro Limitada y Minera Los Pelambres, de fecha 23 de octubre de 2008.
2. Copia de acta del 25 de junio de 2015 del Comité de Defensa Caimanes.

A fs. 28197, el Tribunal, proveyendo presentación de fs. 27896, resolvió tener presente y tener por acompañados con citación. A presentación de fs. 27962, el Tribunal resolvió tener por acompañada minuta de alegato. A presentación de fs. 27.982 del reclamante, de fecha 28 de mayo de 2020, se resolvió tenerlo presente, y por acompañados los documentos, con citación.

A fs. 28198, con fecha 28 de mayo del 2020, consta certificación de realización de audiencia.

A fs. 28199, con fecha 28 de mayo del 2020, el relator de la causa, certificó que la causa se encuentra en estudio.

A fs. 28200, el abogado Sr. Espinoza Vargas, en representación del Director Ejecutivo del SEA, se anunció para Audiencia de Percepción Documental, mediante sistema de videoconferencia.

A fs. 28201, el abogado Sr. Marambio, se anunció para Audiencia de Percepción Documental, mediante sistema de videoconferencia.

A fs. 28202, el abogado Sr. Esteban Vilches Celis, en representación del Comité de Defensa de Caimanes como tercero coadyuvante de la reclamante se anunció para Audiencia de Percepción Documental, mediante sistema de videoconferencia.

A fs. 28203, el abogado Sr. Vergara Fisher, como tercero coadyuvante de la reclamada, mediante presentación de escrito de fecha 1° de junio del 2020, observó los documentos presentados por la reclamante y su tercero coadyuvante, con fecha 28 de mayo de 2020, solicitando a este Tribunal Ambiental tener presente las observaciones planteadas.

A fs. 28211, el abogado Sr. Javier Vergara Fisher, como tercero coadyuvante de la reclamada, delegó poder a la abogada Sra. Fabiola Soto Lavín.

A fs. 28212, con fecha 1° de junio del 2020, los Sres. abogados en representación de Minera Los Pelambres, tercero coadyuvante de la reclamada Javier Vergara Fisher y Fabiola Soto Lavín, se anunciaron para Audiencia de Percepción Documental, de fecha 03 de junio de 2020.

A fs. 28213, consta certificación del Sr. secretario del Tribunal Ambiental, en cuanto a la delegación de poder del abogado Sr. Javier Vergara Fisher a la Sra. Abogada Fabiola Soto Lavín.

A fs. 28214, el Tribunal, proveyendo presentación de fs. 28.200, fs. 28201 y fs. 28202, resolvió tenerlos por anunciados. Además, proveyendo presentación de fs. 28.203, de fecha 01 de junio de 2020, y presentación de fs. 28211 de fecha 01 de junio del 2020, efectuada por el abogado Sr. Javier Vergara Fisher, resolvió tenerlo presente y tener presente la delegación de poder. En cuanto a presentación de fs. 28.212 de autos, fecha 1 de junio de 2020, el Tribunal resolvió tenerlos por anunciados.

A fs. 28215, consta acta de instalación de Audiencia de Percepción Documental, de fecha 3 de junio del 2020.

A fs. 28216, consta la realización de Audiencia de Percepción Documental, con fecha 3 de junio del 2020.

A fs. 28224, el abogado Sr. Vilches Celis, en representación del Comité de Defensa de Caimanes como tercero coadyuvante de la reclamante, mediante presentación de escrito de fecha 6 de junio del 2020, y haciendo uso de la citación conferida, realizó observaciones de los documentos acompañados por el tercero coadyuvante de la reclamada.

A fs. 28229, con fecha 6 de junio del 2020, el reclamante formuló observación de documentos acompañados por la contraria, y solicitó a este Tribunal decretar medidas para mejor resolver.

A fs. 28249, el Tribunal proveyendo a fs. 28.224, tener presente lo expuesto por la reclamante. Proveyendo presentación de fs. 28.229, efectuada el abogado Sr. Héctor Marambio Astorga, el Tribunal resolvió a lo principal tenerlo presente, al otrosí proveyó estese al mérito de autos.

A fs. 28250, el Tribunal, proveyendo presentación de fs. 28229, al otrosí y siguientes, resolvió tenerlo presente. Además, decretó como medida para mejor resolver solicitar al SEA informar, dentro del plazo de 10 días hábiles, cuáles fueron los criterios por los cuales se dispuso llevar a cabo Participación Ciudadana en las localidades de Salamanca, Illapel y Los Vilos.

A fs. 28251, con fecha 22 de junio del 2020, el abogado Sr. Mauricio Maturana, por la parte reclamante, solicitó tener presente delegación de poder, y señaló forma de notificación.

A fs. 28252, el Tribunal resolvió estese al mérito de autos.

A fs. 28253, el abogado Sr. Vergara Fisher, mediante presentación de escrito de fecha 30 de junio del 2020, en atención a la facultad del artículo 43 de la Ley N°20.600 solicitó al Tribunal Ambiental, decretar medida para mejor resolver, tener a la vista la causa C-570-2016, del Juzgado de Illapel, además, acompañó a su presentación los siguientes documentos:

1. Escrito presentado por don Pedro Alberto Bravo Donoso, don Alberto Leonardo Carvajal Cortés y don Jorge del Carmen Calderón Tapia al Juzgado de Letras de Illapel en causa C-570-2016, en el Juzgado de Letras de Illapel, con fecha 24 de octubre de 2016, Repertorio N°II.999-2016.

2. Copia de la escritura pública de Transacción y Constitución de Servidumbre Minera celebrada entre Pedro Alberto Braco Donoso y otros y Minera Los Pelambres en el marco de la causa C-570-2016 ante el Juez de Letras de Illapel, con fecha 24 de octubre de 2016 Repertorio N°II.002-2016.

3. Copia de la escritura pública de Transacción celebrada Alicia del Carmen Gladinier y Minera Los Pelambres en el marco de la causa C-570-2016 ante el Juez de Letras de Illapel, con fecha 05 de diciembre de 2016 Repertorio N°B.627-2016.

4. Copia de escritura pública de ratificación de servidumbre minera entre Alicia del Carmen Bravo Ladinería Minera Los Pelambres, en el marco de la causa C-570-2016 ante el Juez de Letras de Illapel, con fecha 13 de noviembre de 2017, Repertorio N°18.599-2017.

A fs. 28345, el reclamante, en lo principal, solicitó al Tribunal Ambiental tener presente una serie de consideraciones, en relación al escrito presentado por el abogado Sr. Vergara con fecha 30 de junio del año 2020.

A fs. 28348, con de fecha 2 de julio del 2020, el SEA cumplió lo ordenado por el Tribunal e informó sobre los criterios de Participación Ciudadana en las localidades de Salamanca, Illapel y Los Vilos, en relación al proyecto Infraestructura Complementaria del titular Minera Los Pelambres.

A fs. 28376, el Tribunal, proveyendo a la presentación de fs. 28253 del tercero coadyuvante de la parte reclamada, a lo principal resolvió tener presente y al otrosí resolvió no ha lugar por extemporáneo. Además, el Tribunal, proveyendo la presentación de fs. 28.345 y siguientes de autos, resolvió tenerlo presente. Proveyendo al otrosí de fs. 28.348 y siguientes de autos, se resolvió, por cumplido lo ordenado, y tenerlo presente.

A fs. 28377, el relator de la causa Pablo Miranda Nigro certificó que la causa quedó en acuerdo.

A fs. 28378, el Tribunal designó como Ministro Redactor al Sr. Mauricio Oviedo Gutiérrez.

CONSIDERANDO:

Principales argumentos y defensas planteadas por las partes:

Primero. Que, conforme a los argumentos expuestos por la parte reclamante y las alegaciones y defensas de la parte reclamada las cuales constan en autos y que se dan por reproducidas, se han determinado como principales hechos controvertidos de la causa, los siguientes:

I.- En cuanto a los argumentos de forma. Eventual improcedencia del reclamo de autos.

1. La acción del artículo 17 N°8 de la Ley 20.600 sería improcedente sobre la base del criterio de la invalidación propia e impropia.
2. La improcedencia de la invalidación ante la existencia de una vía recursiva. Aplicabilidad de la norma de clausura contenida en el artículo 17 N°8 de la Ley 20.600.

II.- En cuanto a los argumentos de fondo:

3. En relación al supuesto interés legítimo de la comunidad afectada, Caimanes.
4. En relación al proceso de participación ciudadana del proyecto.

La acción del artículo 17 N°8 de la Ley 20.600 sería improcedente sobre la base del criterio de la invalidación propia e impropia.

Segundo. Que, a juicio del reclamado, la Ley 20.600 estableció un nuevo recurso, que corresponde a la invalidación impropia, que toma como base lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 19.880, distinguiéndose jurisprudencialmente entre la invalidación propiamente tal, que corresponde a la potestad del artículo 53 de la Ley N°19.880, y la invalidación impropia o recurso, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 17 N°8 de la Ley 20.600, realizándose por parte del reclamado un extenso desarrollo jurisprudencial sobre este punto y concluyendo que existen dos clases de invalidaciones: i) la contenida en el artículo 53 de la Ley 19.880, que correspondería a la invalidación facultad que tiene la administración para volver sobre sus propios actos; y, ii)

la creada a partir del artículo 17 N°8 de la Ley 20.600, que consagra un nuevo recurso a partir del cual se puede obtener la nulidad de un acto administrativo de carácter ambiental.

Tercero. Que, este nuevo recurso corresponde a la invalidación impropia y difiere de la invalidación del artículo 53 de la Ley 19.880, ya que éste constituye en realidad un reclamo de ilegalidad contra un acto administrativo de carácter ambiental; un reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental, con agotamiento previo de la vía administrativa.

Cuarto. Que, en cuanto al plazo para su interposición, se indica que es de treinta días, ya que precisamente ese es el término que se estatuye para los reclamos administrativos y ante el Tribunal en las diversas normas de la Ley 19.300.

Quinto. Que, en el caso de autos, sostiene el SEA, la solicitud de invalidación fue presentada fuera del plazo de treinta días antes mencionado, por lo que la invalidación presentada corresponde a una invalidación propiamente tal, la que de acuerdo al art. 53, permite impugnar únicamente el acto administrativo invalidatorio ante los tribunales en un procedimiento breve y sumario, y no aquel acto administrativo que rechaza la invalidación.

Sexto. Que, la acción de autos se ha interpuesto en contra de un acto que resuelve rechazar la solicitud de invalidación, por lo cual es claro que la reclamación no puede prosperar por falta de legitimidad activa de los reclamantes para la interposición de la acción dispuesta en el inciso final del artículo previamente mencionado.

Séptimo. Que, a juicio del SEA, los reclamantes no contarían con legitimación activa para interponer la presente reclamación, ya que la potestad de invalidación del artículo 53 de la Ley 19.880 permite recurrir ante tribunales sólo a aquel interesado en contra del acto invalidatorio, no teniendo tal carácter una resolución que resuelve rechazar una solicitud de invalidación.

Octavo. Que, sobre este punto, cabe primeramente señalar que el artículo 17 de la Ley 20.600, fija la competencia de los Tribunales Ambientales, señalando en su N°8 que ellos conocerán “de las reclamaciones en contra de la resolución que resuelva un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental. El plazo para la interposición de la acción será de treinta días contado desde la notificación de la respectiva resolución. Para estos efectos, se entenderá por acto administrativo de carácter ambiental toda decisión formal que emita cualquiera de los organismos de la Administración del Estado mencionados en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que tenga competencia ambiental y que corresponda a un instrumento de gestión ambiental o se encuentre directamente asociado con uno de éstos. Será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental que ejerza jurisdicción en el territorio en que tenga su domicilio el órgano de la Administración del Estado que hubiere resuelto el procedimiento administrativo de invalidación. En los casos de los numerales 5) y 6) del presente artículo no se podrá ejercer la potestad invalidatoria del artículo 53 de la ley N°19.880 una vez resueltos los recursos administrativos y jurisdiccionales o transcurridos los plazos legales para interponerlos sin que se hayan deducido”.

Noveno. Que, en ese orden de ideas, se hace necesario dilucidar cuál es el alcance de la norma antes transcrita, la que consagra una acción ante el Tribunal Ambiental “en contra de la resolución que resuelva un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental”.

Décimo. Que, sobre el particular, la Excm. Corte Suprema ha concluido que la referida acción se trata de “(...) un recurso diferente a la invalidación establecida en el artículo 53 de la Ley N°19.880, lo que, por lo demás, aparece de manifiesto de lo estatuido en el inciso final del propio artículo 17 N°8 de la Ley N°20.600, en cuanto dispone que en los casos que indica ‘no se podrá ejercer la potestad invalidatoria del artículo 53 de la ley N°19.880’, mención que sólo se justifica tratándose de un recurso distinto de aquel del inciso primero del mismo número”. Agrega la sentencia que “la confusión por la utilización del término ‘invalidación’ para establecer un recurso, proviene de que siempre se ha sostenido que la invalidación es una facultad y no un recurso, y que, como tal, la Administración puede, si lo estima conveniente, dejar sin efecto un acto administrativo por ser contrario al ordenamiento jurídico. La posibilidad de recurrir ante un tribunal sólo se entrega a quien es afectado por la invalidación, cuando ella se produce, pero no, cuando habiendo sido solicitada, no se accede a la misma. Sobre esto no hay discusión ni en la doctrina, ni en la ley, ni en la jurisprudencia judicial ni de la Contraloría General de la República (...)” (Corte Suprema, Sentencia de Reemplazo Rol N°16.263-2015, considerandos D y E).

Undécimo. Que, asentado lo anterior, es necesario entonces distinguir, por una parte, entre este recurso que denominaremos “invalidación impropia”, y la invalidación propiamente tal. Esta última siempre es procedente, esto es, la Administración, en el plazo de dos años, y de acuerdo con el artículo 53 de la Ley N°19.880, podrá

siempre, de oficio o a petición de parte, “invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado”. Si se formula petición de parte y la autoridad decide no invalidar, entonces no existe ningún recurso, pues se trata, como se ha venido diciendo, de una facultad y no de un recurso. Si, por el contrario, invalida, procede recurso, como señala el inciso final del artículo 53 ya citado. La diferencia está en que aquí, tratándose de un acto administrativo de carácter ambiental, el recurso no es ante “los tribunales de justicia”, como se prevé en el artículo 53, sino ante el Tribunal Ambiental, atendido la competencia que le señala el artículo 17 N°8, y en el plazo de treinta días que contempla dicha disposición. En esto la única diferencia con la invalidación “normal” es el plazo y el tribunal competente.

Duodécimo. Que, en cuanto a la otra invalidación, es decir, la invalidación recurso o “invalidación impropia”, es preciso consignar que ella constituye en realidad un reclamo de ilegalidad contra un acto administrativo de carácter ambiental; un reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental, con agotamiento previo de la vía administrativa.

Decimotercero. Que, del tenor del escrito de reclamación que da origen a estos autos es posible advertir que dicha reclamación se efectuó en base a lo dispuesto en el artículo 17 N°8 de la Ley 20.600, dentro del plazo de treinta días que dicha norma contempla, y que la acción a que se refiere esta última disposición fue ejercida respecto a la Resolución Exenta 107/2019, en relación con la Resolución Exenta 0016/2018, ambas de la COEVA de Coquimbo. Lo anterior permite concluir a estos sentenciadores que el actor se amparó en la doctrina jurisprudencial de la invalidación impropia para interponer la reclamación de autos.

Decimocuarto. Que, habiéndose despejado que la invalidación interpuesta en estos autos corresponde a la impropia o recurso, de acuerdo al artículo 17 N°8 de la Ley 20.600, corresponde ahora determinar cuál es el término con el que contaban los reclamantes -en su calidad de terceros absolutos- para interponer la solicitud de invalidación ante la autoridad ambiental y, en consecuencia, si la solicitud de autos fue interpuesta dentro de plazo.

Decimoquinto. Que, respecto a este último punto, ha imperado un criterio de interpretación armónica entre los plazos previstos tanto en la Ley 19.300 como en la Ley 20.600, sosteniendo que “(...) el término es de 30 días, puesto que es el plazo que se señala para los reclamos administrativos y ante el tribunal en las diversas normas de la Ley N°19.300. Este criterio permite equilibrar un plazo razonable para los terceros absolutos que soliciten la invalidación de una Resolución de Calificación Ambiental, dado que el fin de la limitación temporal de la potestad invalidatoria bajo este supuesto, es asegurar la estabilidad de la RCA en el contexto de su naturaleza de acto administrativo de carácter ambiental” (Sentencia Corte Suprema Rol N°46.326-2017, considerando séptimo).

Decimosexto. Que, en efecto, en el caso que la invalidación sea presentada por un tercero ajeno al procedimiento que dio lugar a una RCA, el plazo para presentar su solicitud se encuentra afecta a las limitaciones que prevé el inciso final del numeral 8° del art. 17 de la Ley 20.600. En el caso de autos, los reclamantes sólo pudieron haber solicitado la invalidación dentro del plazo que el legislador prevé para deducir los recursos procedentes, esto es, treinta días, al carecer del carácter de interesado en el respectivo procedimiento de evaluación ambiental y, por ende, no encontrarse en los supuestos de impugnación especial de la RCA.

Decimoséptimo. Que, en mérito de lo precedentemente expuesto, y atendido que la solicitud de invalidación administrativa se dedujo ante la Administración con fecha 8 de noviembre de 2018, respecto de la Resolución Exenta 0016/2018, de 19 de febrero del mismo año, este Tribunal hará lugar a las alegaciones efectuadas por la reclamada. Lo anterior, por cuanto el ejercicio de la solicitud de invalidación que dio lugar a la presente causa resulta extemporáneo, en razón de haber sido presentada en un plazo superior a los ocho meses posterior a la dictación de la resolución que se pretendió invalidar.

Decimooctavo. Que, en mérito de lo anterior, este Tribunal acogerá la alegación relativa a la invalidación impropia planteada por el Servicio de Evaluación Ambiental y, en definitiva, rechazará la reclamación judicial interpuesta en estos autos, en los términos que se señalará en la parte resolutive de esta sentencia, omitiendo su pronunciamiento respecto de las restantes materias controvertidas por ser incompatible e innecesario pronunciarse al respecto.

Decimonoveno. Que, sin perjuicio de lo resuelto en los párrafos anteriores, en la búsqueda del cumplimiento del derecho a tutela judicial efectiva, y sin que tenga incidencia en lo dispositivo del fallo, este Tribunal procederá a revisar las alegaciones de fondo del reclamante, las cuales dicen relación con la supuesta infracción, de parte

del SEA, de las normas que regulan el proceso de Participación Ciudadana (“PAC”) en la evaluación ambiental del proyecto.

Vigésimo. Que, lo anterior se fundamenta en los instrumentos internacionales, como:

1. El principio de acceso a la justicia en materia ambiental contenido en el Convenio de Aarhus de 1998.
2. El Principio 10 de la Declaración de Río, en los puntos 99 y 238 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible (Río + 20), cuyo principio jurídico ambiental, entre otros elementos, habilita a la magistratura para actuar de manera preventiva en pos del cuidado del medio ambiente.

En relación al proceso de participación ciudadana del proyecto.

Vigésimo primero. Que, el reclamante señala que la Res. 16, de 19 de febrero de 2018, adolece de un vicio fundamental, cual es que, dentro de lo que fue el proceso de Participación Ciudadana, realizada entre el 14 de julio de 2016 y 7 de octubre de 2016, no se les habría permitido ni facilitado a sus representados formular sus observaciones, ya que nunca fueron debidamente informados de la realización de dicha actividad. Nunca se habría realizado en la localidad de Caimanes alguna actividad en el marco de la PAC, sostiene.

Vigésimo segundo. Que, tampoco se les habría dado, tanto a sus representados como el resto de los habitantes de Caimanes, algún tipo de facilidad de traslado que les permitiera haber viajado a las otras ciudades como Illapel, Salamanca y Los Vilos, en las que sí se realizaron actividades informativas del proyecto para los efectos de participar y estar al tanto del proyecto.

Vigésimo tercero. Que, las actividades PAC, denominadas “Casa Abierta”, se realizaron en el Salón Auditorium de la Municipalidad de la ciudad de Salamanca; en el Gimnasio Municipal de la ciudad de Los Vilos y, finalmente, en la Plaza de Armas de la ciudad de Illapel; todos lugares alejados del pueblo de Caimanes. Es decir, si hubiera un lugar donde sí se debería haber hecho este tipo de actividad de PAC, independiente al número de su población y a su tamaño, era justamente en el pueblo de Caimanes, dada su cercanía y exposición al Tranque El Mauro, afirma el actor.

Vigésimo cuarto. Que, la única consideración y PAC tardía que minera Los Pelambres habría tenido con sus representados y otros habitantes de Caimanes, vino a darse en el mes de enero de 2019, por medio de una encuesta telefónica.

Vigésimo quinto. Que, por último, señala el actor que cualquier titular de algún proyecto debe adoptar todas las medidas necesarias, incluso aquellas que van más allá de lo señalado por la ley, a fin de que éste goce de una debida transparencia y, en consecuencia, de una debida legitimación ante la comunidad mayormente expuesta a ese proyecto, no bastando para estos efectos con haber hecho las publicaciones en el Diario Oficial, Diario El Día, publicaciones radiales y Casas Abiertas en Illapel, Salamanca y Los Vilos, sin considerar al poblado de Caimanes.

Vigésimo sexto. Que, por su parte, según el SEA, en la evaluación ambiental se realizó un proceso PAC conforme los exigen los artículos 26 y siguientes de la Ley 19.300 y artículos 82 y siguientes del D.S. N° 40 de 2012 (“DS 40”), del Ministerio del Medio Ambiente, que establece el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (“RSEIA”). En efecto, se habrían enviado las copias necesarias del EIA a los Órganos de la Administración del Estado con Competencia Ambiental (“OAECA”), Gobierno Regional, al Municipio, a la autoridad marítima competente, y se habrían realizado los requerimientos de la participación de la comunidad cuando correspondía.

Vigésimo séptimo. Que, además, también se habrían efectuado las publicaciones en el Diario Oficial, en el Diario Regional, como asimismo los avisos radiales.

Vigésimo octavo. Que, se decidió realizar tres actividades en la modalidad Casa Abierta para cada una de las comunas, y realizar una actividad de Puerta a Puerta en el sector por donde atravesará la tubería que llevará el agua tratada desde el puerto hasta las faenas de Minera Los Pelambres, considerando al sector poblado de Illapel, Salamanca y Los Vilos.

Vigésimo noveno. Que, dichas localidades o sectores no fueron escogidos al azar, sino que forman parte del lugar donde se emplazarán las partes, obras y acciones del proyecto. Así, por ejemplo, en las comunas de Illapel

y Salamanca se realizará parte de la actividad de transporte del proyecto; y en Los Vilos, se emplazarán partes, obras y acciones relativas a la planta desalinizadora.

Trigésimo. Que, la convocatoria y difusión del programa de actividades PAC fue realizada a través del envío de invitaciones a éstas, mediante oficios a distintas organizaciones sociales y asociaciones gremiales, entre otros, de las tres comunas que se verían afectadas por el proyecto, constando específicamente en el Oficio Ord. N° CE 116, de fecha 22 de julio de 2016 de la COEVA de Coquimbo, que invita a la actividad de Casa Abierta en la comuna de Los Vilos incluso a organizaciones de la localidad de Caimanes como lo son el Consejo Consultivo de Caimanes, el Comité de Defensa Caimanes y la Junta de Vecinos N°4 Caimanes.

Trigésimo primero. Que, de esta manera, en el caso de autos, se verifica el cumplimiento del régimen normativo aplicable a la PAC en el contexto de los EIA, de tal modo que no sería efectivo que exista ilegalidad alguna a este respecto, como bien lo señala la Res. 107.

Trigésimo segundo. Que, agrega, además, que las actividades de información y PAC ciudadana realizadas por el SEA eran idóneas para que los reclamantes presentaran observaciones ciudadanas. En efecto, el proyecto no considera partes, obras o actividades en la localidad de Caimanes, razón por la cual no se realizaron actividades PAC en dicha localidad, toda vez que ésta no se verá afectada directa ni indirectamente por el referido proyecto. Tampoco contempla el aumento de la capacidad autorizada de producción de mineral y, por ende, tampoco de las capacidades de disposición de residuos en el tranque El Mauro.

Trigésimo tercero. Que, por último y en referencia a la alegación de los reclamantes respecto a que el SEA no se habría pronunciado en el proceso de invalidación, de su presentación de fecha 30 de enero de 2019 —en la cual aportaron nuevos antecedentes ocurridos con posterioridad a la presentación de la solicitud de invalidación—, en relación a que casi un año después de dictada la Res. 16, el titular del proyecto habría decidido encuestar a los habitantes de Caimanes en relación al proyecto “Infraestructura Complementaria”, realizando a su entender una especie de PAC. Según el SEA, cabe señalar que, efectivamente, existió una omisión involuntaria por parte de este organismo al resolver la invalidación de hacerse cargo de dicha presentación.

Trigésimo cuarto. Que, no obstante, ello no altera en nada lo resuelto, toda vez que, en primer lugar, el actor no acompañó ningún antecedente para acreditar sus dichos y, en segundo lugar, el hecho denunciado no incidió en el acto administrativo terminal, el cual cuenta con una resolución de término hace más de un año.

Trigésimo quinto. Que, para dilucidar de una manera acertada esta controversia se analizarán los siguientes aspectos.

1. La normativa ambiental en materia de Participación Ciudadana.
2. El cumplimiento de dichas normas por parte del SEA y titular del proyecto.
3. El cumplimiento de la Guía Metodológica de Actividades Presenciales del Servicio de Evaluación Ambiental con la Ciudadanía.

1.- La normativa ambiental en materia de Participación Ciudadana.

Trigésimo sexto. Que, en cuanto al primer punto, se debe tener presente que el art. 28 de la Ley 19.300 señala que el interesado de un proyecto debe publicar “(...) a su costa en el Diario Oficial y en un diario o periódico de la capital de la región o de circulación nacional, según sea el caso, un extracto visado por ella del Estudio de Impacto Ambiental presentado. Dichas publicaciones se efectuarán dentro de los diez días siguientes a la respectiva presentación”.

Trigésimo séptimo. Que, por su lado, el art. 87 del RSEIA establece que “El proponente deberá anunciar la presentación del Estudio o Declaración de Impacto Ambiental mediante la emisión de, al menos, cinco avisos transmitidos a su costa, en medios de radiodifusión de alcance local de la comuna o comunas del área de influencia del proyecto o actividad, y si no existieren, de la provincia respectiva, entre las 9:00 y 21:00 horas, en días distintos y dentro de los cinco días siguientes a la publicación del extracto o listado de proyecto o actividad, respectivamente”.

Trigésimo octavo. Que, en su inciso 4, la misma norma mandata a que “La emisión de estos avisos deberá ser acreditada por el proponente por medio de la entrega de una grabación contenida en un soporte electrónico o digital, así como de un certificado expedido por el respectivo medio de radiodifusión, donde indique los días y

horarios en que los avisos fueron transmitidos, los que serán incorporados al expediente. Este certificado deberá ser entregado dentro los diez días siguientes al último aviso radial”.

Trigésimo noveno. Que, el art. 83 del RSEIA establece que para el desarrollo de la Participación Ciudadana, la gestión que el SEA debe desarrollar en un proceso PAC consiste en “(...) establecer los mecanismos que aseguren la participación ciudadana informada de la comunidad en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental”; y de “(...) realizar actividades de información a la comunidad, adecuando las estrategias de participación ciudadana a las características sociales, económicas, culturales, y geográficas de la población del área de influencia del proyecto con la finalidad que ésta conozca el procedimiento de evaluación ambiental (...)”, entre otras. A su vez, el art. 84 del RSEIA establece la obligación al titular, si le es solicitado, de “(...) informar a la comunidad sobre las características del proyecto o actividad, sus impactos, las medidas propuestas para mitigarlos, repararlos y compensarlos, cuando corresponda, así como cualquier otra medida de carácter ambiental que se proponga”.

Cuadragésimo. Que, tratándose del EIA, su regulación legal se encuentra establecida en los artículos 88 y siguientes del mismo RSEIA, y señala que “Dentro de los diez días siguientes a la presentación del Estudio de Impacto Ambiental, el titular del proyecto o actividad deberá publicar a su costa en el Diario Oficial y en un diario o periódico de la capital de la región o de circulación nacional, según sea el caso, un extracto visado por el Servicio (...)”.

Cuadragésimo primero. Que, por su parte, el art. 28 de la Ley 19.300 establece que “Para los efectos previstos en el artículo 26, la Comisión establecida en el artículo 86 o el Director Ejecutivo ordenará que el interesado publique a su costa en el Diario Oficial y en un diario o periódico de la capital de la región o de circulación nacional, según sea el caso, un extracto visado por ella del Estudio de Impacto Ambiental presentado. Dichas publicaciones se efectuarán dentro de los diez días siguientes a la respectiva presentación”. Asimismo, el art. 29 del RSEIA indica lo siguiente “Copias necesarias. En caso de que el titular del proyecto o actividad haya solicitado expresamente que no se le aplique la tramitación electrónica, deberá acompañar una reproducción en medios magnéticos o electrónicos del Estudio o la Declaración de Impacto Ambiental, exceptuando aquellos documentos o piezas que por su naturaleza u origen no sea posible presentar en dichos medios. En tal caso, el titular deberá asimismo acompañar un número suficiente de ejemplares del Estudio o de la Declaración de Impacto Ambiental, según sea el caso, a los órganos la Administración del Estado con competencia ambiental que participarán de la evaluación, el Gobierno Regional, el Municipio, de la autoridad marítima competente, y para los requerimientos de la participación de la comunidad, cuando corresponda”.

2.- El cumplimiento de dichas normas por parte del SEA y Titular del proyecto.

Cuadragésimo segundo. Que, al respecto, consta en autos que se realizaron por parte de la Dirección Regional del SEA Coquimbo, los siguientes mecanismos de publicidad y difusión:

a. Publicación del extracto con los principales antecedentes del EIA del proyecto, que incluye una breve descripción del tipo de proyecto, ubicación, monto de inversión estimada, principales efectos ambientales que el proyecto generará y las medidas de mitigación, reparación y/o compensación que se proponen, entre otras materias.

Dicha publicación fue efectuada con fecha 12 y 13 de julio de 2016 en el Diario Oficial de la República y en el Diario El Día de la región de Coquimbo, respectivamente.

Así, con fecha 14 de julio del mismo año comenzó el período de participación ciudadana finalizando éste con fecha 7 de octubre de 2016. Lo anterior permite concluir que se cumplió con lo dispuesto en el artículo 88 del Reglamento del SEIA.

b. Envío de copias del EIA a las municipalidades de Illapel, Salamanca y Los Vilos y también a la Gobernación Regional, para disposición del público; según lo señalado en el artículo 29 del RSEIA.

Con fecha 5 de Julio de 2016, mediante Ord. N° CE 105, además, se dispuso la exhibición del extracto en la entrada de la Dirección Regional del SEA, según lo mandatado en el artículo 89 del RSEIA.

c. Durante los días 13 y 19 de julio de 2016 se emitieron los avisos radiales requeridos en el artículo 30 ter de la Ley 19.300 y según lo señalado en el artículo 87 del RSEIA en las siguientes radioemisoras: Radio Paola de la comuna de Salamanca, Radio Musa y Radio Juan Pablo II de la comuna de Illapel, Radio Imaginación FM y

Radio Balneario de Los Vilos. Los respectivos avisos y certificados de las referidas radioemisoras se encuentran publicados en el expediente electrónico de evaluación ambiental del proyecto.

d. En orden a determinar cuál tipo de actividad era la apropiada, se consideró la cobertura del proyecto así como la historia que ha tenido el titular en la zona. De esta forma, se decidió realizar tres actividades en la modalidad Casa Abierta para cada una de las comunas, es decir Illapel, Salamanca y Los Vilos, y realizar una actividad de Puerta a Puerta en el sector por donde atravesará la tubería que llevará el agua tratada desde el puerto hasta las faenas de MLP, considerando al sector poblado.

Cuadragésimo tercero. Que, en mérito de lo anterior, se realizaron las siguientes actividades por parte del SEA Coquimbo:

a. “Casa Abierta”, que consistió en exponer el proyecto y la Participación Ciudadana a través de distintos módulos que iban recorriendo las personas que visitaban la exposición.

b. Actividad denominada “Puerta a Puerta”. Esta actividad se programó para su realización entre los días 30 de agosto y 1° de septiembre, ambas fechas inclusive, y consistió en visitar a aquellas personas cercanas al emplazamiento de la tubería.

La forma de realizar el “Puerta a Puerta” fue la siguiente:

- Con fecha 30 de agosto: reunión de coordinación con profesionales de Minera Los Pelambres en la ciudad de Los Vilos.

- Con fecha 31 de septiembre: se efectuó un trabajo simultáneo de dos equipos liderados ambos por profesionales del SEA, de tal manera que se realizó la actividad de Puerta a Puerta en el sector de Camisas, reunión con las juntas de vecinos de El Arrayán y Colliguay, y Puerta a Puerta viviendas sector Pupío y sector de cambio de línea eléctrica en Los Vilos.

- Con fecha 1° de septiembre: se volvió a sector de El Pupío, Escuela de Los Vilos y sector de Pisantes en Los Vilos. En las dos actividades se entregó material de información.

Por su parte, la forma de realizar las actividades de Casa Abierta fue programando las siguientes actividades:

- En Illapel, Plaza de Armas de la ciudad de Illapel, martes 2 de agosto a partir de las 15:00 horas.

- Salamanca, Salón Auditorium de Salamanca, miércoles 3 de agosto a partir de las 11:00 horas.

- Los Vilos, Gimnasio Municipal de Los Vilos, jueves 4 de agosto a partir de las 09:00 horas.

Cuadragésimo cuarto. Que, tal como consta en autos, los sectores escogidos forman parte del lugar donde se emplazarán las partes, obras y acciones del proyecto. Así, por ejemplo, en las comunas de Illapel y Salamanca se realizará parte de la actividad de transporte del proyecto; y en Los Vilos, se emplazarán partes, obras y acciones relativas a la planta desalinizadora.

Cuadragésimo quinto. Que, asimismo, la convocatoria y difusión del programa de actividades PAC fue realizada a través del envío de invitaciones a éstas, mediante oficios a distintas organizaciones sociales, asociaciones gremiales, entre otros, de las tres comunas que se verían afectadas por el proyecto.

Cuadragésimo sexto. Que, consta que el Oficio Ord. N° CE 116, de fecha 22 de julio de 2016 de la COEVA, que se invitó a la actividad de Casa Abierta, en la comuna de Los Vilos, a organizaciones de la localidad de Caimanes como lo son el Consejo Consultivo de Caimanes, Comité de Defensa Caimanes y la Junta de Vecinos N°4 Caimanes.

Cuadragésimo séptimo. Que, sobre el argumento de los reclamantes, en cuanto a no haberse efectuado ningún taller, charla o reunión en la localidad de Caimanes, en circunstancias que ésta sería la más próxima al tranque El Mauro, se debe tener presente que el proyecto INCO no considera partes, obras o actividades en la localidad de Caimanes, razón por la cual es dable entender, en opinión de este Tribunal, la decisión de no realizar actividades de participación ciudadana en dicha localidad, toda vez que ésta no se verá afectada directa ni indirectamente por el referido proyecto.

Cuadragésimo octavo. Que, las obras, partes y acciones más cercanas a la localidad de Caimanes corresponderán al sistema de impulsión y transporte de agua desalada la cual posee una longitud de 61 kilómetros. Dicha tubería de acero de 24 pulgadas de diámetro, que en su operación se encontrará enterrada, se emplazará entre la estación

de bombeo de cabeza ubicada a un costado de la planta desalinizadora en el sector Puerto Punta Chungo, que toma el agua directamente desde el estanque de recepción de agua permeada y la impulsa hasta la sentina existente del sistema de agua de recirculación en el área industrial El Mauro.

Cuadragésimo noveno. Que, dicha tubería de impulsión-conducción de agua desalada se encuentra a más de 2,4 kilómetros aproximadamente de distancia en línea recta de la localidad de Caimanes, no afectándose directa ni indirectamente a las personas ni los recursos naturales de la comunidad de Caimanes.

Quincuagésimo. Que, por último, si bien no se realizaron actividades de participación en la localidad de Caimanes no existía impedimento alguno para que los solicitantes ejercieran su derecho a formular observaciones ciudadanas.

Quincuagésimo primero. Que, en efecto, consta de la lista de asistencia de la actividad de Casa Abierta, realizada el día 4 de agosto de 2016 en el Gimnasio Municipal de Los Vilos, que asistieron personas de la localidad de Caimanes, lo cual evidencia que la convocatoria efectuada por el SEA Coquimbo, a través de las distintas instancias legales de difusión, fue efectiva, concurriendo de igual manera habitantes de Caimanes a la referida actividad.

Quincuagésimo segundo. Que, en conclusión y en razón de todo lo anteriormente expuesto, este Tribunal es de la opinión que se dio íntegro cumplimiento por parte del SEA y el titular a la obligación de fomentar y facilitar la PAC en la evaluación de proyecto, de conformidad a la ley, así como el deber de establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad.

3.- El cumplimiento de la Guía Metodológica de Actividades Presenciales del Servicio de Evaluación Ambiental con la Ciudadanía.

Quincuagésimo tercero. Que, con el objeto de verificar si el SEA cumplió con lo ordenado por la Guía Metodológica de Actividades Presenciales del Servicio de Evaluación Ambiental con la Ciudadanía (“Guía” o “Guía Metodológica”), el Tribunal se avocará a los ámbitos de aplicación y el cumplimiento de los criterios allí establecidos.

Quincuagésimo cuarto. Que, la Guía Metodológica, en su Sección N°3.1.1, dispone los criterios para la planificación de actividades presenciales, los cuales, en resumen, tienen por objeto determinar cuándo una determinada localidad se considera propicia para el desarrollo de la PAC.

Quincuagésimo quinto. Que, los criterios de planificación de las actividades presenciales están divididos desde tres ámbitos:

1. Ámbito N°1: sobre la actividad presencial;
2. Ámbito N°2: sobre el contexto social de los actores; y,
3. Ámbito N°3: sobre las condiciones necesarias para desarrollar actividades.

A su vez, cada uno de estos ámbitos establecen sus respectivos criterios.

Quincuagésimo sexto. Que, el Ámbito N°1, sobre actividad presencial de la Guía, establece los siguientes criterios.

(i) Criterio referente al diseño de los procesos o actividades con el propósito de obtener resultados esperados.

Quincuagésimo séptimo. Que, este criterio guarda relación con la decisión del tipo de actividad a realizar. Así, en el caso del proyecto, se hizo uso tanto de la modalidad Casa Abierta, como de la modalidad Puerta a Puerta. En este caso, se optó por realizar la actividad de Casa Abierta durante 3 días (Plaza de Armas de Illapel, Auditorium de Salamanca y en Gimnasio Municipal de Los Vilos).

Quincuagésimo octavo. Que, las comunas de Illapel, Salamanca y Los Vilos, en las cuales se desarrolló la actividad Casa Abierta, fueron escogidas en función de la Línea de Base de Medio Humano, la cual, a su vez, se estructuró considerando los municipios que se verían afectados como consecuencia de lo siguiente: (a) del emplazamiento de las obras del proyecto; (b) del uso de las vías para las distintas actividades del proyecto; y (c) del alojamiento de trabajadores en localidades cercanas al mismo.

Quincuagésimo noveno. Que, en opinión de estos sentenciadores, se cumplió el criterio referente al “diseño de los procesos o actividades con el propósito de obtener resultados esperados”, toda vez que el proceso PAC fue realizado en las comunas y localidades que forman parte del área de influencia del proyecto, las cuales fueron determinadas en la línea de base de medio humano. Es, en este contexto, que se decidió realizar -la actividad Casa Abierta- en cada sede comunal, pues ellas cumplen un rol básico de divulgación de la información dentro de su territorio comunal. A esto se suma que también se desarrolló la actividad Puerta a Puerta, la cual, buscaba permitir una divulgación pormenorizada, en ciertas localidades dependientes de cada comuna, lo referente al sistema de impulsión y restitución de agua desalada.

(ii) Criterio referente a la generación de condiciones necesarias para el desarrollo de actividades presenciales.

Sexagésimo. Que, este criterio se refiere al debido cumplimiento de formalidades que son necesarias para el correcto desarrollo de las actividades PAC, dentro de las cuales se considera el uso de material de apoyo, en lugares y horarios definidos.

Sexagésimo primero. Que, en lo referente a la organización de las actividades en horarios y lugares definidos, cabe señalar que la actividad Casa Abierta se desarrolló, según se muestra en la Tabla 1, en los siguientes días y horarios:

Tabla 1: Detalle actividades de Casa Abierta.

Localidad	Lugar	Fecha y Horario
Illapel	Plaza de Armas de la ciudad de Illapel.	Martes 2 de agosto a partir de las 15:00 horas.
Salamanca	Salón Auditorium de Salamanca	Miércoles 03 de agosto a partir de las 11:00 horas.
Los Vilos	Gimnasio Municipal de Los Vilos	Jueves 04 de agosto a partir de las 09:00 horas.

Fuente: Escrito presentado por el SEA como medida para mejor resolver (fs. 28359), del expediente judicial.

Sexagésimo segundo. Que, adicionalmente, la convocatoria y difusión del programa de actividades PAC fue realizada a través del envío de invitaciones a distintas organizaciones sociales y asociaciones gremiales, de las tres comunas que se encuentran dentro del área de influencia del proyecto. Lo anterior, además, consta en el Oficio Ord. N°CE N°116, de fecha 22 de julio de 2016, de la Comisión de Evaluación de la Región de Coquimbo, que invita a la actividad de Casa Abierta en la comuna de Los Vilos a organizaciones de la localidad de Caimanes como lo son el Consejo Consultivo de Caimanes, Comité de Defensa Caimanes y Junta de Vecinos N°4 Caimanes, lo cual demuestra que, si bien las actividades se desarrollaron en la capital comunal, hubo suficiente difusión por parte del SEA para que las localidades que dependen de dicho municipio tuviesen conocimiento de la actividad.

Sexagésimo tercero. Que, por su parte, la actividad denominada Puerta a Puerta se programó para su realización entre los días 30 de agosto y 1° de septiembre de 2016, ambas fechas inclusive, y consistió en visitar aquellas personas cercanas al emplazamiento de la tubería.

Sexagésimo cuarto. Que, si bien la localidad de Caimanes sí se encuentra dentro del área de influencia del proyecto, esta localidad es parte de la comuna de Los Vilos, en la cual, según fue indicado, se desarrolló, con fecha 4 de agosto de 2016, la actividad Casa Abierta, específicamente, en el Gimnasio Municipal de dicho municipio, a la cual fueron invitados y asistieron personas de la localidad Caimanes.

Sexagésimo quinto. Que, cabe tener presente, además, que en la zona existían 30 localidades dependientes de las comunas donde se llevó a cabo la actividad de Casa Abierta, de manera que sería impracticable llevar cabo un actividad de Casa Abierta y/o actividad de Puerta a Puerta en cada una de ellas si se considera la cantidad de funcionarios del SEA y su presupuesto, además del hecho que, en ese caso, debería haber realizado en cada una las localidades, de lo contrario se vulneraría el principio de no discriminación.

Sexagésimo sexto. Que, al ser la localidad de Caimanes parte integrante de la comuna de Los Vilos, este Tribunal considera que también se dio cumplimiento al criterio formal de horarios y divulgación exigido por el SEA.

(iii) Criterio consistente en considerar que en el desarrollo de las actividades presenciales pueden intervenir factores externos a la gestión del SEA, que pueden comprometer el logro de los resultados deseados

Sexagésimo séptimo. Que, este tercer criterio se refiere a que se deben identificar factores de inflexión -con anterioridad a la realización de las actividades presenciales-, con la finalidad de considerarlos adecuadamente en el proceso PAC, como sería, por ejemplo, un contexto de alta conflictividad socio-ambiental.

Sexagésimo octavo. Que, en el Anexo ACC-1 “Acciones Previas Desarrolladas por el Titular”, del Capítulo 12 del EIA, se describen las acciones implementadas por MLP -previo a la presentación del EIA- referentes a la realización de un levantamiento de información y acercamiento a las comunidades, de manera anticipada a la presentación de su proyecto, en cumplimiento de las buenas prácticas, recomendaciones, lineamientos exigidos por este criterio.

Sexagésimo noveno. Que, en el referido Anexo, constan las diversas actividades realizadas a partir del año 2014, consistentes en un proceso de participación ciudadana anticipada como, asimismo, organizaciones convocadas, con las respectivas listas de asistencia, en distintas localidades de las comunas de Illapel, Salamanca y Los Vilos, encontrándose dentro de éstas, diversas organizaciones y personas naturales de Caimanes.

Septuagésimo. Que, en efecto, según se detalla en el Anexo ACC-1, existieron diversos acercamientos:

1. Con el Comité de Seguimiento de Caimanes, en reunión efectuada en la misma localidad en las oficinas de Minera Los Pelambres, con fecha 08 de marzo de 2016.
2. Con diversas organizaciones invitadas al “Espacio de Participación y Diálogo en la comuna de Los Vilos”, encontrándose las siguientes: Bomberos de Caimanes; Centro General de Padres de Caimanes; Club Deportivo Caimanes; Comisión de Seguimiento Caimanes; Director Escuela Clara Vial Orrego Caimanes, Junta de Vecinos N°4 Caimanes, Junta de Vecinos N°5 Caimanes, Párroco José Luis Cáceres de Caimanes.
3. Con diversos asistentes al “Espacio de Participación y Diálogo en la comuna de Los Vilos” efectuado el 17 de junio de 2016, figurando más de 13 personas de la localidad de Caimanes, representantes de las Juntas de Vecinos y del Comité de Caimanes, entre otros.

Septuagésimo primero. Que, de lo señalado precedentemente, se evidencia la difusión de este proyecto previo a su ingreso al SEIA, incluyendo a la localidad de Caimanes, pues el titular generó instancias previas de acercamiento con la comunidad, las cuales datan desde el año 2014 y tenían por objeto prevenir conflictos de naturaleza socio-ambiental, por lo que también se cumple este criterio.

Septuagésimo segundo. Que, en lo relativo al Ámbito N°2 de la Guía, ésta se refiere al contexto social y a los actores, incorporando un criterio genérico de “análisis de focalización”, el cual consiste en “identificar aquellos actores de la ciudadanía, cuya participación en las actividades presenciales es una condición para el buen desarrollo de las mismas (...)”.

Septuagésimo tercero. Que, para efectos de cumplir con el análisis de focalización “se deben distinguir los tipos de actores en que se focaliza y convoca a participar en la actividad. Los tipos pueden ser diversos, entre otros, habitantes del sector, ya sean personas que viven en o cerca del sector de emplazamiento del proyecto o área de influencia; representantes de organizaciones sociales territoriales, funcionales, organizaciones no gubernamentales (ONG), colectivos informales u otros; y empresas privadas. (...) la identificación de los actores se construye sobre la base de la información acerca del contexto social y territorial obtenida a través de fuentes primarias o secundarias”.

Septuagésimo cuarto. Que, en este sentido, se decidió considerar las comunas localizadas en el área de influencia del proyecto, para efecto de las actividades Casa Abierta; y la cercanía al sistema de impulsión y transporte de agua desalada, respecto de la actividad Puerta a Puerta.

Septuagésimo quinto. Que, lo anterior también se encuentra relacionado con un criterio de eficacia, toda vez que no es posible realizar actividades PAC en cada una de las 30 localidades dependientes de las 3 comunas que conforman el área de influencia del proyecto.

Septuagésimo sexto. Que, sobre este punto, este Tribunal ya se ha pronunciado conforme al mismo criterio. En efecto, con fecha 24 de abril de 2020, en causa R-28-2019, relacionado con el proyecto ENAPAC -caso similar al de autos- se concluyó que no hubo ilegalidad en el proceso de participación ciudadana, indicándose “Que, no es posible sostener que los reclamantes de autos hayan sido excluidos del proceso de participación ciudadana

por el solo hecho de no haberse realizado un taller presencial en la localidad misma de Puerto Viejo, ya que lo esencial del procedimiento de participación ciudadana es que la información relativa al proyecto que se pretende desarrollar por el Titular sea conocida por la comunidad presente en el área de influencia, objetivo que se logra no solo con la realización de talleres presenciales convocados por el SEA (...)” (Considerando Vigésimo Octavo).

Septuagésimo séptimo. Que, por último, el Ámbito N°3 de la Guía dice relación sobre las condiciones necesarias para desarrollar actividades. Dicho criterio consiste en los lineamientos para la planificación de las actividades presenciales.

Septuagésimo octavo. Que, consta en autos que se realizó una visita al lugar donde se emplazaría cada una de las partes, obras y acciones del proyecto, por varios días, con diversos servicios públicos.

Septuagésimo noveno. Que, de igual forma, fueron identificadas las localidades y grupos humanos que se encontraban al interior del territorio antes definido, para efectos de planificar las actividades de PAC.

Octogésimo. Que, en base a lo anterior, fueron definidas tres Casas Abiertas en las tres comunas que estaban al interior del área de influencia (Salamanca, Illapel y Los Vilos), y una actividad de Puerta a Puerta para cada una de las viviendas ubicadas en la comuna de Los Vilos, que se localizaban en el trazado de 61 kilómetros de la tubería de agua desalinizada que va desde el área industrial del puerto de Minera los Pelambres hasta el área industrial El Mauro.

Octogésimo primero. Que, las actividades de Casa Abierta fueron realizadas en lugares accesibles a la comunidad, en cada una de las comunas que forman parte de la Línea de Base de Medio Humano, tal como fuere indicado, en los siguientes lugares:(i) Gimnasio Municipal de Los Vilos; (ii) Salón Auditórium del Municipio de Salamanca; y, (iii) Plaza de Armas de Illapel.

Octogésimo segundo. Que, en opinión de estos sentenciadores, también el criterio establecido en el Ámbito N° 3 de la Guía se habría cumplido, toda vez que las características del equipo ejecutor eran apropiadas al proceso PAC, contando con la organización, logística, infraestructura, equipamiento y materiales -requeridos como insumos- necesarios para su debido desarrollo.

Octogésimo tercero. Que, así las cosas y en virtud de los razonados en los considerandos anteriores, este Tribunal concluye que el SEA no ha infringido las normas que regulan el proceso de Participación Ciudadana en la evaluación ambiental del proyecto, encontrándose el mismo ajustado a Derecho.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en el artículo 17 N°8 de la Ley 20.600; artículo 26 y siguientes de la Ley 19.300; 82 y siguientes del DS 40, y demás normas legales aplicables en la especie.

SE RESUELVE:

- I. Rechazar la reclamación interpuesta por la reclamante a fojas 1 y siguientes, en todas sus partes.
- II. No condenar en costas a la reclamante por tener motivos plausibles para litigar.

Acordado con el voto preventivo del Ministro Sr. Marcelo Hernández Rojas, quien concurre al rechazo de la reclamación judicial de autos, con las siguientes consideraciones:

Respecto a los argumentos de forma referidos a una eventual improcedencia del reclamo de autos, donde se señala que la acción del art. 17 N°8 sería improcedente sobre la base del criterio de la invalidación propia e impropia y, con ello, la improcedencia de la invalidación ante la existencia de una vía recursiva; a la cual se le aplicaría una norma de clausura contenida en el artículo 17 N°8, se señala:

- 1) Es menester indicar que la invalidación se encuentra regulada en el art. 53 de la Ley 19.880, cuerpo legal que dispone en sus incisos primero y final que "La autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto. (...) El acto invalidatorio será siempre impugnante ante los Tribunales de Justicia, en procedimiento breve y sumario".
- 2) En efecto, de la norma antes transcrita se desprende que la invalidación consiste en una potestad/deber de la autoridad administrativa que puede ejercer de propia iniciativa o previa solicitud de parte, para invalidar actos que sean contrarios a derecho, vale decir, se trata de un control de legalidad y no de mérito, oportunidad o conveniencia. De igual forma, se colige de la norma citada la existencia de dos limitaciones, la primera, que se contemple la audiencia del interesado y, la segunda, que se

ejerza la potestad invalidatoria dentro de dos años contados desde la notificación o publicación del acto. Finalmente, se desprende que el acto invalidatorio se encuentra sujeto a revisión judicial.

- 3) Relacionado con lo anterior y de conformidad al numeral 8 del art. 17 de la Ley 20.600, el Tribunal podrá "Conocer de las reclamaciones en contra de la resolución que resuelva un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental". Agrega esta norma que "Para estos efectos se entenderá por acto administrativo de carácter ambiental toda decisión formal que emita cualquiera de los organismos de la Administración del Estado mencionados en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que tenga competencia ambiental y que corresponda a un instrumento de gestión ambiental o se encuentre directamente asociado con uno de éstos".
- 4) De lo dispuesto en el artículo citado, aparece que la revisión judicial a que hace referencia el inciso final del art. 53 de la Ley 19.880, inicialmente restringida al acto invalidatorio, en materia ambiental procede respecto de la resolución que resuelve el procedimiento administrativo de invalidación de manera amplia, comprendiendo tanto el acto invalidatorio como cualquier otra forma de término de dicho procedimiento. Además, se desprende que la invalidación se encuentra sujeta a la tramitación de un procedimiento administrativo.
- 5) En esta línea, el Dr. Bermúdez¹ ha explicado que "la invalidación se define como la decisión adoptada por la Administración del Estado consistente en la pérdida de eficacia del acto administrativo por razones de su ilegalidad", agregando que "no existen dudas que la Administración cuenta con potestad invalidatoria", que "la potestad invalidatoria se encuentra limitada por un plazo de 2 años para dictar el acto de contrario imperio", "la causa de la invalidación es que el acto sea contrario a Derecho. Ello permite distinguirla de la revocación", "la ley dispone que para el ejercicio de la potestad invalidatoria debe oírse siempre al interesado", y "éste es siempre impugnabile ante los tribunales".
- 6) En este sentido, es preciso señalar que la competencia entregada a los Tribunales Ambientales reconoce que el titular y terceros que participan realizando observaciones tienen a su disposición recursos administrativos y judiciales específicos consagrados en la normativa respectiva, debiendo ajustarse a los plazos expresamente dispuestos por la ley para su ejercicio, cuestión que encuentra su razón en el que aquéllos conocen del procedimiento administrativo al ser partes directas del mismo.
- 7) Tal situación es distinta tratándose de terceros absolutos que, siendo afectados o interesados por el proyecto evaluado ambientalmente, no participaron del procedimiento, no pudiendo hacer uso de los recursos y reclamaciones especiales, conforme a las disposiciones de las leyes 19.300 y 20.600; como es el caso de los reclamantes -pobladores de Caimanes aledaños al proyecto INCO-, quienes al no poder participar del proceso PAC en el periodo establecido dentro de la evaluación ambiental del proyecto, se vieron imposibilitados de hacer valer su legítimo derecho a la participación ciudadana, como lo procura la ley y las orientaciones para que ésta sea vinculante, no siendo razonable limitar su acceso a la Justicia Ambiental.
- 8) Sobre el particular, es relevante resaltar lo señalado por la CEPAL, Organización de las Naciones Unidas, que indica que "existe un reconocimiento cada vez mayor tanto en la sociedad civil como en los gobiernos de que el acceso a la información, la participación y la justicia en los temas ambientales es un elemento central para lograr la protección ambiental y el desarrollo sostenible".
- 9) Por lo anterior, a los terceros absolutos -como los reclamantes de autos-, ante la evidencia de una posible ilegalidad y violación de derechos fundamentales ambientales, solo les queda la opción de solicitar la invalidación consagrada en el artículo 53 de la Ley 19.880, otorgándole la posibilidad de reclamar ante los Tribunales Ambientales de la decisión de la autoridad administrativa, a través de la reclamación del artículo 17 N°8 de la Ley 20.600; que para el caso particular, su condición de aislamiento y ruralidad, les fue en su momento impedido el derecho de acceso formal y efectivo a la PAC en la evaluación ambiental del proyecto INCO.

¹ Bermúdez Soto, Jorge. Derecho Administrativo General. 2 ed. Santiago: Thomson Reuters, 2011. p. 139.

² CEPAL. Acceso a la información, Participación y Justicia en temas ambientales en América Latina y el Caribe, Serie Medio Ambiente y Desarrollo N°151, 2013, p.7.

- 10) Lo anterior se ratifica, tal como lo ha indicado la Excm. Corte Suprema, en fallo Rol N°31.176-2016, considerando séptimo "(...) no sólo en virtud del principio de impugnabilidad que busca otorgar tutela judicial efectiva a los administrados, sino que además es una concreción del principio de participación ciudadana consagrado en el Derecho Ambiental Chileno, que se ha definido como el conjunto de directrices, principios y normas dispuestas por la ley y la autoridad competente, que permiten a las personas naturales y jurídicas y a las organizaciones sociales y comunitarias afectadas o interesadas en alguna forma por distintos eventos de relevancia ambiental, ser incorporadas formalmente al proceso de decisiones que lleva a la adopción de políticas y medidas de carácter medioambiental, a la autorización de actividades que importan un compromiso ambiental, a la dictación de las regulaciones pertinentes, y a la resolución de los conflictos que se presenten (Moreno, Carlos, "Participación Ciudadana en la Ley N°19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente", Lexis Nexis 2004), p.47)".
- 11) El argumento anterior también lo ratifica la sentencia Rol N°197-2019, de fecha 15 de mayo de 2019, sobre Noción de Participación Ciudadana, en su considerando octavo, indicando "Que la participación ciudadana es uno de los principios del Derecho Ambiental Chileno, y fue introducido en la calificación ambiental de las Declaraciones de Impacto Ambiental, recién con la entrada en vigencia de la Ley 20.417 de 26 de enero de 2010, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental, y la Superintendencia del Medio Ambiente".
- 12) Aclarado lo anterior, y en cuanto a la determinación del plazo para que el tercero absoluto requiera el ejercicio de la potestad invalidatoria respecto a la RCA 16/2018 del proyecto INCO, forzosamente la conclusión a que arriba este sentenciador es que, conforme al tenor del art. 53 de la Ley 19.880, el plazo debe ser de 2 años. Esa interpretación -de por sí útil- garantiza la materialización del acceso a la justicia ambiental a que está llamada esta judicatura, y evita aplicar por analogía los plazos de la referida Ley 19.300, puesto que siendo un pilar de los procedimientos que rigen a la Administración del Estado, conforme al tenor del art. 63 N°18, de la Constitución Política de la República, su reglamentación debe ser materia de ley, por lo que la determinación de un plazo como el discutido, no puede estar sujeto a interpretaciones que van contra el tenor expreso del referido art. 53, de la Ley 19.880.
- 13) En el caso concreto, considerando que la solicitud de invalidación de los actores fue presentada dentro del plazo de 2 años, a saber, el 8 de noviembre de 2018, es decir, nueve meses desde la fecha de la dictación de la RCA 16/2018 que fue el 19 de febrero de 2018, estando dentro de los plazos a que se refiere el art. 53 de la Ley 19.880. De ello, se evacuó la respuesta a la solicitud de invalidación mediante la Res. 107, de fecha 25 de septiembre de 2019 por parte de la COEVA de Coquimbo, que rechazó la solicitud de invalidación. Acto seguido, con fecha 30 de octubre de 2019, los reclamantes de autos presentaron su recurso ante este Tribunal, o sea, antes de los 30 días hábiles administrativos que contempla el art. 17 N°8 de la Ley 20.600 y, por tanto, correspondía a este Tribunal analizar las cuestiones de fondo de la materia discutida.
- 14) A mayor abundamiento, es aún más contradictorio lo alegado por el SEA, atendido que el resuelto tercero del acto reclamado, expresamente señala "Hacer presente que, en contra de la presente resolución se podrá reclamar dentro del plazo de 30 días contados dese su notificación, ante el Tribunal Ambiental correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 17 N°8 de la Ley 20.600"; situación que confirma lo plasmado por este sentenciador en su prevención, al permitir el SEA que un tercero absoluto ejerza la invalidación dentro del plazo de 2 años y que se reclame en contra de la resolución que rechace la invalidación.
- 15) En efecto, considerando lo razonado precedentemente y, además, la confianza legítima y buena fe en el actuar del administrado, no resulta plausible que se limite el acceso a la judicatura ambiental, por razones respecto a las cuales la administración no se pronunció y que pretende invocar en esta instancia judicial.
- 16) Por último, es pertinente dejar asentado que el razonamiento precedente en ningún caso genera una situación de incertidumbre judicial para el titular de la RCA ni otorga mejores derechos a los terceros absolutos, puesto que, no obstante poder aquellos solicitar la invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental, la Administración, por expreso mandato del art. 53 de la Ley 19.880, antes aludida, siempre podrá de oficio, dentro del plazo de dos años, invalidar los actos contrarios a derecho.
- 17) Por otra parte, y siendo este sentenciador de la opinión que la solicitud de invalidación presentada por los reclamantes de autos se ajustó al plazo previsto en el art. 53 de la Ley N°19.800, y por tanto,

están legitimados como terceros absolutos interesados, es menester efectuar una serie de análisis y precisiones respecto al fondo de lo resuelto por la COEVA de la Región de Coquimbo, tanto referidas al procedimiento de invalidación que termina con Res. 107, como de la propia RCA 16/2018 que se pretende invalidar; como se detallará en considerandos posteriores.

Respecto a los argumentos de fondo sobre el interés legítimo de la comunidad afectada, Caimanes y en particular los reclamantes de autos, se indica:

- 18) El proyecto INCO se compone de una serie de obras y partes que configuran dos sistemas que apuntan a recuperar y mantener los niveles de tratamiento y producción de Minera Los Pelambres. Por un lado, infraestructura complementaria para alcanzar una tasa de procesamiento de mineral máxima ambientalmente aprobada (RCA 46/2012) y, por otro, instalaciones para asegurar el abastecimiento de agua industrial con la nueva configuración de la planta, aun cuando se presenten condiciones de escasez hídrica y de modo de no sobrepasar el consumo de agua fresca ambientalmente aprobado (RCA 38/2004).
- 19) La instalación de la planta desalinizadora y el sistema de impulsión, se configura entonces como una fuente adicional pensada en asegurar el abastecimiento de agua, permitiendo la operación permanente de la faena minera de MLP a las tasas de procesamiento autorizadas. Así se han presentado todos los antecedentes para la evaluación ambiental del proyecto con una condición máxima de captación de agua de mar de 865 l/s, mientras que la planta desalinizadora tendrá una capacidad de producción de 400 l/s de agua desalada de calidad industrial.
- 20) Por otro lado, pese a la completa información proporcionada por la empresa, se ha constatado que el SEA no ejecutó ninguna actividad de participación ciudadana presencial en la localidad de Caimanes, pero sí en las cabeceras comunales de Los Vilos, Illapel y Salamanca, como queda registrado en la RCA 16/2018 y en la motivación de la Res. 107, de fecha 25 de septiembre de 2019, que rechaza la solicitud de invalidación; donde se detalla y documenta la participación de algunos dirigentes y pobladores de la comunidad de Caimanes en el proceso de Evaluación Ambiental.
- 21) Respecto de ello, es importante dejar en claro que no se trata de que al participar algunos actores o personas en la PAC, otros actores o personas que no tuvieron la posibilidad de participar se vean limitados en su real acceso a la justicia ambiental; ello, evidentemente, de ser así podría ser causal de un desigual acceso a la participación y a la justicia ambiental. Por tanto, lo que debe revisarse es si los actores y personas reclamantes de autos tienen un interés real, actual, vigente y legítimo, y si este es afectado como derecho fundamental de carácter ambiental; a su vez, si su pretensión tiene asidero y fundamento desde el punto de vista de la legalidad del proceso PAC y la evaluación ambiental del proyecto en su conjunto.
- 22) Revisados los antecedentes relacionados con la línea de base y el área de influencia del proyecto INCO, es posible advertir que, en el área definida como Punta Chungo-Pupío, una de las localidades más pobladas y cercanas a distintas instalaciones del proyecto lo constituye la comunidad de Caimanes, sólo distante a 2,6 km al este de las obras lineales, como a 6 km del campamento Tipay en el Valle del Pupío, que recibirá 550 personas; de igual manera, a menos de 12 km del tranque de relaves El Mauro, aguas arriba del pueblo.
- 23) Dichas obras y partes que son tremendamente relevantes y de potencial impacto directo e indirecto a dicha comunidad; como fuera presentado por las partes en estrado y se evidencian en los Capítulos 3 sobre Línea Base y 4 sobre Área de influencia (área Punta Chungo-Pupío) en el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto INCO. Lo que se puede observar a modo de ejemplo en las siguientes figuras (Figuras 1 y 2):

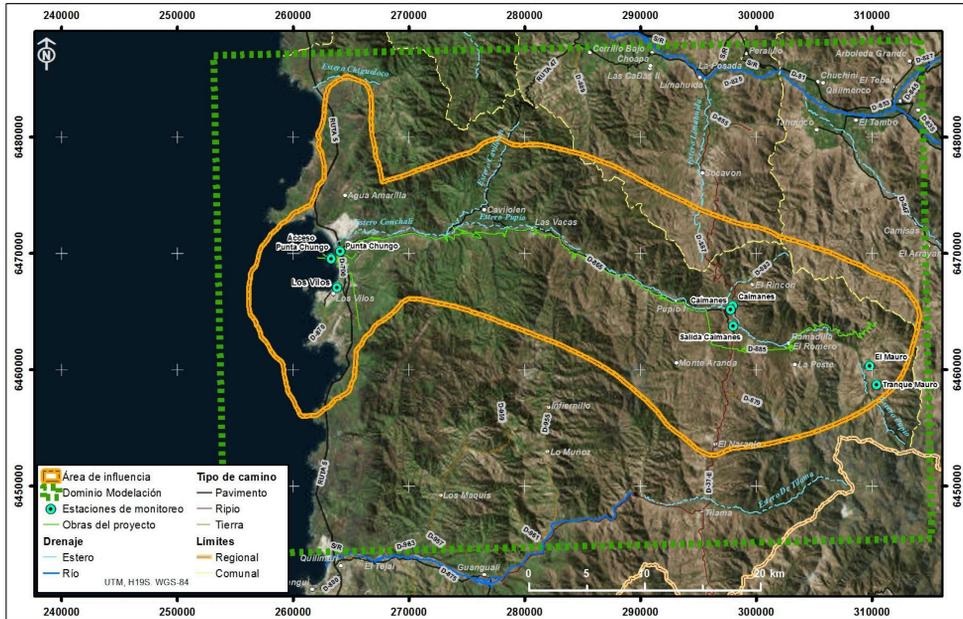


Figura 1: Área de influencia proyecto INCO. Figura AI-5: Área de Influencia. Componente de calidad de aire. Área Punta Chungo-Pupío. Fuente: EIA proyecto INCO y expediente administrativo.



OBRAS PROYECTO INCO EN CERCANÍAS DE CAIMANES

CAUSA ASOCIADA
R-33-2019

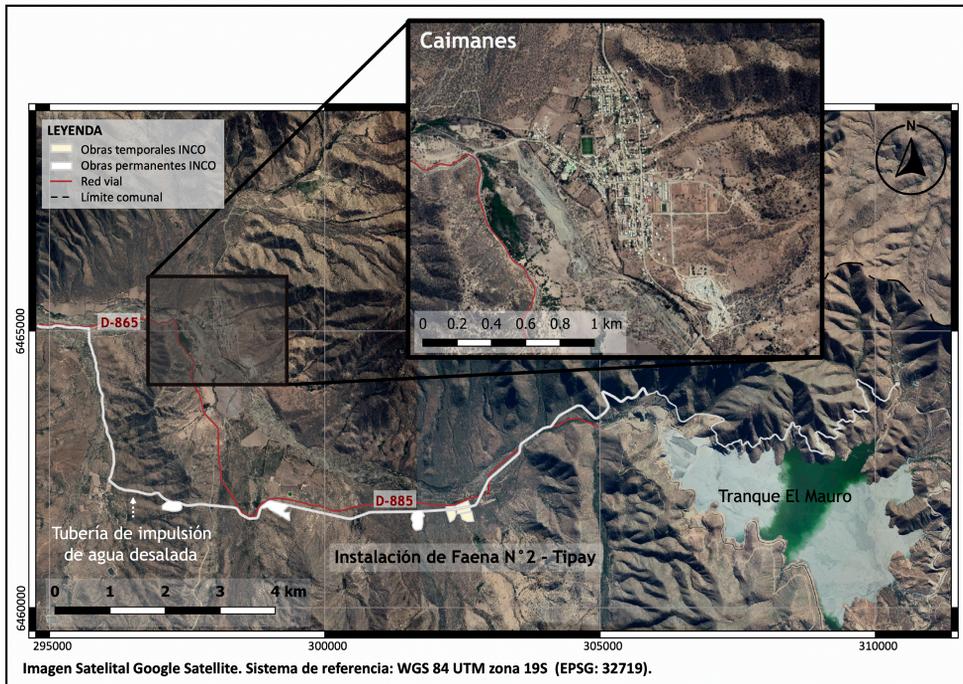


Figura 2: Detalle de ubicación del pueblo de Caimanes y obras aledañas del proyecto INCO. Fuente: Primer Tribunal Ambiental, en base a EIA del proyecto INCO (Anexo II.1 VF.kmz, Adenda 2) y expediente judicial.

- 24) En este sentido, según el capítulo 4 del EIA del proyecto INCO se evidencia claramente que el sector Caimanes se encuentra en el área de influencia o muy cerca de él en múltiples componentes de alta relevancia ambiental como: Calidad del aire, Medio Humano, Ecosistemas acuáticos continentales, Hidrología (Estero Pupío), Áreas protegidas y sitios prioritarios para la Conservación de la Biodiversidad (Quebrada de Culimo), Paisaje y Zona de Valor Turístico (N° 4 Caimanes); incluyendo como elemento relevante para el proyecto y la población cercana una estación de Monitoreo Climática en Caimanes.
- 25) Todo lo anterior valida y deja en clara evidencia, por parte del propio titular del proyecto INCO, elementos esenciales que son del interés real, actual, vigente y legítimo de los reclamantes de la comunidad de Caimanes; y, en ello, sus potenciales efectos a la salud, seguridad y medio ambiente que deben ser debidamente analizados, ponderados y resguardados por el titular como por el mismo Estado a través de la adecuada evaluación ambiental. Tema que será revisado en considerandos posteriores.

Respecto a los elementos de fondo sobre el proceso de Participación Ciudadana del proyecto INCO se indica:

- 26) El artículo 83 del RSEIA establece que para el desarrollo de la Participación Ciudadana el SEA debe “(...) **establecer los mecanismos que aseguren la participación ciudadana informada de la comunidad en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental**”; y de “(...) realizar actividades de información a la comunidad, **adecuando las estrategias de participación ciudadana a las características sociales, económicas, culturales, y geográficas de la población del área de influencia del proyecto** con la finalidad que ésta conozca el procedimiento de evaluación ambiental (...)” (énfasis agregado).
- 27) Por su parte, el artículo 84 del RSEIA establece **la obligación al Titular del proyecto**, si le es solicitado, de “(...) **informar a la comunidad sobre las características del proyecto o actividad, sus impactos, las medidas propuestas para mitigarlos, repararlos y compensarlos**, cuando corresponda, así como cualquier otra medida de carácter ambiental que se proponga” (énfasis agregado).
- 28) En este mismo tenor, la “Guía Metodológica de Actividades Presenciales del SEA con la Ciudadanía” (Res. Ex. N°808/2017, párrafo 6° Ley 19.300) indica que se deben aplicar ciertos criterios de focalización para determinar los actores potencialmente involucrados en la iniciativa. Lo anterior implica un ejercicio relevante para un proceso de PAC exitoso a través del cual el Estado tiene la obligación de fomentar y facilitar la participación ciudadana activa y vinculante en la evaluación ambiental de proyectos.
- 29) En este contexto, y según la citada Guía Metodológica, las actividades presenciales constituyen la forma más efectiva de comunicación con la comunidad y el proyecto en evaluación. Para estos efectos, señala la Guía que “En el caso de actividades presenciales vinculadas al proceso de evaluación ambiental de un proyecto o actividad en el SEIA, la **determinación clara y precisa del área de influencia** es un elemento clave para la focalización de actores. El/la profesional del SEA debe revisar y analizar la información sobre el área de influencia, **con especial atención en aquellos lugares donde habitan personas potencialmente afectadas**. Además de la información contenida en el EIA o DIA, (...)”. Luego, continúa refiriendo que “**La focalización en este tipo de actividades presenciales siempre debe priorizar aquellos actores potencialmente afectados por los impactos ambientales del proyecto o interesados en éstos**” (énfasis agregado).
- 30) Este análisis integral, completo y sistémico, es de tal relevancia bajo la lógica del principio preventivo, precautorio y en armonía al principio de participación ciudadana; que amerita una real voluntad del titular y del SEA de procurar la participación ciudadana activa y vinculante de los potenciales afectados o interesados; así como el resguardo constitucional y normativo del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y del deber del Estado de preservar la naturaleza.
- 31) Ahora bien, a la luz de los antecedentes del expediente administrativo y expediente judicial, y como ya se dejó en claro que la comunidad de Caimanes es parte del área de influencia del proyecto INCO, debe tenerse presente y revisarse la potencial afectación de las obras lineales y en particular su conexión con el tranque de relaves El Mauro en un análisis integral y sistémico del proyecto, ello al conectar el aumento de la tasa de producción de relaves y disposición de lamas en él respecto de su tasa actual; y, por lo tanto, el proceso PAC cobra mayor relevancia aún en la zona de Caimanes y sus alrededores.
- 32) Lo anterior amerita una estricta evaluación ambiental, como a su vez una gestión operacional bajo altos estándares de seguridad y control ambiental del mismo, para evitar efectos nocivos a la salud de la población de Caimanes y sus alrededores, como a los elementos de la naturaleza circundantes,

incluyendo sus servicios ecosistémicos, como: regulación de procesos hidrológicos, control de crecidas e inundaciones, regulación micro climática y de posible eventos de contaminación por polvo (MPS), suministro de aguas para bebida humana y riego de actividades agrícolas, generación de actividades económicas locales, biodiversidad de fauna y flora nativa y doméstica, cultura local y etnológica, hitos arqueológicos, naturales y paisajísticos, entre otros de alto valor ambiental.

- 33) En este sentido, es razonable tener una mayor observación respecto de actores y comunidades locales más cercanas y directamente afectadas o interesadas en el proyecto INCO y sus impactos, como en este caso el sector de Caimanes y, en particular, los “reclamantes de autos”, donde a mayor abundamiento la propia empresa en sus diálogos previos y consultas posteriores, aunque no vinculantes, realizados tanto el año 2015, como en enero de 2019, muestra una evidente interacción con la población de Caimanes, lo que da cuenta del interés de los actores (empresa y comunidad) de mantener un diálogo, interacción y participación de buena fe mutua, a fin de enfrentar colaborativamente la adecuada gestión y desarrollo del mismo proyecto u otros que se requieran para mejorar su calidad de vida en forma multidimensional en Caimanes, incluyendo sus aristas socioambientales y económico-productivas.
- 34) Lo anterior ha sido ratificado en la propia reclamación de autos a fojas 19 donde se señala que “los habitantes de Caimanes no están en contra de la realización del proyecto Infraestructura complementaria. Lo que ellos simplemente reclaman y piden es que NO SE LES CONSIDERE como ciudadanos de segunda clase. Ellos, al igual que los habitantes de LOS VILOS, ILLAPEL y SALAMANCA se les deberían haber dado TODAS LAS FACILIDADES NECESARIAS para haber participado ACTIVAMENTE en este proceso de participación ciudadana. Esa es justamente el compromiso social que debería haber adoptado MINERA LOS PELAMBRES para con Caimanes”.
- 35) En este sentido, tanto los principios ambientales como la propia legislación según la Ley 19.300 y el DS 40 obligan al titular y al SEA, en representación del Estado, a dar estricto cumplimiento a la verificación de los potenciales efectos, características y circunstancias del proyecto, en cada uno de los sectores del área de influencia del mismo, en donde figura según el mismo EIA la localidad de Caimanes. Por tanto, más allá del emplazamiento de obras y partes del proyecto, debe primar un análisis integral, sistémico y completo del proyecto en revisión, incluyendo la respuesta y posible afectación de otras partes y obras del mismo en interacción con los nuevos componentes, actividades y obras.
- 36) A su vez, no se trata de hacer en cada localidad actividades PAC, pero sí en aquellas cuya mayor cuantía de impactos ambientales adversos se hacen más evidente, ya sean éstos sobre los efectos, características y circunstancias del art. 11 de la Ley 19.300, como de otras actividades, obras y partes del proyecto que pudiesen afectar significativamente a la población y el medio ambiente circundante del sector de Caimanes.
- 37) A mayor abundamiento, el Principio 10 de la Declaración de Río, principio de participación, acceso a la información y a la justicia en materia ambiental, que han sido reconocidos por la jurisprudencia nacional en múltiples sentencias, y de igual manera el principio preventivo y de equidad ambiental, no sólo le es exigible al Estado y en particular al SEA como garante del SEIA, sino también al titular del proyecto como responsable directo de él y del fin social que cumplen el territorio, los recursos naturales y el medio ambiente en los cuales se ejecuta el proyecto INCO y del cual derivan una variedad de servicios ecosistémicos relevantes para los actores locales.
- 38) Por ello, es fundamental tener en consideración que un proceso PAC transparente, público, informado y vinculante contribuye a una mejor calidad de las decisiones y a una adecuada gobernabilidad socioambiental, tal como lo expresa el mensaje presidencial del proyecto de Ley 20.417, como la obligación constitucional y normativa de evitar la generación de impactos negativos a la salud de la población y/o al medio ambiente, que se transformen en conflictos socioambientales futuros y afecten la paz social y el entorno económico-productivo y la calidad de vida de la población, como lo consagran el principio preventivo y el principio de justicia ambiental que uniforman la rama del derecho ambiental.
- 39) En este sentido, los requisitos normativos en la Ley 19.300 y el RSEIA sobre la PAC para los titulares de proyectos y el SEA son los estándares básicos a cumplir, y cuyas formalidades deben ser exigidas por el SEA al titular del proyecto, como ha ocurrido en caso de autos. Sin embargo, dichos requisitos formales mínimos no pueden ser una limitante para que el SEA, en un análisis armónico y coherente, evalúe las opciones necesarias y pertinentes para mejorar la información y participación ciudadana efectiva en la

evaluación ambiental de un proyecto, según se plantea en los principios ambientales y en la propia Guía (Res. Ex. N°808/2017, según párrafo 6° Ley 19.300).

- 40) Sin perjuicio de lo anterior, se advierte en el expediente administrativo que el SEA ha llevado a cabo las formalidades del Proceso PAC para el proyecto INCO, así como los reclamantes tuvieron conocimiento de dicho proceso a través de distintas instancias de difusión y socialización, incluyendo a algunos de sus dirigentes y representantes, tal como se expresó en estrado y se detalla en los razonamientos anteriores de esta sentencia.
- 41) Más aún, es importante ratificar que debe privilegiarse el espacio formal de la PAC, el cual es por excelencia la oportunidad en el que las personas naturales y jurídicas pueden vincular sus observaciones e inquietudes de un proyecto y obtener respuesta fundada a ellas, garantizando el debido tratamiento y respuestas a dichas observaciones por parte del SEA y el titular, y en ello, otorgándole a la comunidad una serie de espacios y opciones más completas para la reclamación administrativa y judicial. Por tanto, dicho espacio de participación es el que deben privilegiar los actores para hacer valer sus observaciones e inquietudes a los proyectos que se evalúan ambientalmente.
- 42) Así mismo, se debe advertir que, más allá de la relevancia de la actividad presencial, existen otras opciones de participación en la PAC como pueden ser la presentación de observaciones vía remota, a través de carta certificada, o vía digital a través de la plataforma del e-seia del SEA. Estas opciones son especialmente importantes en circunstancias de aislamiento o imposibilidad de participación presencial de la comunidad y en ello, la colaboración de los actores locales, los entes gubernamentales, los colaboradores de justicia y la propia empresa son vitales para facilitar dichas posibilidades y lograr con ello una mayor participación efectiva de la ciudadanía.
- 43) Por tanto, respecto a la alegación de la posible ilegalidad del proceso PAC en el proyecto INCO, si bien es cuestionable el estándar aplicado por el SEA de la región de Coquimbo, y en ello lo exigido a la empresa MLP para concretar la ejecución de actividades presenciales PAC en Caimanes directamente afectada y/o interesada por el proyecto, más allá de las cabeceras comunales de Los Vilos, Illapel y Salamanca; este sentenciador estima que las inconsistencias del proceso PAC, no evidencian en este caso concreto “vicio esencial de ilegalidad” y por tanto se ajustan a derecho rechazando dicha pretensión del reclamante. Lo anterior se fundamenta en el art. 13 de la Ley 19.880, sobre el principio de conservación de los actos administrativos del Estado.
- 44) A pesar de ello, y con el fin de un mejor resguardo de la salud, seguridad y protección ambiental de la comunidad de Caimanes y sus alrededores, a la luz del proyecto INCO, es necesario hacer referencia a la doctrina³ que en esta materia ha indicado “la exigencia al Estado de velar por el derecho a la protección del medio ambiente adecuado para el desarrollo de la vida humana se erige como construcción del Derecho Constitucional moderno, que obliga a hacer una nueva lectura del derecho de propiedad y su limitación, para adecuar su ejercicio a una nueva relación del ser humano con su entorno, paradigma de la nueva construcción del Estado de la posmodernidad”.
- 45) Por tanto, es obligación del Estado procurar que dicho proyecto tenga una coherencia integral y sistémica con los instrumentos de evaluación y protección ambiental vigentes, toda vez que el proyecto INCO aprobado tendría una vida útil de 15 años, donde se debe poner especial atención al principio precautorio y principio de no regresión respecto del estándar de protección de la salud de la población y de los bienes y servicios ambientales en el sector de Caimanes. Entre ellos, se encuentra la calidad del aire en la zona, que puede verse seriamente afectada por emisiones esporádicas y extremas de Material Particulado Sedimentable u otras partículas. Asimismo, el abordaje del derecho de agua potable para consumo humano, para riego agrícola y consumo del ganado silvestre y doméstico, como además, alguna posible afectación y riesgo de rotura del ducto de aguas en sectores de cota superior a la localidad de Caimanes. Todos estos factores, si bien han sido modelados y abordados en el Plan de Contingencias y Emergencias del proyecto INCO, deben ser celosamente monitoreados y ajustados privilegiando la salud de la población y el medio ambiente.
- 46) En este sentido, el EIA y la RCA 16/2018 del proyecto INCO abordan dichas situaciones, ya sean en los capítulos: 3) sobre Línea Base, en particular en lo referido a Calidad de Aire, Medio humano y Relaciones

⁴⁴Alberto Olivares Gallardo, Los Principios Ambientales en la actividad del Tribunal Constitucional. Estudios constitucionales vol.14 no.2 Santiago, 2016, p. 457.

- ecosistémicas; 4) sobre Evaluación de Impactos tanto en fase de construcción como de operación; 5) sobre Descripción de efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley 19.300, literales b, c, d y f; 6) sobre Riesgos a la Salud de las personas; 7) sobre Plan de Medidas de Mitigación, Reparación y/o Compensación; 8) sobre Plan de Prevención de Contingencias y Emergencias; 9) sobre el Plan de Seguimiento Ambiental; 10) sobre el Plan de Cumplimiento de la Legislación Ambiental Aplicable; y 11) sobre Compromisos Ambientales Voluntarios.
- 47) En particular, el Capítulo 7 refiere a las medidas de Mitigación (7): Asociadas a flora, fauna, accesos, potenciales afectados; Reparación (1): Plan de revegetación de áreas intervenidas; y Compensación (10): Asociadas a flora, fauna, suelos, bosque, patrimonio arqueológico y alteración de actividades o producción. A la vez, se le exige el cumplimiento de los Permisos Ambientales Sectoriales (PAS) necesarios para resguardo de la salud de la población y la protección del medio ambiente, cumpliendo con ello las exigencias normativas de la Ley 19.300 y del RSEIA.
- 48) Pese a ello, es estrictamente necesario que la RCA 16/2018 esté en armonía con sentencias judiciales de la Excma. Corte Suprema (Rol N°297-2007 y Rol N° 19-2013), ligadas a dicho proyecto o partes de él, que ameriten tener una visión integral, sistémica y completa de la situación ambiental en la zona de reclamación. Lo anterior en pos del derecho a la salud, seguridad y medio ambiente sano para la población de Caimanes, bajo el principio precautorio y preventivo, y en ello un estricto resguardo y seguimiento de las variables ambientales que pudiesen afectar la salud y seguridad de la población directamente afectada por el proyecto y/o alguna de sus partes. Esto incluye al tranque de relaves El Mauro, el cual según los antecedentes del expediente aumentará su cuota e intensidad de depositación de relaves; y con ello posibles efectos derivados del MPS u otros transportados por eventos de viento local hacia la población de Caimanes que, para el caso de autos, es uno de las preocupaciones más inquietantes para los ciudadanos reclamantes.
- 49) En este sentido, es importante dejar en claro que la RCA 16/2018 no limita la posibilidad de que la empresa MLP en función de análisis e información de nuevos antecedentes, evalúe algún compromiso ambiental voluntario que refuerce la protección de la salud, seguridad y medio ambiente aledaño a la comunidad de Caimanes si se ameritara. De igual manera, la legislación vigente es clara en orden a que de presentarse algún cambio sustantivo en las condiciones o variables ambientales proyectadas que ameriten un perfeccionamiento del instrumento de gestión ambiental, podrá ser revisada por la autoridad ambiental, donde la empresa MLP está facultada y obligada a perfeccionarlo bajo el art. 25 quinquies de la Ley 19.300 o bien el instrumento de gestión ambiental que corresponda.
- 50) Respecto de la alegación de posibles impactos ambientales que afecten a la salud y seguridad de la población de Caimanes, como al debido resguardo de la naturaleza, el medio ambiente y sus servicios ecosistémicos, el EIA y el proceso de evaluación ambiental que condujo a la RCA 16/2018, abordan dichas situaciones de preocupación de la comunidad, integrando en la evaluación las RCA anteriores, incluyendo la RCA N°046/2012 del proyecto de MLP. Por tanto, de evidenciarse un potencial daño ambiental éste debe ser abordado bajo la forma en que la ley lo establece, toda vez que el actual proceso de evaluación ambiental se ajusta a derecho.
- 51) En conclusión, en relación a los fundamentos de la solicitud de invalidación referida a un posible vicio de forma y fondo de la evaluación ambiental por falta de comunicación del proceso de participación ciudadana a los habitantes del pueblo de Caimanes, así como respecto de un aumento de la cantidad de desechos a verter en el tranque de relaves El Mauro y un supuesto fraccionamiento respecto a la capacidad instalada del Tranque 2012 y la infraestructura complementaria 2018; a juicio de este sentenciador deben ser desestimadas, aunque se reiteran las orientaciones dadas a las partes de procurar el buen diálogo, una actuación colaborativa y de buena fe que mejore el abordaje de potenciales conflictos socioambientales, procurando siempre el Desarrollo Sostenible del territorio y el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes de la zona.

Notifíquese y regístrese.

Redactó la sentencia el Ministro Sr. Mauricio Oviedo Gutiérrez y la prevenció su autor.

Rol N° R-33-2019

Pronunciada por el Primer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Sr. Mauricio Oviedo Gutiérrez, Sr. Marcelo Hernández Rojas y Sr. Juan Opazo Lagos.

Autoriza el Secretario Abogado del Tribunal, Sr. Claudio F. Gandolfi.

En Antofagasta, a cinco de octubre de dos mil veinte notificó por el estado diario y correo electrónico la sentencia precedente.

Causa R-21-2019

“Comunidad Indígena Aymara de Quillagua y otro con Superintendencia del Medio Ambiente”

SÍNTESIS

1. Datos del procedimiento

- Reclamante(s): Comunidad Indígena Aymara de Quillagua y Comunidad Indígena Quechua de Huatacondo.
- Reclamado(s): Superintendencia del Medio Ambiente (SMA).
- Tercero(s) coadyuvante del reclamado: SQM S.A

2. Hechos esenciales que originaron el procedimiento y decisión del asunto controvertido

Las Comunidades Indígenas Aymara de Quillagua y Quechua de Huatacondo reclamaron en contra de la SMA por la aprobación del programa de cumplimiento (PdC) presentado por SQM S.A., en el contexto del procedimiento sancionatorio instruido por diversos incumplimientos a las resoluciones de calificación ambiental asociadas al proyecto “Pampa Hermosa”, ubicado en la región de Tarapacá.

Al respecto, solicitaron dejar sin efecto el tercer PdC refundido presentado por SQM S.A., al adolecer de graves vicios e ilegalidades como la infracción a los requisitos de aprobación del referido programa y la falta de un proceso de consulta indígena, entre otros aspectos discutidos.

Por su parte, la SMA solicitó el rechazo de la reclamación interpuesta atendido que el programa de cumplimiento aprobado cumple con cada uno de los requisitos exigidos para su aprobación, habiéndose hecho cargo de las infracciones que motivaron el procedimiento sancionatorio.

En la sentencia, el Tribunal rechazó de forma unánime la reclamación, sin costas.

3. Principales controversias

- i. Si el PdC aprobado cumple con los requisitos de integridad, eficacia y verificabilidad exigidos para su aprobación.
- ii. Si hubo un incumplimiento de las disposiciones establecidas en los artículos 11 bis y 11 ter de la Ley N°19.300.
- iii. Si procedía que la SMA iniciara un proceso de consulta indígena previo a la aprobación de PdC.

4. Sentencia

El Tribunal consideró y resolvió:

- i. Sobre el primer punto discutido, esto es, la integridad, eficacia y verificabilidad del PdC aprobado a SQM S.A., se dejó asentado por los sentenciadores que no emitirán pronunciamiento respecto de las cuestiones concernientes a la evaluación de los criterios de integridad y eficacia, en lo relacionado a los efectos de los cargos N° 1, 2 y 7, ya que esto fue resuelto por el Segundo Tribunal Ambiental en la sentencia dictada en la causa Rol R-160-2017, que goza de autoridad de cosa juzgada.
- ii. En base a lo anterior, los sentenciadores se pronunciaron únicamente si las acciones o mejoras incorporadas al PdC cumplían los criterios mencionado en el punto anterior, estableciendo que aquellas se hacían cargo de las infracciones, buscando el cumplimiento de la normativa infringida y, además, contemplaba mecanismos que permitían acreditar su cumplimiento.

- iii. En lo que respecto a la infracción al art. 11 bis de la Ley N°19.300, los sentenciadores no lograron concluir de qué manera se podría configurar el eventual fraccionamiento, ya que esta institución es propia del SEIA y no del procedimiento administrativo sancionador que es de donde emana el acto reclamado.
 - iv. A su vez, en cuanto a la supuesta infracción al art. 11 ter de la Ley N°19.300, el PdC aprobado era completo tanto en las modificaciones que ingresarán a evaluación ambiental como también las acciones que se propusieron para hacerse cargo de las infracciones.
 - v. Finalmente, los sentenciadores establecieron que la incorporación de la consulta indígena en el procedimiento administrativo sancionatorio resultaba incompatible con éste, dado los diversos fines que ambos institutos presentan y persiguen.
-

SENTENCIA

Antofagasta, a veintisiete de octubre de dos mil veinte.

VISTOS:

1. Con fecha 22 de marzo de 2019, comparece el abogado don ALONSO BARROS VAN HÖVELL TOT WESTERFLIER, cédula de identidad N°11.472.841-1, abogado, en representación de la Comunidad Indígena Aymara de Quillagua, RUT N°65.308.9007, y la Comunidad Indígena Quechua de Huatacondo, RUT N°65.101.253-8, (la "reclamante" o la "Comunidad Indígena" o "la comunidad"), todos con domicilio para estos efectos en Miraflores N°178, piso 22, Santiago, quien interpuso reclamación judicial de conformidad a lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, de acuerdo a lo establecido en la Ley N°20.417, y de conformidad a lo señalado en el artículo 17 N°3 de la Ley N°20.600, dando inicio a la presente reclamación judicial en contra de la Resolución Exenta N°24 de la Superintendencia del Medio Ambiente ("resolución reclamada", "Resolución Exenta" o "Res. Ex.") representada por RUBÉN VERDUGO CASTILLO de fecha 26 de febrero de 2019, dictada en procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-0217-2016, notificada a esta parte con fecha 4 de marzo de 2019, conforme a la cual se aprobó el Tercer Programa de Cumplimiento presentado por la empresa SOCIEDAD QUÍMICA Y MINERA DE CHILE S.A., y suspendió el procedimiento administrativo sancionatorio, solicitando que:
 - A. El Tribunal acoja la reclamación judicial totalmente y deje sin efecto la Resolución Exenta N°24 de la Superintendencia del Medio Ambiente, dictada en procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-0217-2016, que acogió el Tercer Programa de Cumplimiento refundido ya individualizado, por adolecer de graves vicios e ilegalidades especificados en el cuerpo de la presentación.
 - B. Se dicte una en su reemplazo que rechace el Programa de Cumplimiento ya individualizado, con costas.
2. Por su parte, con fecha 24 de abril de 2019, EMANUEL IBARRA SOTO, en representación de la Superintendencia del Medio Ambiente ("SMA"), y de conformidad con lo dispuesto en el art. 29 de la Ley N°20.600 que crea los Tribunales Ambientales, procedió a informar los motivos y fundamentos de la Resolución Exenta N°24, de 26 de febrero de 2019, de la SMA, en autos, sobre reclamo de ilegalidad del art. 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente ("LOSMA"), presentado por los reclamantes, solicitando el completo rechazo y pidiendo:
 - A. Declarar que la Resolución Exenta N°24, de 26 de febrero de 2019, de la Superintendencia del Medio Ambiente, es legal y fue dictada conforme a la normativa vigente, con expresa condenación en costas.
3. Con posterioridad, con fecha 31 de enero de 2020, comparece MARIO GALINDO VILLARROEL, abogado, en representación de SOCIEDAD QUÍMICA Y MINERA DE CHILE S.A. ("SQM", "tercero" o "titular"), sociedad del giro de su denominación, Rol Único Tributario N°93.007.000-9, ambos domiciliados para estos efectos en calle Badajoz N°45, piso 8, comuna de Las Condes, Santiago, solicitando comparecer en la presente causa en calidad de tercero independiente o, en subsidio, como tercero coadyuvante de la Superintendencia del Medio Ambiente, conforme a lo dispuesto en el art. 23 inciso final del Código de Procedimiento Civil, quien finalmente fue considerado como tercero coadyuvante de la parte reclamada.

I. ANTECEDENTES DEL PROCESO JUDICIAL:

4. En lo que respecta a la reclamación judicial y el proceso jurisdiccional derivado de aquella en autos, consta lo siguiente:

A fs. 1 y siguientes, consta la reclamación judicial interpuesta por los reclamantes solicitando a este Tribunal que se deje sin efecto la Res. Ex. N°24/2019 de la SMA y dicte una resolución en su reemplazo rechazando el Programa de Cumplimiento (“PdC”) ya individualizado, con costas. Acompañan los siguientes documentos:

- 1) Copia de Mandato que acredita representación del abogado.
- 2) Copia “Guía para la Conservación y Seguimiento de Ecosistemas Microbianos Extremófilos: Tapetes Microbianos, Microbialitos y Endovaporitas”, del año 2017.

A fs. 64, el Tribunal resolvió que previo a proveer se acompañara copia simple del seguimiento en línea de Correos de Chile o certificado de la notificación de la Res. Ex. N°24 de la SMA o cualquier otro documento que diera fe de la fecha en que se notificó a la Comunidad Indígena Aymara de Quillagua y Comunidad Indígena Quechua de Huatacondo, con el fin de realizar el examen de admisibilidad establecido en el art. 27 de la Ley N°20.600.

A fs.71, el Tribunal admitió a trámite la reclamación y ordenó informar a la reclamada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 29 de la Ley N°20.600.

A fs. 72 y siguientes, don Rubén Verdugo Castillo, Superintendente de Medio Ambiente (S), de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del art. 29 de la Ley N°20.600 que crea los Tribunales Ambientales, solicita una prórroga de 5 días hábiles para evacuar el informe ordenado mediante resolución de fecha 2 de abril de 2019. A fs. 81, el Tribunal accedió a lo solicitado.

A fs. 82 y siguientes, el abogado Sr. Emanuel Ibarra Soto, en representación de la SMA, evacúa el informe solicitado por el Tribunal, informando los motivos y fundamentos de la Res. Ex. N°24, en autos, sobre reclamo de ilegalidad del art. 56 de LOSMA, solicitando al Tribunal el rechazo del reclamo, con costas. Acompaña los siguientes documentos:

- 1) Copia digital del expediente administrativo objeto de autos.
- 2) Certificado del Ministro de Fe de la Superintendencia, que acredita la autenticidad de las copias.

A fs. 119, el Tribunal resolvió que, previo a proveer, se cumpliera con adjuntar copia autenticada del expediente administrativo completo debidamente foliado que sirvió de base para el dictar el acto que se impugna, de conformidad a lo señalado en la Ley N°19.880 de forma material ante el Tribunal.

A fs. 121, el Tribunal tuvo por cumplido lo ordenado.

A fs. 123, se oficia al Segundo Tribunal Ambiental para que informe el estado procesal de la causa R-160-2017, caratulada “Sociedad Química Minera de Chile S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente”.

A fs. 124, consta oficio N°43/2019 de fecha 13 de mayo de 2019, del Segundo Tribunal Ambiental, informando que se dictó sentencia definitiva de causa R-160-2017 con fecha 21 de agosto del 2018, y que respecto de ella se interpusieron recursos de casación en la forma y en el fondo.

A fs. 125, el Tribunal decreta la suspensión del procedimiento mientras no se decidieran por la Excelentísima Corte Suprema las materias conexas del juicio sometidas a su decisión.

A fs. 126, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 372 N°3 del Código Orgánico de Tribunales, el relator de la causa certifica estado de relación.

A fs. 127, se fija día y hora para la vista de la causa.

A fs. 128 y siguientes, el abogado Sr. Mario Galindo Villaroel, en representación de SQM solicita hacerse parte en calidad de tercero independiente.

A fs. 136, resolviendo la presentación del abogado Sr. Mario Galindo, el Tribunal la acoge solo en cuanto se le tiene como tercero coadyuvante de la parte reclamada.

A fs. 138, las partes conforme al art. 64 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, de común acuerdo suspenden el procedimiento por el término de 30 días.

A fs. 139, el Tribunal accede a la suspensión del procedimiento por el término solicitado.

A fs. 140 y siguientes, en relación a la alerta sanitaria por COVID-19 declarada para todo el territorio de la República, el Tribunal fija audiencia de alegatos por sistema de videoconferencia.

A fs. 142, el abogado Sr. Mario Galindo Villarroel anuncia alegatos.

A fs. 143, el abogado Sr. Alonso Barros Van Hövell Tot Westerfler anuncia alegatos.

A fs. 144 y siguientes, el abogado Sr. Mario Galindo Villarroel solicita a este Tribunal tener presente una serie de consideraciones de hecho y de derecho.

A fs. 249 y 250, el Tribunal tuvo por anunciada a las partes por el tiempo solicitado.

A fs. 251, el Tribunal tuvo presente lo señalado por el tercero coadyuvante.

A fs. 252, la abogada Sra. Pamela Torres Bustamante anuncia alegatos. A fs. 253, el Tribunal la tiene por anunciada.

A fs. 254 y siguientes, SQM acompaña los siguientes documentos con citación:

- 1) Estudio "Genesis of the Gypsum Depositional System in Llamara Puquios", de las autoras Pamela Reid, Amanda M. Oehlert y Erica P. Suosaari, de julio 2018.
- 2) Informe "Estudio de Distribución Espacial de Conductividad Eléctrica en Puquios del Salar de Llamara", de Arcadis (2017).
- 3) "Estudio de Tolerancia a variaciones de salinidad expresada como conductividad eléctrica de biota acuática representativa de los Puquios de Llamara", de FisisAqua (2017).
- 4) "Estudio Metagenómico de Sistemas de Deposición de Yeso del Salar de Llamara" desarrollado por el Centro de Biotecnología de la Universidad Católica del Norte, de marzo de 2019.
- 5) Informe Final del Estudio "Evaluación de la actividad metabólica de los tipos microbianos en los sistemas de deposición de yeso de Salar de Llamara", desarrollado por la Universidad Católica del Norte, de enero 2020.

A fs. 781, el Tribunal los tuvo por acompañados con citación de la contraria.

A fs. 782 y siguientes, el reclamante solicita se tengan presentes consideraciones de hecho y fundamentos de derecho, las cuales complementan aquellas contenidas en el libelo de reclamación. Acompaña los siguientes documentos:

- 1) Informe final de los Servicios Personales Especializados en Materias de Ecosistemas Microbianos Extremófilos.
- 2) D27/2016, Res. Ex. N°10 de la Superintendencia de Medio Ambiente, fechado 27 de agosto de 2017 resuelve calidad de interesados.
- 3) D27/2016, ORD. N°569 de CONADI fechado 11 de septiembre de 2017, que establece los alcances territoriales de las Comunidades.
- 4) D27/2016, Res. Ex. N°18 de la Superintendencia de Medio Ambiente, carácter de interesado Comunidad Indígena Quechua de Huatacondo. A fs. 987, este Tribunal resuelve téngase presente, y al primer otrosí, téngase por acompañados los documentos con citación de la contraria.

A fs. 986, consta acta de instalación de sala del Tribunal para la vista de la causa, y a fs. 988, el acta de realización de la misma.

A fs. 989, consta certificación causa queda en estudio.

A fs. 990 y siguientes, SQM observa los documentos acompañados por la reclamante y propone que, como medida para mejor resolver, se tenga por acompañado, con citación, el documento "A Conceptual Model for Gypsum Deposition in the Puquios, Salar de Llamara", además de su traducción.

A fs. 1106 y siguientes, la SMA evacua traslado solicitando al Tribunal rechazar la reclamación en todas sus partes, con condena en costas.

A fs. 1144, el Tribunal tuvo por evacuado el traslado de SQM y no dio lugar a la medida para mejor resolver propuesta.

A fs. 1145, proveyendo presentación de fojas 1106 y siguientes, el Tribunal resuelve tener por evacuado el traslado conferido.

A fs. 1109 y siguientes, el reclamante evacua traslado. A fs. 1146, el Tribunal lo tuvo por evacuado.

A fs. 1147, consta certificado de acuerdo al que arribó el Tribunal.

A fs. 1148, se designa como ministro redactor de la sentencia al Sr. Fabrizio Queirolo Pellerano.

CONSIDERANDO:

I) DE LAS PRINCIPALES CONTROVERSIAS SOSTENIDAS POR LAS PARTES:

Primero. Que, conforme a las pretensiones, alegaciones y defensas expuestas por la parte reclamante y reclamada, las cuales constan en autos y se dan por reproducidas, ambas se pronunciaron sobre las siguientes materias elevadas a controversias:

1. Supuesto incumplimiento de las disposiciones establecidas en los artículos 11 bis y 11 ter de la Ley N°19.300.
2. Supuesto incumplimiento del artículo 42 de la LOSMA, en relación a las normas establecidas en el Decreto N°30 de 2012 que aprueba reglamento sobre PdC, autodenuncia y planes de reparación.
3. Supuesto incumplimiento de las normas establecidas en los artículos 6, 7 y 15 del Convenio N°169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo, de acuerdo al artículo único del decreto promulgatorio N°236 de fecha 2 de octubre de 2008.

1. Supuesto incumplimiento de las disposiciones establecidas en los artículos 11 bis y 11 ter de la Ley N°19.300.

Segundo. Que, la reclamante señala a) sobre el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ("SEIA") propuesto por el PdC de SQM aprobado por la SMA, que SQM no estaría planteando el ingreso de sus medidas y acciones al SEIA para evaluar la procedencia del PdC a su respecto, por la imposibilidad de evaluar el retorno al cumplimiento de medidas, sino que más bien habría decidido someter las modificaciones sustanciales, irregulares, y no sujetas a aprobación, en los términos y condiciones de un PdC.

Tercero. Que, SQM habría planteado parcialmente, y de forma insuficiente, el sometimiento de ciertas medidas, de forma genérica al SEIA, constituyendo una infracción a la prohibición de modificación de las medidas establecidas mediante una Resolución de Calificación Ambiental ("RCA"), y además constituiría un quebrantamiento a la obligación de analizar en conjunto la totalidad de los efectos ambientales adversos derivados de la infracción ambiental.

Cuarto. Que, esto se advertiría por ejemplo en su acción N°34, vinculada al cargo N°7, donde SQM presenta como acción el ingreso al SEIA lo siguiente: a) Actualización del Plan de Alerta Temprana ("PAT") Fase Alerta I Acuífero Llamara; b) Infraestructura de inyección requerida durante la vida útil del proyecto "Pampa Hermosa"; c) Actualización de la regla operacional; d) Actualización del plan de seguimiento ambiental; donde SQM lejos de someter todas las medidas de modificación sustancial a la RCA, y particularmente, al PAT aprobado en relación al mismo proyecto, solo habría planteado, respecto a ciertas modificaciones, un sometimiento al SEIA, en términos genéricos, que no especifican las condiciones, especificaciones y términos que se hagan cargo de la debida evaluación ambiental de las modificaciones al PAT.

Quinto. Que, indica la reclamante que SQM habría ofrecido someter al SEIA un conjunto de medidas sistemáticamente ineficientes, vagas y aisladas, que forman parte de su PdC, por lo que la obligación del art. 11 ter de la Ley N°19.300 de ninguna manera se vería satisfecha mediante la acción ofrecida por la empresa.

Sexto. Que, por su parte, en este punto la SMA indicó que no entiende cómo se determina por el reclamante la infracción al art. 11 bis, considerando que la figura del fraccionamiento no tiene cabida en este caso.

Séptimo. Que, se indicó también que existiría elusión en el cargo N°7; sin embargo, a juicio de la SMA esto adolece de un error basal, ya que en los PdC se exige como acción eficaz la evaluación ambiental de la

modificación hasta contar con la RCA. De ahí que en el SEIA se evalúa la modificación y no la procedencia del PdC lo cual se analiza por la SMA en el procedimiento administrativo.

Octavo. Que, la SMA señala que los reclamantes olvidaron analizar la Res. Ex. N°22 donde se exigió evaluar ambientalmente todas las modificaciones a la medida de mitigación indicando los puntos relevantes que debía analizar el Servicio de Evaluación Ambiental ("SEA"), entre ellos, la actualización del PAT, que es el que quedó desactualizado por los cambios. Esta resolución señala respecto del cargo N°7 una serie de acciones, que fueron incorporadas en el PdC en su última versión en el considerando 50.

Noveno. Que, la SMA señala que la reclamante construye de forma infundada su alegación haciendo creer a este Tribunal que la evaluación ambiental no consideraría todas las modificaciones realizadas por la empresa a la medida de mitigación.

Décimo. Que, la reclamante señala que b) la presentación de medidas debió someterse inicialmente al SEIA, ya que a su juicio la totalidad de las medidas contempladas por el PdC constituyen un incumplimiento sistemático de la RCA; y, por consiguiente, constituyen una modificación del mismo, debiendo ser sometidas en su totalidad al SEIA.

Undécimo. Que, prosigue el reclamante, el PdC3 constituye un medio para evitar dicha evaluación, eludiendo la aplicación del art. 11 ter de la Ley N°19.300. A modo genérico se señala:

- Cargo N°1 (falta de implementación de la barrera hidráulica), SQM propone medidas que no hacen más que validar la modificación unilateral de que fue objeto la RCA, sin someterlas a evaluación ambiental. En la resolución de la SMA, en su considerando 112, la empresa reconoce una "situación de incertidumbre" de efectos ambientales sobre los microorganismos que forman parte de la biota acuática de los puquios del Salar de Llamara. Eso no es del todo correcto. Lo que hace la empresa es reconocer de forma restringida la incertidumbre, negando de forma general los efectos ambientales adversos.
- Cargos N°4, 5, 6, 7 y 8 la empresa señala que "No se verifica la existencia de efectos negativos asociados a infracción."

La empresa no habría reconocido ningún efecto ambiental adverso producto de sus infracciones, que de conformidad al art. 36 de la LOSMA son graves, toda vez que incumplirían "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", permitiéndole descartar la necesidad legal de evaluar esos efectos de conformidad a lo dispuesto en el art. 11 ter. Así, la resolución exenta reclamada validó el desconocimiento de la gravedad de los efectos de sus infracciones.

Duodécimo. Que, además, añade el reclamante que todo incumplimiento de una RCA y sus medidas consagradas constituye abiertamente un peligro ambiental, toda vez que no ha existido una evaluación ambiental estricta y rigurosa de aquellas adoptadas unilateralmente por la empresa, transgiriéndose así el principio de prevención ambiental, que constituye precisamente el fundamento de lo establecido en el art. 11 ter.

Decimotercero. Que, por otro lado, ninguna de las medidas propuestas subordina la implementación de las mismas previa aprobación conforme a un proceso de evaluación ambiental en regla. En efecto, solo una vez certificados los efectos ambientales de las medidas propuestas, podrían éstas implementarse correctamente, apreciando la inexistencia o correcta mitigación y compensación de efectos ambientales. Por el contrario, como las nuevas medidas presuponen que no hay efectos ambientales negativos producto de su implementación, desde el punto de vista del principio de prevención ambiental, tales medidas son claramente insuficientes y generan importantes riesgos ambientales.

Decimocuarto. Que, señala la reclamante que la mayoría de las medidas propuestas por SQM en su PdC se refieren a acciones de monitoreo y control, que no garantizan una eficacia que permita calificar e identificar los efectos ambientales del proyecto y de las medidas propuestas, sino que se haría un mero seguimiento, lo que en definitiva supone una validación anticientífica de las modificaciones sustantivas que SQM ha hecho al proyecto original y sus medidas, originalmente evaluados conforme a un procedimiento reglado. Así, se aprecia en las acciones propuestas N°1, N°2, N°4, N°7, N°8, N°10, N°16, N°17, N°25 y N°32.

Decimoquinto. Que, se señala también por el reclamante que, en relación a la acción N°13 propuesta por el proyecto, ésta contempla la habilitación de un punto de inyección complementario, es decir, de una modificación sustancial a los términos y condiciones de la RCA. De acuerdo a la misma empresa, en su punto 13.2, la referida

acción no supone una aprobación a someter al SEIA mediante un Estudio de Impacto Ambiental ("EIA"), sino que solo a una "consulta" a la Dirección Regional del Servicio de Impacto Ambiental, sobre la "pertinencia" de ingresar dicha medida de reinyección propuesta, al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. De estimar el SEA pertinente dicho ingreso, la acción de someter al SEIA la medida así calificada formaría parte de la denominada acción 34.

Decimosexto. Que, así, en este respecto, no parece razonable que la SMA haya aprobado una medida de la empresa respecto de la cual no existe certeza alguna en cuanto al impacto ambiental que dicha medida sería susceptible de generar. Por el contrario, la SMA en vez de hacer exigible la disposición del art. 11 ter que obliga a incorporar de forma obligatoria la referida medida, se limita a aprobar una propuesta de la empresa en orden a consultar la "pertinencia" del sometimiento de una medida que en todo caso debió y debe ser aprobada ambientalmente antes de implementarse, como parte de un proyecto complejo.

Decimoséptimo. Que, con esto la SMA habría vulnerado la prohibición de fraccionamiento establecida en el art. 11 bis de la Ley N°19.300. En efecto, resulta evidente a juicio del reclamante que las medidas propuestas por SQM, por su complejidad de interrelación, debieran todas ser previamente ingresadas conjuntamente al SEIA. Con esto se ve que SQM buscaría por cualquier medio eludir la evaluación conjunta de las medidas, para someterlas al estándar menos riguroso de evaluación que se tradujo en la aprobación del PdC por la SMA, en un caso que cumple abiertamente con la hipótesis de fraccionamiento señalada.

Decimoctavo. Que, así las diversas medidas propuestas por SQM a la SMA presuponen por sí mismas una evaluación ambiental, que debió haber sido realizada en el proyecto original, por lo que su incorporación en un PdC constituye un mecanismo anómalo para la medición de sus efectos. En este sentido, se pueden señalar, entre muchas otras, las medidas N°13, la acción alternativa N°22; la acción principal N°30; la acción principal N°33. Ninguna de estas medidas fue evaluada en el marco del proyecto original, y es evidente que no pueden eludir, por vía de reemplazo, su ingreso al SEIA sin constituir la hipótesis de fraccionamiento del proyecto, prohibido por la disposición del art. 11 bis de la Ley N°19.300.

Por lo mismo, la acción N°34, relativa al correspondiente ingreso al SEIA de las medidas que propone en el PdC, no especifica cómo, o con referencia a qué, se medirá y analizará el impacto de las medidas de mitigación concretamente modificadas por la empresa.

Decimonoveno. Que, respecto las alegaciones planteadas por la reclamante la SMA señala que ella exigió la evaluación de todas las modificaciones constatadas, por lo que se debería analizar correctamente la Res. Ex. N°22.

Vigésimo. Que, a juicio de la SMA, la reclamante confunde dos temas, uno es la evaluación ambiental exigida la cual será completa según se exigió en la Res. Ex. N°22 y la última versión refundida del PdC, con otro tema, a saber, con los efectos de las infracciones. Las acciones de monitoreo y control no tienen como fin "regularizar" la situación ya que esto se logrará con la evaluación ambiental. Estas acciones tienen como fin verificar el estado de los puquíos mientras se consigue la nueva RCA.

Vigésimo primero. Que, la SMA señala que la reclamante nuevamente no hace un análisis correcto de la Res. Ex. N°22 de cómo fueron abordados los efectos de las infracciones. Hay descontextualización de alegaciones, refiriéndose a otros cargos. Por ejemplo: acción 13 dice relación con cargo N°1 y no con el N°7.

Vigésimo segundo. Que para la SMA el PdC da una respuesta ambiental al problema verificado, al exigir:

- a. Ingreso al SEIA de las modificaciones efectuadas en la medida de mitigación y PAT (acción N°34).
- b. Exigencia de una serie de acciones de monitoreo y control que permiten hacerse cargo del escenario de riesgo de afectación (acciones 32, 33 y 35).
- c. Levantamiento de información respecto del objeto de protección (biota acuática) (acciones N°1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11).
- d. Control de calidad química del agua inyectada a los puquíos (acción N°6).

2. Supuesto incumplimiento del artículo 42 de la LOSMA, en relación a las normas establecidas en el Decreto N°30, 2012, del Ministerio del Medio Ambiente.

Vigésimo tercero. Que, la reclamante señaló que en cuanto a) al incumplimiento de la letra a) del artículo 7 del Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación (“Reglamento sobre PdC”), la obligación legal referida no solo consiste en describir los hechos actos u omisiones que configuran la infracción, sino que debe clarificarse los efectos del proyecto, especificándose su concurrencia y extensión, así como su gravedad y entidad, ya que solo de esta manera se lograría suspender o poner término al procedimiento sancionatorio de esta forma anormal que constituye la aprobación e implementación del PdC.

Vigésimo cuarto. Que, a juicio del reclamante esto no fue cumplido por la empresa, ya que solo formalmente habría enunciado los efectos de las infracciones ambientales, pero luego esta habría negado reiteradamente dichos efectos, por lo que violaría el sentido de la disposición, citando como ejemplo el cargo N°1, a saber, la falta de implementación de la barrera hidráulica, donde la empresa habría indicado que “(...)no existen antecedentes que indiquen la existencia de efectos ambientales adversos sobre los objetos de protección (...). Salvo la existencia de un margen acotado de incertidumbre (...) para lo cual se propone un conjunto de acciones de monitoreo y control”.

Vigésimo quinto. Que, de ahí que al desconocer la empresa todos y cada uno de estos efectos, imposibilitaría evaluar la idoneidad de las medidas que propuso en reemplazo de las que evaluó, y analizar si éstas se hacen realmente cargo disminuyendo el riesgo ambiental vinculado a su implementación. Al incumplir esta normativa, se habría violado el sentido y objeto del PdC, el cual consiste precisamente en efectuar un retorno al cumplimiento de la RCA.

Vigésimo sexto. Que, por su parte, el órgano reclamado señaló que para que esta alegación fuese seria debería, a lo menos, haberse indicado o mencionado de manera presuntiva o general cuáles serían los efectos de los que no se habría hecho cargo el PdC, no solo mencionarlos. No obstante, prosigue la SMA, la resolución reclamada habría ponderado todo lo alegado por la comunidad indígena en los distintos considerandos de su resolución, mencionándolos para cada cargo.

Vigésimo séptimo. Que, las comunidades señalaron b) sobre el incumplimiento de lo dispuesto en art. 9 del Reglamento sobre PdC, que este no cumpliría con ninguno de los tres criterios exigidos por la normativa, a saber: integridad, eficiencia y verificabilidad; entendiéndose por Integridad aquella exigencia de contener el PdC acciones y metas para hacerse cargo de todas las infracciones como también de sus efectos. A su vez, para ser considerado Eficaz se requiere que las acciones y metas aseguren el cumplimiento de la normativa infringida, procurando el retorno al cumplimiento ambiental. Además, debe ser Verificable, esto quiere decir que las acciones y metas deben contener mecanismos que permitan acreditar su cumplimiento, los que deben ser idóneos y suficientes.

Vigésimo octavo. Que, el reclamante citó algunos documentos donde se dejaría entrever que el PdC no cumpliría con estos criterios, por ejemplo, como sucedería con el estudio metagenómico de sistemas de deposición de yeso del Salar de Llamara, elaborado por el centro de Biotecnología de la Universidad Católica del Norte del año 2018, los que estarían en contraposición a los realizados por Farías y Contreras entre los años 2012 y 2013. Lo mismo sucedería con la Guía para la conservación y seguimiento de Ecosistemas Microbianos Extremófilos: Tapetes Microbianos, Microbialitos y Endovaporitas, elaborado por el gobierno. De ahí que, a su juicio, las medidas propuestas por SQM y aprobadas por la SMA no cumplirían con estos criterios del art. 9 del reglamento, por no ser estas idóneas.

Vigésimo noveno. Que, el reclamante se refiere también al informe CAPES (2018) —refiriéndose al informe “Asesoría científica para determinar efectos ambientales en puquios del Salar de Llamara”, del Centro UC CAPES (Center of Applied Ecology & Sustainability) de octubre 2018, informe solicitado por este Primer Tribunal Ambiental en causas S-2-2017 y S-7-2017, y asociado al expediente MP-026-2017 de la SMA—, para fundamentar su posición, el que habría concluido que no es posible determinar la ocurrencia o ausencia de efectos ambientales del proyecto. Tal incertidumbre no habría sido revertida por el PdC3, por lo que la SMA no pudo afirmar que con el PdC3 se volvía al cumplimiento, señalando que en las acciones N°1 y N°6 los análisis que se realizaron no satisfacen la integridad de las variables consideradas de acuerdo a los conocimientos científicos sobre los sistemas.

Trigésimo. Que, tampoco a su juicio se consideró en el PdC la extracción de agua de los pozos que se relacionan con otras RCA, como el proyecto Lagunas, las que se superponen con el proyecto Pampa Hermosa, por lo que las medidas del programa no se hacen cargo de este impacto ambiental.

Trigésimo primero. Que, por su parte, el reclamado sobre las alegaciones planteadas por la reclamante en este punto señaló que los impactos ambientales de la extracción de agua no son parte del procedimiento sancionatorio,

por lo que se trae un tema que nada tiene que ver con la resolución que aprobó el PdC. Esta alegación debió hacerse y ponderarse en el contexto de la evaluación ambiental y tramitación de los derechos de agua. No se puede utilizar el PdC para cuestionar los niveles de extracción que se le otorgaron a la empresa.

Trigésimo segundo. Que, además, prosigue el órgano reclamado, si la reclamante estimó que se habrían incumplido con los requisitos de aprobación, esto debía haberlo señalado en el reclamo respecto de qué cargo, y cómo esto ocurrió. Además, para acreditar la inexistencia de efectos SQM habría acompañado una serie de documentos que se tuvieron a la vista.

Trigésimo tercero. Que, sin perjuicio de lo anterior y considerando los documentos acompañados por el titular, en particular el estudio CAPEs (2018), se mantuvo un nivel de incertidumbre respecto de los efectos sobre la biota acuática y entendiendo que el PdC no puede eliminar cualquier incertidumbre, se ordenaron acciones para abordarlas. Por ejemplo:

- a. Incertidumbre de efectos sobre la biota acuática: La SMA habría requerido acciones de monitoreo y control para mejorar el conocimiento del sistema que habita en los puquios.
- b. Acciones propuestas para los efectos reconocidos al medio ambiente respecto del cargo N°1.

Las acciones propuestas por la empresa contribuyen a un mejor conocimiento del sistema que habita en los puquios y están orientadas a asegurar a través de la operación de la medida de mitigación, un escenario de menor riesgo para el objeto de protección que son los microorganismos extremófilos, lo que implica mantener calidad por sobre el nivel de aguas en los puquios. Justamente serían estas acciones las orientadas a superar el actual escenario de incertidumbre respecto de ellos.

3. Supuesto Incumplimiento de las normas establecidas en los artículos 6, 7 y 15 del Convenio N°169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo, de acuerdo al artículo único del decreto promulgatorio N° 236 de fecha 2 de octubre de 2008.

Trigésimo cuarto. Que, el reclamante indica que su parte no tuvo consulta indígena ("CI"), incumpléndose el art. 6, 7 y 15 del Convenio 169 ya citado, pese a existir una afectación directa. Estas comunidades tendrían derechos sobre el territorio del proyecto de acuerdo a la Ley N°19.253, lo que habría sido reconocido por SQM en su Adenda N°2 del proyecto original que incumplió respecto a la Quebrada Amarga. Sin embargo, las aguas superficiales y subterráneas afectadas serían de titularidad de las comunidades de acuerdo al art. 64 de la Ley Indígena. La titularidad de estos territorios estaría reconocida por la Excelentísima Corte Suprema en sentencia rol N°14.003-2013. No obstante, lo anterior, estas comunidades son susceptibles de verse directamente afectadas por las medidas presentadas por SQM dejándolas en absoluta desprotección, por lo que se estaría infringiendo el art. 6, 7 y 15 del convenio.

Trigésimo quinto. Que, tanto nuestra jurisprudencia como los tratados internacionales ratificados por Chile reconocen la dependencia de muchas comunidades que tienen sistemas de vida tradicionales basados en los recursos biológicos. De ahí la necesidad de realizar una consulta indígena, la que no fue realizada en este procedimiento.

Trigésimo sexto. Que, por su parte, la SMA señala que la reclamante además de no haber solicitado la consulta en su oportunidad, esta sería improcedente e inaplicable al procedimiento en que se aprobó el PdC, ya que:

- a. La consulta indígena solo es procedente respecto de algunas medidas administrativas, es decir, respecto de aquellas que pueden afectar directamente a los pueblos indígenas, de conformidad a lo establecido en el art. 6° del convenio. Esto se debe relacionar con el art. 7° del DS N°66/2013 que establece cuando se está en dicha hipótesis, indicando que esto se genera cuando tales medidas sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas.
- b. Naturaleza del acto reclamado: la consulta no es procedente respecto de actos de mero trámite, ni tampoco respecto de las medidas de ejecución material o jurídica. Si respecto de un acto administrativo terminal está excluida la consulta, también lo estará uno de mero trámite.

- c. Efectos del acto reclamado: para que proceda la CI debe tratarse de un acto que sea susceptible de generar una afectación directa causando un daño significativo sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales. Debe precisarse la manera concreta en que dicho acto afectará.

Trigésimo séptimo. Que, el órgano reclamado señala que el PdC no contempla acciones que generen efectos negativos en el medio ambiente, sino que por el contrario busca revertir los efectos generados por una infracción.

Trigésimo octavo. Que, en este caso no se discute sobre la conveniencia de una medida o proyecto, sino sobre su legalidad. Por eso la vía idónea es la recursiva y no la CI. No es procedente la CI en la aprobación o no del PdC, ya que aquí solo se ha pronunciado a que vuelva al cumplimiento normativo. En consecuencia, se genera una garantía de que el PdC no implicará una afectación directa a las comunidades.

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

1. De la integridad, eficacia y verificabilidad del PdC aprobado por la Res. Ex. N°24/2019.

Trigésimo noveno. Con el fin de resolver esta primera controversia este Tribunal estima adecuado exponer los procesos relevantes que han ocurrido en torno al Programa de Cumplimiento discutido en autos. Esclarecer y establecer la línea de tiempo administrativa y judicial van finalmente a determinar el campo y área de competencia de este órgano jurisdiccional.

Cuadragésimo. Previo a la dictación del PdC en comento, se sucedieron los siguientes hechos: a) formulación de cargos, b) la presentación de un programa de cumplimiento y sus versiones refundidas, c) el posterior rechazo de estos por parte de la SMA, d) la reclamación ante el Segundo Tribunal Ambiental de la resolución que rechaza el PdC, el que conociendo en causa R-160-2017 deja sin efecto lo resuelto por la SMA, e) la presentación de recursos de casación de la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, los cuales son, posteriormente, rechazados; y, f) la presentación de una nueva versión de programa de cumplimiento, que incorporaría las observaciones de la SMA, y que es aprobado con una serie de correcciones —que son abordadas y presentadas en una versión corregida del PdC—, mediante la resolución que es reclamada en estos autos.

Cuadragésimo primero. Con el fin de otorgar orden y claridad a esta sentencia, se elaboró la Tabla 1 que presenta todas las versiones del programa de cumplimiento de SQM S.A. asociadas al procedimiento sancionatorio Rol D-027-2016 y la unificación de nomenclaturas.

Tabla 2: Versiones de PdC presentadas por SQM y nomenclatura definida para esta sentencia.

Nomenclatura ITA	Nombre en SNIFA	Nombre en escrito que lo presenta	Fecha de ingreso SMA
PDC	PDC	Programa de Cumplimiento	07-07-2016
PDCR1	PDC Refundido	PDCR	07-11-2016
PDCR2	PDC Refundido N° 2	Programa de Cumplimiento Refundido	30-01-2017
PDCR3	Programa de Cumplimiento Refundido N° 3	PdC Refundido	04-02-2019
PDCR3c	PDC refundido corregido	Texto corregido del Programa de Cumplimiento Refundido	15-03-2019
PDCR3cf	PDC Refundido y corregido 10.04.19	Texto corregido del Programa de Cumplimiento Refundido	10-04-2019

Fuente: Primer Tribunal Ambiental, en base a documentos del expediente D-027-2016.

a) Formulación de cargos a SQM S.A.

Cuadragésimo segundo. Con fecha 6 de junio de 2016, mediante Res. Ex. N°1, la SMA dio inicio a la instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-027-2016, con la formulación de cargos en contra de SQM S.A., titular del proyecto “Pampa Hermosa”, cuyo Estudio de Impacto Ambiental fue calificado favorablemente mediante RCA N°890/2010.

Cuadragésimo tercero. Los cargos formulados en dicha resolución fueron ocho, a saber:

Cargo N°1: “Falta de implementación de barrera hidráulica, en función de:

1. No inyección de agua en el Puquío N4, no obstante, el nivel de agua se encontraba bajo el umbral establecido durante 78 días, en el período de 25 de septiembre y 10 de diciembre de 2013 y el día 14 de diciembre de 2013.
2. Regla Operacional: 2.1) Falta de activación de la barrera hidráulica: En Puquíos N1 y N2 entre los días 14 y 15 de mayo; entre el 17 y 27 de mayo; y, entre el 4 y 23 de junio, todos de 2015, no obstante, se constató una disminución por sobre 6,5 cm en el pozo M3N2. 2.2) No aumentar caudal de inyección de agua en el Puquío N2 para el periodo entre el 19 de diciembre de 2013 y 26 de enero de 2014, no obstante, el nivel del espejo de agua se encontraba bajo el valor umbral y en descenso.
3. Salinidad: Inyección de agua nula o insuficiente, no obstante, la salinidad se encontraba fuera de los rangos umbrales establecidos en la RCA en los siguientes periodos: 3.1) Puquío N1: Entre el 29 de octubre de 2013 y el 27 de mayo de 2014, así como, entre el 07 de abril y 02 de junio de 2015.3.2) Puquío N2: Entre el 25 de octubre de 2013 y 21 de mayo de 2014; Entre el 28 de octubre de 2014 y el 02 de diciembre de 2014; entre el 22 de abril de 2015 y 27 de mayo de 2015”.

Cargo N°2: “Falta de activación de Plan de Alerta Temprana del Sistema de Puquíos del Salar de Llamara (Fase Alerta I, sector Puquío N3), encontrándose los pozos PAT asociados al Puquío N3 (N3N-M3N3, N3S-M3N3 y N3E-M3N3), debajo de los umbrales definidos, por el periodo entre junio 2013 y diciembre de 2015”.

Cargo N°3: “Falta de monitoreos diarios del nivel del espejo de agua de los puquíos y conductividad eléctrica, en el periodo entre junio de 2013 y agosto de 2015, en los siguientes términos:

1. Nivel del espejo de agua en Regletas R3N2 y R4N3 el día 30 de diciembre de 2013.
2. Conductividad eléctrica, en periodo entre junio de 2013 y agosto de 2015: Puquío N1: 16 días; Puquío N2: 24 días; Puquío N3: 14 días; Puquío N4: 25 días”.

Cargo N°4: “Falta de monitoreo de los parámetros de calidad química sólidos flotantes visibles y espumas no naturales, velocidad de escurrimiento para el punto de monitoreo T2-23, entre junio de 2013 y diciembre de 2015”.

Cargo N°5: “Falta de monitoreo de comunidad de macrófitas en el sector de puquíos, en período de junio 2013 a diciembre de 2015”.

Cargo N°6: “Falta de monitoreo de pozo Victoria Pique N°3 parte de los pozos PAT Tamarugos Pampa Tamarugal, en periodo de junio de 2013 y agosto de 2015”.

Cargo N°7: “Modificación de medida de mitigación, consistente en la implementación de una barrera hidráulica y Plan de Alerta Temprana, sin contar con autorización ambiental, según se indica a continuación: a) Cambio de ubicación de los pozos de inyección del puquío N2;b) Falta de construcción de 2 pozos de inyección asociados al Puquío N3;c) Construcción de 4 pozos de inyección no autorizados asociados al Puquío N4;d) Construcción de Pozo N3W (pozo de monitoreo) en zona distinta a la autorizada (Plan de Alerta Temprana - Puquios Salar de Llamara);e) Reemplazo de pozo de monitoreo PO-2 por pozo PO-2A (PAT Tamarugo Salar de Llamara); y, f) Reemplazo de pozo de monitoreo XT-2B por XT-2A. (PAT Tamarugo Salar de Llamara).”

Cargo N°8: “No especificar responsables y participantes de Informe de Seguimiento en actividades de monitoreo del Informe N°6 (julio y noviembre de 2015)”.

Cuadragésimo cuarto. Que, las infracciones de los cargos N°1 y 2 fueron clasificadas como graves, mientras que las de los cargos N°3, 4, 5, 6 y 8 como leves y la del cargo N°7 como gravísima.

b) Versiones del programa de cumplimiento previo a la sentencia R-160-2017 del Segundo Tribunal Ambiental.

Cuadragésimo quinto. Que, con fecha 7 de julio de 2016, SQM presenta su PdC ante la SMA. Con fecha 17 de octubre de 2016, la SMA establece que, previo a resolver, se deben incorporar una serie de observaciones al PDC.

Cuadragésimo sexto. Luego, con fecha 7 de noviembre de 2016, SQM presenta el PDCR1, incorporando las observaciones formuladas, además de un análisis respecto de la no generación de efectos negativos producto de las infracciones indicadas en la formulación de cargos. La SMA, a través de la Res. Ex. N°7, hace nuevas observaciones, a lo cual, con fecha 30 de enero de 2017, SQM S.A. presenta el PDCR2. No obstante, con fecha 29 de junio de 2017, la SMA, mediante Res. Ex. N°9, lo rechaza.

c) Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental en causa rol N°R-160-2017.

Cuadragésimo séptimo. Este fallo realiza primeramente un análisis de los aspectos formales cuestionados, rechazando todas las objeciones consistentes en: 1) la dilación de la SMA en emitir un pronunciamiento sobre el PdC; 2) la infracción al principio de contradictoriedad; 3) la infracción al principio de congruencia; 4) la inobservancia del deber de asistencia al cumplimiento; y, 5) la vulneración del principio de igual ante la ley.

Cuadragésimo octavo. Luego, se refirió a las ilegalidades de fondo que habría cometido la SMA al rechazar el PdC, refiriéndose al criterio de integridad y al criterio de eficacia.

Cuadragésimo noveno. Que, en cuanto al criterio de Integridad, y con el fin de abordar los efectos de los cargos en el tiempo intermedio, el Segundo Tribunal Ambiental utiliza como aproximación el estudio de los fenómenos de transporte. Para dicho Tribunal resultó claro que “la situación del ecosistema de los puquios del Salar de Llamara presenta fenómenos combinados de cambios de nivel de agua, evaporación de agua y variaciones de concentración de sales y sustancias orgánicas, los que se corresponden con los fenómenos citados anteriormente de dinámica de fluidos, transmisión de calor y transferencia de materia, respectivamente, haciendo del todo pertinente y necesario el estudio de los antecedentes desde el dominio de los fenómenos de transporte” (considerando N°80).

Quincuagésimo. El citado Tribunal Ambiental definió como variables en controversia: 1) el nivel del agua, 2) la salinidad medida como sólidos disueltos, 3) la presencia de nitrógeno orgánico total y de clorofila a, y, 4) la determinación de la riqueza y abundancia de taxa; los tres últimos en el medio acuoso.

Quincuagésimo primero. Que, respecto 1) al nivel de agua, el Segundo Tribunal Ambiental señala que SQM “ha entregado información suficiente para estimar la dinámica de fluidos o el comportamiento hidráulico de los puquios, entendiendo por ello, la relación que existe entre los caudales de inyección de agua del acuífero del Salar de Llamara y el nivel de agua que se mantiene en los puquios. Dicho comportamiento da cuenta de la adopción de un régimen estacional de inyección, invierno-verano, consistente con lo reflejado en la evaluación ambiental, con oscilaciones que han excedido el límite inferior de nivel de agua en los puquios” (considerando N°81).

Quincuagésimo segundo. Añade que “es claro del análisis de la dinámica de fluidos que no existe incertidumbre relativa a la implementación de la medida de mitigación respecto del nivel de agua en los puquios (...)” (considerando N°88). Estima, además, que SQM S.A. “se hizo cargo de los presuntos efectos derivados del cambio de posición de la inyección y acreditó la inexistencia de otros efectos”, así como que la SMA “yerra al apreciar la existencia de una incertidumbre y una demora injustificada en el cumplimiento propuesto (...)” (considerando N°91).

Quincuagésimo tercero. En relación a la 2) salinidad, la sentencia en comentario señaló que “(...) es posible confirmar la hipótesis de heterogeneidad en la distribución de las sales, debido a la intensidad del proceso de evaporación que ocurre en los puquios, esto es que las concentraciones de sólidos disueltos varían ostensiblemente entre el fondo y la superficie de agua, así como entre el ingreso de las aguas y el extremo opuesto de los puquios. Dicha heterogeneidad resulta en que el ecosistema tolera amplios rangos de salinidad, por un lado, y que la biota vive con ello (...)” (considerando N°95). Asimismo, señala que “(...) las variables ambientales caudal de agua inyectada y contenido de sales inyectado, que determinan el comportamiento de la salinidad en los puquios, exhiben una evidente relación que las vuelve variables no independientes entre sí (...)” y que “(...) no existen grados de libertad suficientes para determinar acciones de control con independencia entre ellas (...)” (considerando N°97).

Quincuagésimo cuarto. Agrega que “la implementación de la barrera hidráulica, aunque en una ubicación diversa a la autorizada en la RCA, ha demostrado concentrar las sales por evaporación de las aguas extraídas del acuífero previo al ingreso del agua a los puquios, tal como se predijo en la evaluación ambiental (...)” (considerando N°101).

Quincuagésimo quinto. En cuanto al 3) nitrógeno orgánico total y de clorofila a, para el Segundo Tribunal Ambiental “no existe un flujo de Nitrógeno Orgánico Total ni de clorofila a ingresando a los puquios”, por lo que concluye “que ambas mediciones dan cuenta de la transformación de materia en moléculas que se detectan a través de esta medición” (considerando N°108).

Quincuagésimo sexto. Agrega que “el aumento en la concentración de las variables ambientales Nitrógeno Orgánico Total y clorofila a tampoco ocurre a causa indirecta de los hechos constitutivos de las infracciones 1, 2 y 7, tratándose de efectos de origen diverso a esos hechos, por lo que la propuesta de la reclamante [SQM], en términos de la medición de la calidad de las aguas de ingreso a los puquios, es suficiente para estimar el retorno a la condición de cumplimiento respecto de estas variables y en cuanto a los citados cargos” (considerando N°113).

Quincuagésimo séptimo. En cuanto a la 4) riqueza y abundancia de taxa, tal Tribunal estimó, por un lado, que la SMA “yerra en su apreciación sobre los ‘indicios’ de cambio, no contando con evidencia para establecer que hayan ocurrido cambios derivados de los hechos constitutivos de las infracciones 1, 2 y 7, por lo que su hipótesis de riesgo no está fundada, y por otro, que la propuesta de PdC del reclamante [SQM] se hace cargo de los efectos de los mismos, sin que exista evidencia de que los hechos en comento hayan alterado la biodiversidad de los puquios” (considerando N°126).

Quincuagésimo octavo. Además, el mencionado Tribunal hizo énfasis en que “se requiere mejorar la sistematización de la información de riqueza y abundancia de taxa, para facilitar el fortalecimiento del conocimiento científico del ecosistema, con ocasión del desarrollo del proyecto” (considerando N°126).

Quincuagésimo noveno. Finalmente, respecto del criterio de integridad, el Segundo Tribunal Ambiental señaló que “SQM S.A. se hace cargo debidamente de todos los efectos de los cargos N°1, 2 y 7 (...)” (considerando N°127).

Sexagésimo. Por otro lado, dicho órgano jurisdiccional se refiere al ingreso al SEIA como acción de un PdC donde indica, entre otras cosas, que “en el contexto de la aprobación de un PdC, ‘hacerse cargo de los efectos de la infracción’ no significa eliminar todos los espacios de incertidumbre (...), sino que hacer un análisis razonable que permita descartar que los efectos principales han sido abordados y cubiertos (...)” (considerando N°133). En esa misma línea, considera que la SMA “asimila ‘hacerse cargo de los efectos’ con ‘eliminar toda incertidumbre’, lo que no puede prosperar (...)” (considerando N°136).

Sexagésimo primero. Además, el mencionado Tribunal señaló que “la SMA impuso en los hechos un nuevo requisito de procedencia del PdC, el cual no está en la LOSMA ni en el reglamento respectivo que los señalan expresamente, cual sería que: cuando se trate de una infracción que trasunte un impacto ambiental muy complejo, el PdC es improcedente. Esto no se ajusta a derecho” (considerando N°135).

Sexagésimo segundo. Que, en cuanto al criterio de Eficacia, el Segundo Tribunal Ambiental analizó la motivación de la resolución reclamada abordando los mismos antecedentes considerados para el criterio de integridad, estimando:

Sexagésimo tercero. Que, respecto 1) al nivel de agua, SQM S.A. se hizo cargo de los efectos constatados y que, a su vez, la SMA no se pronunció respecto de los niveles de agua a mantener, los planes de alerta y la evaluación ambiental de la modificación de la inyección en los puquios.

Sexagésimo cuarto. Que, en cuanto a la 2) salinidad, consideró que el PdC propuesto se hace cargo de los efectos asociados a los cargos 1, 2 y 7, en el entendido que los efectos asociados a los cambios en la regla operacional de inyección están subsumidos respecto a lo mencionado sobre el nivel del agua.

Sexagésimo quinto. Que, en relación a 3) nitrógeno orgánico total y la clorofila a, este órgano jurisdiccional fue del parecer que la propuesta de SQM S.A. se hace cargo de los efectos derivados del incumplimiento.

Sexagésimo sexto. Que, en cuanto a 4) riqueza y abundancia de la taxa en la biota acuática, estimó que la Res. Ex. N°9 “funda erróneamente la existencia de efectos derivados de los hechos detallados en los cargos N°1, 2 y 7, así como también yerra al atribuir una relación entre los datos que aprecia y la posibilidad física de que la modificación en comento la haya provocado por lo que la propuesta de PdC de la reclamante [SQM] incluye

acciones y metas tendientes a contener, reducir o eliminar los efectos ambientales negativos en el ecosistema” (considerando N°145).

Sexagésimo séptimo. Por otro lado, el Segundo Tribunal Ambiental expresó en su sentencia que “la hipótesis de incertidumbre y riesgo planteada por la reclamada [SMA] a este respecto es del todo errónea y, por ello, la objeción a la reducción del caudal de extracción indicado no está debidamente motivada (...)” (considerando N°147).

Sexagésimo octavo. Finalmente, el fallo, en su voto de mayoría, resolvió “Acoger la reclamación interpuesta por la Sociedad Química y Minera de Chile S.A. en contra de la Resolución Exenta N°9/Rol N°D-027-2016, dictada el 29 de junio de 2017 por la SMA, la cual se deja sin efecto, ordenándose a la reclamada que retrotraiga el procedimiento a la etapa previa a la dictación de dicho acto, a fin de que formule nuevas observaciones al segundo PdC Refundido que subsanen los vicios en que incurrió, de acuerdo a lo señalado en la parte considerativa de esta sentencia”.

Sexagésimo noveno. La Excelentísima Corte Suprema conociendo de los recursos de casación interpuestos en contra de la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental en causa rol N°24.870-2018, confirmó lo resuelto por este, quedando la sentencia firme y ejecutoriada.

d) Presentación del Nuevo Programa de Cumplimiento:

Septuagésimo. Que, con posterioridad a estos hechos, la SMA dicta la Res. Ex. N°21 reiniciando y retro trayendo el procedimiento administrativo D-027-2016 a la etapa previa a la dictación de la Res. Ex. N°9, incorporando a este procedimiento sancionatorio los expedientes de las medidas urgentes y transitorias decretadas en la Res. Ex. N°1485/2017 y Res. Ex. N°1473/2018, asociadas a las causas R-3-2018 y R-11-2018 conocidas por este Tribunal.

Septuagésimo primero. Posteriormente, la SMA mediante Res. Ex. N°22, establece que, previo a resolver, se deben incorporar una serie de observaciones al PDCR2, incluyendo observaciones generales asociadas a la implementación de lo dispuesto en la Res. Ex. N°166/2018 de la SMA, como el ajuste de formato, plazos y tipificación de acciones; y, además, la inclusión de reporte final en las acciones, una acción asociada a informar a la SMA, cambios en la forma de implementación y en los impedimentos.

Septuagésimo segundo. Cabe hacer presente que la SMA genera la mayor cantidad de observaciones respecto a las acciones asociadas al cargo N°1, es decir, a aquel asociado a la falta de implementación de la barrera hidráulica.

Septuagésimo tercero. La Res. Ex. N°22/2019 hace mención a que no existen antecedentes para acreditar o descartar fehacientemente efectos ambientales, releva la incertidumbre sobre la existencia o no de efectos ambientales y solicita proponer acciones de monitoreo y control que contemplen medidas concretas y de seguimiento que permitan hacerse cargo del riesgo de afectación.

Septuagésimo cuarto. Las observaciones a las acciones de las cuales la SMA indicó a SQM que debían ser ajustadas se presentan en la Tabla 3 y Tabla 4, tablas que se expondrán en la siguiente controversia que resolverá este Tribunal. Algunas de estas observaciones se resumen en los siguientes considerandos y tienen por fin permitir resguardar de mejor manera el principal objeto de protección ambiental.

Septuagésimo quinto. En relación a la acción 1.1, respecto a nuevos pozos de inyección y a la regla operacional, se indicó:

- La implementación de nueva barrera hidráulica durante la vigencia del PdC bajo nuevas consideraciones.
- La exigencia del cumplimiento de niveles y calidad, y en caso que no sea posible cumplir con ambos, la regla operacional debe priorizar un escenario de menor riesgo, es decir, priorizar mantener la calidad.
- La implementación de un sistema que permita controlar la calidad (salinidad y conductividad eléctrica) de las aguas de inyección, en cada uno de los puquios, durante toda la vigencia del PdC.
- Acompañar los registros hidroquímicos de los cuatro puquios, durante el periodo 2017-2018, incluyendo certificados.

- En caso que la empresa decida implementar la opción N°1 planteada en el informe de SMI¹, consistente en bombear desde los pozos de producción con mayor conductividad eléctrica (“CE”), se deberá presentar un informe de factibilidad técnica de la medida que incluya identificación de pozos de bombeo y de inyección, rango de caudales a extraer e inyectar, calidad del agua representativa, diagrama de flujo en que se aprecie la conexión que existe por medio de obras hidráulicas, calidad del agua objetivo a inyectar, memoria de cálculo —con la inclusión de estimación del tiempo requerido para implementarla, así como el tiempo de respuesta entre que se detecta el cambio en los umbrales de conductividad eléctrica y se restablezcan los rangos autorizados—, descripción de cómo operará la medida, informar si se requiere hacer modificaciones relevantes de infraestructura, informar cualquier otra información, explicación fundada de si la presente solución reemplaza o complementa a la actual.
- Implementar una medida de seguimiento a la medida de reinyección (incorporando descripción de los parámetros de interés —volumen extraído e inyectado de cada pozo, conductividad eléctrica medida en pozos de inyección y en cada puquío, y análisis de calidad de agua superficial—, identificación pormenorizada del indicador que permitirá hacer seguimiento del correcto funcionamiento de la solución propuesta —incluyendo ubicación, umbrales, frecuencia de monitoreo y de entrega de reportes, junto con las eventuales acciones correctivas a gatillar en caso de desviaciones—, y cualquier otra información pertinente).
- En el Reporte Inicial, la empresa podrá proponer ajustes a la forma de controlar la calidad de las aguas a inyectar.

Septuagésimo sexto. En cuanto a la acción 1.4, sobre el estudio de vitalidad de microorganismos en bioevaporitas, la resolución indica mejorar la actual caracterización de las estructuras de deposición de yeso y contar con más información de base.

En ese sentido, se solicita replantear la acción a una que permita complementar y actualizar la línea de base de ecosistemas microbianos en base a estudios que podrán considerar un estudio de resiliencia para conocer la tolerancia real del ecosistema microbiano a la desecación, a las variaciones de salinidad y de iones específicos, así como para conocer la variación estacional de las principales vías metabólicas y de la diversidad microbiana.

Septuagésimo séptimo. En relación a la acción 1.5, sobre incorporar al monitoreo de biota acuática a los puquíos 1, 3 y 4, se señaló que esta debe ajustarse en términos que se monitoree, en columna de agua y estructuras de yeso, riqueza y abundancia de fitobentos, fitoplancton, zoobentos, zooplancton, pigmentos, nutrientes, metales, iones mayoritarios y específicos.

Septuagésimo octavo. En cuanto a la acción 1.6, sobre el estudio de tolerancia a variaciones de salinidad, limitado a microalgas, se indicó incorporar las comunidades bacterianas.

Septuagésimo noveno. En relación a la acción 1.7, sobre estudio de distribución espacial de la salinidad, se señaló por la SMA que el estudio deberá modificarse y que se deberá proponer un nuevo programa de monitoreo de conductividad eléctrica que involucre varios puntos por puquío, para obtener mejor representatividad, y definir rangos horarios específicos.

Octogésimo. En relación a las acciones 1.8, 1.11 y 1.12, sobre estudios complementarios de medición de superficie de los puquíos, se ordena reemplazar dichas acciones por un monitoreo fotográfico, en los términos que habían sido ordenados por las Medidas Urgentes y Transitorias.

Octogésimo primero. La acción 1.10, sobre actualización del procedimiento de operación de la medida de mitigación, se prescribe replantear en los términos de las observaciones a la acción 1.1 e incluirla dentro de las modificaciones sometidas al SEIA.

Octogésimo segundo. En cuanto a la acción 1.14, sobre la ausencia de tecnología adecuada, se indica eliminarla.

Octogésimo tercero. Que, respecto al cargo N°2, la SMA le solicita al titular actualizar el PAT Fase Alerta I Llamara, con el planteamiento de medidas idóneas para cumplir el objetivo de este, además de informar el estado de avance de los nuevos pozos de inyección.

¹ Informe “Estudio del efecto del bombeo y de la inyección de agua en la calidad del agua en las lagunas de los Puquíos, Informe Final”, de septiembre de 2018, del Centro de Excelencia Internacional SMI – ICE Chile. Este informe se encuentra en el expediente MP-026-2017 de la SMA.

Octogésimo cuarto. Que, en relación al cargo N°3, la SMA solicita complementar acción 3.1 instalando un sensor de medición continua de conductividad eléctrica y que los datos sean enviados trimestralmente a la SMA. Respecto de la acción 3.2, se ordena establecer nuevos puntos de medición; y respecto de la acción 3.3, se señala incluir puntos de monitoreo georreferenciados.

Octogésimo quinto. Que, en relación al cargo N°7, se solicita que respecto de la acción 7.2 se debe incorporar: la regularización de los pozos PAT y de la ubicación de los pozos de inyección, la actualización de la regla operacional con una serie de consideraciones (calidad de agua, nuevos pozos, estacionalidad, priorización de escenario de menor riesgo ambiental), la incorporación de nuevas medidas como parte de seguimiento ambiental (considerando heterogeneidad, frecuencia y alcance del PAT, y umbrales), la propuesta de un nuevo PAT y la inclusión de todo otro seguimiento que permita abordar falencias identificadas en informe CAPES (2018); todas modificaciones que deben ser sometidas a evaluación ambiental.

Octogésimo sexto. Así, con fecha 4 de febrero de 2019, SQM S.A. presenta el PDCR3, solicitando tener por incorporadas las observaciones formuladas mediante la Res. Ex. N°22 y tener por presentada la propuesta actualizada del PdC, aprobarlo, decretando la suspensión del procedimiento sancionatorio. Con fecha 26 de febrero de 2019, mediante la Res. Ex. N°24 —reclamada en estos autos—, la SMA aprueba el PDCR3 con una serie de correcciones.

Octogésimo séptimo. Posteriormente, con fecha 15 de marzo 2019, SQM S.A. incorpora al expediente el texto corregido del programa de cumplimiento refundido, PDC3Rc, el cual incorporaría las correcciones de oficio consignadas en el Resuelvo I letras a) y b) de la Res. Ex. N°24.

Octogésimo octavo. Con fecha 10 de abril de 2019, SQM S.A. incorpora una nueva versión del PdC corregida, PDCR3cf, que estaría asociada a las observaciones consignadas en el Comprobante Devolución Programa de Cumplimiento CDPDC-280 de 3 de abril del 2019.

e) Acciones aprobadas en virtud de la Res. Ex. N°24/2019.

Octogésimo noveno. Que, detallado lo anterior, corresponde a este Tribunal realizar la revisión de aquellas acciones que fueron incorporadas al PDCR3, y evaluar si estas se ajustan a lo resuelto en la sentencia dictada por el Segundo Tribunal Ambiental. A juicio de estos sentenciadores, su competencia, en cuanto al ejercicio del control de legalidad del acto administrativo reclamado, quedó circunscrita por lo dictaminado en causa R-160-2017 dictada por dicho órgano jurisdiccional, el que determinó que la empresa se hizo cargo debidamente de los efectos de los cargos N°1, 2 y 7, asociados a los criterios de integridad y eficacia, no siendo posible a estos magistrados pronunciarse sobre estas materias.

Nonagésimo. Que, para claridad de la sentencia, este Tribunal se referirá a la numeración y texto de las acciones del PDCR3c, que son aquellas oficiales de acuerdo al Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental (“SNIFA”). A continuación, en la Tabla 2 se detalla la correlación entre la numeración de las acciones referidas en la reclamación e informe de contestación de la SMA (y referidas así en el capítulo I. DE LAS PRINCIPALES CONTROVERSIAS SOSTENIDAS POR LAS PARTES), y la numeración corregida. No obstante, el análisis del Tribunal se limitará a lo establecido expresamente en la Res. Ex. N°24, que es la reclamada en estos autos.

Tabla 2: Acciones de la versión PDCR3c y su respectiva numeración en las versiones PDCR3 y PDCR3c.

C	N° PDCR3	N° PDCR3c	Acción corregida según Res. Ex 24 (PDCR3c)
1	1	1	Realizar estudios de distribución espacial de la salinidad (conductividad eléctrica), que permita detectar la variabilidad que presentan los puquios N1, N2, N3 y N4.
	2	2	Estudiar la tolerancia a variaciones de salinidad en agua expresada como conductividad eléctrica en organismos representativos de la biota acuática de los puquios N1, N2, N3 y N4.
	3	3	Realizar estudio que permita conocer la diversidad funcional de las comunidades microbianas presentes en los puquios N1, N2, N3 y N4.

C	Nº PDCR3	Nº PDCR3c	Acción corregida según Res. Ex 24 (PDCR3c)
	4	4	Actualizar la infraestructura necesaria para la operación de la medida de mitigación.
	5	5	Implementar un programa de seguimiento actualizado y específico de la medida de mitigación.
	5 (5.2)	6	Definir un programa actualizado de seguimiento de biota acuática.
	6	7	Controlar la calidad de las aguas de inyección, en cada uno de los puquios, durante toda la vigencia del PdC, a través de una regla operacional actualizada, <u>detallada en el Anexo 7.2</u> , que priorice mantener la calidad por sobre el nivel de los puquios, conforme a lo requerido por la SMA.
	7	8	Realizar un estudio de diversidad microbiana por secuenciación masiva Illumina-Miseq (metagenómica) en muestras representativas de salmueras y de las cuatro capas de las estructuras de depositación de yeso.
	8	9	Elaborar estudio de <u>actividad metabólica</u> de los tipos microbianos en los sistemas de depositación de yeso del Salar de Llamara.
	9	10	Medición del nivel de agua en punteras manuales asociadas a los 9 transectos de medición de vegetación higromorfa. Para efectos de complementar el monitoreo de especies higromorfas.
	10	11	Realizar un monitoreo fotográfico con frecuencia <u>bimestral</u> de los 4 puquios.
	11	12	Actualizar el procedimiento de operación de la medida de mitigación, que considere el escenario de menor riesgo para el objeto de protección.
	12	7 (7.7)	ELIMINADA como acción, se corrige a complemento de acción 7. 7.7 En caso de <u>configurarse</u> fallas en la infraestructura de <u>extracción y/o inyección (desperfecto en flujómetros)</u> que impidan registrar el volumen de caudal extraído y/o inyectado, se realizarán las siguientes actividades: 7.7.1 Se evaluará la falla y se definirá el plazo de reparación. 7.7.2 (...) 7.7.3 (...).
	13	7 (7.8)	ELIMINADA como acción, se corrige a complemento de acción 7. 7.8.1 En caso de ser insuficiente la capacidad de inyección en un punto para responder al requerimiento diario de la Regla Operacional actualizada, se procederá a seleccionar una ubicación próxima, para efectos de habilitar un punto complementario de inyección. 7.8.2 (...) 7.8.3 (...).
	2	14	13
15		14	Elaborar y difundir un procedimiento de verificación de la activación del PAT Fase Alerta I Acuífero Llamara actualizado.
3	16	15	Adquirir y disponer de equipo de respaldo que permita realizar mediciones diarias de la conductividad eléctrica de los puquios N1, N2, N3 y N4 y realizar calibraciones y contrastes periódicos entre ambos equipos de medición de conductividad eléctrica (equipo existente y de respaldo).
	17	16	Registrar la medición diaria del nivel del espejo de agua en las regletas <u>N1</u> , R3N2, R4N3 y R5N4, conforme a lo establecido en la RCA 890/2010, y mediciones diarias de la conductividad eléctrica de los puquios N1, N2, N3 y N4.

C	N° PDCR3	N° PDCR3c	Acción corregida según Res. Ex 24 (PDCR3c)
	18	17	Instalar sensores de medición continua de conductividad eléctrica en cada uno de los puquios y reportar los datos registrados con frecuencia trimestral.
	19	18	Actualizar y difundir el procedimiento de medición y registro del nivel de agua y conductividad eléctrica de los puquíos a partir de los antecedentes incluidos en Plan de Seguimiento Ambiental Hidrogeológico de la RCA 890/2010 (Considerando 8.2) que incorpore actividades, responsables, formatos de registros, controles y metodología de tratamiento de datos.
	20	19	Actualizar y difundir el procedimiento de medición y registro del nivel de agua y conductividad eléctrica de los puquíos a partir de los antecedentes incluidos en Plan de Seguimiento Ambiental Hidrogeológico de la RCA 890/2010 (Considerando 8.2) que incorpore actividades, responsables, formatos de registros, controles y metodología de tratamiento de datos.
	21	-	ELIMINADA
	22	16/19	ELIMINADA como acción, se corrige a complemento de acciones 16 y 19. 16.2/19.3 <u>Ante la imposibilidad de realizar mediciones producto de la ocurrencia de situaciones que se encuentren fuera del control de SQM (i.e. bloqueo de caminos u otras situaciones similares), se realizarán las siguientes acciones:</u> 16.2.1/19.3.1 Se generará el dato estimado a partir del mecanismo establecido. 16.2.2/19.3.2 (...) 16.2.3/19.3.3 (...) 16.2.4/19.3.4 (...) 16.2.5/19.3.5 (...).
4	23	20	Registrar el monitoreo anual de sólidos flotantes visibles, espumas no naturales y velocidad de escurrimiento para el punto T2-23, de acuerdo a lo establecido en la RCA 890/2010.
	24	21	Elaborar un procedimiento de medición anual de sólidos flotantes visibles, espumas no naturales y velocidad de escurrimiento de acuerdo a lo establecido en la Tabla N° 13 del considerando 8.2 de la RCA 890/2010.
	25	20 (20.3)	ELIMINADA como acción, se corrige a complemento de acción 20. 20.3 <u>En caso de imposibilidad de realizar mediciones producto de la ocurrencia de situaciones que se encuentren fuera del control de SQM (i.e. bloqueo de caminos u otras situaciones similares), se realizarán las siguientes acciones:</u> 2.3.1 Se realizarán las mediciones dentro del menor plazo posible seguido al término de las condiciones que dan origen a la imposibilidad. 20.3.2 (...).
5	26	22	Medir y registrar semestralmente macrófitas en el puquío N2 (Punto T2-23), de acuerdo a lo establecido en la Tabla N° 13 del considerando 8.2 de la RCA 890/2010.
	27	23	Elaborar un procedimiento de medición de macrófitas de acuerdo a lo establecido en la Tabla N° 13 del considerando 8.2 de la RCA.
	28	24	Realización de campañas trimestrales <u>durante un año (marzo, mayo, julio y noviembre)</u> para el estudio complementario de los puquíos N1, N2 (adicional al punto T2-23), N3 y N4, de manera de determinar la eventual presencia de macrófitas y verificar su estado.

C	Nº PDCR3	Nº PDCR3c	Acción corregida según Res. Ex 24 (PDCR3c)
	29	22/24	ELIMINADA como acción, se corrige a complemento de acciones 22 y 24. 22.4/24.4 <u>En caso de imposibilidad de realizar mediciones producto de la</u> ocurrencia de situaciones que se encuentren fuera del control de SQM (i.e. bloqueo de camino u otras situaciones similares), <u>se realizarán las siguientes acciones:</u> 22.4.1/24.4.1 Se realizarán las mediciones dentro del <u>menor plazo posible</u> seguido al término de las condiciones que dan origen a <u>la imposibilidad.</u> 22.4.2/24.4.2 (...).
6	30	25	Rehabilitación y monitoreo del pozo Victoria Pique N°3.
7	31	26	Verificar la ubicación del pozo N3W de acuerdo a sistema de coordenadas WGS84 y PSAD56.
	32	27	Medir el nivel de agua subterránea utilizando el pozo PO-2A, como complemento a la medición del pozo PO-2.
	33	28	Medir el nivel de agua subterránea utilizando el pozo XT-2, como alternativa al pozo XT-2B.
	34	29	Ingresar al SEIA modificaciones a la medida de mitigación del considerando 7.1.1 de la RCA 890/2010 y de la Fase Alerta I Acuífero Llamara del Plan de Alerta Temprana y robustecer el plan de seguimiento asociado a los Puquios de Llamara.
	35	27/28	ELIMINADA como acción, se corrige a complemento de acciones 27 y 28. 27.4/28.4 <u>En caso de imposibilidad de realizar mediciones producto de la</u> ocurrencia de situaciones que se encuentren fuera del control de SQM (i.e. bloqueo de camino u otras situaciones similares), <u>se realizarán las siguientes acciones:</u> 27.4.1/28.4.1 Se realizarán las mediciones dentro del <u>menor plazo posible</u> seguido al término de las condiciones que dan origen a <u>la imposibilidad.</u> 27.4.2/28.4.1 (...).
8	36	30	Incorporar listado de responsables y participantes de las actividades de muestreo, medición, análisis y/o control, además de la elaboración del informe de seguimiento ambiental, singularizando cargos y funciones desempeñadas.
-	37	31	Informar a la Superintendencia del Medio Ambiente, los reportes y medios de verificación que acrediten la ejecución de las acciones comprendidas en el PdC a través de los sistemas digitales que la SMA disponga al efecto de implementar el SPDC.
Texto subrayado representa el texto corregido (PDCR3c) de la acción respecto a la versión PDCR3.			
C se refiere a número del cargo según Res. Ex. 1.			

Fuente: Primer Tribunal Ambiental, en base a documentos del expediente D-027-2016.

Nonagésimo primero. Que, para efectos de resolver la controversia técnica y jurídicamente, estos magistrados procederán a realizar un análisis comparativo entre las acciones presentadas en el PDCR2, PdC que analizó el Segundo Tribunal Ambiental en sentencia dictada en causa rol R-160-2017, y el PDCR3c, que correspondería a la versión corregida del PdC aprobado en la Res. Ex. N°24.

Nonagésimo segundo. Que, este Tribunal no emitirá pronunciamiento respecto de las cuestiones concernientes a la evaluación de los criterios de integridad y eficacia, en lo relacionado a los efectos de los cargos N°1, 2 y 7, ya que esto fue resuelto por el Segundo Tribunal Ambiental en la sentencia ya citada, que goza de autoridad de cosa juzgada.

Nonagésimo tercero. Que, sabido es que las resoluciones judiciales, en particular las sentencias definitivas que se pronuncian sobre el fondo del asunto controvertido, producen este efecto en cuanto a su obligatoriedad y a

su ejecutabilidad.

Nonagésimo cuarto. Que, la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal se ha pronunciado señalando que, la cosa juzgada es “(...) de naturaleza completamente especial, pues por una parte se intenta excluir no sólo una resolución contraria a la precedente, sino también excluir una resolución nueva sobre lo que ya ha sido juzgado; en consecuencia lógicamente es preliminar a cualquier otra alegación de fondo (...)” (SCS 15 de octubre de 1965).

Nonagésimo quinto. Que, en el caso de la sentencia definitiva R-160-2017 emanada del Segundo Tribunal Ambiental y confirmada por la Corte Suprema en causa rol N°24.870-2018, esta se encuentra firme y ejecutoriada, por lo que estos sentenciadores están imposibilitados de discutir sobre lo ya resuelto. Al respecto cabe mencionar que “la autoridad de cosa juzgada impide que una vez ejecutoriada la sentencia pueda discutirse la corrección o legalidad de los actos del proceso que le sirvieron de base, salvo por medio del recurso de revisión en sus respectivos casos.” (SCS de fecha 6 de abril de 1939).

Nonagésimo sexto. En el caso *sub-lite*, las comunidades han reiterado en su reclamación parte de lo ya reclamado ante el Segundo Tribunal Ambiental, resuelto por este, dejando a este órgano jurisdiccional imposibilitado de volver a conocer sobre tales asuntos. Tal como se ha indicado en doctrina, el efecto negativo de la cosa juzgada “(...) es la consecuencia jurídica que de forma natural se atribuye a esta institución. En principio la cosa juzgada opera cuando en el segundo proceso se intenta una nueva acción que tiene un objeto subjetiva y objetivamente idéntico al primero.

La determinación de la cosa juzgada apunta a resolver qué extensión subjetiva y objetiva tiene lo resuelto en una sentencia judicial anterior, frente a una nueva acción que ha sido deducida en un proceso ulterior. Si en esa actividad de confrontación se advierte una identidad entre lo resuelto y la nueva acción deducida, ésta última no puede prosperar (...). Cuando concurren los requisitos de la función negativa de la cosa juzgada, el órgano jurisdiccional debe evitar una nueva sentencia sobre el fondo, por estar ya resuelto jurisdiccionalmente el tema sobre el cual se intenta volver a debatir. La función negativa de la cosa juzgada tiene una naturaleza excluyente, siendo una proyección de la regla básica del *non bis in idem*.” (Romero Seguel, 2017)².

Nonagésimo séptimo. En este mismo sentido la Excm. Corte Suprema ha señalado que “la cosa juzgada es un concepto básico del derecho procesal encaminado a evitar que una cuestión ya fallada en un juicio pueda ser planteada nuevamente en otro litigio. Se trata de que lo resuelto no puede discutirse más, ni en el mismo proceso ni en otro futuro, con el objeto de dar fijeza y seriedad a la administración de justicia (...)” (SCS de fecha 30 de noviembre de 1995).

Nonagésimo octavo. Que, si bien la cosa juzgada no fue excepcionada por el órgano reclamado, la eficacia positiva o prejudicial de la cosa juzgada —entendiéndose por tal, aquel efecto que “(...) impide que en un juicio posterior se decida en contradicción con la declaración del derecho que consta en una sentencia anterior —amparada por la cosa juzgada material—, siempre que lo resuelto en ese fallo constituya un antecedente lógico-jurídico para resolver la nueva acción deducida en un juicio” (Romero Seguel, 2015)³— hace que este Tribunal considere lo ya resuelto por el Segundo Tribunal Ambiental y que incide directamente en esta controversia, al haber tomado conocimiento de aquello en la misma reclamación presentada.

Nonagésimo noveno. De ahí que estos sentenciadores estiman que “si el tribunal ha tomado conocimiento de la existencia del primer proceso y de su conexión como antecedente lógico jurídico del juicio presente por un medio distinto de las alegaciones de las partes, podrá de todos modos incorporarlo al objeto del proceso, pudiendo resolver a su respecto.” (Ezurmendia Álvarez, 2018)⁴; cuestión que en el hecho sucedió.

Centésimo. Que, por todo lo antes expuesto es que este Tribunal estima que lo resuelto por la SMA respecto de aquellos cargos es correcto, por cuanto dicho organismo no podía más que cumplir con lo mandado jurisdiccionalmente por el Segundo Tribunal Ambiental, por lo que, a juicio de esta judicatura, el acto reclamado en este punto se encuentra debidamente motivado.

² Romero Seguel, A (2017), Curso de Derecho Procesal Civil, tomo IV, 2017, p.128

³ Romero Seguel, A. (2015). La prejudicialidad en el proceso civil. Revista chilena de Derecho, 42(2), 453-482.

⁴ Ezurmendia Álvarez, J. (2018). Eficacia positiva de la cosa juzgada e iniciativa para su introducción al proceso. Rol del juez en la vinculación de procesos conexos entre las mismas partes. Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema rol: 28600/2016, del 8 de noviembre de 2016. *Ius et Praxis*, 24(2), 673-684.

Centésimo primero. Que, por todo lo razonado precedentemente, se rechazará la pretensión del reclamante en orden a volver a pronunciarse sobre la evaluación de los criterios de integridad y eficacia, en lo relacionado a los efectos de los cargos N°1, 2 y 7, por haber sido ya resuelto en otra sede judicial y, por lo tanto, el acto reclamado, se considera conforme a derecho.

Centésimo segundo. Que, previo a ello, resulta importante para estos sentenciadores determinar el sentido y alcance de los PdC, así como los requisitos exigidos para su aprobación.

Centésimo tercero. Que, sabido es que los PdC constituyen uno de los tres instrumentos de incentivo al cumplimiento ambiental según se establece en el art. 42 de la LOSMA y en el DS N°30 ya citado, el que lo define en su art. 2 letra g como un “plan de acciones y metas presentado por el infractor, para que dentro de un plazo fijado por la Superintendencia, los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique”.

Centésimo cuarto. Que, el art. 42 de la LOSMA le otorga la posibilidad al infractor, en el marco de un procedimiento sancionatorio, presentar un PdC, negándole esta posibilidad en determinados casos como a aquellos infractores que se hubiesen acogido a programas de gradualidad en el cumplimiento de la normativa ambiental o hubiesen sido objeto con anterioridad de la aplicación de una sanción por parte de la SMA por infracciones gravísimas o hubiesen presentado, con anterioridad, un programa de cumplimiento, salvo que se hubiese tratado de infracciones leves.

Centésimo quinto. Que, de ser aprobado este PdC por el órgano administrativo, el legislador permite que el procedimiento sancionatorio se suspenda. De ser posteriormente cumplido este dentro de plazo y de conformidad a las metas fijadas en él, el procedimiento administrativo sancionatorio se dará por concluido. Por lo que de ser exitosa la ejecución de dicho programa, la resolución sancionatoria de término será reemplazada por aquella que se dicte teniendo por cumplido satisfactoriamente el programa.

Centésimo sexto. Esto en la lógica que “(...) frente al endurecimiento de la respuesta sancionatoria del estado por infracciones ambientales, el PdC fue pensado como una solución alternativa, no punitiva, que privilegia el cumplimiento de la normativa ambiental (...)” (considerando 3°, sentencia Rol R-160-2017, Segundo Tribunal Ambiental).

Centésimo séptimo. De ahí que la función principal de los PdC es identificar, reducir o eliminar los efectos adversos que pueda haber provocado sobre el medio ambiente la infracción de normativa y “lograr de manera más eficiente los fines del cumplimiento ambiental” (Hervé Espejo y Plumer Bodin, 2019)³; cumpliéndose de esta manera con el sentido perseguido por el modelo sancionatorio ambiental actual que “(...) descansa en una regulación responsiva, colaborativa y con un enfoque en la eficacia del derecho ambiental”. (considerando 10°, sentencia R-17-2019, Primer Tribunal Ambiental).

Centésimo octavo. Que, el art. 9° del DS N°30/2012 exige a su vez que, para la aprobación de un PdC, estos deben cumplir con tres criterios, a saber, (i) integridad: en virtud del cual se requiere que las acciones y metas se hagan cargo de todas y cada una de las infracciones en que se ha incurrido y sus efectos; (ii) eficacia: en cuanto se exige que las acciones y metas del programa deben asegurar el cumplimiento de la normativa infringida, y debe a su vez, contener, reducir o eliminar los efectos de los hechos que constituyen infracción; (iii) verificabilidad: se pretende que las acciones y metas del programa de cumplimiento contengan mecanismos que permitan acreditar su cumplimiento.

Centésimo noveno. Que, dado lo razonado precedentemente, estos sentenciadores solo se pronunciarán sobre si las nuevas acciones o las mejoras adicionadas a ellas, incorporadas a la versión corregida aprobada por la SMA, cumplen con los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad, en los términos donde este Tribunal tiene competencias. Esto es, si las acciones y metas: 1) se hacen cargo de todas y cada una de las infracciones; 2) si aseguran el cumplimiento de la normativa infringida; y 3) si contemplan mecanismos que permitan acreditar su cumplimiento.

Centésimo décimo. Que, de la existencia de efectos negativos, respecto al cargo N°3, la SMA, en la Res. Ex. N°22, señala que los efectos de este estarían asociado a los mismos efectos del cargo N°1, por lo que este Tribunal considera que existe un descarte de efectos, al igual como ya fue razonado en el fallo del Segundo Tribunal Ambiental respecto del cargo N°1.

³ Hervé Espejo, D. y Plumer Bodin, MC. (2019). Instrumentos para una intervención institucional estratégica en la fiscalización, sanción y cumplimiento ambiental: el caso del Programa de Cumplimiento. Revista de Derecho N° 245. Pág. 14

Centésimo undécimo. Que, en cuanto a los cargos N°4, 5, 6 y 8, todos calificados como leves, tanto SQM como la SMA descartaron efectos negativos, tal como se indicó en la Res. Ex. N°24.

Centésimo duodécimo. Que, estos sentenciadores comparten el criterio anterior en los siguientes términos: a) durante la ejecución del plan de seguimiento ambiental, se verificó la inexistencia de los parámetros de sólidos flotantes visibles, espumas no naturales y velocidad de escurrimiento (cargo N°4), y la ausencia de macrofitas (cargo N°5); b) en cuanto al cargo N°6 no se constataron efectos ambientales, debido a que el PAT de Tamarugos no se habría activado desde la entrada en operación del proyecto; y c) en cuanto al cargo N°8, no se constatan efectos puesto que es un requisito formal y no incide en el control de las variables ambientales.

Centésimo decimotercero. Que, en los considerandos siguientes, este Tribunal realizará una comparación entre los PDCR2 y PDCR3c, con el fin de observar si las acciones cumplen con las exigencias legales ya indicadas.

Centésimo decimocuarto. Que, para estos efectos se elaboró una tabla comparativa denominada Tabla 3, que integra las observaciones realizadas por la SMA al PDCR2, mediante Res. Ex N°22, y las correcciones al PDCR3 en lo resuelto mediante Res. Ex. N°24.

Tabla 4: Resumen de observaciones realizadas por la SMA al PDCR2, mediante Res. Ex. N°22, y correcciones al PDCR3 en el resuelto de la Res. Ex. N°24, de los cargos 1, 2 y 7.

CARGO N°1				
N°	PdC	N°	Observaciones y correcciones	RE
1	PDC R2	1.7	En principio ejecutada. La SMA solicita que se realice de nuevo con nuevas consideraciones.	22
	PDC. R3	1	Ajustes en fecha de implementación y en el reporte inicial respecto a los medios de verificación.	24
2	PDC R2	1.6	En principio ejecutada, pero solo evaluó microalgas.	22
	PDC R3	2	Solo ajustes respecto a la fecha de implementación.	24
3	PDC. R2	1.6 *	Asociado a la acción anterior, la SMA solicita realizar nueva acción, incorporando comunidades bacterianas.	22
	PDC R3	3	Cambios en: fecha de implementación y plazo de ejecución (Guía PdC), en forma de implementación y en reporte final.	24
4	PDC R2	1.1	Implementación de nueva barrera hidráulica durante la vigencia del PdC bajo nuevas consideraciones; exigencia de cumplimiento de niveles y calidad, en caso que no sea posible cumplir con ambos, la regla operacional debe priorizar un escenario de menor riesgo (priorizar mantener la calidad); la empresa deberá implementar un sistema que permita controlar la calidad (salinidad y CE) de las aguas de inyección, en cada uno de los puquios, durante toda la vigencia del PdC; acompañar los registros hidroquímicos de los cuatro puquios, durante el periodo 2017-2018, incluyendo certificados; en caso que la empresa decida implementar la opción N°1 planteada en el informe de SMI, consistente en bombear desde los pozos de producción con mayor CE, se deberá presentar un informe de factibilidad técnica de la medida (que incluya identificación de pozos de bombeo y de inyección, rango de caudales a extraer e inyectar, calidad del agua representativa, diagrama de flujo en que se aprecie la conexión que existe por medio de obras hidráulicas, calidad del agua objetivo a inyectar, memoria de cálculo, descripción de cómo operará la medida, informar si se requiere hacer modificaciones relevantes de infraestructura, informar cualquier otra información, explicación fundada de si la presente solución reemplaza o complementa a la actual); la empresa deberá implementar una medida de seguimiento a la medida de reinyección (incorporando descripción de los parámetros de interés, identificación pormenorizada del indicador que permitirá hacer seguimiento del correcto funcionamiento de la solución propuesta, y cualquier otra información pertinente); en el Reporte Inicial, la empresa podrá proponer ajustes a la forma de controlar la calidad de las agua a inyectar.	22

CARGO N°1				
N°	PdC	N°	Observaciones y correcciones	RE
	PDC R3	4	Cambios en: fecha de implementación y plazo de ejecución (Guía PdC).	24
5	PDC R2	1.1*	Inexistente. Está asociada a las observaciones de la acción 1.1 PDCR2 (4).	22
	PDC R3	5	Cambios en: reporte de avance (incluir registro con hora de medición y nombre de operador), forma de implementación (registro de duración de la inyección de cada día que se inyectó), en impedimentos y acción alternativa (eliminarlos e incluirlos en forma de implementación).	24
6	PDC R2	1.5	Ajustar en términos de ampliar monitoreo a más puntos (3 por puquio), en columna de agua y estructuras de depositación de yeso, y respecto a más aspectos (riqueza y abundancia, pigmentos, nutrientes, metales, iones mayoritarios y específicos).	22
	PDC R3	5.2	Se define como acción en sí misma y se exigen mejoras asociadas a los anexos (puntos y parámetros de monitoreo).	24
7	PDC R2	1.9* 1.1*	Sin observaciones. Está asociada a las observaciones de la acción 1.1 PDCR2 (4).	22
	PDC R3	6	Cambios en: plazo de ejecución (Guía PdC), indicadores de cumplimiento (reproducir estacionalidad), impedimentos y acciones alternativas (eliminarlas). Se solicita incorporar acciones alternativas como parte de la forma de implementación de la acción y cambios importantes en la forma de implementación (modificando regla operacional y priorizando calidad). Además, se solicitan cambios en los reportes de avance.	24
7.7	PDC R2	1.13	Sin observaciones.	22
	PDC R3	12	Eliminada como acción, pasa a ser parte de acción 7.	24
7.8	PDC R2	1.9 *	Inexistente.	22
	PDC R3	13	Eliminada como acción, pasa a ser parte de acción 7.	24
8	PDC R2	1.4 *	Inexistente. Asociada a observaciones a la acción 1.4 PDCR2 (9).	22
	PDC R3	7	Cambios en: plazo de ejecución (cronograma y plazos), indicadores de cumplimiento (protocolo de monitoreo de microorganismos y funcionalidades clave) y forma de implementación (incluir análisis de genes funcionales, que deberá permitir identificar funcionalidades claves). Se dan especificaciones de la identificación de funcionalidades claves.	24
9	PDC R2	1.4	En principio fue abordada en informe CAPES (2018). Para mejorar la caracterización de las estructuras de depositación de yeso y contar con más información de base, se solicita replantear la acción a una que permita complementar y actualizar la línea de base de ecosistemas microbianos en base a estudios, que podrán considerar un estudio de resiliencia (para conocer la tolerancia real del ecosistema microbiano a la desecación, a las variaciones de salinidad y de iones específicos), así como para conocer la variación estacional de las principales vías metabólicas y de la diversidad microbiana.	22
	PDC R3	8	Cambiar vitalidad por actividad metabólica en el nombre de la acción. Cambios en indicador de cumplimiento y forma de cumplimiento.	24
10	PDC R2	1.3	Sin observaciones.	22
	PDC R3	9	Cambios en plazo de ejecución (Guía PdC).	24

CARGO N°1				
N°	PdC	N°	Observaciones y correcciones	RE
11	PDC R2	1.8 1.11 1.12	Reemplazar por monitoreo fotográfico en los términos de la MUT.	22
	PDC R3	10	Cambios en la frecuencia (bimensual a bimestral) y en plazo de ejecución (Guía PdC).	24
12	PDC R2	1.10 1.1*	Replantear en los términos de observaciones a acción 1.1 (1), priorizar calidad e incorporar acción a las modificaciones al SEIA.	22
	PDC R3	1.1	Sin observaciones.	24

CARGO N°2				
N°	PdC	N°	Observaciones y correcciones	RE
13	PDCR 2	2.1 * 2.2* 2.3*	Como observación general de las acciones: Actualizar PAT Fase Alerta I Acuífero Llamara, proponer medidas idóneas y útiles, e informar estado de avance de implementación de nuevos pozos.	22
	PDCR 3	14	Incorporar que aplica también para puquio N°3 y cambios respecto a plazo de ejecución (Guía PdC).	24
14	PDCR 2	2.4*	Observaciones generales al PAT.	22
	PDCR 3	15	Cambios en: plazo de ejecución (Guía PdC).	24

CARGO N°7				
N°	PdC	N°	Observaciones y correcciones	RE
26	PDC R2	7.1	Sin observaciones.	22
	PDC R3	31	Sin observaciones.	24
27	PDC R2	7.3	Sin observaciones.	22
	PDC R3	32	Cambios en: fecha de inicio y plazo de ejecución (Guía PdC) y en reporte final, respecto a medios de verificación.	24
27.4	PDC R2	7.5	Sin observaciones.	22
	PDC R3	35	Eliminada como acción, pasa a ser parte de acciones 27 y 28.	24
28	PDC R2	7.4	Sin observaciones.	22
	PDC R3	33	Cambios en: fecha de inicio y plazo de ejecución (Guía PdC) y en reporte final, respecto a medios de verificación.	24
28.4	PDC R2	7.5	Sin observaciones.	22
	PDC R3	35	Eliminada como acción, pasa a ser parte de acciones 27 y 28.	24

CARGO N°1				
N°	PdC	N°	Observaciones y correcciones	RE
29	PdC R2	7.2	Incorporar: la regularización de los pozos PAT y de la ubicación de los pozos de inyección, la actualización de la regla operacional con una serie de consideraciones (calidad de agua, nuevos pozos, estacionalidad, priorización de escenario de menor riesgo ambiental), la incorporación de nuevas medidas como parte de seguimiento ambiental (considerando heterogeneidad, frecuencia y alcance del PAT, y umbrales), la propuesta de un nuevo PAT y la inclusión de todo otro seguimiento que permita abordar falencias identificadas en informe CAPES (2018).	22
	PdC R3	34	Cambios en: plazo de ejecución (Guía PdC), reporte de avance y forma de implementación. Esta última en a) (alcance 4 puquios), c) (mantener ciclo estacional del sistema, calidad priorizada) y d) (PAS actualizado, incluir más de un punto de monitoreo por puquio y parámetros adicionales, lo anterior para evaluar cambios y/o efectos sobre las comunidades bacterianas extremófilas).	24
RE = Resolución exenta. PdC = Nombre de la versión del Programa de Cumplimiento. N° = Número de la acción asociada a la versión del PdC. Números en negrita corresponden a versión PDCR3c. *significa acción relacionada, pero no la misma.				

Fuente: Primer Tribunal Ambiental, en base a Res. Ex. N°22 y N°24.

Centésimo decimoquinto. Que, en resumen, el PDCR2 presentaba 41 acciones (33 principales y 8 alternativas), de las cuales dos se encontraban ejecutadas y, por su parte, el PDCR3c contempla 31 acciones principales (Tabla 2).

Centésimo decimosexto. Que, en particular, respecto al cargo N°1, en las Res. Ex. N°22 y N°24, la SMA señala y considera lo ya resuelto por el Segundo Tribunal Ambiental, en lo que se refiere a la evaluación de efectos por parte de SQM de los cargos N°1, 2 y 7. Asimismo, considera las conclusiones del informe CAPES (2018) —solicitado por este Tribunal respecto a las medidas urgentes y transitorias asociadas al expediente MP-026-2017 de la SMA—.

Centésimo decimoséptimo. Que, la SMA señaló en su Res. Ex. N°22 que “no existen antecedentes suficientes para acreditar ni descartar fehacientemente efectos ambientales” y que “se genera un escenario de riesgo sobre la biota acuática en los Puquios, en relación a la implementación de la barrera hidráulica”. En ese contexto, la SMA entendiendo que un PdC no puede eliminar de forma absoluta toda incertidumbre solicita proponer acciones de monitoreo y control que permitan hacerse cargo de dicho escenario de riesgo de afectación. Esto en concordancia con lo señalado en la sentencia R-160-2017 del Segundo Tribunal Ambiental en su considerando N°133, donde estableció que “(...) hacerse cargo de los efectos de la infracción no significa eliminar todos los espacios de incertidumbre, como lo ha pretendido la SMA en este caso, sino que hacer un análisis razonable que permita descartar que los efectos principales han sido abordados y cubiertos (...)”.

Centésimo decimoctavo. Que, al respecto, estos sentenciadores coinciden con el razonamiento de la SMA, respecto de que estas acciones sí permiten disminuir los niveles de incertidumbre referidos.

Centésimo decimonoveno. Que, al respecto, y de lo que se desprende de la Tabla 3, es posible apreciar que:

- El PDCR2 contemplaba 14 acciones (13 principales y 1 alternativa) y el PDCR3c presenta 12 acciones principales.
- Las acciones 3, 5, 6, 7, 8 y 9 representan nuevas o mejoras de acciones de control y monitoreo, que permitirían un mejor conocimiento del sistema (con énfasis en la biota acuática y las comunidades microbianas) y, con ello, la disminución de la incertidumbre.

- Por su parte, las acciones 4 y 12, de infraestructura y procedimiento, respectivamente, representan mejoras a la versión anterior de la acción. Además, esta última considera el escenario de menor riesgo ambiental.

Centésimo vigésimo. Que, respecto al cargo N°2, se observa lo siguiente:

- El PDCR2 tenía 4 acciones principales y el PDCR3c presenta solo 2 acciones principales.
- Las acciones cambian puesto que en primera instancia consideraban mantener las condiciones del PAT de la RCA y, en la versión aprobada, se asocian a una actualización del PAT, como medida provisoria previa a la evaluación ambiental. Para la SMA estas medidas son adecuadas y suficientes para el regreso al cumplimiento de normativa ambiental en lo que se refiere a los hechos de cargo N°2, coincidiendo este Tribunal con dicho análisis.
- La acción 13 corresponde a la nueva acción que contempla las observaciones de la SMA de la Res. Ex. N°22.

Centésimo vigésimo primero. Que, respecto al cargo N°7, se desprende lo siguiente:

- El PDCR2 tenía 5 acciones (4 principales y 1 alternativa) y el PDCR3c contempla 4 acciones principales. La acción 29, sin embargo, presenta acciones alternativas (sin numeración) por impedimentos asociados al ingreso al SEIA.
- Las acciones 26, 27 y 28 se mantienen similares a la versión anterior del PdC, con mayor información en la forma de implementación de estas.
- La acción 29, asociada al ingreso al SEIA, presenta cambios respecto la versión anterior, en especial respecto a la incorporación de las especificaciones de los instrumentos que deben ser presentadas a evaluación. Estos incluyen la actualización del PAT, la infraestructura de inyección del proyecto, la actualización de la regla operacional y del plan de seguimiento ambiental, como es posible observar en la Tabla 3.

Centésimo vigésimo segundo. Que, respecto a los cargos N° 3, 4, 5, 6 y 8, el órgano reclamado aprobó igualmente acciones que complementan y mejoran el PdC reclamado, según es posible advertir de la Tabla 4 elaborada por este Tribunal.

Tabla 5: Resumen de observaciones realizadas por la SMA al PDCR2, mediante Res. Ex 22, y correcciones al PDCR3 en el resuelvo de la Res. Ex. 24, de los cargos 3, 4, 5, 6 y 8.

CARGO N°3				
N°	PdC	N°	Observaciones y correcciones	RE
15	PDCR 2	3.1	Incluir sensores de medición continua de CE y que los datos sean remitidos trimestralmente.	22
	PDCR 3	16	Cambios en: fecha de inicio y plazo de ejecución (Guía PdC), indicadores de cumplimiento y en medios de verificación (especialmente en el reporte de avance). Eliminación de impedimentos y acciones alternativas. Los cambios se asocian a los sensores de medición, al registro acumulativo y a la inclusión de mediciones históricas.	24
16	PDCR 2	3.2	Incorporar nuevos puntos de medición, en función de los resultados del estudio de distribución espacial de la salinidad en los puquios.	22
	PDCR 3		Incluir regleta del Puquio N°1 en la acción y en los indicadores de cumplimiento. Cambios en: plazo de ejecución (Guía PdC) y reporte de avance.	24
16.2	PDCR 2		Sin observaciones.	22
	PDCR 3		Se elimina como acción y pasa a ser parte de acciones 16 y 19.	24

CARGO N°3				
N°	PdC	N°	Observaciones y correcciones	RE
17	PDCR 2		Inexistente. Se asocia a las observaciones a la acción 3.1 PDCR2.	22
	PDCR 3		Sin correcciones.	24
18	PDCR 2		Incluir los puntos de monitoreo georreferenciados y especificación de los verificadores de cada caso.	22
	PDCR 3		Cambios en: el plazo de ejecución (Guía PdC).	24
19	PDCR 2		Inexistente. Se asocia a las observaciones a la acción 3.2 PDCR2.	22
	PDCR 3		Cambios en: forma de implementación y plazo de ejecución (Guía PdC).	24
19.3	PDCR 2		Sin observaciones.	22
	PDCR 3		Se elimina como acción y pasa a ser parte de acciones 16 y 19.	24

CARGO N°4				
N°	PdC	N°	Observaciones y correcciones	RE
20	PDCR 2	4.1	Sin observaciones.	22
	PDCR 3	23	Cambios en: fecha de inicio y plazo de ejecución (Guía PdC).	24
20.3	PDCR 2	4.3	Sin observaciones.	22
	PDCR 3	25	Eliminada como acción, pasa a ser parte de la acción 20.	24
21	PDCR 2	4.2	Sin observaciones.	22
	PDCR 3	24	Sin correcciones.	24

CARGO N°5				
N°	PdC	N°	Observaciones y correcciones	RE
22	PDCR 2	5.1	Sin observaciones.	22
	PDCR 3	26	Cambios en: fecha de inicio y plazo de ejecución (Guía PdC).	24
22.4	PDCR 2	5.5	Sin observaciones.	22
	PDCR 3	29	Eliminada como acción, pasa a ser parte de la acción 22 y 24.	24
23	PDCR 2	5.2	Sin observaciones.	22
	PDCR 3	27	Sin correcciones.	24

24	PDCR 2	5.3	Sin observaciones.	22
	PDCR 3	28	Cambios en: plazo de ejecución (Guía PdC) y en el costo estimado.	24
24.4	PDCR 2	5.5	Sin observaciones.	22
	PDCR 3	29	Eliminada como acción, pasa a ser parte de acciones 22 y 24.	24

CARGO N°6

N°	PdC	N°	Observaciones y correcciones	RE
25	PDCR 2	6.1* 6.2* 6.3*	Sin observaciones. Las acciones cambian puesto que se rehabilita el pozo Victoria Pique N°3.	22
	PDCR 3		Remitir registro histórico e informe de avance debe ser acumulativo.	24

CARGO N°8

N°	PdC	N°	Observaciones y correcciones	RE
30	PDCR 2	8.1	Sin observaciones.	22
	PDCR 3	36	Cambios en: plazo de ejecución (Guía PdC).	24

Otras

N°	PdC	N°	Observaciones y correcciones	RE
31	PDCR 2	-	Inexistente. La SMA indica la incorporación de esta acción y se detallan su forma de implementación y sus impedimentos.	22
	PDCR 3	37	Sin correcciones.	24

RE = Resolución exenta.

PdC = Nombre de la versión del Programa de Cumplimiento.

N° = Número de la acción asociada a la versión del PdC. Números en negrita corresponden a versión PDCR3c.

***significa acción relacionada, pero no la misma.**

Fuente: Primer Tribunal Ambiental, en base a Res. Ex. N°22 y N°24.

Centésimo vigésimo tercero. Que, respecto a estos cargos el Tribunal observa lo siguiente:

- Las acciones 17 y 19, asociadas al cargo N°3, son también medidas destinadas a aumentar el conocimiento del sistema y resultan mejoras a las acciones del PDCR2.
- Las acciones de los cargos N°4, 5 y 8 prácticamente no presentan modificaciones respecto a su versión anterior.
- Las acciones del cargo 6 cambian puesto que la empresa rehabilita el pozo asociado al incumplimiento y, con ello, vuelve al cumplimiento.

La acción 31 corresponde a una nueva acción y está asociada a la Res. Ex. N°166/2018 que crea el sistema de seguimiento de programas de cumplimiento (“SPDC”) y dicta instrucciones generales sobre su uso.

Centésimo vigésimo cuarto. Que, con todo lo anterior, y del análisis de las resoluciones exentas N°22 y N°24, resumidas en las Tabla 3 y Tabla 4, estos sentenciadores estiman que las nuevas acciones o sus nuevas especificaciones, en la versión aprobada del PdC, se hacen cargo de las infracciones, buscan el cumplimiento de la normativa infringida y contemplan mecanismos que permiten acreditar el cumplimiento.

Centésimo vigésimo quinto. Que, al respecto, la SMA en su resolución cumple con lo ordenado jurisdiccionalmente y ha fundado su actuar correctamente, aprobando un PdC exigente ambientalmente que se compone de acciones robustas que se hacen cargo de los niveles de incertidumbre. Además, al hacer exigible que las modificaciones ingresen al SEIA, ha formulado una solución a la superación de la incertidumbre.

Centésimo vigésimo sexto. De lo anterior, estos sentenciadores concluyen que estas acciones mantienen el cumplimiento de los criterios de integridad y eficacia. Asimismo, cumplen con el criterio de verificabilidad, como señala el considerando 239 de la resolución reclamada y con las correcciones de oficio realizadas.

Centésimo vigésimo séptimo. A su vez, estos sentenciadores han podido concluir que las acciones del PDCR3c tienen relación directa con lo establecido en la RCA N°890/2010, desprendiéndose de aquellas el cumplimiento de las condiciones y medidas por ésta impuestas al titular, al momento que su actividad fue evaluada y aprobada ambientalmente.

Centésimo vigésimo octavo. Que, del mismo modo es posible advertir que las acciones dictadas en la Res. Ex. N°24/2019, se enmarcan dentro de lo que el Segundo Tribunal Ambiental ordenó complementar en su sentencia en causa R-160-2017. Lo razonado en la sentencia ya referida en su considerando N°126 fue que “se requiere mejorar la sistematización de la información de riqueza y abundancia de taxa, para facilitar el fortalecimiento del conocimiento científico del ecosistema, con ocasión del desarrollo del proyecto”.

A su vez dichos sentenciadores ordenaron a la SMA formular nuevas observaciones al segundo PdC Refundido con el fin de subsanar los vicios en que ésta habría incurrido.

Centésimo vigésimo noveno. Que, este Tribunal estima que el plan de acciones y metas aprobadas por la SMA se fundan en antecedentes técnicos variados y robustos, que constan en el proceso sancionatorio, tal como fue posible advertir por estos sentenciadores, para la totalidad de los cargos reclamados. Es más, es el propio órgano reclamado quien reconoce que las acciones propuestas y aprobadas por él, además de contribuir a un mejor conocimiento del sistema que habita en los puquíos del Salar de Llamara, aseguran un menor riesgo para el objeto de protección.

Centésimo trigésimo. Que, luego del análisis acabado que ha realizado este Tribunal primeramente en todos los puntos que han sido controvertidos por las partes, como asimismo, en la totalidad de los instrumentos probatorios que fueron acompañados al proceso judicial –incluidos también los que se acompañaron en sede administrativa–, estos magistrados al momento de valorar la prueba y considerar los principios de la lógica y las reglas de la experiencia, les ha permitido concluir que el acto reclamado se ajusta a derecho, por lo que se procederá a rechazar la reclamación en este punto.

2. Eventual incumplimiento de las disposiciones establecidas en los artículos 11 bis y 11 ter de la Ley N°19.300.

Centésimo trigésimo primero. Que, como ya fue señalado detalladamente en los considerandos segundo y siguientes, la reclamación plantea un incumplimiento de las disposiciones establecidas en los artículos 11 bis y 11 ter de la Ley N°19.300 al considerar que SQM no estaría planteando el ingreso de sus medidas y acciones al SEIA para evaluar la procedencia del PdC a su respecto, por la imposibilidad de evaluar el retorno al cumplimiento de medidas, sino que más bien habría decidido someter las modificaciones sustanciales, irregulares, y no sujetas a aprobación, en los términos y condiciones de un PdC lo que constituiría un quebrantamiento a la obligación de analizar en conjunto la totalidad de los efectos ambientales adversos derivados de la infracción ambiental. Agrega que SQM habría ofrecido someter al SEIA un conjunto de medidas sistemáticamente ineficientes, vagas y aisladas en su PdC, por lo que la obligación del art. 11 ter de la Ley N°19.300 no se cumpliría.

Centésimo trigésimo segundo. Que, a su vez, la reclamada sostuvo, a modo general, que hubo por parte de la reclamante una confusión entre la evaluación ambiental exigida la cual será completa según se indicó en la Res. Ex. N°22/2019 y la última versión refundida del PdC, con otro tema, a saber, con los efectos de las infracciones.

Las acciones de monitoreo y control no tienen como fin “regularizar” la situación ya que esto se logrará con la evaluación ambiental. Estas acciones tienen como fin verificar el estado de los puquíos mientras se consigue la nueva RCA.

Centésimo trigésimo tercero. Que, resulta importante señalar lo dispuesto en el art. 11 bis y 11 ter para efectos de resolver esta controversia, ya que son las disposiciones alegadas como incumplidas o vulneradas por el órgano administrativo al dictar su acto reclamado.

Centésimo trigésimo cuarto. Que, el art. 11 bis de la Ley N°19.300 establece que “Los proponentes no podrán, a sabiendas, fraccionar sus proyectos o actividades con el objeto de variar el instrumento de evaluación o de eludir el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Será competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente determinar la infracción a esta obligación y requerir al proponente, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, para ingresar adecuadamente al sistema.

No se aplicará lo señalado en el inciso anterior cuando el proponente acredite que el proyecto o actividad corresponde a uno cuya ejecución se realizará por etapas”.

Centésimo trigésimo quinto. Que, el art. 11 ter del mismo cuerpo legal establece: “En caso de modificarse un proyecto o actividad, la calificación ambiental deberá recaer sobre dicha modificación y no sobre el proyecto o actividad existente, aunque la evaluación de impacto ambiental considerará la suma de los impactos provocados por la modificación y el proyecto o actividad existente para todos los fines legales pertinentes”.

Centésimo trigésimo sexto. Que, de la reclamación planteada por las comunidades es posible advertir dos sub-alegaciones, a saber: a) respecto a la supuesta infracción al art. 11 bis de la Ley N°19.300; y, b) respecto a la supuesta infracción al art. 11 ter de la Ley N°19.300, cuestiones sobre las cuales este Tribunal se pronunciará.

a) Respecto a la supuesta infracción al art. 11 bis de la Ley N°19.300.

Centésimo trigésimo séptimo. Que, de lo expuesto por la parte reclamante, es posible determinar que la controversia en este punto radica en si ha existido o no por parte del titular fraccionamiento en cualquiera de las dos hipótesis contenidas en el art. 11 bis citado, es decir, por elusión o por variación del instrumento de evaluación.

Centésimo trigésimo octavo. Que, si bien la reclamación es bastante genérica en este punto, estos sentenciadores concluyen que se ha estimado por parte del reclamante una hipótesis de elusión, al comprometer por parte del titular el ingreso de ciertas medidas al SEIA y de esta forma evitar la evaluación ambiental del proyecto original, por lo que no se estaría evaluando este en su totalidad.

Centésimo trigésimo noveno. Que, estos sentenciadores no logran concluir de qué manera se podría configurar el eventual fraccionamiento, ya que en primer lugar esta institución es propia del SEIA y no del procedimiento administrativo sancionador que es de donde emana el acto reclamado.

Centésimo cuadragésimo. Que, a mayor abundamiento, el eventual cargo que se habría pretendido eludir consistiría justamente en la modificación de la medida de mitigación consistente en el cambio de ubicación de la barrera hidráulica y plan de alerta temprana sin contar con la autorización ambiental. Sin embargo, es justamente esta acción 29 del PDCR3c, considerada la más importante del PdC, la que obliga al titular a someter las modificaciones a evaluación ambiental y en consideración a estas obtener la resolución de calificación ambiental pertinente.

Centésimo cuadragésimo primero. Que, por lo demás, el llamado a pronunciarse sobre eventuales fraccionamientos de los proyectos es justamente la SMA de conformidad a los artículos 3 letra k y 35 letra b de la Ley N°20.417, correspondiéndole a estos administradores de justicia la revisión de legalidad de aquel acto que contenga tal pronunciamiento, pero no determinar la configuración o procedencia de una hipótesis de fraccionamiento.

Centésimo cuadragésimo segundo. Que, además es posible observar que las medidas y acciones más relevantes del PdC serán evaluadas por el órgano administrativo correspondiente -SEA-, y mediante un estudio de impacto ambiental, siendo el instrumento más exigente que contiene nuestro ordenamiento.

Centésimo cuadragésimo tercero. Que, a mayor abundamiento, el ingreso al SEIA fue parte de lo pronunciado en la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, la que se encuentra firme y ejecutoriada, por lo que estos sentenciadores no emitirán mayor pronunciamiento sobre ello.

b) Respeto a la supuesta infracción al art. 11 ter de la Ley N°19.300.

Centésimo cuadragésimo cuarto. Que, de lo expuesto por las comunidades reclamantes, es posible determinar que la controversia en este punto radica en que no se habrían evaluado la suma de impactos provocados por la modificación que realiza al proyecto SQM y las posteriores medidas que aprueba la SMA.

Centésimo cuadragésimo quinto. Que, la hipótesis legal controvertida se refiere a la evaluación de impactos sinérgicos que tienen las modificaciones y proyectos existentes, siendo nuevamente de competencia de la evaluación ambiental. Además, la norma contempla una hipótesis en que la evaluación ya fue realizada sin que ésta hubiere contemplado la suma de impactos, tipo que no se ajusta al caso de autos, ya que, en este caso en concreto, la evaluación de estas nuevas medidas aún no se ha realiza.

Centésimo cuadragésimo sexto. Que, estos sentenciadores pueden advertir que, del análisis de todas las medidas exigidas correspondientes a las modificaciones de la medida de mitigación, estas están contempladas en el PDCR3c. Incluso a través del acto reclamado se advierte que se incorporan las materias relevantes al proceso de evaluación ambiental, como lo es la actualización del plan de alerta temprana, la infraestructura de inyección requerida, la actualización de la regla operacional, la actualización del programa de seguimiento ambiental, etc., de conformidad lo establece el considerando 50 del acto reclamado.

Centésimo cuadragésimo séptimo. A juicio de estos sentenciadores el PdC aprobado es completo tanto en las modificaciones que ingresarán a la evaluación ambiental, como también las acciones que existen para hacerse cargo de las infracciones del titular.

Centésimo cuadragésimo octavo. Que, con todo lo antes expuesto, este Tribunal desestimaré esta alegación de las comunidades, rechazando la reclamación en este punto.

3. Procedencia de la consulta indígena en aprobación de PdC, en vinculación con las normas establecidas en los artículos 6, 7 y 15 del Convenio N°169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la organización internacional del trabajo, de acuerdo al artículo único del decreto promulgatorio N°236 de fecha 2 de octubre de 2008.

Centésimo cuadragésimo noveno. Que, se reclama por los recurrentes que la Res. Ex. N°24 aprueba una serie de medidas que inciden en las aguas superficiales y subterráneas que serían de titularidad de ellas de acuerdo al art. 64 de la Ley Indígena, la que les habría sido reconocida por la Excelentísima Corte Suprema. Dichas medidas se habrían dictado sin mediar un proceso de consulta indígena previo, por lo que se infringiría el art. 6, 7 y 15 del convenio, tal como se expuso a partir de los considerandos trigésimo cuarto y siguientes de esta sentencia.

Centésimo quincuagésimo. Que, por su parte la SMA indicó, en términos generales que ésta además de no haber sido solicitada, sería improcedente e inaplicable al procedimiento en que se aprobó el PdC, por ser ésta aplicable solo respecto de algunas medidas administrativas según el art. 6 del convenio; que ésta no es procedente respecto de actos de mero trámite, ni tampoco respecto de las medidas de ejecución material o jurídica. Si respecto de un acto administrativo terminal está excluida la consulta, también lo estará de uno de mero trámite; y, por último, para que proceda la CI debe tratarse de un acto que sea susceptible de generar una afectación directa causando un daño significativo sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, debiendo haberse precisado de manera concreta tal afectación.

Centésimo quincuagésimo primero. Que, para la resolución de esta controversia, este Tribunal desarrollará tres puntos vinculados a esta, a saber: a) la existencia de un eventual vicio de desviación judicial; b) la naturaleza de la resolución que aprueba un PdC y procedencia de la consulta indígena; y, c) la eventual afectación a las comunidades indígenas reclamantes.

a) Eventual vicio de desviación judicial.

Centésimo quincuagésimo segundo. Que, a juicio de estos sentenciadores, es preciso determinar la existencia o no de lo que en doctrina se ha definido como la desviación procesal y que ha sido recogido jurisprudencialmente en reiterados fallos tanto en sede de tribunales especializados como por la Excma. Corte Suprema.

Centésimo quincuagésimo tercero. En términos generales se ha señalado que la desviación procesal o congruencia extra proceso, "(...) es propia del contencioso administrativo, y busca enlazar la pretensión administrativa y la judicial, de manera que entre ellas exista una correspondencia. La desviación procesal asume diferentes modalidades: a) puede exigir una identidad entre la pretensión deducida en sede administrativa

y la judicial, de forma que el impugnante no puede introducir modificaciones o variaciones entre ambas (C. Suprema, 9 de octubre de 2018, Rol N° 42.004 2017, Sociedad Contractual Minera Maricunga con SMA); b) exige que los vicios de legalidad impetrados en sede administrativa deban identificarse con aquellos alegados en la reclamación en sede judicial. Aquí la congruencia funciona como una carga para el justiciable pues no puede innovar o agregar vicios o hechos nuevos en la reclamación judicial respecto de los que la Administración no haya tenido la posibilidad de pronunciarse (C. Suprema, 9 de abril de 2018, Rol N°34.281 2017); c) exige además que exista una correspondencia entre las alegaciones formuladas por la reclamada al informar la reclamación órgano de la Administración y los fundamentos contenidos en el acto reclamado. Lo anterior se fundamenta en el 'derecho del afectado por el acto administrativo, de conocer en su integridad las razones por las cuales se adoptó una determinada decisión en su contra, porque sólo así podrá desarrollar de manera eficiente su defensa" por lo tanto, como bien se resolvió en la sentencia que se analiza, las nuevas alegaciones formuladas por la reclamada, no pueden ser consideradas para los efectos de la Determinación de la legalidad del acto que se impugna' (C. Suprema, 23 de agosto de 2019, Rol N° 13.774 2019).

5° Que, la doctrina además ha indicado: 'el carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa se evidencia en la vinculación entre las pretensiones deducidas en vía judicial y las que se ejercieron frente a la Administración, que impide que puedan plantearse judicialmente cuestiones no suscitadas, con anterioridad, en vía administrativa' (Escuin, Vicente y Belando, Beatriz, Los recursos administrativos, Thomson Reuters, Madrid, 2011, p. 37)" (Sentencia del 3° Tribunal Ambiental, Rol R-7-2019).

Centésimo quincuagésimo cuarto. Que, tal como lo indica el órgano reclamado al evacuar su informe, de la revisión del procedimiento sancionatorio previo, es posible colegir que las comunidades reclamantes no solicitaron consulta indígena en sede administrativa sancionatoria.

Centésimo quincuagésimo quinto. Que, estos sentenciadores de la revisión del procedimiento sancionatorio Rol D-027-2016, lograron verificar que, en este, no obstante, las comunidades haberse hecho parte de él, no solicitaron CI, es decir, que se iniciara un proceso de consulta conforme al Convenio N°169 de la OIT. Tampoco accionaron recursivamente por no haber sido decretada en dicho procedimiento, por lo que mal podría la SMA haber enmendado su error de haber existido. Máxime aún si se permitiera en sede judicial esta alegación, tampoco podría el órgano estatal retractarse dejándolo entonces ante la imposibilidad de enmendar su actuar.

Centésimo quincuagésimo sexto. Que, considerando que este órgano jurisdiccional tiene como función la revisión de legalidad en la dictación del acto administrativo objeto de la revisión; teniendo en cuenta que la reclamante desvió procesalmente su pretensión judicial al no solicitar lo reclamado en esta sede en la etapa administrativa; y, considerando que son justamente las pretensiones de las partes en relación con el actuar previo de la administración las que fijan los límites de conocimiento al que debe avocarse este Tribunal, es que estos sentenciadores estiman que este vicio se configuró en autos.

Centésimo quincuagésimo séptimo. De ahí que, este órgano se debe avocar a su conocimiento solo si es posible observar esta correlación entre la pretensión administrativa y jurisdiccional, cuestión que en autos no sucede, por lo que este Tribunal desestimaré esta alegación.

b) Naturaleza de la resolución que aprueba un PdC y procedencia de la consulta Indígena.

Centésimo quincuagésimo octavo. Que, este Tribunal, no obstante lo señalado, analizará la procedencia de la consulta indígena alegada para el reclamo de autos.

Centésimo quincuagésimo noveno. Que, el art. 3° de la Ley N°20.417 en su letra r) señala dentro de las funciones de la SMA está la de aprobar programas de cumplimientos de normativa ambiental de conformidad a lo establecidas en el art 42 de la misma LOSMA.

Centésimo sexagésimo. Que, de acuerdo a lo alegado por las partes, es importante determinar en primer término la naturaleza del acto administrativo que aprueba el PdC, y que consecencialmente, suspende el procedimiento sancionatorio.

Centésimo sexagésimo primero. Que, el art. 18 de la Ley N°19.880 define al procedimiento administrativo como: "(...) una sucesión de actos trámites vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal". Siguiendo al profesor Jorge Bermúdez, se ha distinguido en doctrina entre los actos trámites y los actos terminales, señalando que los primeros son aquellos que pretenden dar un curso progresivo al procedimiento administrativo; mientras que los segundos, son aquellos que contienen la resolución administrativa poniéndole fin al procedimiento. (Bermúdez,

2014)⁶.

Centésimo sexagésimo segundo. Que, en función de lo anterior, este Tribunal considera que la resolución administrativa que aprueba la procedencia de un PdC es un acto trámite cualificado, entendiendo que si bien en un inicio lo que este acto persigue es aprobar este plan de acciones y medidas que pretende redirigir al infractor al cumplimiento, lo que en el caso de autos se materializa respetando lo indicado en la RCA N°890/2010, lo que conocemos como medidas de ejecución material o jurídica no son las únicas aprobadas en el PdCR3c. En el caso de las medidas contenidas en la acción 29 del PdCR3c, se trata de medidas que variarán el permiso ambiental original, por lo que requieren una evaluación y someterse al SEIA —como ya fue desarrollado en esta sentencia—, tornándose el acto administrativo complejo al coexistir medidas administrativas y otras de ejecución material.

Centésimo sexagésimo tercero. Que, por otro lado, se debe tener en cuenta que el procedimiento sancionatorio posee una estructura unidireccional, cuyo objetivo es determinar la existencia o no de una infracción de orden administrativa, para luego, en caso de ser procedente imponer una sanción al responsable de los cargos formulados; consiguiéndose así el restablecimiento de la legalidad. Sin embargo, frente al incumplimiento del titular, la ley le ha franqueado la posibilidad de presentar un PdC con el fin volver rápidamente a la senda del cumplimiento ambiental y así evitar la imposición de la sanción, como, asimismo, la posibilidad de intervención de aquellos interesados que puedan ver afectados sus derechos o intereses, individuales o colectivos.

Sin embargo, este hecho no torna al procedimiento en uno de naturaleza distinta, manteniendo el de sancionatorio ya que incluso la autoridad administrativa a cargo podría rechazarlo una vez verificado el cumplimiento del PdC, reiniciando las etapas propias de dicho procedimiento sancionatorio.

Centésimo sexagésimo cuarto. Que, a juicio de estos sentenciadores, la aprobación de los PdC por parte de la SMA consiste en una expresión más de la potestad sancionatoria que le es privativa y que está dentro de sus facultades correctivas otorgadas por ley, como también lo es la imposición de una sanción administrativa.

Centésimo sexagésimo quinto. De ahí que la aprobación o no de un PdC no es una decisión que el órgano estatal pueda consultar o transar. El volver al cumplimiento de la respectiva licencia ambiental y con ello lograr el fin último que persigue el PdC, que es la protección del medio ambiente, en cuanto a su procedencia o no, es una decisión que recae en el organismo estatal.

Centésimo sexagésimo sexto. Que, en este orden de ideas, es que la incorporación de la CI en el procedimiento administrativo sancionatorio resulta incompatible con éste, dado los diversos fines que ambos institutos presentan. Mientras el procedimiento sancionatorio pretende imponer una sanción a los responsables de la infracción o incumplimiento, la “(...) consulta indígena se ha concebido como un mecanismo que posibilita el diálogo intercultural entre los organismos del Estado y los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente con determinada medida legislativa o administrativa, con el objeto de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento previo a la implementación de las mismas (...)” (considerando 52, sentencia R-17-2019, Primer Tribunal Ambiental).

Centésimo sexagésimo séptimo. Que, la aprobación de un PdC no le otorga a la SMA un margen de discrecionalidad suficiente para llegar a un acuerdo en los términos que exige el convenio 169 ya citado, por lo que forzar la aplicación de la CI terminaría desnaturalizando una u otra institución.

Centésimo sexagésimo octavo. Que, por otro lado, el legislador ha plasmado con absoluta claridad sobre la aplicación de la consulta indígena cuando así lo ha decretado como en el caso del SEIA; y como contrapartida, no incluye la consulta indígena en la LOSMA, ni en particular en el Título III de la Infracciones y Sanciones (sobre el procedimiento sancionatorio); ni para la aprobación o rechazo de un PdC según el DS N°30/2012.

c) Eventual afectación a las comunidades indígenas reclamantes.

Centésimo sexagésimo noveno. Que, estos sentenciadores se pronunciarán sobre aquella parte de la reclamación de las comunidades en cuanto a que ellas son susceptibles de verse directamente afectadas por las medidas presentadas por SQM, respecto de su proyecto y PdC que infringió la normativa sobre CI, en particular el art. 15 del citado convenio.

Centésimo septuagésimo. Que, para estos sentenciadores es importante verificar si efectivamente las

⁶Bermúdez, J. (2014). Derecho administrativo general. Tercera Edición Actualizada. Santiago: Legal. p. 142.

comunidades Indígena Aymara de Quillagua e Indígena Quechua de Huatacondo tuvieron acceso a la participación del procedimiento sancionatorio en donde se han discutido las medidas administrativas que fueron dictadas y es posible advertir que mediante la Res. Ex. N°10/2017 y la Res. Ex. N°18/2018, ambas de la SMA, fueron admitidos como interesados respectivamente en el procedimiento sancionatorio, estando presente en todos los actos de dicho procedimiento el que se encuentra suspendido producto de la aprobación de este PdC. En sede judicial éstas fueron partes indirectas como terceros coadyuvantes en la causa R-160-2017 del Segundo Tribunal Ambiental y reclamantes en estos autos.

Centésimo septuagésimo primero. Que, el art. 15 del convenio establece “1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”. De la norma es posible colegir que debe existir una medida administrativa o legislativa y que ésta sea susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas.

Centésimo septuagésimo segundo. Que, a su vez, en los párrafos anteriores ya hemos aclarado que el acto reclamado sería un acto trámite cualificado, por ende, estamos frente a una medida administrativa. Sin embargo, las comunidades reclamantes no han indicado en su reclamación de qué manera son susceptibles de ser afectadas directamente en su territorio, ni cómo se provocaría esta afectación.

Centésimo septuagésimo tercero. Que, para que sea procedente la CI “debe tratarse de un acto que sea susceptible de generar una afectación directa, causando un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, no bastando con hacer referencia de manera genérica o vaga a la cercanía de un proyecto con el territorio de una comunidad, sino que debe precisarse la materia concreta en que dicho acto afectará “[...] el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas, además de ser significativa.” (considerando 25, Sentencia Rol-25-2019, Primer Tribunal Ambiental).

Centésimo septuagésimo cuarto. Que, por todo lo razonado precedentemente, estos sentenciadores no han podido establecer cómo se produce la afectación reclamada ni la contravención por parte de la SMA a estas disposiciones citadas, por lo que rechazará la reclamación en este punto.

Centésimo septuagésimo quinto. Que, revisados y razonados los antecedentes administrativos y judiciales de autos, así como la jurisprudencia y doctrina aplicable al caso -en lo concerniente a las supuestas infracciones generadas por la SMA en relación al derecho de la reclamante a la consulta indígena ante medidas administrativas que los afecten directamente-, sumado a la naturaleza de la resolución que aprueba un PdC y asimismo, a la desviación procesal constatada; este Tribunal considera improcedente la aplicación de la CI para el caso de autos, por lo que la reclamación será rechazada en este punto.

Centésimo septuagésimo sexto. Que, habiendo resuelto por parte de este Tribunal todos y cada uno de los puntos controvertidos, estos sentenciadores rechazarán en todas sus partes la reclamación deducida por las comunidades indígenas, por cada una de las razones ya indicadas en este fallo.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en el artículo 17 N°3 de la Ley N°20.600; Ley N°20.417, Ley N°19.300; y demás normas legales y reglamentarias ya citadas y aplicables en la especie.

SE RESUELVE:

I. Rechazar la reclamación interpuesta por la Comunidad Indígena Aymara de Quillagua y la Comunidad Indígena Quechua de Huatacondo, de fojas 1 de autos, de fecha 22 de marzo de 2019, en todas sus partes; manteniendo firme la Resolución Exenta N°24, de 26 de febrero de 2019, dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente.

II. No condenar en costas las reclamantes por tener motivos plausibles para litigar.

Notifíquese y regístrese.

Redactó la sentencia el Ministro Sr. Fabrizio Queirolo Pellerano

Rol N° R-21-2019

Pronunciada por el Primer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Sr. Mauricio Oviedo Gutiérrez, Sr. Fabrizio Queirolo Pellerano y Sr. Juan Opazo Lagos.

Autoriza el Secretario Abogado del Tribunal(S), Sr. Pablo Miranda Nigro.

En Antofagasta, a veintisiete de octubre de dos mil veinte, se notificó por el estado diario y correo electrónico la sentencia precedente.

