SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL
REPUBLICA DE CHILE

Santiago, tres de marzo de dos mil catorce.

VISTOS:

El 11 de junio de 2013 se presentó ante este Tribunal Ambiental la primera de tres reclamaciones en contra de la Resolución Exenta N° 477, de 24 de mayo de 2013, dictada por el Superintendente (S) de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante el Superintendente). La citada reclamación fue presentada por un grupo de agricultores y regantes de la comuna de Alto del Carmen, representados por el abogado señor Álvaro Toro Vega y fue ingresada a este Tribunal con el Rol R6-2013. El 17 de junio de 2013, las Comunidades Indígenas Diaguitas, representadas por el abogado Lorenzo Soto Oyarzún, interpusieron la segunda reclamación en contra de la Resolución Exenta N° 477, que fue individualizada con el Rol R7-2013. Finalmente, el 18 de junio de 2013, las sociedades Agrícola Santa Mónica Limitada y Dos Hermanos Limitada, representados por Juan Rojas Sáez y Andrés Gandarillas Serani respectivamente, interpusieron la tercera reclamación, que fue ingresada a este Tribunal con el Rol R8-2013. En virtud de que todas las acciones impetradas impugnaban la misma resolución, esta Magistratura decidió con fecha 18 de junio de 2013, acumular todas ellas en la más antigua.

1. Antecedentes del proceso administrativo sancionador

El 22 de enero de 2013 se inició un proceso administrativo sancionador como consecuencia de una autodenuncia presentada por el representante de la Compañía Minera Nevada SpA (en adelante, la Compañía), donde se reconoce que el titular del proyecto infringió la Resolución Exenta N° 24, de 15 de febrero de 2006, que calificó favorablemente el proyecto “Modificación proyecto Pascua Lama” (en adelante, la RCA). En dicha autodenuncia se informó a la autoridad de dos incidentes acaecidos en el sistema de manejo de aguas del citado proyecto, particularmente, en las obras del Canal Perimetral Norte Inferior y su obra de salida, como consecuencia de dos eventos climáticos acaecidos con fecha 22 de diciembre de 2012 y 10 de enero de 2013. Esta autodenuncia fue declarada “*no ha lugar*”

por la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, SMA) por Resolución N° 105 de 31 de enero de 2013, por carecer de "*información precisa, verídica y comprobable de los hechos que constituyen infracción*".

El 31 de enero de 2013, el Superintendente dictó la Resolución Exenta N° 107, que ordenó la adopción de diversas medidas provisionales de corrección, seguridad y control con objeto de impedir la continuidad del riesgo o daño señalados en la autodenuncia, y la realización de programas de monitoreo y análisis específicos de conformidad con las letras a) y f) del artículo 48 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, LOSMA).

En cuanto a las partes del proceso administrativo sancionador, el 31 de enero de 2013, se presentó una denuncia por parte de la "Junta de Vigilancia de la Cuenca del Río Huasco y sus Afluentes", mediante la cual se informaba de eventuales incumplimientos a la RCA del proyecto. El 8 de febrero de 2013 se presentó otra denuncia ante la SMA, esta vez por las sociedades Agrícola Santa Mónica Limitada y Dos Hermanos Limitada quienes también denunciaron una serie de incumplimientos a la RCA del proyecto. Finalmente, el 4 de abril de 2013, las Comunidades Indígenas Diaguitas presentaron una solicitud pidiendo hacerse parte del proceso administrativo sancionatorio, que fue acogida por Resolución Exenta N° 340 de 15 de abril de 2013.

En cuanto a la instrucción del proceso administrativo sancionador, este se inició con la formulación de cargos por parte de la SMA, contenidos en Oficio Ord. N° 58 de 27 de marzo de 2013, donde se consideró un total de 23 hechos, actos u omisiones, de los cuales 22 fueron aceptados por el titular del proyecto en su escrito de contestación de 29 de abril de 2013. El cargo cuestionando por la Compañía correspondió al incumplimiento de profundizar la zanja cortafugas, contenido en el punto 23.14 del citado Oficio Ord. N° 58. Luego de estimar que no era necesario abrir un periodo de prueba, por cuanto el infractor había aceptado los cargos, el fiscal instructor emitió, mediante Oficio Ord. N° 213 de 20 de mayo de 2013, el

dictamen donde propuso al Superintendente las sanciones y medidas urgentes y transitorias a imponer a la Compañía.

Finalmente, el proceso administrativo sancionador culmina con la dictación de la Resolución Exenta N° 477, de 24 de mayo de 2013, donde se impuso a la Compañía el pago de una multa total de 16.000 UTA, por haber incurrido –a juicio del Superintendente- en cinco infracciones que a continuación se detallan:

I. La primera infracción sancionada corresponde al incumplimiento de las normas, condiciones y medidas, establecidas en la RCA del proyecto, conducta que se tipificó en la letra a) del artículo 35 de la LOSMA. En este caso, el Superintendente consideró sólo uno de los trece incumplimientos acreditados en la resolución impugnada, que corresponde a la construcción de la salida del Canal Perimetral Norte Inferior en un lugar no adecuado y a la construcción de obras de alivio no autorizadas en la RCA, señalando que si bien los otros doce incumplimientos también constituían infracciones a ella, estos serían considerados como agravante por aplicación del denominado "concurso infraccional". Esta infracción fue calificada como gravísima conforme al artículo 36 número 1 letra a) de la LOSMA, pues se constató por parte de la SMA que el incumplimiento causó daño ambiental no susceptible de reparación en un sector de vegas andinas, detrimento que se produjo como consecuencia del movimiento de tierra ocasionado por las aguas que cayeron del Canal Perimetral Norte Inferior. Por lo anterior, el Superintendente decidió imponer una multa de 10.000 UTA.

II. La segunda infracción sancionada correspondió al incumplimiento de las obligaciones emanadas de las medidas provisionales decretadas por la SMA, el 31 de enero de 2013, en el resuelvo primero de la Resolución Exenta N° 107. Esta infracción consideró seis incumplimientos a la citada resolución y, al igual como sucedió con las infracciones a la RCA, se sancionaron como una sola infracción en virtud de la imposición del denominado "concurso infraccional". Esta infracción fue tipificada en la letra l) del artículo 35 de la

LOSMA, es decir, como un incumplimiento a las obligaciones derivadas de las medidas provisionales previstas en el artículo 48 del citado estatuto legal; calificada como grave conforme a la letra f) del numeral segundo del artículo 36 de la LOSMA y sancionada con una multa de 3.500 UTA.

III. La tercera infracción sancionada correspondió al incumplimiento de las normas establecidas en los artículos primero, segundo y cuarto de la Resolución Exenta N° 574 de la SMA, de 2 de octubre de 2012. En dicha resolución se requirió información a los titulares de resoluciones de calificación ambiental, instruyéndose la forma y modo en que estos debían presentar los antecedentes solicitados, formalidad que no habría sido cumplida por la Compañía, sumado a que la información aportada resultó –a juicio de la SMA- incompleta. Este incumplimiento fue tipificado como una infracción a la letra j) del artículo 35 de la LOSMA, es decir, como un incumplimiento a los requerimientos de información solicitados por la SMA; calificado como grave conforme a la letra f) del numeral 2° del artículo 36 y sancionado con una multa de 500 UTA.

IV. La cuarta infracción sancionada se debe a que la Compañía incumplió lo señalado en el inciso cuarto del artículo único de la Resolución Exenta N° 37 de la SMA, de fecha 15 de enero de 2013, que establece: "*los reportes que requieran de muestreos, análisis y/o medición, que deban ser remitidos a la Superintendencia por los sujetos fiscalizados, para ser considerados válidos, deberán adjuntar la acreditación, certificación o autorización vigente ante un organismo de la administración del Estado o en el Sistema Nacional de Acreditación de la entidad que los ha generado*". El titular del proyecto no acompañó las respectivas acreditaciones de los laboratorios ni los certificados originales de los resultados de los monitoreos presentados ante la SMA, en respuesta a los antecedentes solicitados en la inspección ambiental del 29 de enero de 2013. Este incumplimiento se tipificó como una infracción a la letra e) del artículo 35 de la LOSMA, es decir, como un incumplimiento a las normas e instrucciones generales

que la SMA imparta en ejercicio de sus atribuciones; clasificada como grave conforme a la letra f) del numeral 2° del artículo 36 de la LOSMA y sancionado con una multa de 1.000 UTA.

V. La última infracción sancionada corresponde al incumplimiento del requerimiento de información solicitado en el numeral 9° del punto 9 del Acta de Inspección Ambiental de, 29 de enero de 2013. En dicha acta se solicitó al titular del proyecto que entregara los monitoreos de nivel y calidad de pozos ubicados aguas abajo de la zanja cortafuga y de las piscinas de acumulación, correspondientes a los últimos seis meses; sin embargo, la Compañía sólo entregó dos mediciones de nivel y una de calidad correspondientes al mes de enero de 2013. Este hecho fue tipificado, al igual como sucedió con la tercera infracción, como una infracción a la letra j) del artículo 35 de la LOSMA, calificada como grave de acuerdo a la letra f) del numeral 2° del artículo 36 del citado estatuto orgánico y sancionado con una multa de 1.000 UTA.

Por otra parte, la Resolución N° 477 estableció, además de las multas por las infracciones señaladas precedentemente, las siguientes medidas urgentes y transitorias:

I. La paralización total de las actividades de la fase de construcción del proyecto Pascua Lama, mientras no se ejecute el sistema de manejo de aguas en la forma prevista en la RCA;

II. La construcción en forma transitoria de obras de captación, transporte y descarga al estanque de sedimentación norte, las que podrán operar exclusivamente durante el periodo necesario para implementar las obras definitivas que permiten cumplir cabalmente las condiciones establecidas en la RCA.

III. El seguimiento de las variables ambientales contempladas en la RCA, estando facultado para construir todas las obras asociadas y necesarias para ejecutar dicho seguimiento.

2. Antecedentes del proceso de reclamación

Este proceso se inició con las reclamaciones deducidas en contra de la Resolución Exenta N° 477, los días 11, 17 y 18 de

junio de 2013, las que fueron acumuladas a la primera reclamación ingresada (R6-2013) por resolución de 18 de junio de 2013.

El 26 de junio de 2013, el Superintendente presentó una recusación ante la Excelentísima Corte Suprema en contra del Presidente de este Tribunal, Ministro señor José Ignacio Vásquez Márquez, fundada en la causal del artículo 196 N° 10 del Código Orgánico de Tribunales. El máximo tribunal remitió los antecedentes a la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago que resolvió, con fecha 28 de junio de 2013, acoger el incidente de recusación promovido por el Superintendente. Sin embargo, y en virtud de que el Superintendente promovió el citado incidente ignorando el procedimiento especial de inhabilidad contenido en el inciso final del artículo 9 de Ley N° 20.600, la Primera Sala de la Ilustrísima Corte de Apelaciones, conociendo de una reposición interpuesta por el Ministro recusado, resolvió revocar su decisión de acoger la recusación y ordenó que esta se resolviera conforme al procedimiento contenido en el inciso final del artículo 9 de la Ley 20.600; conforme a lo cual, de no ser aceptada la causal por el Ministro afectado, corresponde al Tribunal de plano, con exclusión de aquél, resolver la solicitud. Con todo, el 12 de julio de 2013, el Ministro Presidente de esta Magistratura decidió, voluntariamente, en aras del normal funcionamiento del Tribunal y para evitar cualquier duda respecto de su personal rectitud e independencia y la imparcialidad de los demás Ministros de este Tribunal en el ejercicio de la función jurisdiccional, decidió inhabilitarse de oficio.

Por su parte, el 8 de julio de 2013, el Superintendente evacuó, conforme lo exige el artículo 29 de la Ley N° 20.600, el informe correspondiente donde desarrolló extensamente sus argumentos respecto a las reclamaciones de auto. El 26 de julio de 2013, la Compañía se hace parte como tercero coadyuvante de la SMA, lo que fue acogido por resolución de 31 de junio de 2013. Asimismo, el 5 de agosto de 2013, presentó un “téngase presente” respecto de las reclamaciones deducidas y donde acompañó una serie de documentos que fueron incorporados al

proceso formándose cuaderno separado de documentos. Con esta misma fecha presentó otro escrito donde acompañó un documento relacionado con la evaluación y diseño del muro cortafugas. Con esta misma fecha, los reclamantes, Agrícola Santa Mónica Limitada y Agrícola Dos Hermanos Limitada, solicitaron a este Tribunal que ordenara a la SMA acompañar copia autentificada o simple de los informes de fiscalización que forman parte del proceso de fiscalización (DFZ-2013-63-III-RCA-IA), el que fue remitido por la SMA el 8 de agosto de 2013.

Ahora bien, los argumentos esgrimidos por las partes en sus respectivos escritos presentados ante este Tribunal fueron los siguientes:

I. la legitimación activa

Los agricultores y regantes de la comuna de Alto del Carmen, en su reclamación de fecha 11 de junio de 2013, indicaron ser afectados por la Resolución Exenta N° 477, por el hecho de ser justamente agricultores o habitantes de la citada comuna. Cabe señalar que estos reclamantes afirman haber presentado, el 14 de mayo de 2013, una “carta denuncia” dirigida al Superintendente, la que no habría sido incorporada al expediente sancionatorio, razón por la cual no tuvieron la calidad de parte en el proceso sancionatorio administrativo que culmina con la resolución impugnada.

Por su parte, las Comunidades Indígenas Diaguitas recurrieron a esta Magistratura, con fecha 17 de junio de 2013, señalando que su legitimación se fundamentaba en que ellos habitan y desarrollan actividades en el territorio donde la Compañía pretende operar su proyecto, correspondiente a los valles de la zona alta de la cuenca del río Huasco, comuna de Alto del Carmen. Por tales circunstancias, señalaron que se ven afectados por los efectos contaminantes que dicha actividad minera está generando. Estas comunidades se hicieron parte del proceso sancionatorio el 4 de abril de 2013 y aceptadas como tales el 15 de abril mediante Resolución Exenta N° 340.

Por último, las sociedades Agrícola Santa Mónica Limitada y Dos Hermanos Limitada, interpusieron con fecha 18 de junio de

2013 la respectiva reclamación en su calidad de parte denunciante del proceso sancionatorio seguido ante la SMA. Esta denuncia fue incoada el 8 de febrero de 2013 y en ella se acusó a la Compañía por una serie de incumplimientos a la RCA. Adicionalmente estas sociedades agrícolas afirmaron que las infracciones a la RCA dicen relación con aspectos centrales que la RCA pretendía evitar, la contaminación de las aguas. Estos reclamantes alegan que las sanciones impuestas por la resolución recurrida no guardan ninguna congruencia ni proporcionalidad con los cargos formulados, acreditados y reconocidos en el proceso administrativo sancionador, ni con la conducta manifestada por la Compañía en la ejecución de su proyecto, ni con las consecuencias de sus múltiples infracciones ambientales.

Por su parte, el Superintendente señaló que los reclamantes carecen de legitimación activa al no encontrarse directamente afectados por la resolución impugnada, distinguiendo entre legitimación activa para intervenir en un procedimiento administrativo sancionador y aquella requerida para reclamar de las resoluciones dictadas por la SMA. En el primer caso estaría la legitimación activa requerida para iniciar un procedimiento administrativo sancionador ante la SMA, que otorga al denunciante la calidad de interesado siempre que cumpla con los requisitos establecidos en la Ley. Esta legitimación se concebiría como una “acción ciudadana” y sería acorde con lo dispuesto en el artículo 21 y 30 la Ley N° 19.880 sobre Bases del Procedimiento Administrativo. En cambio, la “*legitimación activa contra los actos de la Superintendencia*”, sólo la ostentarían quienes, de conformidad a lo señalado en el artículo 56 de la LOSMA y el artículo 18 N° 3 de la Ley N° 20.600, resulten directamente afectados por las resoluciones del ente fiscalizador. En consecuencia, no siempre los legitimados en el procedimiento administrativo sancionador lo serán ante los Tribunales Ambientales. En el caso de autos, la SMA alegó que ninguno de los reclamantes se encuentra directamente afectado por la resolución impugnada, en tanto no acreditaron fehacientemente cómo se encuentran afectados por ella y cómo esta afectación tiene como causa basal la misma.

II. El concurso infraccional

Las Comunidades Indígenas Diaguitas y las sociedades Agrícola Santa Mónica Limitada y Dos Hermanos Limitada impugnaron la aplicación del denominado concurso infraccional, pues en virtud de la citada figura se habrían considerado indebidamente como una sola infracción una serie de hechos, actos u omisiones que constituirían incumplimientos independientes y separados. Como consecuencia de lo anterior, las infracciones que dieron cuenta de los demás incumplimientos a la RCA fueron estimadas como circunstancias agravantes, solución que no se establecería en las reglas para determinar las sanciones contenidas en la Ley N° 20.417. En opinión de los reclamantes, las infracciones objeto de sanción son los "hechos, actos u omisiones" contenidos en "instrumentos de gestión ambiental, normas u actos" y no estos últimos, como sostiene la SMA. Indicaron que la resolución impugnada al reconocer la existencia de un concurso infraccional no especificó si se trata de un concurso real o ideal; con todo, en ningún caso se trataría de este último concurso, pues no se trata de un solo hecho que incurre en dos o más infracciones, ni tampoco de unos hechos que estén en una relación de medio a fin. Concluyen señalando que la agrupación de infracciones por parte de la SMA influyó en la determinación del monto de la multa, ya que de haberse considerado aisladamente cada infracción el valor total a pagar debería superar con creces el establecido en la Resolución recurrida.

Por su parte, el Superintendente señaló que al agrupar los incumplimientos de la RCA y de la Resolución Exenta N° 107 bajo el nombre de "concurso infraccional", está expresando que existe un concurso de "hechos infraccionales", es decir, de distintos hechos que constituyen una misma infracción y no un concurso de "infracciones distintas". Agregó que el modelo sancionatorio ambiental está desarrollado sobre la base de una tipificación de ilícitos por instrumentos de gestión ambiental, por lo que basta un solo hecho, acto u omisión constitutivo de infracción para incurrir en responsabilidad administrativa. Por lo tanto, si un infractor incumple más de una condición,

norma o medida establecida en una RCA, constituye sólo una infracción y no varias infracciones, ya que el artículo 35 letra a) habla en plural de "condiciones, normas y medidas". Concluyó señalando que, de los antecedentes del expediente, fue posible establecer que el infractor incumplió un total de cinco instrumentos sobre los que la SMA tiene competencia para conocer y sancionar, por lo tanto, aplicando la proporcionalidad de la sanción, consideró el hecho más grave para calificar la infracción y los demás se tuvieron como agravantes de la misma, lo que llevó a la citada autoridad a disponer la multa máxima que contempla la ley para las infracciones gravísimas, como fue en este caso el incumplimiento de la RCA.

Por su parte, la Compañía agregó que el artículo 60 de la LOSMA prevé expresamente el concurso de infracciones en los mismos términos que en el ámbito penal, indicando que no sería relevante la cantidad de condiciones, normas y medidas que el infractor pueda incumplir respecto de un mismo instrumento de gestión ambiental, sino que lo verdaderamente importante serían las consecuencias que dichos incumplimientos puedan generar en los propósitos perseguidos por el infractor, los que están claramente tipificados en el artículo 36 N° 1 y 2 del citado estatuto orgánico.

III. Autorización del Tribunal Ambiental para que la SMA puede imponer medidas transitorias y urgentes

Los reclamantes, en particular las Comunidades Indígenas Diaguitas, denunciaron una ilegalidad de procedimiento debido a que la SMA habría omitido el "trámite de la consulta" ante el Tribunal Ambiental. Lo anterior, debido a que las medidas decretadas en virtud del artículo 3° letra g) de la Ley N° 20.417, deben ser siempre elevadas en consulta, conforme lo señala el inciso 2° del artículo 48 de la citada ley, lo que no fue realizado por parte del ente fiscalizador.

Sobre este punto, el Superintendente señaló que de acuerdo al texto expreso del artículo 3 letra g) y h) de la LOSMA, se puede distinguir claramente entre dos figuras legales

distintas: (i) la suspensión y (ii) las medidas urgentes y transitorias. A su vez el artículo 17 N° 4 de la Ley N° 20.600, en su texto sólo hace mención a la suspensión, de lo que desprende la parte reclamada que sólo las suspensiones requieren autorización por parte del Tribunal Ambiental, no así las medidas urgentes y transitorias adoptadas por la SMA.

Por su parte, la Compañía agregó que la diferencia entre suspensión y medida urgente y transitoria, radica en que la primera acarrearía una especie de congelamiento de las autorizaciones de las resoluciones de calificación ambiental; en cambio, en las medidas urgentes, la autoridad puede ordenar seguir realizando una serie de seguimientos de variables ambientales y una serie de obras destinadas a la protección de las aguas, precisamente para el resguardo del medio ambiente.

IV. La supuesta contaminación y daño ambiental de las aguas del río Estrecho y la cuenca del río Huasco

Los reclamantes, en particular los agricultores y regantes de la comuna de Alto del Carmen, señalaron que se habría comprometido la cantidad y calidad de las aguas, pues existirían antecedentes suficientes que llevan a sospechar que, entre el 22 de diciembre de 2012 y el 30 de enero de 2013, se irrigaron aguas contaminadas o sin la calidad adecuada al río Estrecho.

Por su parte, las sociedades Agrícola Santa Mónica limitada y Agrícola Dos Hermanos limitada denunciaron una serie de errores de derecho y defectos en que se habría incurrido en la resolución recurrida, dentro de los cuales señalaron los siguientes: i) que se habría omitido erróneamente declarar que la Compañía habría contaminado las aguas del río Estrecho y de la cuenca del río Huasco. Dicha contaminación estaría acreditada en el Informe de Fiscalización de la SMA, por la abundante prueba en el proceso sancionatorio y por el expreso reconocimiento de la Compañía en su escrito de contestación de cargos; ii) que la Compañía no habría dado cumplimiento a las obligaciones impuestas en la RCA destinadas a velar por la preservación de las aguas del valle del río Huasco, por cuanto

no sólo no construyó una gran cantidad de obras civiles destinadas a implementar un sistema para manejo de aguas ácidas y otro para aguas de no contacto, sino que además, habría quedado demostrado que a consecuencia de esos incumplimientos y de la extrema negligencia de la Compañía se contaminó el río Estrecho, al verter a éste aguas que excedían con creces las cantidades máximas de minerales establecidas en el D.S. 90/2000; iii) que la resolución recurrida no habría sido exhaustiva al determinar la existencia de daño ambiental por contaminación de las aguas del río Estrecho y de los cursos de agua de la zona de influencia del proyecto, pese a existir contundente evidencia en tal sentido y una confesión por parte de la Compañía; y IV) que la RCA había impuesto a la Compañía la obligación de implementar planes de emergencia denominados "sistema de alerta temprana y plan de respuesta", con el objeto de identificar cambios en la calidad natural de las aguas causada por la actividad minera y establecer una secuencia de acciones con el objeto de contener y corregir cualquiera desviación en la oportunidad más temprana posible; sin embargo, la Compañía habría decidido unilateralmente no informar a las autoridades acerca de la calidad de las aguas, y cuando lo hizo, lo habría realizado bajo sus propios parámetros, alterando unilateralmente la metodología empleada para medir la calidad de las aguas.

Concluyó señalando que el detrimento de las aguas fue significativo al vulnerarse sistemáticamente las "líneas de base" de la RCA y las normas que establecen "límites máximos a la polución de las aguas", situación que habría sido detectada en los propios informes acompañados por la Compañía, como fue el Informe de Fiscalización Ambiental de la SMA respecto de los distintos puntos de medición de la calidad de aguas contemplados en la RCA, donde se da cuenta de una cantidad considerable de excedencias a los parámetros de aguas.

Por su parte, el Superintendente señaló que, conforme al artículo 1° de la Ley N° 19.300 y las letras c) y d) del artículo 2° del mismo cuerpo legal, corresponderá hablar de contaminación cuando exista una norma que regule las

concentraciones o concentraciones y permanencias en el ambiente. Agregó que no existen normas de calidad vigentes para el río Estrecho ni para la cuenca del río Huasco, por lo que difícilmente se pueda sostener que se está frente a contaminación, ya que no existen parámetros de calidad ambiental ahí establecidos. Asimismo señaló que la norma de emisión no es suficiente para afirmar la presencia de contaminación, ya que esta regula cantidades máximas en el efluente de la fuente emisora y no en el ambiente, por lo que a su juicio, los reclamantes se equivocan al sostener que hubo contaminación a las aguas del río Estrecho por verter aguas que excedían las cantidades máximas de minerales establecidas en el D.S. 90/2000.

Por su parte, el representante de la Compañía agregó que las aguas de no contacto que, con motivo de los eventos de diciembre y enero ingresaron al sistema de manejo de aguas de contacto, no estuvieron en ningún momento a menos de 500 metros de distancia del Botadero de Estériles Nevada Norte, siendo imposible que hubieran entrado en contacto con el escaso material ahí depositado. Agregó que no es efectivo que haya existido contaminación y daño a las aguas producto de la construcción de una “Cámara de Captación y Restitución” (en adelante, CCR), ni que dicha obra deba efectuar “descargas” en el río Estrecho cumpliendo con el D.S. 90/2000. Agregó que si bien la CCR no está explícitamente nombrada en la RCA, existen diversas referencias que confirman la necesidad de contar, dentro del sistema de manejo de aguas, con una obra que permita captar las aguas cuando sobrepasen ciertos niveles o reconducirlas hacia el río cuando no sea así, siendo la propia DGA quien coincidió con la Compañía en que la mejor forma para cumplir con la RCA era la construcción y operación de una cámara de captación y restitución.

En cuanto a la utilización del D.S 90/2000, precisó que las aguas reconducidas y restituidas desde la CCR hacía el río Estrecho, cumplen con los valores de Línea de Base para ser reconducidas y bajo ninguna circunstancia se aplicaría el citado Decreto. Que la reconducción de aguas no puede

considerarse legalmente como una “descarga”, ya que para ser tal, requiere un acto previo que es la captación de dichas aguas para tratarlas, mientras que cuando la medición in situ arroja que las aguas cumplen con la Línea de Base, simplemente las dejan pasar, reconduciéndolas y restituyéndolas al cauce. Que el DS 90/2000 sólo se aplica ante la existencia de una *fuente emisora y la descarga de Residuos Industriales Líquidos*, por lo que no es aplicable en ningún caso a la CCR en su función de reconducción de las aguas de vuelta al cauce.

Por otro lado, el representante de la Compañía señaló que no es efectivo que la Compañía haya utilizado, sin contar con un pronunciamiento por parte de la autoridad, un mecanismo de cálculo de niveles de alerta de calidad de las aguas más permisivo que el detallado en el proceso de evaluación, ya que la actual metodología de cálculo aplicada por la Compañía se encontraría aprobada por la DGA y la Dirección Ejecutiva del SEA. Bajo esta nueva metodología no habría existido la necesidad de gatillar algún plan de Emergencia o Preemergencia.

V. Antecedentes sancionatorios de la Compañía que no habrían sido considerados

Este punto fue alegado por los regantes de la comuna de Alto del Carmen, quienes señalaron que el ente fiscalizador no habría considerado dentro de su proceso sancionatorio a lo menos siete sanciones que se impusieron a la Compañía entre los años 2007 a 2013. De haber sido valorados correctamente estos antecedentes, la calificación de la conducta anterior del infractor hubiese variado en perjuicio de este último, lo que sumado a las infracciones sancionadas en la resolución recurrida, obligaba –en opinión del reclamante- a que el Superintendente impusiera a la Compañía la revocación de la resolución de calificación ambiental.

Sobre este punto, el Superintendente señaló que los citados reparos no eran efectivos, por cuanto la resolución impugnada desarrolló extensamente los criterios del artículo 40 de la LOSMA, dentro de los cuales se encuentra la conducta anterior

del infractor y donde se señaló que, conforme a los antecedentes expuestos, correspondía concluir que la conducta previa del sujeto infractor representaba un "estándar bajo de cumplimiento a sus compromisos y obligaciones para con el medio ambiente", debiendo configurarse una agravante en la determinación de la sanción. En cuanto a la procedencia de la revocación de la RCA, el Superintendente señaló que la determinación de las sanciones al caso concreto corresponde al ámbito de discreción acotada, no existiendo un supuesto normativo que permita sostener que sólo corresponde la sanción de revocación de la RCA frente a determinados incumplimientos o infracciones.

VI. Apertura de nuevos procesos administrativos sancionatorios como consecuencia de antecedentes no considerados

Fueron los regantes de la comuna de Alto del Carmen quienes denunciaron la existencia de hechos y antecedentes en el expediente administrativo de la SMA, que permitirían ordenarle a ésta que abra nuevos procesos administrativos sancionatorios. Entre estos antecedentes estarían, entre otros, la sanción impuesta por la COREMA mediante Resolución Exenta N° 22 de 1 de febrero de 2011 por la captación ilegal de agua del río Estrecho, y la Resolución Exenta N° 159 de la DGA de la Región de Atacama, de 12 de marzo de 2013, también por captación de aguas y que no habría sido sancionado de acuerdo a lo afirmado por los reclamantes.

Sobre este punto, el Superintendente expresó que la Resolución Exenta N° 159 fue considerada en la consideración 20° del Oficio Ordinario N° 58/2013. Respecto a los otros hechos, señaló que el artículo 47 de la LOSMA regula la denuncia como una de las vías para iniciar el procedimiento administrativo sancionatorio, de manera que si el reclamante quiere iniciar nuevos procedimientos por hechos que no fueron considerados, puede perfectamente proceder conforme a lo señalado en el citado precepto.

VII. Falta de pronunciamiento por parte de la SMA a solicitudes realizadas por el reclamante

Esta ilegalidad fue denunciada por las Comunidades Indígenas Diaguitas, quienes señalaron que no hubo pronunciamiento por parte de la SMA a nueve solicitudes contenidas en las presentaciones que, como parte interesada del proceso sancionatorio, hicieron a la SMA el 4 de abril y el 13 de mayo de 2013, entre las que se encuentran las siguientes: i) imponer la revocación de la RCA; ii) recibir prueba testimonial; iii) rechazar los descargos de la Compañía respecto a la profundización del muro cortafugas; iv) oficiar al SEA y los servicios públicos con competencia ambiental para que informaran sobre las sanciones y procesos sancionatorios sectoriales; v) contratar una pericia o análisis económico a un auditor independiente para determinar el beneficio económico de la compañía por las infracciones cometidas vi) oficiar al SEA para que se pronuncie sobre la pertinencia de ingresar las actividades planteadas por la Compañía en sus descargos, entre otras solicitudes. Agregó el reclamante que sus peticiones sólo fueron proveídas con un “se resolverá en su oportunidad procesal” o “téngase presente”, y no fueron resueltas ni menos consideradas en la Resolución impugnada. De haber actuado correctamente, la SMA hubiese obtenido antecedentes suficientes para haber aplicado la sanción proporcional y legalmente procedente, que a juicio del reclamante no era otra que la revocación de la RCA.

La SMA, por su parte, señaló que sí tuvieron presente toda la información entregada por la parte reclamante. Así, respecto a las solicitudes de 4 de abril y 13 de mayo de 2013, estas fueron resueltas mediante Resolución Exenta N° 340, de 15 de abril de 2013, y Oficio Ordinario N° 197 de 16 de mayo de 2013, respectivamente.

En cuanto a la falta de pronunciamiento respecto de la solicitud de revocación de la RCA, el Superintendente señaló que no es la parte reclamante quien debe determinar la sanción, sino que es la SMA el servicio público creado para ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y la fiscalización de los

instrumentos de gestión ambiental, así como imponer sanciones en caso que se constaten infracciones a éstos.

Respecto al no pronunciamiento de la recepción de la prueba testimonial, el Superintendente indicó que el medio de prueba ofrecido por la parte reclamante carecía de toda seriedad, pues no señaló cual es el punto sobre el que recaería la testimonial ni quienes específicamente serían los testigos, tratándose, en consecuencia, de un simple ofrecimiento. A lo anterior, se debe agregar que existió un reconocimiento expreso de responsabilidad por parte del infractor en la totalidad de los cargos formulados.

En relación a que la SMA no habría oficiado al SEA a fin de dar cuenta de todos los procesos sancionatorios, el Superintendente arguyó que esta diligencia era absolutamente innecesaria, pues la información se encuentra disponible en línea a través del sistema e-SEIA.

En cuanto a que la SMA no habría oficiado a los demás servicios públicos con competencia ambiental, el reclamado expresó que dichos oficios son innecesarios, ya que los procesos que la SMA debe considerar a efectos de precisar la conducta anterior del infractor corresponden sólo a aquellos de carácter ambiental y no a todos los procesos administrativos sancionatorios sectoriales, de lo contrario, la SMA incurriría en lo que se ha denominado “desviación del fin”.

Respecto a que la SMA no se habría pronunciado sobre el requerimiento de oficiar a la Municipalidad de Alto del Carmen, SERNAGEOMIN, Dirección del Trabajo y CONADI, el reclamado precisó que dicho requerimiento es erróneo, pues pide que se oficie a organismos sectoriales para que estos informen sobre materias que son propias de la SMA y que dicen relación con las atribuciones que la ley expresamente le ha otorgado.

Finalmente, en lo atingente a la contratación de una pericia o análisis económico con cargo a la empresa infractora, el Superintendente aduce que dicha solicitud es improcedente, ya que la competencia para determinar todo lo relacionado con la aplicación de la circunstancia regulada en la letra c) del

artículo 40 de la LOSMA, es de la SMA, no siendo necesario, como tampoco exigido por la ley, que se deba contratar a un tercero independiente.

VIII. Que la SMA habría acogido los descargos de la Compañía sin prueba alguna

Esta imputación, realizada por las Comunidades Indígenas Diaguitas, se fundamentó en que la SMA habría acogido, sin prueba alguna, el descargo presentado por la Compañía referente a la falta de profundización de la zanja cortafugas. En efecto, la parte reclamante indicó que el numeral 9.17 de la RCA señala que: *"el titular deberá profundizar la zanja cortafuga en el caso de que se detecte modificación en la calidad de las aguas en los pozos ubicados aguas debajo de ellas",* y que los fiscalizadores encomendados por la SMA constataron contaminación de aguas subterráneas en a lo menos 5 pozos aguas abajo del muro cortafugas, no exigiendo la RCA que esta medición se haga en un pozo determinado. Se señaló que el Superintendente habría incurrido en ilegalidad al admitir y aceptar el descargo de la Compañía, sobre todo, porque al señalar que esas aguas se encontraban en un estado naturalmente ácido, la Compañía no habría desconocido que las aguas estaban contaminadas. Con todo, la carga de la prueba correspondía a la Compañía, no siendo procedente que la SMA haya aceptado sin más los descargos del titular del proyecto.

Sobre este punto, el Superintendente señaló que para probar el incumplimiento al numeral 9.17 de la RCA, era necesario demostrar la variación en la calidad de las aguas; sin embargo, el ente fiscalizador conforme a las reglas de la sana crítica determinó que no era posible acreditar el incumplimiento del citado numeral. Lo anterior, debido a que el fiscal instructor para acreditar que hubo omisión utilizó el pozo BT-3, que es diverso al que establece la RCA para verificar el cumplimiento de la medida regulada en su considerando 9.17. Por lo tanto –señala el Superintendente- la calidad de las aguas podrían estar influenciada por aportes subterráneos de distinta génesis o naturaleza geológica, lo que impidió determinar la relación de causalidad entre dicha calidad y los hechos, actos u

omisiones del infractor, cuestiones que actualmente se estarían investigando.

IX. Ilegalidad de las medidas urgentes y transitorias ordenadas por la SMA

Esta supuesta ilegalidad fue denunciada por las Comunidades Indígenas Diaguitas, y se fundamentó en el hecho de que dichas medidas serían ilegales por ser innominadas y entregada al arbitrio de la Compañía. En efecto, se trataría de medidas que no cuentan con una constatación en terreno por parte de fiscalizadores y expertos que la SMA podía y debía ordenar; no cuentan con evaluación ambiental, pertinencia y ni siquiera con el informe favorable de servicios técnicos y especializados que podrían haber informado sobre ellas; y, por último, serían medidas que escapan a los fines puramente ambientales que la fundan. Agregó la parte reclamante que, a través de estas medidas innominadas, se pone en peligro la paralización de las obras, pues la Compañía, mediante carta de 7 de junio de 2013, definió por sí y ante sí las obras y actividades a realizar, con la finalidad de mantener la actividad productiva del proyecto y desdibujando la paralización decretada.

Sobre este punto, el Superintendente señaló que la acusación es completamente errada, pues dichas medidas fueron ordenadas conforme a una potestad reglada de la SMA, reconocida expresamente en el artículo 3 letra g) y h) de LOSMA. En cuanto a las medidas específicas señaló que su determinación depende de la potestad discrecional que asiste a la SMA, lo que es del todo coherente, debido a que las circunstancias dependen del caso en particular, siendo impracticable tener un catálogo legal de las mismas. En cuanto a que las medidas ordenadas no contaron con la constatación en terreno por parte de los fiscalizadores y expertos de la SMA, el Superintendente señaló que dichas medidas urgentes y transitorias fueron ordenadas por la resolución impugnada después de un procedimiento sancionatorio que cumplió estrictamente con lo dispuesto en la ley, constatándose fehacientemente los hechos que configuraron las infracciones sancionadas. Por último, respecto a que las medidas no cuentan con evaluación ambiental, pertinencia y ni

siquiera con un informe favorable de servicios técnicos y especializados que podrían haber informado sobre ellas, el Superintendente señaló que si las medidas urgentes y transitorias requirieran de evaluación, así lo habría dicho expresamente la ley; además, indicó que dicho trámite sería contrario a la naturaleza urgente y transitoria que tienen las citadas medidas, que de exigirse, las harían "completamente ineficaces".

X. Incumplimientos no tipificados y calificados incorrectamente

Esta supuesta ilegalidad fue denunciada por los reclamantes, Agrícola Santa Mónica limitada y Agrícola Dos Hermanos Limitada, y se habría producido, en primer lugar, respecto al octavo incumplimiento señalado en la Resolución impugnada, a saber: *"la descarga, no justificada, al río Estrecho proveniente de la planta de Tratamiento de Drenaje Ácido. Asimismo, dicha descarga no fue declarada ni monitoreada de conformidad al Decreto Supremo N° 90, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia que establece la norma de emisión para la regulación de contaminantes asociados a las descargas de residuos líquidos a aguas marinas y continentales superficiales (D.S. 90)".* Dicho incumplimiento fue tipificado en el artículo 35 letra a) de la LOSMA, cuando en opinión de la parte reclamante debió tipificarse conforme al artículo 35 letra c) del citado cuerpo legal, es decir, como un incumplimiento a "*las medidas e instrumentos previstos en los Planes de Prevención y/o de Descontaminación, normas de calidad y emisión".* Lo mismo habría sucedido con el noveno incumplimiento consistente en "*la descarga de aguas de contacto al río Estrecho que no cumplen con los objetivos de calidad de aguas […]"*. A su vez, el Décimo primer incumplimiento contenido en la resolución recurrida consistente en *"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"*, debió tipificarse en la letra j) del artículo 35 de la LOSMA, es decir, como un incumplimiento *a "los requerimientos de información que la Superintendencia*

dirija a los sujetos fiscalizados […]". Agregó el reclamante que toda la información remitida por la Compañía sobre la calidad de las aguas resultó ser inexacta y adulterada por la vía de la modificación metodológica de cálculo de la misma, y con ello de los parámetros de toxicidad. Por esta razón la Compañía habría incurrido en una infracción adicional al no cumplir con los requerimientos de información ordenados por la SMA, la que se erige como una infracción diversa al mero incumplimiento de la RCA regulado en el artículo 35 letra a) de la LOSMA.

Por su parte, el Superintendente señaló que lo argumentado por la parte reclamante atenta contra el principio non bis in ídem, principio que se deduciría de la garantía del debido proceso establecido en el artículo 19 N° 3 inciso 6° de la Constitución Política de la República y que se encontraría expresamente contenido en el inciso final del artículo 60 de la LOSMA. Este último precepto señala que en ningún caso se podrá aplicar al infractor, por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, dos o más sanciones administrativas. Por este motivo –agregó el Superintendente- procedió a tipificar el hecho como una sola infracción, prefiriendo la letra a) del artículo 35 por sobre la letra c) del mismo artículo, pues considera que la RCA es un instrumento que subsume la norma de emisión contenida en el D.S. 90/2000.

XI. Incorrecta graduación de los incumplimientos a la Resolución Exenta N° 107

Fueron los reclamantes, Agrícola Santa Mónica limitada y Agrícola Dos Hermanos Limitada, quienes señalaron que, no obstante la relevancia y urgencia de las medidas provisionales decretadas por la SMA, la Compañía decidió voluntariamente incumplir con la mayor parte de estas, lo que incluso motivó la formulación de cargos contenidos en el Oficio Ordinario N° 58/2013. Señalaron que en los hechos, el incumplimiento de las medidas provisionales ocultó una infracción gravísima de la legislación ambiental, cual es haber ocasionado un daño irreparable a los cursos de agua del valle del río Huasco, y la reiteración o reincidencias de infracciones que podrían ser

catalogadas como graves, como sería la producción de daño ambiental reparable.

Por su parte el Superintendente replicó que no se cumplían los elementos para calificar dichos incumplimientos como una infracción gravísima, ya que para ello habría sido necesario probar en el proceso administrativo el dolo constituido por la intención del infractor de ocultar o falsificar la información entregada, circunstancias que de acuerdo a los antecedentes del expediente sancionatorio no se encuentran probadas.

XII. Peticiones concretas

Los regantes de la comuna de Alto del Carmen, solicitaron a este Tribunal que acoja su reclamación y se modifique la Resolución Exenta N° 477, determinando una sanción más grave y/o se ordene a la SMA la apertura de un nuevo proceso sancionatorio que investigue y sanciones los incumplimientos que no fueron investigados en el procedimiento sancionatorio que culminó con la resolución reclamada

Por su parte, las Comunidades Indígenas Diaguitas solicitan a este Tribunal que la Resolución impugnada sea declarada contraria a la Ley N° 20.417, que se confirme la paralización total e indefinida del proyecto, y que se ordene a la SMA, lo siguiente: 1) determinar con exactitud la totalidad de los hechos, actos u omisiones constitutivos de infracción y que no se encuentren acreditados; 2) realizar de todas las diligencias y actuaciones que fueron oportunamente solicitadas y no contestadas; 3) que se pronuncie sobre la procedencia de la revocación de la RCA 4) que recalifique el número de sanciones, en función de la cantidad de hechos, actos u omisiones y recalificar su cuantía total aumentando las penas en la proporción y medida que corresponda; y 5) que adopte las actuaciones y diligencias que resulten pertinentes respecto de las medidas urgentes y transitorias decretadas a fin de restablecer la plena vigencia del derecho ambiental y sus fines.

Por su parte, las “Sociedades Agrícolas” solicitaron a esta Magistratura que acoja la reclamación en todas sus partes, o

en aquellas que estime pertinente y enmiende conforme a derecho la resolución recurrida, imponiendo a la infractora la revocación de la RCA en conjunto con la aplicación del máximo de las multas por cada infracción cometida, o bien, aplicar aquellas sanciones más gravosas que este Tribunal estime conforme a Derecho.

En cuanto al reclamado, el Superintendente requiere a este Tribunal que rechace en todas sus partes las reclamaciones, en particular la de los regantes de la comuna de Alto del Carmen, por carecer esta de fundamentos, toda vez que no señala cuales fueron las ilegalidades en las que incurre la SMA y sólo se limita a describir hechos.

Por último, la Compañía solicitó a este Tribunal que las reclamaciones sean rechazadas por cuanto las peticiones concretas de los reclamantes fueron planteadas en forma errónea y son improcedentes. Lo anterior, debido a que los reclamantes solicitaron erróneamente al Tribunal Ambiental ciertas declaraciones y medidas que van más allá de la anulación del acto impugnado, razón por la cual dichas reclamaciones no pueden ser acogidas.

Con fecha 8 de agosto de 2013 se ordenó traer los autos en relación. El día 19 de agosto, las sociedades agrícolas reclamantes acompañaron una serie de documentos a fojas 597, los que fueron incorporados por resolución del mismo día que ordenó formar cuaderno separado de documentos y fijó la vista de la causa para el día 4 de septiembre de 2013. El 21 de agosto, la SMA acompañó un informe en derecho del abogado Rodrigo Silva Montes, sobre la aplicación de las medidas previstas en las letras g) y h) del artículo 3 de la LOSMA, el que rola a fojas 615 y ss. El 22 de agosto, la SMA acompañó el informe en derecho del profesor Luis Cordero Vega, sobre el “concurso de infracciones en el contexto de la potestad sancionatoria ambiental” que rola a fojas 626 y ss., y el informe en derecho del profesor Jorge Bermúdez Soto sobre “régimen de ejecutoriedad de las resoluciones de calificación ambiental y de las medidas urgentes y transitorias del artículo 3 g) de la LOSMA”, que rola a fojas 646 y ss. El 23 de agosto

de 2013, la SMA acompañó el informe en derecho de los profesores Jorge Streeter Prieto y Guillermo Zavala Matulic, sobre la infracción que tipifica la letra a) del artículo 35 de la LOSMA, que rola a fojas 669 y ss. Con esta misma fecha se acompañó informe en derecho del profesor Jean Pierre Matus Acuña, sobre el régimen concursal de la LOSMA a la luz de las garantías constitucionales de legalidad y tipicidad, que rola a fojas 702 y ss. El 27 de agosto, las sociedades agrícolas reclamantes acompañaron un set de 13 fotografías y copia simple de 34 fotografías que rolan a fojas 728 y ss. El 30 de agosto la Compañía acompaña "el informe de construcción, modificación de cauces, Anexo C, Zanja cortafugas y tubería de construcción N° 5" y el "informe anual del programa de monitoreo de calidad de las aguas correspondiente al periodo julio 2012-junio 2013" el que fue incorporado al proceso, formándose cuaderno separado al efecto. Asimismo, el 3 de septiembre de 2013, acompañó dos informes en derecho, el primero, del profesor Alejandro Romero Seguel sobre "Distinción entre el sistema cautelar administrativo y jurisdiccional", que rola a fojas 769 y ss.; y el segundo, del abogado Gabriel del Fávero Valdés sobre la nueva institucionalidad ambiental, incorporado a fojas 785 y ss.

El día 4 de septiembre de 2013 se llevó a cabo la vista de la causa, oyéndose la relación y los alegatos de los abogados señores Álvaro Toro Vega, en representación de los regantes de la comuna de Alto del Carmen; Lorenzo Soto Oyarzún, por las Comunidades Indígenas Diaguitas; Cristián Gandarillas Serani, en representación de las sociedades Agrícola Santa Mónica Limitada y Agrícola Dos Hermanos Limitada; Sebastián Avilés Bezanilla, en representación de la SMA; y José Urrutia Riesco, en representación de la Compañía.

3. Medidas para mejor resolver

Luego de la vista de la causa este Tribunal decreto las siguientes medidas para mejor resolver.

I. El 16 de septiembre de 2013, se solicitó al Servicio de Evaluación Ambiental (en adelante, SEA) copia completa,

autentificada y debidamente foliada del expediente de seguimiento y fiscalización del proyecto "Modificación Proyecto Pascua Lama" y de cualquier otro antecedente que dijera relación con el cambio de metodología de cálculo de niveles de alerta solicitado por el titular del proyecto, decisión que consta a fojas 1037 del expediente de autos. La medida fue cumplida el 3 de octubre de 2013; sin embargo, el expediente remitido se encontraba incompleto y con piezas correspondientes a otro proceso de evaluación ("Proyecto Candelaria"). En virtud de lo anterior, el Tribunal solicitó el envío de las piezas faltantes las que fueron remitidas el 8 de noviembre de 2013, no obstante nuevamente faltaban 8 archivadores de los 28 que contenía el expediente de evaluación completo los que finalmente fueron entregados al Tribunal el 29 de noviembre de 2013. Con todo, el día 11 de diciembre de 2013, la Compañía informó a este Tribunal que faltaban documentos al expediente de evaluación remitido por la Dirección Regional del SEA. En virtud de lo anterior, se solicitó a la Directora Regional del SEA Atacama que aclarara dicha situación, lo que aconteció el 18 de diciembre de 2013, precisando que efectivamente esos antecedentes no estaban incorporados al expediente que, con anterioridad, se había remitido señalando que estaba completo y debidamente foliado. Ante la gravedad de los hechos, el Tribunal puso en conocimiento de lo sucedido al Director Nacional del SEA, con el objeto de que dicha autoridad tomara las medidas correspondientes para evitar la reiteración de situaciones como las descrita y que generan incerteza respecto de la integridad de la información contenida en el expediente de evaluación ambiental.

II. El 30 de octubre se requirió a la SMA, copia de las resoluciones recaídas en las denuncias de la Junta de Vigilancia de la Cuenca del Huasco y sus Afluentes y de las sociedades Agrícola Santa Mónica Limitada y Dos Hermanos Limitada, ya que no estaban incorporados al expediente sancionatorio enviado por la SMA de acuerdo al artículo 29 de la Ley N° 20.600.

III. Con fecha 19 de noviembre de 2013, se decretó la inspección personal del Tribunal a las dependencias del proyecto Pascua, la que se llevó a cabo el día 5 de diciembre de 2013 por el Ministro Titular de esta Magistratura, señor Sebastián Valdés De Ferari y cuya acta de inspección consta a fojas 1159 del expediente de autos.

IV. El 27 de noviembre de 2013 se solicitó al representante de los agricultores y regantes de la comuna de Alto del Carmen, acompañara los antecedentes que acreditaran que sus representados eran regantes pertenecientes a la Junta de Vigilancia de la Cuenca del Río Huasco y sus Afluentes, medida que fue cumplida el 2 de diciembre de 2013.

V. El 7 de enero de 2014, se pidió a la Compañía que acompañara todos los *Flash Reports* ambientales del proyecto Pascua Lama emitidos en los meses de diciembre de 2012 y enero de 2013, como consecuencia de una denuncia hecha por Fundación Greenpeace ante la SMA, donde se mencionaron algunos *Flash Reports* internos que decían relación con los hechos investigados en la reclamación de autos. Los documentos solicitados fueron entregados por la Compañía el 16 de enero de 2014.

VI. El 20 de enero de 2014, se requirió al Superintendente del Medio Ambiente que enviara al Tribunal el Oficio Ordinario N° 69 de 1 de febrero de 2013 y el Oficio Ordinario N° 426 de 27 de junio de 2013, ambos del Director Regional de la Dirección General de Aguas Región de Atacama, medida que fue cumplida el 22 de enero de 2014.

Finalmente, con fecha 23 de enero de 2014, la causa quedó en estado de acuerdo ante los Ministros Señor Rafael Asenjo Zegers, Presidente (S), señor Sebastián Valdés De Ferari y señora Ximena Fuentes Torrijo, como consta en la resolución de fojas 1333;

CONSIDERANDO:

Primero: Que parte importante de la Gran Minería chilena se desarrolla en ambientes de alta montaña, ubicados en zonas

áridas y semi áridas. Dichos lugares presentan condiciones ambientales que suelen imponer desafíos operacionales complejos y además forman parte de ecosistemas y comunidades sensibles a los impactos ambientales de la industria minera. Estas condiciones se hacen extremas cuando los proyectos tienen el potencial de afectar glaciares u otras fuentes de agua.

Depósitos de estériles y relaves, tránsito de insumos y personal, tronaduras y emisiones a la atmósfera, consumo de energía y especialmente el uso y manejo de las aguas de proceso y residuales suelen ser factores determinantes de la viabilidad ambiental de este tipo de actividad.

Es por ello que la minería de alta montaña exige una alta dosis de profesionalismo, responsabilidad y ética, no sólo a quienes emprenden el desafío de producir riqueza, sino especialmente a quienes están mandatados a proteger el medio ambiente y promover inversiones de calidad, que generen bienestar para el país, las comunidades y los ecosistemas que las albergan.

Segundo: Que, sobre la base de estos criterios y plenamente consciente de la trascendencia de los desafíos involucrados en el caso de autos, el Tribunal ha desarrollado un riguroso análisis de los antecedentes acompañados en este expediente, agrupándolos en los siguientes temas: i) legitimación activa para formular reclamaciones contra resoluciones de la SMA; ii) estándar de motivación para la resolución impugnada; iii) procedencia del concurso infraccional; iv) afectación a la calidad de las aguas superficiales y subterráneas; v) antecedentes sobre conducta anterior del infractor; vi) solicitud de apertura de nuevos procesos sancionatorios; vii) falta de autorización previa del Tribunal para las medidas urgentes y transitorias impuestas por la SMA; viii) legalidad de las medidas urgentes y transitorias ordenadas por la SMA; ix) falta de pronunciamiento sobre solicitudes realizadas por los reclamantes; x) infracciones no sancionadas o tipificadas incorrectamente; y, xi) calificación de los incumplimientos a requerimientos de información de la SMA, los que a continuación serán desarrollados.

I. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA FORMULAR RECLAMACIONES CONTRA RESOLUCIONES DE LA SMA

Tercero: Que, como primer argumento de su defensa, el Superintendente señaló que los reclamantes carecen de legitimación activa por cuanto ninguno de ellos acreditó fehacientemente cómo les afectó directamente la Resolución Exenta N° 477 reclamada, ni cómo esta afectación tendría como causa basal la citada resolución. La SMA distinguió, en su informe presentado en autos el 8 de julio de 2013, entre la legitimación activa en el procedimiento administrativo y la legitimación activa jurisdiccional ante este Tribunal. Agregó que los requisitos exigidos para ser parte activa en un procedimiento de reclamación ante esta Magistratura son más estrictos que aquellos requeridos para hacerse parte en el procedimiento administrativo sancionador ante la SMA, ya que en el primer caso se requiere -para actuar activamente- ser "*directamente afectado*" por la resolución, de manera tal que "*no necesariamente los legitimados del procedimiento administrativo sancionador tendrán la misma calidad ante los Tribunales Ambientales*".

Cuarto: Que la legitimación activa para impugnar resoluciones dictadas por la SMA se encuentra regulada en los artículos 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 "afectado(s)", y como consecuencia de lo señalado en el artículo 18 N° 3 de la Ley N° 20.600, 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.

Quinto: Que en atención a lo anterior y con el objeto de decidir sobre la legitimación activa de los reclamantes, corresponde a este Tribunal precisar si éstos gozan o no de la calidad de directamente afectados por la Resolución Exenta N° 477 de 24 de mayo de 2013, lo que se traduce en determinar la calidad jurídica de los reclamantes en su relación con la citada resolución. Como en todo proceso judicial, la calidad jurídica de legitimado activo normalmente se puede determinar con los antecedentes que surgen de los escritos de las partes y en este caso, además, con los antecedentes que obran en el proceso administrativo sancionatorio que concluyó con la resolución impugnada y los demás procesos administrativos que se encuentran relacionados con los hechos que motivaron las sanciones.

Sexto: Que entre los directamente afectados por una resolución que impone sanciones se debe contar en primer lugar y sin lugar a dudas, al infractor. En el caso de autos, a pesar de la magnitud de la sanción impuesta, éste no reclamó de ella, sino que fueron otras personas -naturales y jurídicas- las que recurrieron contra la resolución sancionatoria requiriendo la imposición de sanciones más severas. La propia SMA parece aceptar que los directamente afectados pueden ser personas distintas del infractor, toda vez que su alegación respecto a la falta de legitimación activa de los reclamantes se basó en la ausencia de prueba de la afectación y no en el hecho de que estos reclamantes no hayan tenido la calidad de infractores en el proceso sancionatorio, a saber: "*En el caso concreto los reclamantes no se encuentran directamente afectados por la Resolución impugnada, en tanto no han acreditado fehacientemente cómo se encuentran afectados por la Resolución Impugnada y cómo esta afectación tiene como causa basal el actuar de la Superintendencia del Medio Ambiente*"(Informe de la SMA, fojas 386).

Séptimo: Que tal como lo reconoce la SMA, en el caso de autos algunos de los reclamantes se apersonaron y tuvieron la calidad

de interesados en el proceso administrativo sancionador que se llevó ante el ente fiscalizador. Se trata de las Comunidades Indígenas Diaguitas (Rol R Nº 7-2013) y las sociedades Agrícola Santa Mónica Limitada y Agrícola Dos Hermanos Limitada (Rol R Nº 8-2013). Por otra parte, también existen reclamantes que no se apersonaron formalmente en el proceso administrativo que culminó con la Resolución Exenta N° 477 y que de todas formas impugnaron la citada resolución, como es el caso de los agricultores y regantes de la comuna del río Huasco (Rol R Nº 6-2013).

Octavo: Que este Tribunal se pronunciará primeramente sobre la situación de los reclamantes que tuvieron la calidad de interesados en el proceso administrativo sancionador ante la SMA, comenzando con los denunciantes, las sociedades Agrícola Santa Mónica Limitada y Agrícola Dos Hermanos Limitada, continuando luego con las Comunidades Indígenas Diaguitas. Finalmente, esta Magistratura se referirá a la situación de quienes no tuvieron la calidad de interesados en el proceso administrativo sancionador, los agricultores y regantes de la comuna de Alto del Carmen.

Noveno: Que las sociedades Agrícola Santa Mónica Limitada y Agrícola Dos Hermanos Limitada fueron denunciantes en el proceso sancionatorio seguido en contra de la Compañía. Con fecha 8 de febrero de 2013 denunciaron los hechos ante la SMA, denuncia que fue acogida el 12 de febrero de 2013 mediante Resolución Exenta N° 143. En su libelo señalaron 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.

Décimo: Que el artículo 21 de la LOSMA dispone claramente que, en el caso que un procedimiento administrativo sancionador se iniciare por denuncia, el denunciante tendrá para todos los efectos legales la calidad de interesado en el respectivo procedimiento administrativo. Por aplicación de lo dispuesto en el citado precepto, la SMA mediante Oficio Ordinario N° 58 de 27 de marzo de 2013 (considerandos Nº 63, 64 y 65) reconoció expresamente la calidad de interesados a las sociedades Agrícola Santa Mónica Limitada y Agrícola Dos Hermanos Limitada. 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 Resolución Exenta Nº 477 de la SMA que le puso término e impuso determinadas sanciones al infractor.

Undécimo: Que, al respecto, es necesario tener presente que el artículo 21 de la Ley N° 19.880, precisa que interesados en el procedimiento administrativo son quienes: i) lo promuevan como titulares de derechos o intereses individuales o colectivos; ii) los que sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte; y iii) aquellos cuyos intereses individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva. Por lo tanto, en este caso, es la propia ley (art. 21 de la LOSMA) la que ha puesto al denunciante en calidad de interesado en el procedimiento administrativo sancionador, y lo ha hecho "*para todos los efectos legales*".

Duodécimo: Que de la definición de interesado contenida en el artículo 21 de la Ley N° 19.880, se sigue que el denunciante interesado en un procedimiento administrativo sancionador tiene, a lo menos, un derecho o interés que puede ser afectado por la resolución que se dictará en el respectivo procedimiento. Es decir, 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.

Decimotercero: Que es del todo lógico afirmar que quien fue denunciante interesado -y a quien la propia SMA le reconoció su calidad de tal en el proceso administrativo sancionatorio- tenga derecho a reclamar de la resolución que no dio lugar a sus pretensiones. Por lo tanto, en este entendido, se debe concluir que la Resolución Exenta N° 477 afecta a las sociedades denunciantes en forma directa, por cuanto han sido interesados en el procedimiento administrativo y han hecho valer determinadas pretensiones que no fueron acogidas en la resolución de término que adoptó la SMA. Una interpretación contraria nos llevaría a concluir que, en este caso, quien adquiere la calidad de interesado en el procedimiento administrativo sancionatorio y hace valer una pretensión relativa a la sanción que debe aplicar la administración, no podría reclamar ante este Tribunal a menos que probara fehacientemente su calidad de directamente afectado, más allá de la afectación que implica el no haber obtenido la pretensión que hizo valer ante la autoridad administrativa. En opinión de este Tribunal, el solo hecho de no haber obtenido su pretensión es suficiente afectación para los efectos del artículo 56 de la LOSMA y 18 N° 3 de la Ley 20.600. Por otra parte, si no se reconoce a los interesados que hayan hecho valer sus pretensiones en un proceso sancionatorio el derecho a reclamar ante este Tribunal, se estaría vulnerando el principio de acceso a la justicia en materia ambiental, consideración sobre la cual el Tribunal volverá más adelante.

Decimocuarto: Que, en conclusión, las sociedades agrícolas fueron denunciantes, tuvieron la calidad de interesados en el proceso administrativo sancionatorio y la resolución de término no impuso las sanciones que ellos consideraban que en derecho

correspondía aplicar a la infractora. Debido a lo anterior, han de considerarse perjudicados por la Resolución Exenta N° 477 de la SMA, teniendo en consecuencia, la calidad de directamente afectados por dicha resolución, conforme al artículo 56 de la LOSMA y 18 N° 3 de la Ley N° 20.600.

Decimoquinto: Que, por su parte, el 4 de abril de 2013 las Comunidades Indígenas Diaguitas solicitaron que se les tuviera como interesados en el proceso administrativo sancionador que finalizó con la resolución recurrida. En su solicitud, dichas comunidades argumentaron que cumplían con los requisitos para ser admitidos como interesados conforme a los numerales 2 y 3 del artículo 21 de la Ley N° 19.880, por cuanto desarrollan actividades agrícolas y de pastoreo en los territorios donde se lleva a cabo el proyecto, pudiendo ser perjudicados por los efectos ambientales de éste. En su parte petitoria, requirieron a la SMA para que acusara y sancionara a la Compañía con la clausura y revocación de la RCA del proyecto, pretensión que no fue acogida por la autoridad administrativa. Por su parte, mediante Resolución Exenta N° 340 de 15 de abril de 2013, la SMA acogió la solicitud concediéndoles expresamente el "*carácter de interesados en el procedimiento*". Una vez reconocida dicha calidad, las Comunidades Indígenas Diaguitas, participaron activamente dentro del proceso sancionatorio, solicitando diligencias y realizando peticiones concretas a la autoridad administrativa.

Decimosexto: Que, en consecuencia, y en atención a lo expresado por este Tribunal en las consideraciones anteriores, las Comunidades Indígenas Diaguitas fueron actores interesados en el proceso administrativo sancionatorio, y al no haber obtenido sus pretensiones en la resolución que puso fin a dicho proceso, sin duda tienen la calidad de directamente afectados por la Resolución Exenta Nº 477 y gozan de legitimación activa para reclamar ante este Tribunal conforme al artículo 56 de la LOSMA y 18 N° 3 de la Ley N° 20.600.

Decimoséptimo: Que además, tanto a las sociedades agrícolas denunciantes como a las comunidades diaguitas que se hicieron parte en el proceso administrativo sancionatorio, les asiste

otra razón para ser consideradas como “directamente afectados” por la Resolución Exenta Nº 477. Lo anterior, en atención a su condición de personas que habitan o desarrollan sus actividades dentro del área de influencia del proyecto. Para desarrollar este segundo ámbito por el cual los interesados también se han visto directamente afectados por la resolución reclamada, es necesario tener presente el contexto dentro del cual la SMA ha hecho uso de su potestad sancionadora. En este caso particular, la SMA ha fiscalizado y sancionado a la Compañía infractora por diversos cargos, entre los cuales se encuentran incumplimientos a la RCA del proyecto. La RCA contiene condiciones, normas y medidas para proteger los componentes ambientales y la salud de las personas, componentes que a su vez se vinculan con los derechos e intereses de quienes pueden verse afectados por estar dentro del área de influencia del Proyecto. Por lo tanto, en la medida que en este caso existe una relación entre las condiciones, normas y medidas establecidas en la RCA, las infracciones acusadas, y el desarrollo de la vida y actividades de las personas que habitan o utilizan los recursos hídricos del área de influencia del proyecto, se puede decir que estas personas ostentan la calidad de directamente afectadas por la resolución que pone término al proceso sancionatorio. Esto es así, por cuanto la correcta fiscalización y sanción de las infracciones de las condiciones impuestas por la autoridad sobre el proyecto, favorece a quienes se benefician de los componentes ambientales protegidos por dichas condiciones. De esta manera, si las resoluciones sancionatorias de la SMA no se han ajustado a la ley, los reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar, los titulares de los intereses o derechos vinculados a los componentes ambientales y la salud de las personas que se pretendía proteger mediante las normas, condiciones y medidas contempladas en la respectiva RCA, sin duda deben ser considerados como directamente afectados.

Decimoctavo: Que respecto a los agricultores y regantes de la comuna de Alto del Carmen, estos no fueron -a diferencia de los otros reclamantes- parte interesada en el proceso administrativo sancionador que culminó con la resolución

recurrida. Sin embargo, ellos alegan que presentaron una carta de denuncia solicitando que se les reconociera dicha calidad, pero que la SMA no habría proveído ni incorporado el escrito al expediente sancionatorio. Analizada por este Tribunal la citada "carta denuncia" que rola a fojas 1 del expediente de autos, se puede colegir que en dicho documento no se solicitó al Superintendente que se los tuviera como parte interesada en el proceso administrativo sancionatorio, sino que se advierte a la autoridad administrativa de una serie de irregularidades que se habrían suscitado al interior de la Junta de Vigilancia de la Cuenca del Río Huasco y sus Afluentes a la cual dicen pertenecer. A lo anterior, se suma que el comentado escrito no cumple, desde el punto de vista formal, con los requisitos que debe contener una denuncia conforme al artículo 47 de la LOSMA. En consecuencia, el Superintendente no incurrió en falta por no haberlos considerado interesados en el proceso administrativo sancionador, sin perjuicio de que debió de todas maneras proveer el escrito e incorporarlo al expediente del proceso, omisión que no incidió en la sustanciación del proceso y, conforme al principio de trascendencia, no afecta a la legalidad de la resolución impugnada. Con todo, que la carta no haya tenido el carácter de denuncia, no es óbice para desestimar su contenido con el fin de precisar si los agricultores y regantes de la comuna de Alto del Carmen han sido o no directamente afectados por la Resolución Exenta N° 477. En efecto, del documento en cuestión se deducen dos elementos importantes para determinar dicha situación jurídica, los que se tendrán en cuenta para dirimir el asunto. El primero, que los reclamantes afirman ser miembros de la Junta de Vigilancia de la Cuenca del Río Huasco y sus Afluentes, organización que fue denunciante y a quien la SMA, mediante Oficio Ordinario Nº 58 de fecha 27 de marzo de 2013, le reconoció el carácter de interesado. El segundo, que manifestaron expresamente ante el Superintendente la pretensión de que se condenara a la Compañía con la revocación de la RCA.

Decimonoveno: Que para determinar si los reclamantes agricultores y regantes de la comuna de Alto del Carmen tienen

o no la calidad de directamente afectados por la resolución impugnada, se deben tener presente una serie de consideraciones generales y particulares, muchas de las cuales ya fueron señaladas al confirmar la legitimación activa de los reclamantes que formaron parte del proceso administrativo sancionador y que son las siguientes: i) que las normas, condiciones y medidas establecidas en la RCA tienen por objeto proteger los componentes ambientales y la salud de las personas, componentes que a su vez se vinculan con los derechos e intereses de las personas que habitan o realizan sus actividades en el área de influencia del proyecto; ii) que en el caso que una sanción por incumplimiento de la RCA no se ajuste a la ley, reglamentos o demás disposiciones aplicables, los intereses o derechos de quienes se benefician de los componentes ambientales protegidos por dichas normas, condiciones o medidas se ven afectados puesto que la sanción no habrá cumplido correctamente con sus objetivos; iii) que el incumplimiento de la RCA por la Compañía afecta directamente a quienes habitan o realizan actividades dentro del área de influencia del proyecto, ya que los mayores incumplimientos se relacionan con el componente agua, principal elemento de preocupación para cualquier regante que se encuentre dentro del área de influencia; y iv) que dichos incumplimientos dieron origen al proceso administrativo sancionador que terminó con la resolución impugnada.

Vigésimo: Que, de acuerdo a lo señalado en la consideración anterior, es fundamental para determinar si los agricultores y regantes de la comuna de Alto del Carmen son directamente afectados por la resolución impugnada, que éstos hayan acreditado a través de cualquier medio idóneo que efectivamente habitan o realizan actividades dentro del área de influencia del proyecto, más allá de la mera afirmación que en esa dirección realizaran en su escrito de reclamación ante este Tribunal. En este sentido, los reclamantes señalaron ante el Superintendente que ellos formaban parte de la Junta de Vigilancia de la Cuenca del Río Huasco y sus Afluentes, persona jurídica que tiene la calidad de denunciante en el proceso administrativo sancionador y que fue admitida expresamente como

parte interesada por la SMA mediante Oficio Ordinario Nº 58 de fecha 27 de marzo de 2013, y que no impugnó la resolución reclamada en autos. Por lo tanto, de ser efectivo que forman parte de la citada Junta de Vigilancia, se derivarían dos importantes consecuencias. Primero, se acreditaría que estos reclamantes habitan o realizan actividades en el área de influencia del proyecto, criterio fundamental para determinar su calidad de "directamente afectado", tal como ya se señaló en la consideración décimo séptima de esta sentencia. Segundo, en cierta medida, su situación sería asimilable a los reclamantes que fueron parte interesada en el proceso administrativo sancionador, ya que pertenecerían a una organización que fue denunciante y considerada como interesada en el proceso administrativo sancionatorio que culminó con la resolución impugnada.

Vigésimo primero: Que este Tribunal solicitó, el 27 de noviembre de 2013 y como medida para mejor resolver, que la parte reclamante acompañara la documentación necesaria que acredite que los regantes de la comuna de Alto del Carmen individualizados en la reclamación formaban parte de la Junta de Vigilancia de la Cuenca del Río Huasco y sus Afluentes. Dando cumplimiento a la medida solicitada por este Tribunal, el abogado de la parte reclamante acompañó los certificados que acreditaron la calidad de regantes y miembros de la citada Junta de Vigilancia de sólo nueve de los 43 reclamantes, a saber: Nolberto Huanchicay Villegas, Feliz Guerrero Cortes, Fernando del Carmen Vivanco, Horacio Gaytan Arcos, Paulo Herrera Vallejos, Clementina Contreras Carmona, Nibaldo Arcos Ardiles, Eluicura Carmona Calderón y Pascual Olivares Iriarte. En cuanto a los demás reclamantes, no se acompañó durante el proceso seguido ante este Tribunal ningún antecedente que pudiese avalar que efectivamente fuesen agricultores o regantes de la comuna de Alto del Carmen ni miembros de la citada Junta de Vigilancia, más allá de la mera afirmación en ese sentido contenida en el escrito de reclamación presentado ante este Tribunal.

Vigésimo segundo: Que, en consecuencia, este Tribunal estima que de acuerdo a las consideraciones señaladas precedentemente, sólo pueden ser tenidos como directamente afectados por la Resolución Exenta N° 477 quienes pudieron acreditar su calidad de regantes de la comuna de Alto del Carmen y de miembros de la Junta de Vigilancia de la Cuenca del Río Huasco y sus Afluentes. Se trata, en definitiva, de personas que realizan sus actividades dentro del área de influencia del proyecto y cuyos derechos e intereses se encuentran vinculados a los componentes ambientales protegidos por el contenido de la RCA. Se suma a lo anterior que la RCA fue incumplida por la Compañía justamente en relación con el recurso más importante para los regantes, el agua, y que la imposición de las sanciones por parte de la SMA les afecta directamente en sus derechos o intereses vinculados al citado componente ambiental que la RCA ha pretendido proteger. Todo lo anterior hace concluir a este Tribunal que sólo los nueve regantes de la comuna de Alto del Carmen individualizados en la consideración anterior, son "directamente afectados" por la Resolución Exenta N° 477 y como consecuencia de ello, están, al igual que los otros reclamantes de autos, legitimados activamente para reclamar de dicha resolución ante este Tribunal.

Vigésimo tercero: Que este Tribunal, al reconocer la legitimación activa de las sociedades Agrícola Santa Mónica Limitada y Agrícola Dos Hermanos Limitada, de las Comunidades Indígenas Diaguitas y de los nueve regantes de la comuna de Alto del Carmen ya individualizados, para interponer reclamación judicial contra la Resolución Exenta Nº 477 del Superintendente del Medio Ambiente, ha sido coherente con el principio de acceso a la justicia ambiental. En efecto, cabe señalar que a diferencia de otras materias jurídicas, los problemas ambientales han expandido, por su misma naturaleza, las fronteras de lo que tradicionalmente se ha entendido por afectado o directamente afectado, llegando en algunas legislaciones incluso a considerar la acción pública cuando se encuentran envueltos conflictos socio ambientales. La legislación nacional, sin reconocer expresamente las denominadas acciones de clase o acción pública en materia

ambiental, ha reconocido un ámbito de afectación de derechos e intereses amplio, como lo demuestra la noción de "*área de influencia de un proyecto*" descrita más arriba. La legitimación activa está relacionada con la afectación de intereses y derecho. Y recordemos que la Ley N° 20.600 en su artículo 18 dispone que "[…] *las personas naturales o jurídicas que se señalan, podrán intervenir como partes en los asuntos de competencia de los Tribunales Ambientales* […], para luego reiterar en el numeral 3), que respecto de las resoluciones de la SMA podrán reclamar "*las personas naturales o jurídicas directamente afectadas*". Lo anterior es particularmente importante, pues no solo las personas naturales que habitan o realizan alguna actividad en el área de influencia tienen el denominado *locus standi*, sino que también las sociedades comerciales agrícolas que actuaron como denunciantes en la presente reclamación.

Vigésimo cuarto: Que esta expansión de la legitimación activa ante problemas ambientales, ha sido por de pronto la respuesta correcta a aquellas garantías procesales contenidas en el Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, donde los Estados, incluido Chile, acordaron que "*Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes*", garantías que fueron desarrolladas en el Programa 21 de Río, que exhorta a los gobiernos y legisladores a "*establecer procedimientos judiciales y administrativos de indemnización y reparaciones […], y que deberían propiciar el acceso de personas, grupos y organizaciones que tengan un interés jurídico reconocido*" (Programa 21, Capítulo 8, punto 8.18). Mientras tanto, en el concierto internacional, particularmente en el ámbito europeo, se ha materializado con contundencia esta garantía, como da cuenta la "*Convención de Aarhus sobre acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y acceso a la justicia en temas medio ambientales*", suscrita en Dinamarca en 1998, donde se prescribe que cualquiera que tenga un "*interés suficiente*" o invoque "*la lesión de un derecho*", podrá interponer recurso ante un órgano

judicial u otro órgano independiente e imparcial establecido por la ley para impugnar la legalidad, en cuanto al fondo y en cuanto al procedimiento, de cualquier decisión, o cualquier acción u omisión que se encuentre dentro del ámbito de los derechos consagrados en dicho Convenio (artículo 9 N° 2 de la Convención).

Vigésimo quinto: Que, por su parte, esta ampliación de la noción de legitimado activo ante decisiones administrativas garantiza también que no se incurra en "discriminación ambiental". De acuerdo con esta noción, es posible distinguir varias situaciones de discriminación o injusticia ambiental, como cuando –por ejemplo- una parte de la población carga con la mayoría de los pasivos ambientales mientras otra con los beneficios. Sin embargo, el caso de autos apunta más bien a que existiría discriminación si el Tribunal incluyera dentro de los legitimados activos sólo a los denunciantes, o a estos y a los que hayan sido tenidos como interesados en el procedimiento administrativo, y no a quienes, sin ser interesados en dicho procedimiento, habiten o realicen sus actividades en el área de influencia del proyecto, o vice versa. Por último, es importante tener presente, que si bien el concepto de "discriminación ambiental" no se encuentra consagrado expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, éste se deriva del principio de igualdad y de la garantía de no discriminación, consagrados en el numeral 2° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Vigésimo sexto: Que, por último, cabe recordar aquí, en atención a la ampliación que ha ganado con el tiempo la legitimación activa tanto en temas ambientales como en otros problemas de carácter difuso, el brillante trabajo dirigido por Mauro Cappelletti en 1975 sobre el acceso a la justicia, y que dice: *"Estamos asistiendo a la lenta pero segura declinación de una concepción individualista del proceso y la justicia. Todos los principios, los conceptos, las estructuras que estaban radicadas en esa concepción, aparecen cada día más insuficientes para dar una aceptable respuesta al problema de asegurar la tutela necesaria a los nuevos intereses difusos y*

de grupo, que han llegado a ser vitales para las sociedades modernas" (Proyecto Florencia para el Acceso a la Justicia", en *Access to Justice: a World Survey* (Cappelletti y Garth, compiladores, cuatro volúmenes, Editoriales Sijthoff (Leyden y Boston) y Giuffrè (Milán), 1975).

II. ESTANDAR DE MOTIVACIÓN PARA LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA

Vigésimo séptimo: Que previo a pronunciarse sobre los puntos discutidos en las reclamaciones y a fin de contextualizar dicho análisis, este Tribunal establecerá previamente el estándar de motivación que exigirá a la SMA para la Resolución Exenta N° 477. Así, durante el análisis particular de los puntos reclamados y cuando el tema discutido lo amerite, estos sentenciadores se pronunciarán sobre la debida motivación de la resolución impugnada considerando el marco general que se desarrollará en los siguientes acápites; para lo cual se consideró lo señalado por la jurisprudencia administrativa y judicial, así como los aportes de la doctrina respecto al grado de fundamentación de los actos administrativos en nuestro ordenamiento jurídico.

Vigésimo octavo: Que, en primer lugar, se debe tener presente que los motivos constituyen el elemento causal del acto administrativo y la motivación es la expresión formal de los antecedentes de hecho y de derecho que le sirven de fundamento. En cuanto a su determinación, se distingue entre actuación reglada y discrecional de la Administración. En la primera, los motivos o presupuestos del acto están establecidos en la ley, en cambio, en la segunda hay una determinación genérica de los motivos, pero la calificación jurídica la hace la autoridad administrativa llamada a pronunciarse. De esta forma, la motivación suficiente del acto administrativo ilustra sobre los fundamentos de hecho y de derecho que lo justifican, permitiendo conocer las razones de su adecuación a la finalidad que lo justifica y, en el caso de ejercicio de potestades discrecionales, las circunstancias que aconsejan la opción por una solución concreta de entre las legalmente posibles.

Vigésimo noveno: Que la Contraloría General de la República en numerosas oportunidades se ha pronunciado sobre el deber de motivación de los actos administrativos, como exigencia del principio de juridicidad. Así, en dictámenes N°s 42.268, de 18 de agosto de 2004, 37.496, de 11 de agosto de 2005, 46.223, de 29 de septiembre de 2006, 12.360, de 20 de marzo de 2007 y 17.7011, de 17 de abril de 2008, entre otros, ha señalado que "*el principio de juridicidad, en un concepto amplio y moderno, conlleva la exigencia de que los actos administrativos tengan una motivación y un fundamento racional y no obedezcan al mero capricho de las autoridades, pues, en tal caso, resultarían arbitrarios*". En términos similares se ha manifestado en Dictámenes N°s 44.114, de 21 de septiembre de 2005, 2.783, de 17 de enero de 2007, 23.114, de 24 de mayo de 2007 y 55.132, de 31 de agosto de 2011, al sostener que "*el principio de juridicidad conlleva la exigencia de que los actos administrativos tengan una motivación y un fundamento racional de los antecedentes que se invocan para justificar la procedencia de la decisión adoptada*". Asimismo, en Dictamen N° 7.453, de 15 de febrero de 2008, señaló 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*" y en Dictamen N° 24.887, de 13 de mayo de 2009 hizo presente "*la necesidad que, en lo sucesivo, tratándose de actos administrativos, deben indicarse en su texto, de manera expresa, los motivos o razones que sirven de fundamento a la decisión que en ellos se adopta*." Por su parte, en Dictámenes N°s 60.170, de 19 de diciembre de 2008 y 54.968, de 6 de octubre de 2009, entre otros, ha señalado que "*la exigencia de fundamentación de los actos administrativos se relaciona con el recto ejercicio de las potestades otorgadas a la Administración activa, toda vez que permite cautelar que éstas se ejerzan de acuerdo a los principios de juridicidad -el que lleva implícito el de racionalidad, evitando todo abuso o exceso, de acuerdo con los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, en relación con el artículo 2° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de*

la Administración del Estado-, y de igualdad y no discriminación arbitraria -contenido en el artículo 19, N° 2, de la Carta Fundamental-, como asimismo, velar porque tales facultades se ejerzan en concordancia con el objetivo considerado por el ordenamiento jurídico al conferirlas".

Trigésimo: Que la Corte Suprema ha señalado sobre la fundamentación de los actos administrativos que "*el haber adoptado la comisión recurrida un acuerdo respaldado en votos que no fueron debidamente fundados y razonados deviene en que la decisión tomada igualmente carezca de la debida motivación, vicio que es transmitido a la Resolución Exenta N° 25, de 23 de enero de 2012, la que califica favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto 'Central Los Pirquenes', pues ésta no es más que la materialización de la decisión ya tomada, sin perjuicio de que es dable observar que en ella tampoco se hace alusión al informe adicional evacuado por el Servicio de Evaluación Ambiental, ni siquiera se le nombra entre los antecedentes evaluados, ni se explicitan las razones por las que ello ha ocurrido. Lo así resuelto resulta arbitrario, pues aparece como una actuación desprovista de sustento, más producto de la pura voluntad de su autor que de fundamentos que la expliquen y legitimen, y vulnera (…) la garantía establecida en el número 8 del artículo 19 de la Constitución Política de la República*" (SCS Rol N° 7071-2012, 26 de noviembre de 2012, C. 5°). Asimismo, ha señalado que "*la expresión 'fundar' según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española significa 'apoyar en razones'. En otras palabras, lo que se impone a la autoridad administrativa es que debe explicar las razones que originan su determinación en el caso de que se trata. Que lo razonado precedentemente se encuentra corroborado por los principios que orientan los procedimientos administrativos regulados en la Ley Nº 19.880, que establece las bases de los procedimientos de esa naturaleza y que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado, la que establece en su artículo 16 los principios de transparencia y de publicidad, a propósito de los cuales señala: "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, es decir, se resalta la necesidad de fundar las decisiones, lo que, sin duda, resulta plenamente coherente con la garantía constitucional del debido proceso, contenida en el artículo 19 Nº 4 de la Carta Fundamental" (SCS Rol N° 3.096-2012, 28 de diciembre de 2012, C. 8°, 9° y 10°).

Trigésimo primero: Que, por su parte, la doctrina relaciona el concepto de motivación con la arbitrariedad, derivando esta última de la falta de motivación. Así, se ha planteado que "*la fundamentación del acto administrativo constituye un principio general del derecho administrativo que tiene una base constitucional en el derecho fundamental al debido procedimiento racional y justo, que la Constitución reconoce expresamente a toda persona*", y que "*la publicidad de las razones que han llevado a la autoridad a adoptar una determinada decisión/acto administrativo resulta la mejor garantía del correcto uso de las atribuciones jurídicas que la ley le ha conferido para satisfacer las necesidades públicas en su misión de promover el bien común y asegurar así que sean utilizadas en bien de la comunidad y no para oscuros intereses o fines inconfesables*". De ahí se deduce que "*el vicio en la fundamentación es precisamente la arbitrariedad, es decir, la carencia de razonabilidad de la decisión adoptada, desde que ella carece de la indispensable sustentación normativa, lógica y racional (no suficiente ni congruente), y su consecuencia es la nulidad (…) del pretendido acto administrativo, por contravenir la Constitución (artículo 7° incisos 1° y 2°) y la ley (v.gr. 19.880)*". (Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*. LegalPublishing AbeledoPerrot, Santiago, 2009, p. 353).

Trigésimo segundo: Que la doctrina también ha señalado que la motivación constituye un elemento esencial para hacer posible el control judicial de los actos administrativos. Al respecto, señala que "*la motivación -consignación de los motivos en el mismo acto administrativo- aparece como fundamental para asegurar el adecuado control jurídico de la decisión por parte del juez quien tampoco conocería los fundamentos del acto*

impugnado ante él, posibilitando, por ende, que el proceso por medio del cual se encauce la acción que un particular ejerce en su contra, se armonice adecuadamente con aquella garantía constitucional del debido proceso y también resulta esencial para el adecuado cumplimiento del acto, permitiendo la efectiva participación y acatamiento de los llamados a cumplirlo" (Aróstica Maldonado, Iván. "La motivación de los actos administrativos en el derecho chileno", en *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, N° X, 1986, pp. 508-509). En el mismo sentido, se afirma que "*la motivación de los actos administrativos no trata sólo de cubrir una mera formalidad rutinaria sino que constituye un elemento esencial para hacer posible el control judicial de los actos administrativos*", los que *"pueden llegar a anularse si carecieran de motivación o si ésta fuera insuficiente*" (Jara Schnettler, Jaime. *Apuntes Acto y Procedimiento Administrativo. Ley N° 19.880*. Pontificia Universidad Católica de Chile. Facultad de Derecho. Magister en Derecho Constitucional, 2009, p. 47). Así, 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 a que llega la sentencia"* (SCS Rol 1208-2009, 22 de abril de 2009). Por su parte, 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 MIQUEL, Cristián *"Los recursos procesales" 2° edición, Ed. Jurídica, Santiago (2010) p.258)*.

Trigésimo tercero: Que la obligación de motivar las resoluciones –sobre todo de aquellas que imponen sanciones como una manifestación del poder punitivo del Estado- es una exigencia que nace, en principio, como una forma de 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; sin embargo, en la

actualidad se ha ido aceptando cada vez más que los destinatarios de la motivación no son únicamente las partes del proceso ni los jueces que deben conocer de los recursos, sino que también los ciudadanos, quienes tienen como única fuente de conocimiento y control sobre la decisión, la fundamentación de ésta. De ahí entonces que es imperativo que la motivación deba cumplir con los requisitos de publicidad, inteligibilidad y autosuficiencia, siendo estos de vital importancia en las decisiones que tanto la autoridad administrativa como la judicial adopten en materia medio ambiental, al tratarse de asuntos de interés general, cuyas consecuencias no se agotan en las partes y los jueces que participan del proceso.

Trigésimo cuarto: Que la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de la Administración del Estado, cuerpo legal aplicable supletoriamente a la SMA, en virtud de lo dispuesto en el artículo 62 de la LOSMA, contiene las siguientes disposiciones relativas a la motivación de los actos administrativos, a saber: i) el inciso segundo del artículo 11, en virtud del cual "*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*"; y ii) los incisos cuarto y sexto del artículo 41, según los cuales "*las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada*" y "*la aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma*". Por su parte, la propia LOSMA en su artículo 54 establece que, emitido el dictamen y una vez elevado los antecedentes al Superintendente, este deberá resolver en un plazo de diez días "*dictando al efecto una resolución fundada en la cual absolverá al infractor o aplicará la sanción, en su caso*".

Trigésimo quinto: Que conforme a lo señalado en la consideración precedente, no cabe duda que la Resolución Exenta N° 477 debe ser fundada y, por lo tanto, debe cumplir con todos

los requisitos desarrollados por la jurisprudencia, administrativa y judicial, y por la doctrina, respecto a la motivación del acto administrativo, pues de lo contrario deviene en arbitraria debiendo en consecuencia ser anulada. Como sabemos, la resolución impugnada es de carácter sancionatorio, lo que exige del Superintendente fundamentar debidamente tanto la tipificación de las infracciones en los tipos contenidos en el artículo 35 de la LOSMA, la calificación de éstas como gravísimas, graves o leves, conforme al artículo 36 del citado cuerpo legal, y finalmente la determinación de la sanción específica, según los criterios del artículo 40 de la LOSMA.

Trigésimo sexto: Que, en consecuencia, este Tribunal exigirá la debida motivación por parte del Superintendente en todo el proceso anteriormente señalado, para lo cual no será suficiente referirse en términos genéricos a los fundamentos de lo decidido o enunciar la normativa aplicable sin realizar el debido análisis de cada una de las circunstancias consideradas al momento de establecer la sanción específica. Particularmente -y sin que ello importe taxatividad- estos sentenciadores revisarán con especial detención los fundamentos de aquellas decisiones contenidas en la resolución impugnada que digan relación con la aplicación de una especial forma de sancionar las infracciones (concurso infraccional), las razones esgrimidas para calificar cada una de ellas y, particularmente, el desarrollo de los argumentos de cada uno de los criterios contenidos en el artículo 40 de la LOSMA que lo llevaron a decidirse por la imposición de una sanción –en este caso multa- en detrimento de otra de las sanciones contenidas en el artículo 39 de la LOSMA.

III. PROCEDENCIA DEL CONCURSO INFRACCIONAL

Trigésimo séptimo: Que la resolución impugnada estableció la concurrencia del denominado “*concurso infraccional*” y, como consecuencia de ello, se consideró como infracción al artículo 35 letra a) de la LOSMA, sólo uno de los trece incumplimientos a la RCA contenidos en el Oficio Ordinario N° 58 de 27 de marzo

de 2013, mientras que los otros doce fueron estimados como agravantes. Estos incumplimientos, descritos en el numeral 59.1 de la resolución impugnada, son los siguientes: i) la construcción de la Obra de Arte de Salida del Canal Perimetral Norte Inferior en un lugar no adecuado, al no ser construida al final de una extensión de dicho canal. Asimismo, la construcción de obras de alivio, asociadas a las obras de arte N°s 1 y 5 del Canal Perimetral Norte Inferior, las cuales no fueron aprobadas en la RCA, ni en el proyecto de modificación de cauce aprobado por la DGA mediante Resolución DGA N° 163, de marzo de 2008 de la Dirección Regional de Aguas de la Región de Atacama. Las aguas conducidas por dichas obras de alivio van dirigidas al sistema de aguas de contacto, específicamente, al Depósito de Estériles Nevada Norte, y no aseguran la conductividad hidráulica del sistema de aguas de no contacto; ii) en la Quebrada 9, lugar de descarga de la Obra de Arte de Salida del Canal Perimetral Norte Inferior, se constató que está cubierta por una capa de material coluvial, la cual se ha erosionado debido a la bajada de flujos que ocurre en dicho sector. En razón de lo anterior, se evidenció que el cauce naturalmente no estaba labrado en roca, y por ende, era necesario protegerlo mediante el uso de enrocados y geotextil como se estableció en la RCA, cuestión que el titular no realizó; iii) la construcción de un canal auxiliar no autorizado dentro del sistema de aguas de contacto, que capta las aguas provenientes de la obra de arte N° 6 del Canal Perimetral Norte Inferior, y que la dirige hasta la Quebrada 9, lugar de descarga original de la Obra de Arte Salida Canal Perimetral Norte Inferior; iv) no haber construido la unidad de oxidación mediante peróxido de hidrógeno de la Planta de Tratamiento de Drenaje Ácido; v) no haber construido la Planta de Osmosis Inversa o Tratamiento Secundario Alternativo; vi) no contar con un sistema de captación de aguas ácidas infiltradas asociado a una batería de pozos de aguas subterráneas, que permita siempre contar con uno en operación y otro en *stand-by*; vii) la falta de captación de aguas ácidas infiltradas provenientes del Depósito de Estériles Nevada Norte durante el mes de enero de 2013; viii) la descarga, no justificada, al río Estrecho proveniente de la Planta de

Tratamiento de Drenaje Ácido. Asimismo, dicha descarga no fue declarada ni monitoreada de conformidad al D.S 90/2000 de la MINSEGPRES; ix) la descarga de aguas de contacto al río Estrecho que no cumplen con los objetivos de calidad de agua. Además, cabe agregar que en la CCR, se tomó la decisión de descargar al citado río, 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 D.S 90/2000; x) no haber construido el Sistema de Evaporación Forzada; xi) 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; xii) 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; y, xiii) la construcción de la CCR sin estar autorizada en la RCA. Dicha obra desvía las aguas sin tratar hacia las piscinas de acumulación o al río Estrecho, incumpliendo el sistema de manejo de aguas de contacto aprobado, puesto que éste contemplaba que la totalidad de las aguas de contacto debían ser dirigidas a las piscinas de acumulación para tratar las aguas y/o recircularlas una vez determinado si cumplen con los objetivos de calidad de agua.

Trigésimo octavo: Dicho concurso infraccional también fue impuesto por el Superintendente a los seis incumplimientos en contra de la Resolución Exenta N° 107; sin embargo, en este último caso, la resolución no indicó cuál de los seis incumplimientos se consideró para configurar el tipo infraccional y cuales se estimaron agravantes, no obstante señalar que se aplicaba dicho concurso. Estos incumplimientos, descritos en el numeral 59.2 de la resolución impugnada, son los siguientes: i) la limpieza ordenada en la Resolución Exenta N° 107 concluyó fuera de plazo. Asimismo, la mencionada medida ordenó que un experto debía supervisar la ejecución de esta actividad, informando a la SMA diariamente del estado de avance, particularmente, del estado en que se encontraban las especies que conforman las vegas andinas afectadas, cuestión que no sucedió, dado que el experto no informó sobre las

especies de flora presentes en dichas vegas; ii) el plan temporal ordenado en el numeral 2 del punto I del Resuelvo Primero de la Resolución N° 107 no cumplió con el objeto de conocer la calidad de las aguas que ingresaron a la CRR, 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; iii) no se presentó el plan de contingencia ordenado en el numeral 3 del punto I del Resuelvo Primero de la Resolución N° 107, por cuanto los antecedentes entregados por la Compañía, bajo el título de plan de contingencia, proponían una modificación de las condiciones establecidas en la RCA. Asimismo, dichas obras no implicaban un reforzamiento inmediato de la Obra de Salida del Canal Perimetral Norte Inferior, y su extensión hasta la Piscina de Sedimentación Norte; iv) los monitoreos ordenados en el numeral 1 del punto II del Resuelvo Segundo de la Resolución Exenta N° 107, no se realizaron en los puntos ahí definidos, y las muestras no fueron realizadas por entidades especialistas en la materia que no tengan relación contractual con el titular ni su matriz en los últimos dos años. No se acompañó acreditación del laboratorio que realizó el análisis de las muestras y dichos monitoreos no se realizaron diariamente entre los días 2 de febrero y 3 de marzo de 2013, periodo en que estaban vigentes las medidas; v) las muestras de los monitoreos ordenados en los numerales 2 y 3 del punto II del Resuelvo Segundo de la Resolución Exenta N° 107, no fueron realizadas por entidades especialistas en la materia que no tengan relación contractual con el titular ni su matriz en los últimos dos años. No se acompañó acreditación del laboratorio que realizó el análisis de las muestras y dichos monitoreos no se realizaron diariamente entre los días 2 de febrero y 3 de marzo de 2013, periodo en que estaban vigentes las medidas; y, vi) la caracterización inicial de Flora, Vegetación y Fauna silvestre afectada que se ordenó realizar en el numeral 5 del punto II del Resuelvo Segundo de la Resolución Exenta N° 107, no cumplió con los criterios básicos de metodología para realizar dicha caracterización, y sus resultados en general no pudieron ser validados por la SMA, todas vez que se encontraban incompletos, incomprobables, no

estaban georreferenciados ni con representación espacial, entre otros problemas identificados.

Trigésimo noveno: Que los reclamantes impugnaron la aplicación del concurso infraccional, ya que en virtud de la citada figura se habrían considerado indebidamente como una sola infracción una serie de hechos, actos u omisiones que constituirían incumplimientos independientes y separados. Como consecuencia de lo anterior, las infracciones que dieron cuenta de los demás incumplimientos a la RCA fueron estimadas como circunstancias agravantes, solución que no se establecería en las reglas para determinar las sanciones contenidas en la LOSMA. Agregaron que las infracciones objeto de sanción son los "*hechos, actos u omisiones*" contenidos en "*instrumentos de gestión ambiental, normas u actos*" y no estos últimos, como sostuvo la SMA. Agregan que la resolución impugnada, al reconocer la existencia de un concurso infraccional no especificó si se trataba de un concurso real o ideal pero que, en ningún caso, se trataría de este último concurso, pues no se trata de un solo hecho que incurre en dos o más infracciones, ni tampoco de unos hechos que estén en una relación de medio a fin. Concluyen señalando que la agrupación de infracciones por parte de la SMA influyó en la determinación del monto de la multa, ya que de haberse considerado aisladamente cada infracción el valor total a pagar debería superar con creces el establecido en la resolución recurrida.

Cuadragésimo: Que con posterioridad a la dictación de la resolución impugnada y estando dentro del proceso de reclamación seguido ante este Tribunal, el Superintendente informó sobre la aplicación del citado concurso, precisando que se trataba de un concurso infraccional denominado "*imperfecto*". Indicó que bajo el nombre de "*concurso infraccional*" quiso expresar que existía *"un concurso de 'hechos infraccionales', es decir, de distintos hechos que constituyen una misma infracción y no un concurso de infracciones distintas".* Lo anterior –señaló el Superintendente- sería coherente con el modelo sancionatorio ambiental que "*se encuentra desarrollado sobre la base de una*

tipificación de ilícitos por instrumentos de gestión ambiental, por lo que bastaría un solo hecho, acto u omisión constitutivo de infracción para incurrir en responsabilidad administrativa". De lo anterior concluye que, "*si un infractor incumple más de una condición, norma o medida establecida en una RCA, constituye solo una infracción y no varias infracciones, ya que el citado artículo 35 letra a) de la LOSMA habla en plural de 'condiciones, normas y medidas'*". Asimismo expresó que "*Dicho de otra forma, el artículo es claro al señalar que la infracción corresponde al incumplimiento de condiciones, normas y medidas, siendo irrelevante la cantidad de ellas que el titular incumpla, pues siempre será una sola infracción que podrá ser agravada por dichas circunstancias*". Finaliza precisando que si se sancionara cada hecho como una infracción independiente, se vulneraría no solo una ley expresa en contrario, sino que también los principios de legalidad y juridicidad contemplados en los artículos 6° y 7° de la Constitución, y los principios de reserva legal y tipicidad contemplados en el artículo 19 N° 3 del citado estatuto legal, afectando gravemente las garantías fundamentales, especialmente la de un debido proceso.

Cuadragésimo primero: Que en estrado, el representante de la SMA agregó a lo ya señalado por la autoridad administrativa que, si se entendiera que cada hecho constituye una infracción, estaríamos ante una ley sancionatoria administrativa en blanco, cuyo complemento estaría entregado a cada Comisión de Evaluación Ambiental o al Director Ejecutivo del SEA, violándose rotundamente el principio de legalidad. Citando a la doctrina administrativa española, señaló que cuando se está frente a un único permiso ambiental, es decir, ante un único permiso que regula todas las condiciones por las que se puede desarrollar un proyecto, se estaría ante un todo. En estos casos -indicó- la doctrina española ha señalado que estaríamos ante una "*infracción continuada*", donde distintos hechos separados y diferidos en el tiempo no se entienden como infracciones distintas, sino que constitutivas de una misma infracción. Agregó que el concurso infraccional imperfecto se encontraría expresamente regulado en los artículos 35 letra

a), 47 y 49 de la LOSMA. Así, el artículo 35 letra a), al referirse en plural al incumplimiento de *"las condiciones, normas y medidas"*, confirmaría lo señalado por el reclamado, en cuanto a que lo sancionado es un "*concurso de hechos*" y no "*un concurso de infracciones*", de manera tal que varios incumplimientos a la RCA debiesen ser sancionados como una sola infracción. La conclusión anterior sería confirmada por el tenor literal del artículo 47 de la LOSMA cuando se refiere a "[…] *hechos que pudieren ser constitutivos de alguna infracción de su competencia […]"* y a "[…] *hechos concretos que se estiman constitutivos de infracción, precisando lugar y fecha de su comisión […]"*. Por último, el legislador también se ha referido en plural en el inciso segundo del artículo 49 de la LOSMA, cuando señala que *"la formulación de cargos señalará una descripción clara y precisa de los hechos que se estimen constitutivos de infracción y la fecha de su verificación […]"*. Esta disposición, al igual como sucede en el artículo 47, habla de hechos, en plural, lo que confirmaría la decisión del Superintendente de sancionar varios hechos como una sola infracción. Señaló que junto al argumento literal, concurre uno de carácter histórico, que corresponde a la opinión del profesor Luis Cordero Vega, quien habría señalado en la discusión parlamentaria de la actual Ley N° 20.417 *"que para evitar confusiones, la disposición sanciona incumplimientos normativos, es decir, debe existir infracción de una norma para que se establezca la sanción"*. (pág. 1629 Historia de la Ley N° 20.417). Afirmó el representante de la SMA que, si se respetan las reglas de interpretación respecto al elemento literal e histórico, *"llegamos a la inevitable conclusión, de que estamos frente a un concurso aparente de acuerdo a lo que ha denominado la doctrina penal, en el sentido de que no estamos frente un verdadero concurso infraccional, sino que respecto a un concurso de múltiples hechos constitutivos de una misma infracción".* Finalmente termina citando tres informes en derecho sobre la materia acompañados por la SMA y que corresponden a los profesores Luis Cordero Vega, Jorge Streeter Prieto y Guillermo Zavala Matulic, y Jean Pierre Matus Acuña, que rolan a fojas 626, 669 y 702 respectivamente.

Cuadragésimo segundo: Que antes de entrar al fondo del asunto, es necesario precisar que, de acuerdo al razonamiento contenido en la resolución impugnada, la figura jurídica que fundamenta la SMA para agrupar las infracciones al artículo 35 letra a) y a la Resolución Exenta N° 107, es distinta a aquella que durante el proceso de reclamación trató de acreditar. En efecto, en la resolución impugnada se refiere a la existencia de un concurso infraccional, mientras que con posterioridad, durante el proceso de reclamación, defendió la existencia de un concurso infraccional imperfecto, distinción que no se agota en su sola denominación. Así, al revisar los considerando 92° y 93° del Capítulo V de la resolución impugnada, donde se encuentran los fundamentos del concurso infraccional, y la consideración 100 letra e) del Capítulo VII de la citada resolución, que se refiere a "*Las circunstancias a considerar para la determinación de las sanciones específicas*", se deduce que el Superintendente fundamentó su decisión sancionatoria en la imposición de la figura del concurso infraccional sin señalar mayores antecedentes respecto a su utilización, su regulación en la LOSMA y -lo más importante- cómo se fundamenta legalmente o de dónde se deduce que las demás infracciones deban ser consideradas como agravantes, y cuál es el efecto concreto de éstas en la determinación de la sanción. Se suma a lo anterior, que al utilizar la denominación "*concurso infraccional*", era del todo lógico que los reclamantes -o cualquier persona con conocimientos en materia sancionatoria- al revisar la resolución N° 477, concluyera que la autoridad administrativa se estaba refiriendo a la figura legal que se deriva de la teoría del concurso penal, y en razón de ello reclamaran falta de fundamentación respecto a qué tipo de concurso se estaba aplicando al caso concreto (real, ideal o medial). En efecto, cuando la doctrina especializada aborda el tema del "*concurso infraccional*", ha señalado que la "*teoría del concurso de delitos elaborada por el Derecho penal es perfectamente utilizable en el Derecho Administrativo Sancionador*", diferenciando expresamente dentro del concurso infraccional, entre concurso real, medial e ideal, distinción que no es trivial, por cuanto cada tipo de concurso tiene una forma específica de sanción. (v. NIETO GARCÍA, Alejandro

"Derecho administrativo sancionador" 5° edición, Ed. Tecnos, Madrid (2012) p. 482 ss. En el mismo sentido GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES *"Derecho administrativo sancionador. Parte general"* 3ª Edición, Ed. Aranzandi, Navarra (2013) p. 617 ss.).

Cuadragésimo tercero: Que la diferencia de fundamentación respecto a la figura impuesta por la SMA, se hace patente cuando el Superintendente informó a este Tribunal sobre la reclamación de autos en su escrito de fecha 8 de julio de 2013 (fojas 350). En dicho documento (fojas 443), la autoridad indica que lo señalado en la resolución impugnada es, en realidad, un *"concurso infraccional imperfecto*", agregando que *"existe un concurso de "hechos infraccionales", es decir, de distintos hechos que constituyen una misma infracción y no un concurso de "infracciones distintas […] En consecuencia, la concurrencia de múltiples hechos, actos u omisiones que infringen normas y medidas establecidas en dichos instrumentos configuran una infracción, bajo la lógica de diversos hechos infraccionales, lo que esta Superintendencia denominó 'concurso infraccional' imperfecto"*. Es decir, se trataría de un concurso distinto a los conocidos por la doctrina como "*concurso infraccional*", a los cuales no se les aplicarían las reglas concursales del Código Penal, razón por la cual el Superintendente lo denomina "imperfecto"; sin embargo, esta fundamental y esencial precisión no se hizo en la resolución impugnada, sino que con posterioridad a ella, dentro del proceso de reclamación seguido ante este Tribunal.

Cuadragésimo cuarto: Que el hecho que, con posterioridad a la dictación de la resolución impugnada, el Superintendente tuviera que precisar que no se trataba de un concurso infraccional -a pesar que utilizó dicha denominación en la resolución- sino de un concurso infraccional "*imperfecto*", distinto a los casos reconocidos por la doctrina y jurisprudencia comparada (concurso infraccional real, ideal o medial), dan cuenta de una fundamentación que carece de inteligibilidad respecto de la figura utilizada por el Superintendente para agrupar los incumplimientos a la RCA y los incumplimientos a la Resolución Exenta N° 107 en una sola

infracción en cada caso, respectivamente. El Superintendente debió señalar expresamente en la Resolución Exenta N° 477, y no con posterioridad a ella, que la agrupación de los incumplimientos anteriormente mencionados se debía a la imposición de un "concurso infraccional imperfecto", en qué consistía éste y cuál era la diferencia con el verdadero concurso infraccional. Al no realizar la autoridad la argumentación en los términos señalados anteriormente, la resolución impugnada deviene en confusa e incierta respecto de la forma en que el Superintendente arriba a la decisión de sancionar todos los incumplimientos como uno solo y de considerar el número de ellos como agravante. Lo anterior sólo confirma la debilidad del razonamiento utilizado por el Superintendente para justificar en la resolución impugnada esta peculiar manera de sancionar las infracciones a la RCA y a la Resolución N° 107.

Cuadragésimo quinto: Que, por tanto, y en virtud del estándar de motivación latamente explicado en las consideraciones vigésimo séptima y siguientes, este Tribunal concluye que la resolución impugnada no cumple -entre otros- con los requisitos de integridad y autosuficiencia que se exige a las resoluciones como la impugnada. Carece de integridad porque, de los argumentos señalados por el Superintendente en la citada resolución, no se logra entender por qué se sancionan todas las infracciones a la RCA como una sola, y por qué el número de estas se consideró como una agravante. La carencia de fundamentación resulta contumaz respecto de las infracciones a la Resolución Exenta N° 107, donde sólo se indica que se aplicará el concurso infraccional sin ningún tipo de fundamentación. La resolución impugnada no es autosuficiente, por cuanto requirió de nuevos argumentos por parte del Superintendente para explicar su decisión, lo que se agrava si se considera que dichos antecedentes estaban destinados a fundamentar una figura jurídica distinta a aquella contenida en la resolución recurrida. Lo anterior es motivo suficiente para invalidar en esta parte la resolución, sin perjuicio de lo que se dirá en el fondo respecto a la procedencia del concurso infraccional y el concurso infraccional imperfecto.

Cuadragésimo sexto: Que, luego de señalar que la aplicación del denominado concurso infraccional en la resolución impugnada carece de la motivación suficiente, corresponde a este Tribunal entrar al fondo del asunto, es decir, determinar -más allá de la falta de fundamentación- si la figura del concurso infraccional y la del concurso infraccional imperfecto son procedentes en el ámbito administrativo sancionatorio ambiental. Así, y en lo que se refiere al concurso infraccional, símil administrativo del concurso penal, se debe reparar en que la LOSMA no contiene ninguna regla expresa que establezca la existencia de un concurso de infracciones, de manera que la aplicación supletoria de las reglas legales sobre concurso de delitos contenidas en el Código Penal, como son los artículos 75 y 451, u otras reglas concursales como la contenida en el artículo 351 del Código Procesal Penal, requieren necesariamente de una norma expresa de remisión por parte de la LOSMA, de la cual ésta carece. Lo anterior obedece a que no se puede vincular obligatoriamente la aplicación de los citados preceptos legales a algunos de los principios que, con matices, se aplican al ámbito sancionatorio administrativo, como son el principio de legalidad, tipicidad o culpabilidad. En definitiva, no habiendo una norma expresa que regule el concurso infraccional en la LOSMA, ni tampoco una remisión expresa a las reglas concursales reguladas en el Código Penal o Código Procesal Penal, no se puede imponer dicha figura para justificar, como lo hace la SMA, la agrupación de infracciones al artículo 35 letra a) y a la Resolución N° 107, respectivamente.

Cuadragésimo séptimo: Que una vez descartada la procedencia del concurso infraccional, resta pronunciarse sobre la posibilidad de reconocer, en el ámbito sancionatorio administrativo ambiental, la aplicación de la figura jurídica que la SMA denominó "*concurso infraccional imperfecto*". Dicho concurso -en opinión de la SMA- se encuentra expresamente regulado en los artículos 35 letra a), 47 y 49 de la LOSMA, toda vez que estos preceptos al utilizar en plural las palabras "*normas, condiciones, medidas y hechos*", confirmarían que varios hechos, independientemente del número de

incumplimientos, constituyen una sola infracción. Lo que habría en el artículo 35 letra a) sería una unidad jurídica infraccional, donde la pluralidad de hechos infraccionales no alteraría su calificación jurídica, que sería precisamente, el incumplimiento de las condiciones y exigencias de una RCA.

Cuadragésimo octavo: Que al analizar el tenor literal de los citados preceptos, así como las demás disposiciones relacionadas con el ámbito sancionatorio ambiental, este argumento debe ser rechazado. En efecto, no existe por parte del legislador ninguna disposición o conjunto de disposiciones que institucionalicen expresamente la figura jurídica en cuestión. Suponer que el empleo en plural de las palabras "*normas*", "*condiciones*", "*medidas*" o "*hechos*" es concluyente para afirmar que la LOSMA regula expresamente el denominado concurso infraccional imperfecto es un argumento insostenible. Que el legislador haya utilizado expresiones en plural para referirse a los incumplimientos es una cuestión de técnica legislativa, que obedece al hecho de que las RCA son instrumentos complejos que contienen diversos mandatos de conducta hacia los titulares de proyectos, cada uno de los cuales puede ser incumplido y ser objeto de sanción independiente, siendo éste el contexto en que deben entenderse los artículos citados. Es más, si el artículo 35 letra a) se lee en su totalidad, se puede comprender que el uso del plural obedece a que se está refiriendo en general a "*las resoluciones de calificaciones ambientales*", así lo dice expresamente la letra a) cuando se refiere al "*incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental"*. Lo anterior confirma que la redacción nada tiene que ver con la intención de establecer un tipo infraccional donde el número de infracciones sea irrelevante, porque lo sancionado es justamente el incumplimiento de las condiciones, normas y medidas. Si se aceptara el argumento de la SMA, se debería considerar toda la redacción de la citada letra a) y concluir que también se habla en plural de "*resoluciones de calificación ambiental*", lo que llevado a la práctica implicaría que el concurso infraccional imperfecto no sólo alcanzaría a los incumplimientos a "*una*"

RCA sino que a todas las RCA relacionadas con un proyecto. Esto permitiría que un titular de proyecto que incumpla varias condiciones, normas o medidas contenidas en distintas RCA correspondientes a un mismo proyecto, tendría que ser sancionado por una sola infracción al artículo 35 letra a), conforme al concurso infraccional imperfecto supuestamente allí regulado, solución que a todas luces sería absurda.

Cuadragésimo noveno: Que otro argumento del reclamado tendiente a reconocer la existencia del concurso infraccional imperfecto, se refiere a que si entendemos que cada hecho constituye una infracción, se estaría ante una ley sancionatoria administrativa en blanco, cuyo complemento estaría entregado a cada Comisión de Evaluación Ambiental o al Director Ejecutivo del SEA, violándose rotundamente el principio de legalidad y de tipicidad, argumento que fue respaldado con el informe en derecho del profesor Jean Pierre Matus, que rola a fojas 702. Sobre el punto, este Tribunal entiende que se trata de un cuestionamiento de naturaleza constitucional que debiese ser planteado en dicha sede; sin perjuicio de ello, cabe señalar que el supuesto atentado a los principios de legalidad y tipicidad -en rigor, a éste último- se presentaría igualmente si se entendiera que el artículo 35 letra a) se encuentra tipificado como una unidad jurídica infraccional que permite sancionar todos los incumplimientos como una sola infracción. Esto es así, por cuanto para conocer cuál es la norma, la condición o la medida transgredida y, en definitiva, que el titular del proyecto conozca qué puede hacer y qué no -so pena de ser sancionado administrativamente- siempre se debe estar necesariamente al contenido de la RCA específica y particular que resulta del proceso de evaluación ambiental del proyecto. Lo anterior se debe a que el tipo infraccional del artículo 35 letra a) no puede ser realizado por cualquier persona, sino que únicamente por un sujeto calificado, que es el titular de un proyecto y sólo respecto de su(s) RCA, de manera que el contenido de esta será fundamental para determinar si hay o no infracción.

Quincuagésimo: Que la RCA específica del proyecto no es un acto impuesto por la autoridad administrativa y el contenido de

dicho instrumento de gestión ambiental no queda entregado a su arbitrio, por el contrario, el proceso de evaluación ambiental es iniciado por el propio titular que presenta su proyecto a evaluación y exige de éste una constante y esencial participación dentro de dicho proceso, que se encuentra legalmente regulado y que cuenta con los recursos legales destinados a corregir los vicios de procedimiento y de fondo que el titular del proyecto estime concurrentes; incluso, una vez aprobado el proyecto, la decisión de ejecutarlo recae siempre en la voluntad de su titular. De lo anterior, se deduce una consecuencia de suma importancia a la luz del argumento sustentado por el reclamado, y es que el titular del proyecto está totalmente en conocimiento de cuáles son las normas, condiciones y medidas de su RCA, y por lo tanto, conoce claramente cómo debe dirigir su comportamiento con miras a no ser sancionado. El titular del proyecto sólo puede ser sujeto activo del tipo infraccional del artículo 35 letra a) cuando le han aprobado una RCA y decide ejecutarla. Dicho lo anterior, parece evidente que la falta de certeza jurídica que el principio de tipicidad busca evitar, permitiendo que los sujetos -en este caso el titular del proyecto- "*tengan una suficiente noticia previa acerca de la conducta que les resultará exigible*" (STC 479, c.25) no se presenta. Por lo demás, esta situación especial de complementación que se evidencia en el caso del artículo 35 letra a), calza perfectamente dentro de los "*matices*" a los cuales ha aludido el Tribunal Constitucional, con que deben aplicarse los principios del Derecho Penal al ámbito administrativo sancionatorio. (v. STC 479, cc. 6 a 10; STC 480, c. 5; STC 1518, c. 24; STC 1245, c. 13 y STC 1233, c. 13)

Quincuagésimo primero: Que en cuanto al argumento histórico sustentado por el reclamado, cabe señalar que en la historia de la Ley N° 20.417 no existe antecedente alguno que permita siquiera sugerir que la intención del legislador fue establecer un modelo sancionatorio según el cual sería irrelevante que se cometiera uno o varios incumplimientos a la RCA o al instrumento de gestión respectivo, ya que uno o varios incumplimientos constituirían una sola infracción. De hecho,

la cita que el reclamado hace a la participación en la discusión parlamentaria de la actual Ley N° 20.417 del profesor Luis Cordero, se encuentra totalmente fuera de contexto, ya que esta no se refiere a la existencia de ningún "*modelo sancionatorio*" sino que sólo dice relación con una opinión respecto a una indicación de la cuál emerge la actual redacción del artículo 36 de la LOSMA, señalando que "[…]*si bien el texto aparece sustituido completamente, la modificación que se efectúa al artículo 36 tiene por objeto efectuar ciertas precisiones para evitar equívocos en la aplicación de la potestad sancionatoria. La disposición sanciona incumplimientos normativos, vale decir debe existir infracción de una norma para que se establezca la sanción, agregando que la manera como se gradúa guarda relación con el nivel o los resultados que haya provocado el incumplimiento. El Ejecutivo lo que ha hecho, por esta vía es dar consistencia normativa con la finalidad que se puedan aplicar adecuadamente las potestades sancionatorias"* (Historia de la Ley N° 20.600, pág. 1629). Como puede apreciarse del contexto de la opinión emitida por el citado profesor, ésta no dice relación alguna con un argumento histórico que sustente el concurso infraccional imperfecto defendido por el reclamado ya que, por lo demás, lo sancionado siempre será un incumplimiento normativo. Por lo tanto, al igual como sucedió con la literalidad, este argumento histórico debe ser rechazado. Es más, la opinión del profesor Cordero se encuentra latamente desarrollada en el informe en derecho de su autoría presentado por la SMA a fojas 626, donde concluye que estamos ante lo que la doctrina administrativa ha denominado "*infracciones continuadas*". En definitiva, lo que existiría tras el concurso infraccional imperfecto -en opinión del informante- sería una infracción continuada que se castigaría de conformidad al inciso primero del artículo 351 del Código Procesal Penal y cuya procedencia será abordada en el siguiente considerando.

Quincuagésimo segundo: Que luego, en estrado, la parte reclamada señaló que tras el concurso infraccional imperfecto se encontraba lo que la doctrina española ha denominado "*infracción continuada*", donde distintos hechos separados y

diferidos en el tiempo no se entienden como infracciones distintas, sino que constitutivas de una misma infracción. Para sustentar este argumento se acompañó el informe en derecho que rola a fojas 626, ya citado. Sobre el punto, cabe señalar que se presentan argumentos excluyentes respecto al sustento jurídico del concurso infraccional imperfecto, ya que por un lado se señala que la unidad jurídica infraccional se sustentaría en la forma en que se encuentra redactado el tipo infraccional que impide sancionar varios incumplimientos a la RCA en forma independiente y, por otro, se argumenta que la unidad jurídica infraccional estaría dada por la aplicación de la "*infracción continuada*", figura jurídica que presupone la existencia de varias infracciones que se sancionarían independientemente de no aplicarse la infracción continuada. Es decir, por un lado se dice que el concurso infraccional imperfecto está establecido en la ley, y que es la ley la que impide sancionar varios incumplimientos en forma independiente y, por otro lado, se alega que el concurso infraccional imperfecto opera como consecuencia de la presencia de una infracción continuada, que impide que aquello que debía ser sancionado como infracciones independientes no lo sea como consecuencia de su aplicación.

Quincuagésimo tercero: Que sin perjuicio de la contradicción del argumento señalado en la consideración anterior, se debe señalar que la "*infracción continuada*" no se encuentra regulada expresamente en la LOSMA, como sí lo está en el derecho sancionatorio español al que cita como ejemplo el reclamado (v. GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES *Derecho Administrativo Sancionador* 3° ed. Editorial Thomson Reuters, Navarra (2013) pp. 626 7 627). Por lo tanto, no hay forma de saber cuáles son los requisitos de esta figura ni cómo tendría que sancionarse, siendo inaceptable la remisión que el profesor Cordero hace al artículo 351 del Código Procesal Penal, por cuanto la supletoriedad del Derecho penal al ámbito sancionatorio se refiere a los principios y no a reglas específicas de sanción, y porque la forma especial de sanción contenida en el citado artículo (denominada en la doctrina como asperación) es incompatible con el sistema sancionatorio regulado en la LOSMA.

Quincuagésimo cuarto: Que, con todo, sabemos que la figura de la "*infracción continuada*" se ha elaborado a partir de su símil penal, el delito continuado, por lo que en último caso, si es que atendiendo al principio de proporcionalidad se pudiera aceptar su posible aplicación en el ámbito sancionatorio ambiental, dicha "*infracción continuada*" debiera considerar los requisitos que tanto la doctrina como la jurisprudencia han ido estableciendo para el delito continuado penal, por cuanto dicha figura tampoco tiene regulación expresa en nuestra legislación penal. Así, la Corte Suprema ha señalado que *"Para su procedencia, se acostumbra exigir cuatro elementos, que son: 1º.- unidad de autor; 2º.- identidad del tipo penal realizado en las diversas ocasiones, que implique un solo derecho violentado; 3º.- que esas conductas tengan lugar en un lapso prolongado de tiempo y; 4º.- la llamada unidad de propósito del agente"* (SCS Rol 1494-07, 20 de noviembre de 2007, c. 39°). En otro fallo, la misma Corte Suprema ha profundizado respecto a la unidad de propósito, precisando que "*el ilícito cometido por el inculpado lo fue en forma reiterada, por cuanto incurrió en diferentes y sucesivas actuaciones dolosas donde cada una de ellas se agota en sí misma, de modo que no se trata de un delito continuado, que se caracteriza por un único propósito cuya materialización se fracciona en diversos actos que ni idealmente es posible unificar"* (SCS Rol 1309-2009, 17 de junio de 2010); por último y dando criterios aún más específicos, la Corte Suprema ha precisado que *"No obstante todos los aportes, que sin lugar a dudas nos ofrecen las aludidas corrientes de pensamiento para esclarecer el concepto de delito continuado, podemos afirmar que dicha figura aparece, pues, como un problema de injusto típico. […] Y, así, diremos que consiste en una pluralidad de acciones, cada una de las cuales satisface todas las características de un tipo legal, pero que han de ser valoradas conjuntamente, porque constituyen la violación, necesariamente fraccionada, de una misma norma de deber. La cuestión del nexo, que hasta ahora suele plantearse en el plano psíquico de la acción o en el formal del tipo, se traslada al ámbito material de la antijuricidad. A su vez, los criterios positivos sobre los que se ha pretendido erigir el vínculo de continuación se*

sustituyen por un punto de partida negativo: la violación de la norma es única cuando, conforme a la representación del autor, no era posible consumarla sino en forma fraccionada" (SCS Rol 3065-2010. 9 de marzo de 2011, c. quinto). Conforme a lo señalado por la Corte Suprema -sobre todo en el último fallo citado- los requisitos fundamentales para que estemos en presencia de un delito continuado son la infracción necesariamente fraccionada de la misma norma de deber y que conforme a la representación del autor no haya sido posible consumarla sino en forma fraccionada. Estos requisitos son fundamentales para descartar la procedencia de la infracción continuada en los términos propuestos por la parte reclamada. En primer lugar, porque sabemos que la RCA no es "la" norma de deber, sino que es un instrumento complejo, cuyo contenido incorpora diversas normas y establece variadas condiciones y medidas, cada una de las cuales constituye una norma de deber que puede ser independientemente infringida. En segundo lugar, porque en este caso concreto es francamente imposible sostener una unidad de propósito respecto de incumplimientos a diversas normas de deber, y aseverar que la única forma de incumplir las condiciones, normas o medidas que tenía la Compañía, lo era, necesariamente, en forma fraccionada.

Quincuagésimo quinto: Que las consideraciones anteriores se han hecho cargo de uno de los efectos del concurso infraccional imperfecto, que se manifestó en tipificar como una sola infracción al artículo 35 letra a) de la LOSMA, trece infracciones a la RCA del proyecto Pascua Lama, solución que también se aplicó a las seis infracciones a la Resolución Exenta N° 107, estás últimas tipificadas como una sola infracción a la letra l) del citado artículo 35. Por lo tanto, ahora corresponde a este Tribunal referirse al segundo efecto del concurso infraccional, que supone por parte de la SMA que el número de incumplimientos ha de considerarse como una agravante para la determinación de la sanción. Sobre este segundo efecto del concurso infraccional imperfecto, este Tribunal señala que, dentro del sistema sancionatorio establecido en la LOSMA, en ninguna disposición se contempla la figura de agravantes o atenuantes para llegar a determinar

la sanción, ni mucho menos se establece la forma en que éstas deberían ser valoradas en dicho proceso.

Quincuagésimo sexto: Que tampoco son aplicables en este caso las disposiciones del Código Penal, pues la aplicación del ámbito penal al administrativo sancionador se refiere a principios y no a las disposiciones relacionadas con los efectos de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. Por lo tanto, debe descartarse del sistema sancionatorio contenido en la LOSMA cualquier remisión o utilización de las disposiciones contenidas entre los artículos 62 y 70 del Código Penal (por ejemplo, la regla de la compensación), ya que estas reglas no tienen aplicación en el ámbito sancionatorio administrativo ambiental, a menos que existiera una remisión expresa a ella, que desde luego no contiene la LOSMA. Dicho lo anterior, cuando el Superintendente decide "*destacar que los hechos, actos y omisiones descritos en los numerales 23.2 al 23.13 del Ord. U.I.P.S N° 58 constituyen asimismo infracciones, pero dado el concurso infraccional, serán consideradas como circunstancias agravantes"* está aplicando una regla inexistente, pues ninguna disposición de la LOSMA contempla agravantes o atenuantes como parte del denominado "*concurso infraccional imperfecto*", ni mucho menos la forma en que estas deberían ser ponderadas para determinar la sanción.

Quincuagésimo séptimo: Que tampoco existe, en la historia de la Ley N° 20.417, ningún antecedente de que el legislador haya querido establecer un modelo sancionatorio que permitiera sancionar varios incumplimientos a la RCA como una sola infracción, y que luego considerara que el número de incumplimientos iba a constituir una agravante. Tanto es así, que en la Historia de la Ley (p. 263) incluso se quiso eliminar, por parte de algunos diputados, la actual letra i) del artículo 40 de la LOSMA, que permite -para determinar la sanción específica- considerar como circunstancia, "*todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción"*, precepto que ha sido utilizado por la SMA para vincular la agravante con la

determinación de la sanción. Dicha intención de eliminar el citado precepto, comprueba que en la discusión de la actual Ley N° 20.417 no se estaba pensando en un modelo sancionatorio donde el número de incumplimientos no sancionados como consecuencia del primer efecto del concurso infraccional imperfecto, serían reducidos a simples "otros criterios" que pudieran funcionar como agravantes a discreción de la SMA.

Quincuagésimo octavo: Que, por último, no parece coherente y escapa a toda consistencia conceptual que, por una parte, la SMA alegue unidad jurídica infraccional, sea a través de la tipificación del artículo 35 letra a) o por aplicación de la "*infracción continuada*", y luego pretenda, por la otra, utilizar la cantidad de incumplimientos como agravante. Lo anterior, porque si ha sido el propio legislador el que ha estructurado el tipo infraccional de manera tal que es indiferente para la valoración jurídica que la conducta descrita en el tipo se haya realizado una o varias veces, no tiene sentido que la cantidad de incumplimientos sea considerado una agravante, pues el concurso infraccional imperfecto carecería de sentido. Lo mismo sucede con la infracción continuada, dónde en virtud de diversos criterios de unificación y por aplicación del principio de proporcionalidad se entiende que infracciones que se castigarían independientemente fueran sancionadas como una sola, pero luego sería totalmente ilógico que la reiteración -que desaparece como consecuencia de la infracción continuada- fuera considerada como una agravante.

Quincuagésimo noveno: Que la SMA también intenta convencer a este Tribunal que, de ordenarse sancionar separadamente cada una de las infracciones cometidas por la Compañía, se estaría vulnerando el derecho de defensa y la presunción de inocencia que ampara al infractor. Para persuadir al Tribunal en este sentido, la SMA acompañó un informe en derecho firmado por los abogados Jorge Streeter Prieto y Guillermo Zavala Matulic. El argumento se puede resumir del siguiente modo: i) el fiscal instructor sólo formuló un cargo por la violación del artículo 35 letra a) de la LOSMA; ii) la Compañía solo pudo presentar

su defensa en relación con ese único cargo; iii) el Superintendente actuó correctamente, en forma independiente e imparcial, al sancionar por solamente el cargo formulado por el fiscal instructor; iv) si el Superintendente hubiera prescindido del cargo formulado y hubiera decidido sancionar una conducta excediendo los términos en que el cargo se formuló, eso habría importado una grave lesión del derecho de defensa, dejando al inculpado en total indefensión; y, v) el Tribunal, aunque estimara que otra interpretación de la ley es posible, debe aplicar el principio *favor rei* y, en función de éste, debe mantener la decisión del Superintendente.

Sexagésimo: Que el informe en derecho de los abogados Streeter y Zavala omite un elemento esencial para determinar la forma en que la Compañía ejerció su derecho de defensa en este caso. Debe tenerse presente que la formulación de cargos que efectuó el fiscal instructor se hizo en base a una serie de hechos, actos y omisiones constitutivos de infracción. En efecto, el Oficio Ordinario N° 58 de 27 de marzo de 2013 se refiere, en su sección II, a cada uno de los hechos constitutivos de infracción, detallando en cada caso la forma en que la Compañía violó las normas, medidas y/o condiciones de la RCA, de la Resolución N° 107, de la Resolución N° 534 y de la Resolución N° 37. El derecho de defensa de la Compañía se ejerció en relación con cado uno de estos hechos, actos y omisiones, aceptándolos todos menos uno. En su escrito de contestación, presentado por la Compañía con fecha 29 de abril de 2013, ésta presentó su defensa frente a cada una de las infracciones que fueron notificadas por la SMA. En ese escrito la Compañía señaló en forma clara lo siguiente: *"El objetivo principal de esta presentación consiste en contestar los cargos que se le imputan a mi representada en el Ordinario N° 58 de la Superintendencia del Medio Ambiente, de fecha 27 de marzo del presente año, reconociendo la mayoría de los hechos contenidos en dicho documento".* Es así como la Compañía reconoció todos los hechos constitutivos de infracción, menos el descrito en el la consideración 23.14 del citado Oficio: *"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 No. 24, teniendo en consideración los más altos estándares nacionales e internacionales".

Sexagésimo primero: Que, teniendo presente que este Tribunal es competente para calificar jurídicamente los hechos que la SMA identificó como violatorios a la RCA y otras resoluciones aplicables, y para evaluar la forma en que la SMA ha interpretado la LOSMA para efectos de aplicar las sanciones pertinentes; y teniendo presente además que la Compañía ha hecho uso efectivo de su derecho a responder por cada uno de los hechos, actos y omisiones que le fueron imputados por la SMA, y que también ha tenido oportunidad de presentar sus argumentos en relación con el concurso infraccional aplicado por la SMA ante este Tribunal, resulta del todo impertinente pretender -como lo hace la SMA- que el ejercicio de las competencias que corresponden al Tribunal para pronunciarse sobre la calificación jurídica de los hechos, actos y omisiones de la Compañía, y sobre la correcta interpretación de la ley en la aplicación de las sanciones respectivas implicarían, dejar a la Compañía sin oportunidad de defenderse, por lo que el argumento sostenido por la SMA -apoyada por el contenido del informe en derecho de los abogados ya citados- no tiene lógica ni sentido, por lo que debe ser rechazado en su totalidad.

Sexagésimo segundo: Que, en definitiva, este Tribunal 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.
2. No hay en la LOSMA ninguna regla expresa que establezca la existencia de un concurso de infracciones, en los términos

señalados en la Resolución Exenta N° 477, correspondiente al símil penal del concurso de delitos. Por ende, cualquier remisión al concurso ideal o medial y sus formas especiales de sanción, así como los casos especiales de sanción a la reiteración, como sucede con el artículo 351 del Código Procesal Penal, deben quedar totalmente descartados.

3. Tampoco procede reconocer la existencia del denominado concurso infraccional imperfecto -que fue la figura jurídica que la SMA trató de acreditar con posterioridad a la dictación de la Resolución Exenta N° 477- que se encontraría regulado expresamente en el artículo 35 letra a), por cuanto la sola literalidad del precepto -en cuanto a utilizar en plural algunos términos como “hechos”, “condiciones”, “normas” y “medidas”, no son un argumento suficiente para sostenerlo. Lo contrario provocaría situaciones absurdas en las que un titular podría incumplir todas sus condiciones, medidas y normas, en diferentes momentos, por hechos diversos y sólo podría ser sancionado por una sola infracción, conclusión que no se condice con la entidad tanto de los bienes jurídicos protegidos, como el medio ambiente y salud de las personas, ni con la naturaleza misma de la RCA, un acto autorizatorio complejo.

4. En cuanto al posible problema de constitucionalidad denunciado por la SMA, de existir, se presentaría tanto para el concurso infraccional imperfecto como para el caso en que se sancionara cada incumplimiento como infracción, de manera que este posible conflicto no es un argumento a considerar que permita decidir en favor de la existencia del primero. Por lo demás y como se señaló en su oportunidad, por ser los incumplimientos a las condiciones, normas y medidas contenidas a la RCA, infracciones de sujeto calificado, no puede presentarse como un argumento persuasivo la falta de certeza jurídica de éste, por cuanto es él quien solicita esta autorización ambiental, participa en la evaluación de su proyecto, y tiene distintas oportunidades para requerir su aclaración o rectificación, tanto en sede administrativa como judicial, de tal manera que el titular del Proyecto tiene completa certeza de cuáles son las normas, condiciones y medidas de su RCA .

5. Tampoco es posible sostener que tras el concurso infraccional imperfecto se encuentra la figura de la "infracción continuada", pues como se señaló, la infracción continuada no se encuentra regulada expresamente en la LOSMA y en consecuencia no se pueden determinar sus requisitos de procedencia ni mucho menos la forma en que debería ser aplicada. Por otro lado, en caso de utilizar los requisitos que la doctrina y jurisprudencia han elaborado para el delito continuado -su símil penal- no es posible imponer la infracción continuada en el ámbito sancionatorio ambiental en los términos que pretende la SMA en estos autos.

6. Como una consecuencia directa de lo señalado en las anteriores consideraciones, 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.

Sexagésimo tercero: 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.

Sexagésimo cuarto: Que, de acuerdo a los argumentos señalados precedentemente, la SMA deberá proceder de la misma forma respecto de, a lo menos, los seis incumplimientos a la Resolución Exenta N° 107, ya que también se les sancionó como

una sola infracción por aplicación del denominado "*concurso infraccional*", calificado como improcedente por este Tribunal.

IV. AFECTACIÓN A LA CALIDAD DE LAS AGUAS SUPERFICIALES Y SUBTERRÁNEAS

Sexagésimo quinto: Que sobre este punto, los reclamantes alegan que la SMA dejó fuera del proceso de sanción todo lo referente al incumplimiento de la RCA en relación a la contaminación de las aguas, junto con denunciar una serie de errores de derecho en los que habría incurrido la resolución impugnada. En particular, los vicios denunciados consistirían en que la SMA habría omitido declarar la existencia de la contaminación de las aguas del río Estrecho, a pesar de existir contundente evidencia que la Compañía no dio cumplimiento a las obligaciones impuestas en la RCA destinadas a velar por la preservación del componente agua, a saber: i) se vertió al río Estrecho aguas que excedían con creces las cantidades máximas de minerales establecidas en el D.S. 90/2000; ii) en la consideración 23.13 del Oficio Ordinario N° 58/2013, se estableció que la Compañía no realizó la captación de aguas ácidas infiltradas provenientes del Botadero de Estériles Nevada Norte durante el mes de enero de 2013; iii) en la consideración 23.7 del citado oficio se estableció que la Compañía realizó una descarga no justificada al río proveniente de la Planta de Tratamiento de Drenaje ácido, descarga no declarada ni monitoreada de conformidad al D.S. Nº 90/2000; y, iv) en la consideración 23.11 del oficio ya señalado, se indicó que la descarga de aguas de contacto al río Estrecho no cumplía con los objetivos de calidad de aguas, no ajustándose al D.S. 90/2000. Adicionalmente, señalan que la RCA había impuesto a la Compañía la obligación de implementar planes de emergencia denominados "*Sistema de Alerta Temprana y Plan de Respuesta*", con el objeto de identificar cambios en la calidad natural de las aguas causada por la actividad minera y establecer una secuencia de acciones para contener y corregir cualquiera desviación en la oportunidad más temprana posible; sin embargo, la Compañía habría decidido unilateralmente no informar a las autoridades acerca de la calidad de las aguas, y cuando lo

hizo, lo habría realizado bajo sus propios parámetros, alterando unilateralmente la metodología empleada para medirla. Concluyen señalando que el detrimento de las aguas fue significativo al vulnerarse sistemáticamente la Línea de Base de la RCA y las normas que establecen límites máximos a la contaminación de las aguas, situación que habría sido detectada en los propios antecedentes acompañados por la Compañía, y en el Informe de Fiscalización Ambiental de la SMA **(**DFZ-2013-63-III-RCA-IA) respecto de los distintos puntos de medición de la calidad de aguas contemplados en la RCA, donde se da cuenta de una cantidad considerable de excedencias en los indicadores de la calidad del agua.

Sexagésimo sexto: Que, por su parte, el Superintendente señaló que conforme al artículo 1° de la Ley N° 19.300 y las letras c) y d) del artículo 2° del mismo cuerpo legal, sólo corresponde hablar de contaminación cuando exista una norma que regule las concentraciones o concentraciones y permanencias en el ambiente. Conforme a lo anterior –señaló- difícilmente se puede sostener que se está frente a contaminación ya que no existen normas de calidad vigentes para el río Estrecho ni para la cuenca del río Huasco, no existiendo parámetros de calidad ambiental ahí establecidos. En cuanto a la norma de emisión (D.S. 90/2000), expresó que ésta no es suficiente para afirmar la presencia de contaminación, ya que dicha normativa regula cantidades máximas en el efluente de la fuente emisora y no en el ambiente. A lo anterior, se sumaría que tampoco se constató la presencia de algún contaminante que constituya un riesgo cierto a la vida, a la salud de la población, a la conservación del medio ambiente o a la preservación de la naturaleza, tal como lo exige la Ley N° 19.300 en los conceptos de norma de calidad. Por otro lado, precisó que el proceso de evaluación estadístico y cuantitativo para determinar una posible afectación a los recursos hídricos superficiales, debe ejecutarse necesariamente con información que permita caracterizar las fluctuaciones naturales del sistema a evaluar, por lo que se requiere contar, a lo menos, con monitoreos representativos de las distintas estaciones del año hidrológico en la zona de estudio. En este sentido, la SMA señaló que sólo

puede ejercer las funciones fiscalizadoras respecto de hechos, actos u omisiones, posteriores al 28 de diciembre de 2012 -fecha en que entró en funcionamiento la SMA- razón por la cual sólo se dispuso de la información correspondiente a los primeros meses del año 2013, lo que imposibilita la evaluación objetiva y concluyente sobre la posible afectación de los recursos hídricos por parte de la Compañía.

Sexagésimo séptimo: Que, luego, el representante de la Compañía agregó que las aguas de no contacto, que con motivo de los eventos de diciembre y enero ingresaron al sistema de manejo de aguas de contacto, no estuvieron en ningún momento a menos de 500 metros de distancia del Botadero de Estériles Nevada Norte, siendo imposible que hubieran entrado en contacto con el escaso material ahí depositado. Tampoco es efectivo –señaló- que la descarga de prueba realizada desde la piscina de pulido de la Planta de Tratamiento de Aguas de Contacto Río Estrecho, haya ocasionado contaminación, por cuanto la descarga de prueba se hizo con agua traída de otros lugares y no con aguas recibidas desde la planta de tratamiento, y con el único objeto de revisar la impermeabilidad. En cuanto a la utilización del D.S 90/2000, precisó que las aguas reconducidas y restituidas desde la Cámara de Captación y Restitución (CCR) hacía el río Estrecho, cumplen con los valores de Línea de Base para ser reconducidas y bajo ninguna circunstancia se aplicaría el citado Decreto Supremo. Que la reconducción de aguas no puede considerarse legalmente como una "*descarga*", ya que para ser tal, requiere un acto previo que es la captación de dichas aguas para tratarlas, mientras que cuando la medición *in situ* arroja que las aguas cumplen con la Línea de Base, simplemente las dejan pasar, reconduciéndolas y restituyéndolas al cauce.

Sexagésimo octavo: Que, en cuanto al uso de una nueva metodología de cálculo para Niveles de Alerta, señaló que no es efectivo que la Compañía haya utilizado, sin contar con un pronunciamiento por parte de la autoridad, un mecanismo de cálculo de niveles de alerta de calidad de las aguas más permisivo que el detallado en el proceso de evaluación, ya que la actual metodología de cálculo aplicada por la Compañía se

encontraría aprobada por la Dirección General de Aguas (en adelante, DGA) y la Dirección Ejecutiva del SEA. El cambio de metodología –precisó- obedeció a que la roca estéril del proyecto tiene potencia para generar de forma natural drenajes ácidos de roca, otorgando esta condición a las aguas del río. Por ello, antes de comenzar el proyecto y al utilizar la metodología definida en la RCA para detectar eventuales variaciones en la calidad de las aguas del río Estrecho, no se cumplían con los valores de Línea de Base que sostenían los niveles de alerta contenidos en la RCA, lo que indicaba la necesidad de ajustarlos para permitir que dichos niveles siguieran cumpliendo el objetivo dispuesto en ella. Por lo anterior, la Compañía se reunió con la DGA y se habría concluido adecuar dicha metodología, de forma de obtener valores que efectivamente permitieran distinguir entre las variaciones naturales de la calidad de las aguas del río y las que pudieran ser efecto del Proyecto. Bajo esta nueva metodología no habría existido la necesidad de gatillar algún Plan de Emergencia o Preemergencia.

Sexagésimo noveno: Que previo a entrar en el fondo del asunto, este Tribunal rechazará el argumento de la SMA respecto a que no era posible una evaluación objetiva y concluyente sobre la posible afectación de los recursos hídricos por parte de la Compañía, por cuanto no puede escudarse en que la función fiscalizadora de la SMA sólo puede ser ejercida respecto de hechos, actos u omisiones posteriores a la fecha de su entrada en funcionamiento (28 de diciembre de 2012), motivo por el cual sólo se dispuso de la información correspondiente a los primeros meses del año 2013. Lo anterior porque una cosa es la fiscalización de los hechos ocurridos con posterioridad al inicio de las funciones de la SMA, que en este caso se realizó el 29 de enero de 2013, y otra muy distinta se refiere a los antecedentes que pueden ser requeridos o reunidos por cualquier medio, respecto de los cuales la SMA no está sujeta a límite de fecha alguno, en la medida que sean útiles para la correcta determinación de los hechos investigados y finalmente ser considerados al momento de imponer posibles sanciones. Así, y como se verá en las consideraciones siguientes en que este

Tribunal se refiere a la alteración de las aguas, la SMA contaba con antecedentes suficientes -anteriores y posteriores a la fecha de su entrada en funcionamiento- que pudo haber utilizado y que le habrían permitido determinar claramente si las aguas superficiales habían sido o no alteradas, pudiendo arribar a conclusiones diversas a las señaladas durante el proceso de reclamación ante este Tribunal.

Septuagésimo: Que estos sentenciadores consideran que la SMA debió pronunciarse sobre la calidad de las aguas como consecuencia de los incumplimientos a condiciones establecidas en la RCA relacionadas con ese componente ambiental. Lo anterior es de toda lógica, por cuanto para la calificación de las infracciones, como para la determinación específica de las sanciones -conforme a los criterios del artículo 40 de la LOSMA- la alteración o no de la calidad de las aguas es fundamental para precisar su gravedad y fundar adecuadamente la sanción específica elegida. Por ejemplo, al sancionar la SMA a la Compañía por no activar los planes de alerta temprana en el mes de enero de 2013, necesariamente debió señalar los efectos de dicha omisión -esto es, 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, todo ello con la finalidad de calificar la infracción como grave o gravísima, conforme al artículo 36 de la LOSMA. Luego, para determinar la sanción específica debió, a lo menos, considerar si se ocasionó o no un peligro, de acuerdo a la letra a) del artículo 40 de la misma ley.

Septuagésimo primero: Que, dicho de otra forma, la debida motivación de la resolución exige de parte de la SMA que, en caso de incumplirse condiciones o normas destinadas a proteger el componente agua debe, consecuencialmente, determinar cuál es el grado de afectación de dicho componente, a efectos de fundamentar debidamente la sanción que imponga. Así, se puede observar que en ninguno de los incumplimientos por los cuales la SMA sancionó a la Compañía y que decían relación con el recurso hídrico, la autoridad fiscalizadora se pronunció sobre el grado de afectación del recurso como criterio para

fundamentar la decisión, lo que se vio agravado por la aplicación del *"concurso infraccional imperfecto"*, ya calificado como ilegal. Así, en la práctica, la SMA sólo fundamentó los efectos ambientales de un incumplimiento a la RCA (que, en este caso, fue la no construcción de las obras de Salida del Canal Perimetral Norte Inferior), quedando los otros sin la debida fundamentación, subsumidos en el concepto de agravante. Con todo, al dictar la nueva resolución de reemplazo -y como consecuencia del rechazo por parte de este Tribunal a la figura del concurso infraccional en cualquiera de sus variantes (a secas o imperfecto)- el Superintendente deberá calificar y sancionar cada uno de los incumplimientos a la RCA como una infracción independiente, de manera tal que aquellos relacionados con la protección del componente agua, deberán ser sancionados considerando los efectos que este Tribunal describe más adelante sobre el punto.

Septuagésimo segundo: Que, por último, y antes de entrar de lleno al análisis de los puntos de fondo relacionados con la afectación a la calidad de las aguas, este Tribunal rechazará también el argumento de la SMA por el cual ésta no podría pronunciarse sobre la contaminación de las aguas por no existir norma primaria para el río Estrecho, pues la RCA incorpora obligaciones expresas que deben ser cumplidas por el titular del proyecto en relación con la calidad de las aguas, como son el D.S. N° 90/2000 de MINSEGPRES, NCh N° 1.333 y NCh N° 409, y el compromiso de mantener los niveles de Línea de Base de calidad de las aguas, independientemente de la existencia o no de norma primaria para ese río.

Septuagésimo tercero: Que ahora, para abordar los argumentos de las reclamantes, la SMA y la Compañía, en lo relativo a la calidad de las aguas superficiales y subterráneas, debe considerarse -como se ha señalado anteriormente- que los ambientes de montaña, especialmente aquellos ubicados en zonas áridas y semi áridas donde el recurso hídrico es escaso, imponen a los procesos productivos una serie de desafíos operacionales y, logísticos por razones medioambientales. La presencia de especies y ecosistemas fragmentados, sensibles,

endémicos y a menudo amenazados, junto con comunidades tradicionales de pequeños propietarios exigen de la industria una responsabilidad acorde con la magnitud de las operaciones y la fragilidad del ambiente donde se insertan. Su localización en las cabeceras de cuencas, especialmente si en ellas existen glaciares, cuyos territorios aguas abajo son usados por múltiples actividades, plantea el doble desafío de operar en ambientes extremos y a la vez proteger el entorno socio-cultural y los ecosistemas que sustentan las actividades económicas. En zonas áridas y semiáridas como la Región de Atacama, la provisión, el consumo y manejo del factor ambiental agua se tornan particularmente claves, pues aparte de su natural escasez, cualquier alteración de la calidad de las aguas superficiales y subterráneas, tiene efectos en cascada para otros usuarios de los ecosistemas que proveen dichos recursos hídricos, fundamentales también para la minería. El manejo de residuos minerales masivos como los relaves, rocas estériles y escombros, la potencial generación de plumas de dispersión de drenajes ácidos y metales pesados, el control de crecidas y avalanchas, la afectación de glaciares y permafrost, todos ellos asociados, en diferentes escalas, a actividades de gran minería de alta montaña, pueden generar impactos ambientales con consecuencias de largo plazo para las comunidades y ecosistemas localizados aguas abajo. Teniendo como objetivo el desarrollo sustentable al que aspiramos como país, el desafío nacional entonces consiste no sólo en extraer minerales de manera eficiente y rentable generando riqueza y bienestar tanto a nivel local como nacional, sino proteger simultáneamente el ecosistema que contiene los factores y los recursos ambientales, evitando su deterioro y la pérdida del capital natural y social asociado, parte fundamental del patrimonio nacional. Con estos criterios en mente, el Tribunal ha analizado con especial atención los antecedentes relevantes disponibles en autos sobre los recursos hídricos involucrados en este proyecto, en todas sus formas y expresiones.

Septuagésimo cuarto: Que aclarado lo anterior, a continuación se analizará si la resolución reclamada se hace cargo correctamente de la evaluación del comportamiento de la

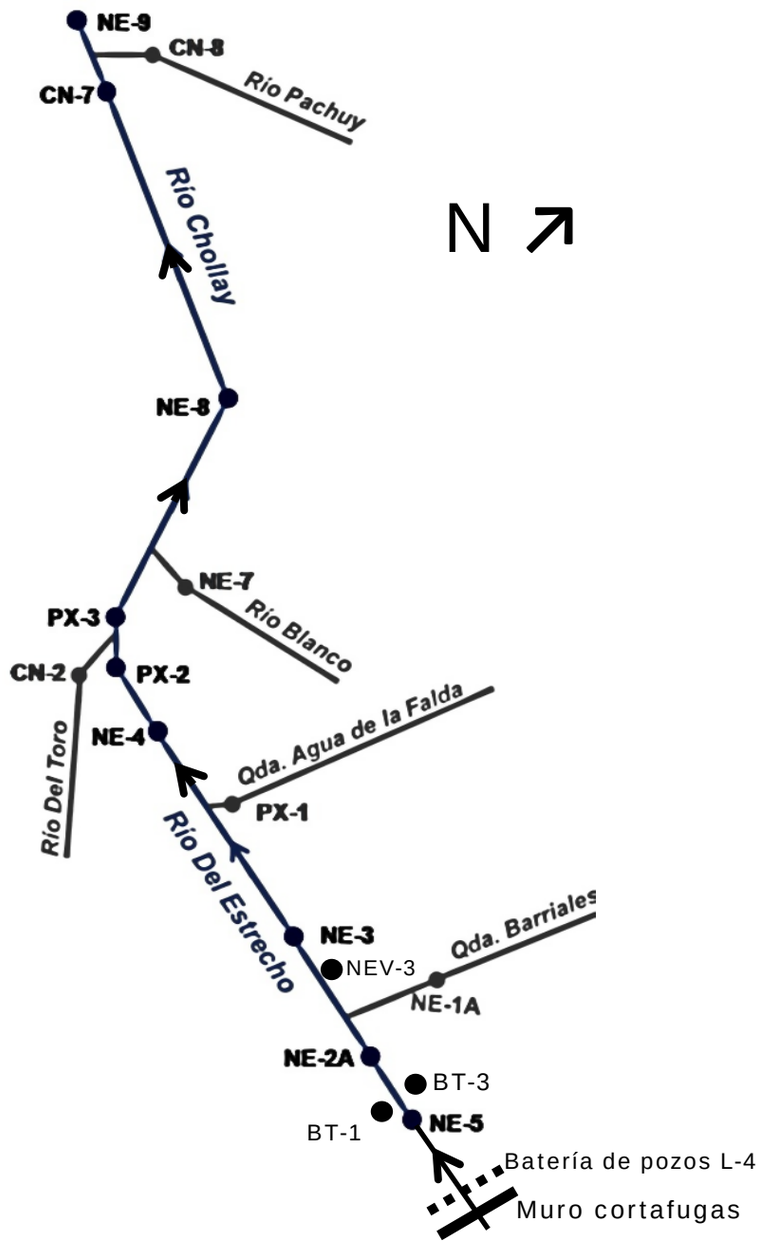
Compañía, en base a la información provista por ella misma y a la recogida en el proceso de fiscalización del proyecto, para determinar: i) si la "*Metodología de Cálculo de Niveles de Alerta*" contenida en la RCA fue o no debidamente modificada, como señala la Compañía; ii) si con la Metodología que efectivamente debía utilizar la Compañía, se omitió aplicar algún Plan de Emergencia o Preemergencia en el periodo fiscalizado por la SMA, debiendo hacerlo; iii) si la SMA funda en forma adecuada o no la calificación de los efectos de las descargas no autorizadas en la calidad de las aguas; iv) si, de los antecedentes disponibles en el procedimiento sancionatorio administrativo, era posible concluir o no que los actos y omisiones de la Compañía provocaron efectos negativos en la calidad de las aguas; y, v) si la SMA resolvió correcta y fundadamente el cargo relacionado con la verificación de valores de calidad de aguas en los pozos de monitoreo relacionados con el muro cortafuga, y la obligación asociada de profundizarlo;

Septuagésimo quinto: Que para este análisis, es necesario señalar que, en la RCA, se establecieron una serie de condiciones y medidas para evitar la alteración de las aguas, las que se resumen en: i) establecer un set de 9 parámetros de la calidad del agua como indicadores de Drenaje ácido de Roca (DAR); ii) monitorear dichos parámetros mensualmente en 17 puntos de control a lo largo de la cuenca del río Estrecho y sus afluentes, de los cuales 5 son señalados como principales (NE-5, NE-2A, NE-3, NE-4 y NE-8); iii) establecer niveles de alerta de calidad del agua para implementar planes de pre y emergencia en caso de superarse los niveles establecidos a partir de los antecedentes de Línea de Base del proceso de evaluación de impacto ambiental; iv) en la consideración 9.8 de la RCA 24 se estableció además, que el titular, previo al inicio de la construcción del proyecto, debía calcular los niveles de alerta en base al percentil 66% de los valores de la Línea de Base en cada uno de los 5 puntos principales de muestreo y control; v) el titular del proyecto deberá "*mantener los niveles de línea base de calidad de las aguas en la cuenca, aguas abajo del punto NE-5*"; vi) el titular deberá monitorear

el cumplimiento de NCh N° 1.333 en el punto NE-4 y de la NCh N° 409 en el punto NE-8. Además, vii) el punto 9.17 de la RCA estableció que, de encontrarse alteraciones a la calidad de las aguas subterráneas, el muro cortafugas debía ser profundizado.

Septuagésimo sexto: Que, conforme a lo anterior, este Tribunal, investigó el comportamiento de las variables mencionadas anteriormente en las cuencas y subcuencas influenciadas por el proyecto, las cuales se muestran en el Diagrama N° 1 siguiente.

Diagrama N°1: Esquema de la ubicación de puntos y pozos de monitoreo de la calidad del agua en la cuenca del río Estrecho/Chollay y sus afluentes.



Fuente: Modificado de "Informe Programa de Monitoreo de Aguas, Julio 2012-Junio 2013, Proyecto Pascua-Lama" elaborado por Proust Consultores Ltda, para Compañía Minera Nevada en Agosto 2013.

Septuagésimo séptimo: Que, como se aprecia en el Diagrama anterior, la cuenca principal corresponde al río Estrecho, que luego da forma al río Chollay, incorporando los afluentes de las subcuencas de los ríos Blanco, Del Toro y Pachuy, y las quebradas Barriales y De la Falda. Este río Estrecho/Chollay (también referido simplemente como Estrecho en el texto), fluye (indicado por las flechas), en general, en dirección nor-poniente desde el área del proyecto, convirtiéndose en un afluente del río Conay, para incorporarse a la cuenca del río El Tránsito y finalmente al río Huasco. A lo largo de la cuenca del mismo, en dirección aguas abajo del proyecto Pascua-Lama, se encuentran las estaciones de monitoreo o puntos de control de las aguas superficiales NE-5, NE-2A, NE-3, NE-4, PX-2, PX-3, NE-8, CN-7, NE-9. Asimismo, en las subcuencas, encontramos los puntos de control NE-1A (en la Quebrada Barriales), PX-1 (en la Quebrada Agua de la Falda), CN-2 (río Del Toro), NE-7 (río Blanco) y CN-8 (río Pachuy). Además, en la cuenca alta del río Estrecho, y como parte del sistema de manejo de aguas de contacto del depósito de estériles, el proyecto consideró la construcción de un muro cortafugas destinado a capturar las aguas que pudieran infiltrarse para su posterior tratamiento, con el fin de evitar la contaminación de las aguas subterráneas con aguas de contacto, además de varios pozos de monitoreo de aguas subterráneas, denominados L4-PM1 al L4-PM5, BT-1, BT-2, BT-3, NEV-3, entre otros.

Septuagésimo octavo: Que, de acuerdo a lo señalado, los indicadores clave de la calidad del agua, monitoreados en los pozos indicados en el diagrama, entre otros, son los siguientes:

1. **Caudales**: Parámetro que mide la cantidad o flujo de agua que baja por una determinada cuenca en cada momento del tiempo, medido en litros por segundo (L/s).

2. **Turbidez**: Parámetro que mide la turbiedad de las aguas y que se encuentra regulado en la NCh N° 409 sobre calidad del agua potable, aplicable al proyecto en las condiciones que se

indican más adelante. Este parámetro ha sido recurrentemente mencionado por los reclamantes como un indicador de los impactos que ha tenido el proyecto sobre la calidad de las aguas. Y,

3. **Indicadores de Drenaje Ácido de Roca (DAR)**: Estos indicadores, son parámetros característicos y representativos cuya observación revelaría indicios de que el proceso denominado "Drenaje Ácido de Roca", consistente en la lixiviación de rocas debido a su contacto con el agua, está ocurriendo y, sobre lo cual, se debe ejercer supervisión y control, para evitar que su escurrimiento o infiltración genere impactos sobre el agua y los recursos naturales y la salud de las personas. Los parámetros establecidos como indicadores de DAR en el agua son: pH, indicador de la acidez o no acidez (basicidad o alcalinidad) del agua. La norma para el agua potable chilena tolera un rango de acidez entre pH 6,5 y 8,5. El agua se consideraría ácida si el pH está por debajo de 6,5 y básica si este parámetro supera 8,5. Es decir, a menor valor de pH mayor acidez; Aluminio (Al); Arsénico (As); Cobre (Cu); Fierro (Fe) y Manganeso (Mn); Conductividad Eléctrica (CE, una medida de la salinidad)); y Sulfatos (SO4). El contenido de estos parámetros en el agua se encuentra regulado en la RCA, en relación a la Línea de Base del recurso agua o las normas NCh N° 409 de agua potable o NCh N° 1.333 de agua para diferentes usos, de la manera que se explicará más adelante, cuando se analice lo referente al uso de la Adaptación Metodológica propuesta por el Titular, la aplicación de los planes de respuesta y la contaminación o alteración de la calidad del agua, reclamadas en esta causa.

Septuagésimo noveno: Que, en cuanto a la alegación realizada por los reclamantes sobre la utilización de una metodología de cálculo de niveles de alerta de calidad de aguas no autorizada, que utilizaría niveles más permisivos que los contemplados en la RCA, este Tribunal confirmó que consta en el expediente que dicha propuesta de la Compañía, si bien fue rechazada originalmente por el Director Regional del SEA de Atacama (Carta D.R. N° 225 del 13 de marzo de 2012, fojas 8414

del Expediente de Seguimiento y Fiscalización, Proyecto Pascua Lama, SEA Región de Atacama), posteriormente el Director Ejecutivo del SEA (S) -conociendo de una "reconsideración"- la eximió de ingresar al SEIA por no considerarla una actividad que importara un cambio significativo al proyecto en Carta D.E. N° 120941, del 7 de junio de 2012, confirmado más tarde por el Director Ejecutivo del SEA en Carta D.E. N° 130900, del 4 de junio de 2013, (fs. 9289 y 11333, ambas del Expediente de Seguimiento y Fiscalización, Proyecto Pascua Lama, SEA Región de Atacama).

Octogésimo: Que este Tribunal 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 Pascual-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. Por lo tanto, llama poderosamente la atención que la SMA no haya reparado en este hecho y, por el contrario, haya validado en esta sede el uso de la metodología propuesta.

Octogésimo primero: Que, existiendo el deber del titular de dar seguimiento a la evolución de las variables ambientales vinculadas a la ejecución del proyecto, el Tribunal entiende que este debió iniciarse al momento de comenzar su construcción, debiendo entonces regirse el Titular por la metodología señalada en la RCA, no aplicándosele los cambios de la "*Propuesta de Adaptación Metodológica para la Fase de*

Operación" (en adelante, "propuesta de adaptación metodológica"), contenido en el informe "*Niveles de Alerta de Calidad del Agua Proyecto Pascua Lama*", elaborado por Proust Consultores Ltda. a solicitud de la Compañía, pues ésta solo aplicaría -como ya se ha dicho- una vez terminado el primer mes y año de operación del proyecto. De esta manera, el Tribunal concluye, en base a toda la información que consta en el expediente, que la Propuesta de Adaptación Metodológica referida -y, por lo tanto, los niveles de alerta más laxos- no son aplicables a la Fase de Construcción del Proyecto.

Octogésimo segundo: Que, por otra parte, en la "Sección 5: Recomendaciones" del informe referido, el titular señala: "*Se recomienda actualizar el cálculo de los Niveles de Alerta de calidad del agua, empleando la propuesta de adaptación metodológica, con la información de línea base que se genere hasta el momento en que el Proyecto Pascua-Lama dé inicio a la disposición de lastre en el sector del depósito de estériles Nevada Norte […]*". Al respecto este Tribunal puntualiza que esta pretensión del Titular tendría por resultado una nueva Línea de Base que incluiría parte importante de la Fase de Construcción, a saber, todas las obras y actividades previas al inicio de la disposición de estériles, indicadas en el punto 4.3.1 de la RCA, cuyos efectos son precisamente los que motivaron las alegaciones en torno a la eventual afectación de la calidad de las aguas del río Estrecho/Chollay y la cuenca del río Huasco, debido a la potencial contravención de la condición de "[…]*mantener los niveles de línea base de calidad de las aguas en la cuenca, aguas abajo del punto NE-5* [...]" establecida en la RCA, entre otras, siendo justamente ésta una de las razones que ha motivado el inicio del presente proceso de reclamación.

Octogésimo tercero: Que conforme a lo anterior y en lo que atinge a la determinación de la Línea de Base de calidad del agua, es preciso señalar que la RCA indica claramente que "*En el siguiente cuadro se señalan las concentraciones de línea base de los parámetros indicadores de acidificación que se emplearán como indicadores de impacto. Los valores corresponden*

al criterio de activación de planes de respuesta en el río El Estrecho […]" (RCA, punto 4.4.2.b, p. 123). Estos niveles, según lo indicado más adelante en la RCA (punto 9.8), fueron ajustados posteriormente en base al percentil 66% y presentados a la CONAMA Atacama previo al inicio de la Fase de Construcción (Informe – Niveles de Alerta de Calidad del Agua, entregado a la CONAMA Atacama con fecha 16/1/2008 y que consta en el Acta COREMA del 10/12/2008), y se reproducen a continuación:

Niveles de Alerta Según Resolución N° 24

Punto de Control	Parámetro	Invierno	Primavera	Verano	Otoño
NE-5	Al (mg/L)	80,7	81,2	45,6	36,6
	As (mg/L)	0,0001	0,0001	0,0001	0,0001
	Cond. Elec. (uS/cm)	1618	1885	1210	1161
	Cu (mg/L)	2,0	2,1	1,10	1,2
	Fe (mg/L)	4,6	4,7	3,8	3,3
	Fe Disuelto (mg/L)	2,4	0,9	2,0	2,7
	Mn (mg/L)	28,0	31	19,3	18
	pH	3,8	3,6	3,8	3,8
	SO_4 (mg/L)	1.053	1.233	746	712
	Zn (mg/L)	13,7	15,1	6,4	8,5
NE-2A	Al (mg/L)	33,0	28,1	23,3	26,0
	As (mg/L)	0,0001	0,0001	0,0001	0,0002
	Cond. Elec. (uS/cm)	1075	1004	833	849
	Cu (mg/L)	0,67	0,64	0,67	0,71
	Fe (mg/L)	2,7	2,3	1,9	2,5
	Mn (mg/L)	12,5	11,5	10,5	12,1
	pH	4,4	4,2	4,2	4,2
	SO_4 (mg/L)	578	535	474	528
	Zn (mg/L)	6,0	5,4	4,6	5,1
NE-3	Al (mg/L)	9,3	11,0	11,1	10,1
	As (mg/L)	0,015	0,013	0,003	0,008
	Cond. Elec. (uS/cm)	460	406	469	449
	Cu (mg/L)	0,23	0,31	0,24	0,26
	Fe (mg/L)	0,9	1,0	1,0	0,6
	Mn (mg/L)	3,6	3,7	3,2	3,9
	pH	4,6	4,6	4,5	4,6
	SO4 (mg/L)	241	221	242	267
	Zn (mg/L)	1,8	1,7	1,5	1,8
NE-4	Al (mg/L)	3,5	3,4	3,4	4,1
	As (mg/L)	0,0001	0,0001	0,0009	0,0020
	Cond. Elec. (uS/cm)	331	314	320	343
	Cu (mg/L)	0,14	0,10	0,15	0,16
	Fe (mg/L)	0,49	0,54	0,63	0,68
	Mn (mg/L)	1,6	1,6	1,9	2,2
	pH	6,6	6,7	6,5	6,1
	SO_4 (mg/L)	130	132	137	160
	Zn (mg/L)	0,9	0,7	0,9	1,2
NE-8	Al (mg/L)	2,3	3,1	5,0	5,0
	As (mg/L)	0,0003	0,0001	0,0003	0,0001
	Cond. Elec. (uS/cm)	357	374	432	420
	Cu (mg/L)	0,03	0,02	0,06	0,05
	Fe (mg/L)	0,2	0,3	0,5	0,7
	Mn (mg/L)	0,7	0,7	0,9	0,9
	pH	7,4	7,1	6,4	7,0
	SO_4 (mg/L)	131	144	184	180
	Zn (mg/L)	0,2	0,2	0,3	0,4

Fuente: Informe niveles de alerta de calidad del agua Proyecto Pascua-Lama, elaborado por Proust Consultores Limitada para Compañía Minera Nevada, Noviembre 2007, Rev.0.

Octogésimo cuarto: Que, por tanto, para analizar si hubo o no contravención al compromiso señalado anteriormente y a la aplicación eventual de los Planes de Emergencia o Preemergencia comprometidos, los valores a utilizar corresponderían a los niveles de alerta calculados con el percentil 66% de los registros de la Línea de Base (condición 9.8 de la RCA) y las correspondientes normas aplicables (NCH N° 409, NCH N° 1.333) establecidas en la RCA, y no a los límites de la propuesta de adaptación metodológica. De demostrarse, a partir de dicho análisis, la contravención de la RCA, la SMA debió haberse pronunciado respecto a la alteración de la calidad del agua en la resolución reclamada.

Octogésimo quinto: Que, dicho esto, en las figuras siguientes se presenta la información de los valores de los monitoreos reportados por el propio titular, disponibles desde el inicio de las obras y actividades de construcción del Proyecto, comparándolos con los niveles de Línea de Base establecidos en la RCA e indicados más arriba.

Figura N°1.Variación de la calidad del agua superficial en base a los indicadores de drenaje ácido en NE-2A, río Estrecho (2001-2013).

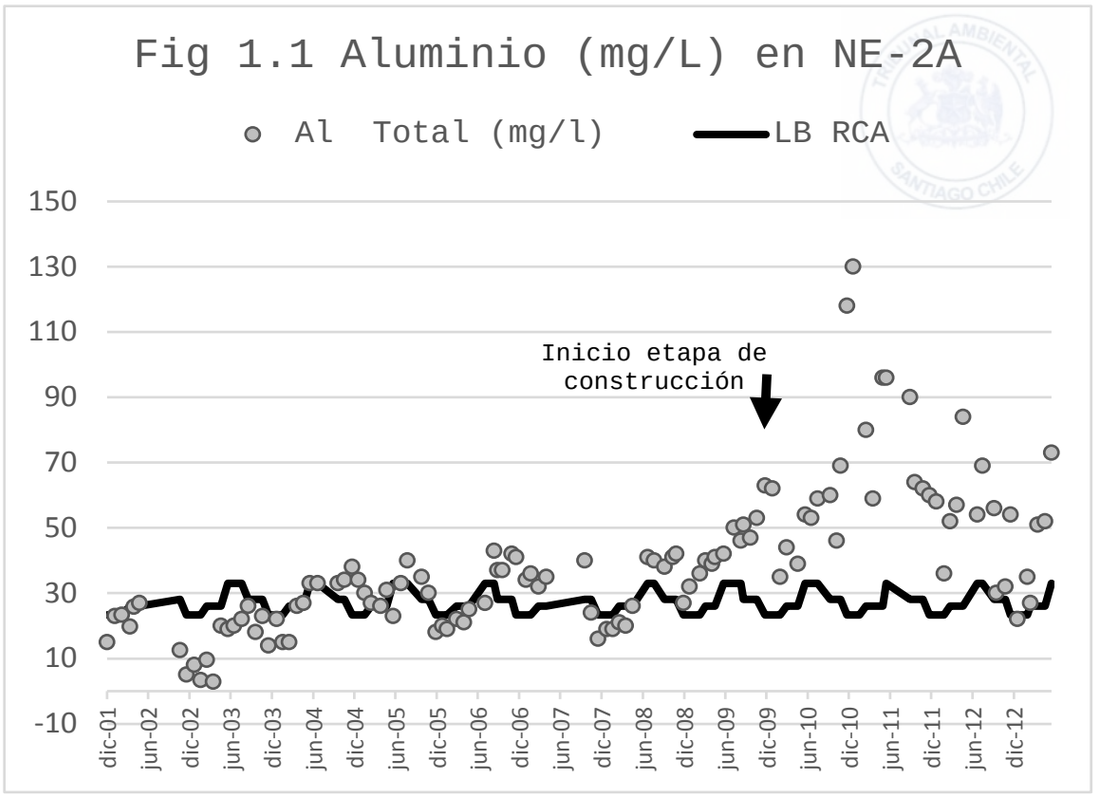


Fig. 1.2 Arsénico (mg/L) en NE-2A

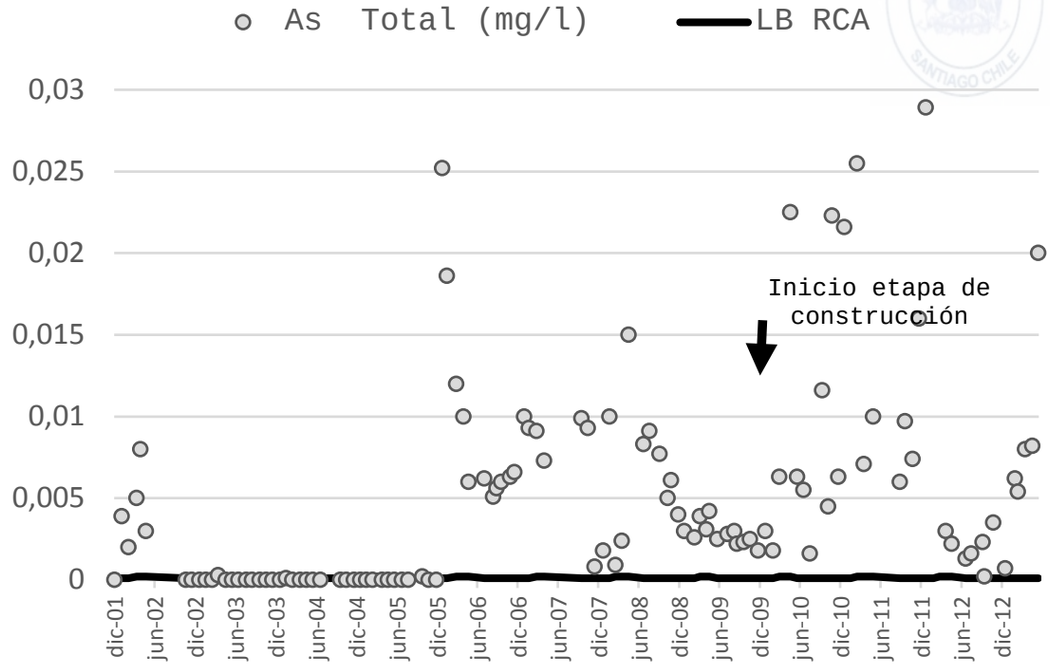


Fig. 1.3 Conductividad Eléctrica en NE-2A

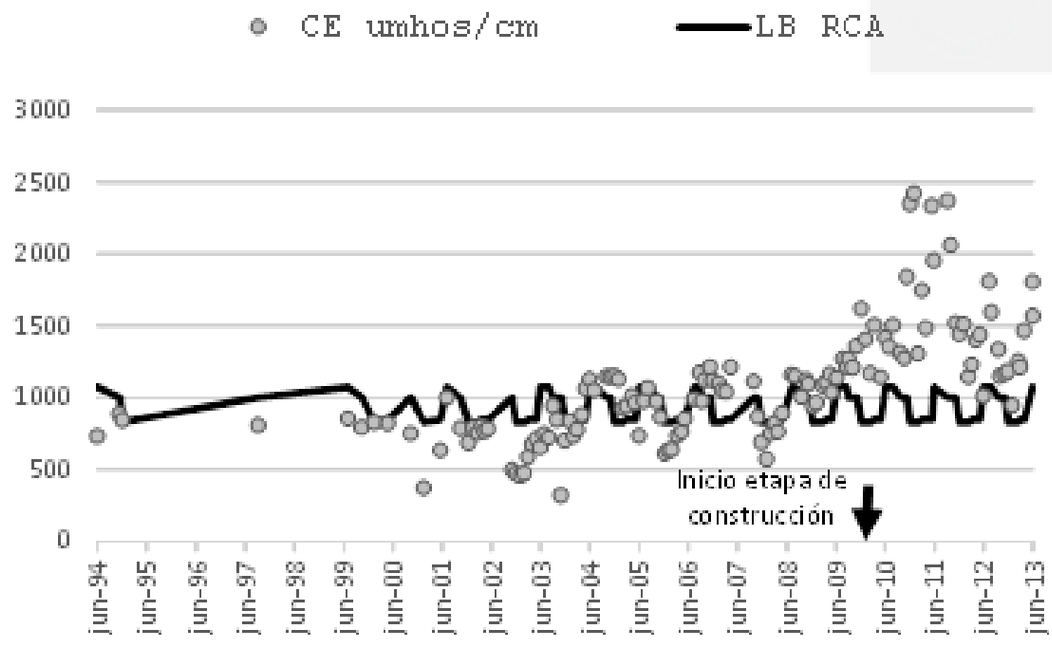


Fig. 1.4 Cobre (mg/L) en NE-2A

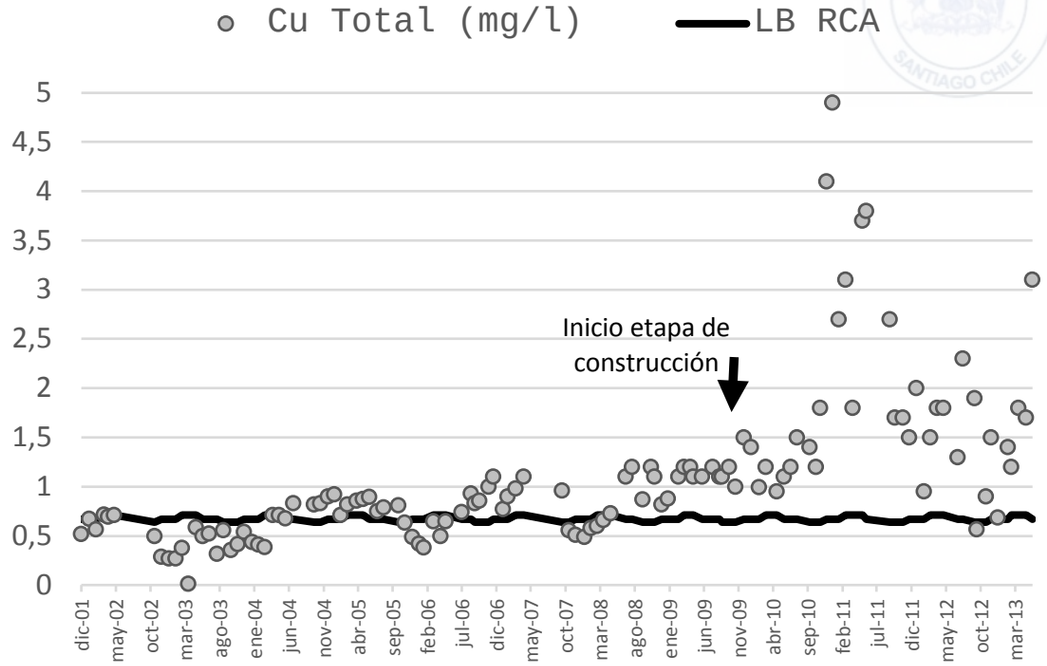


Fig. 1.5 Hierro (mg/L) en NE-2A

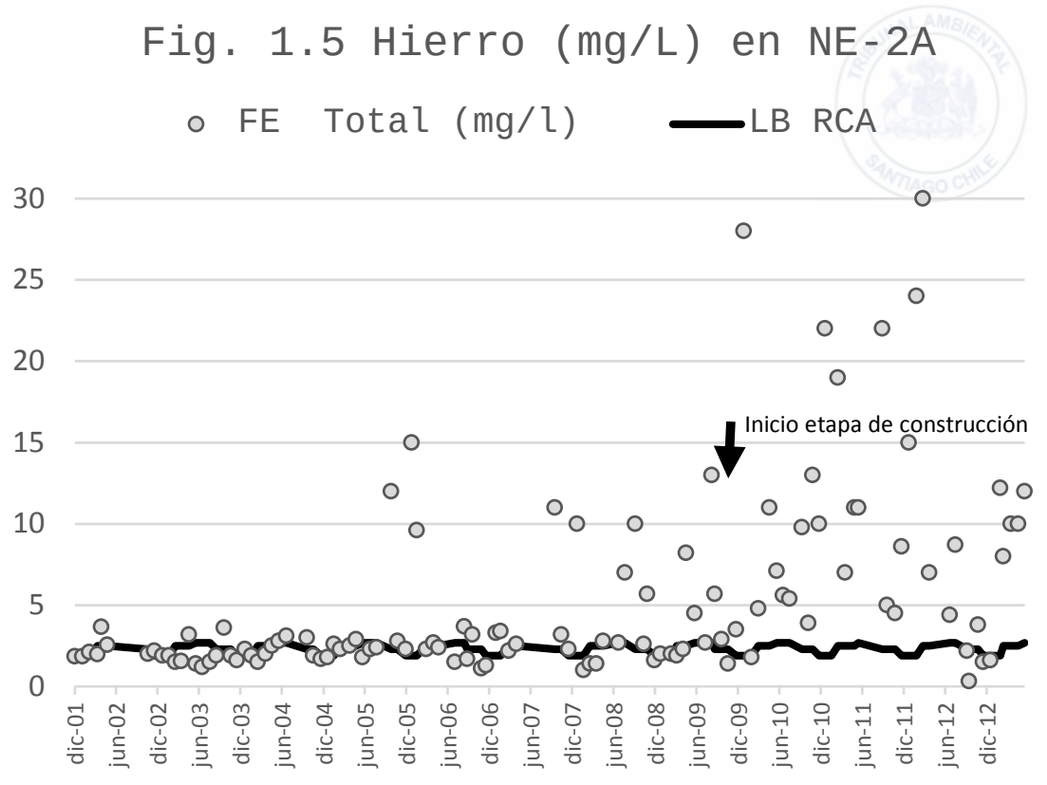


Fig. 1.6 Manganeso (mg/L) en NE-2A

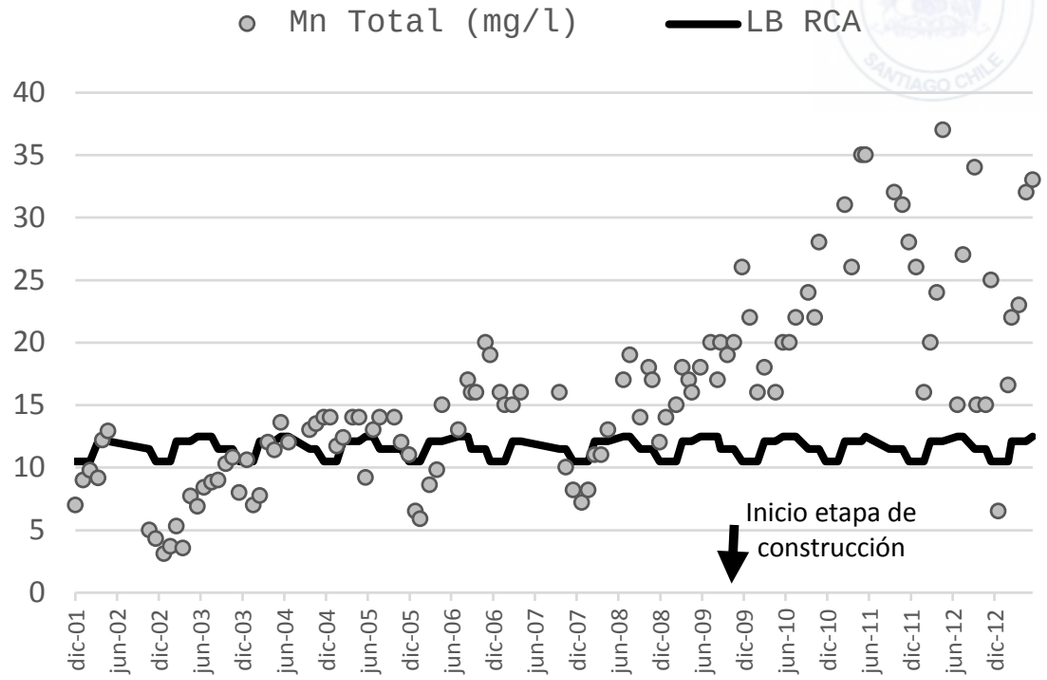


Fig. 1.7 Acidez (pH) en NE-2A

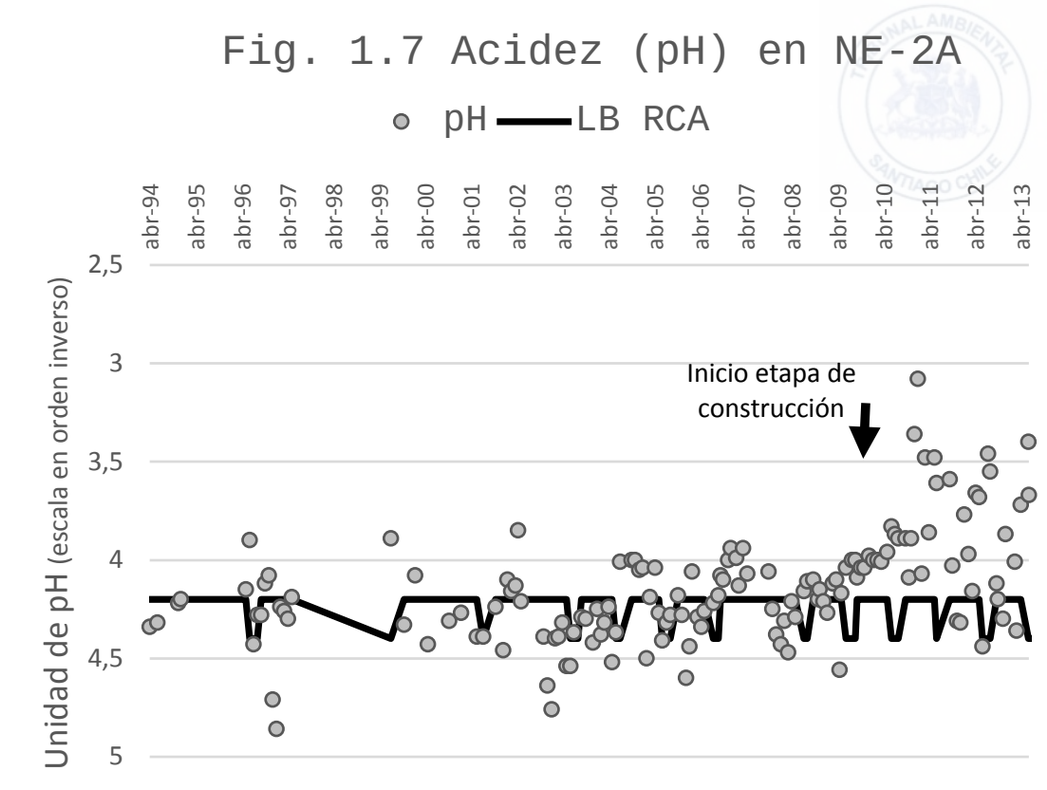


Fig. 1.8 Sulfatos (mg/l) en NE-2A

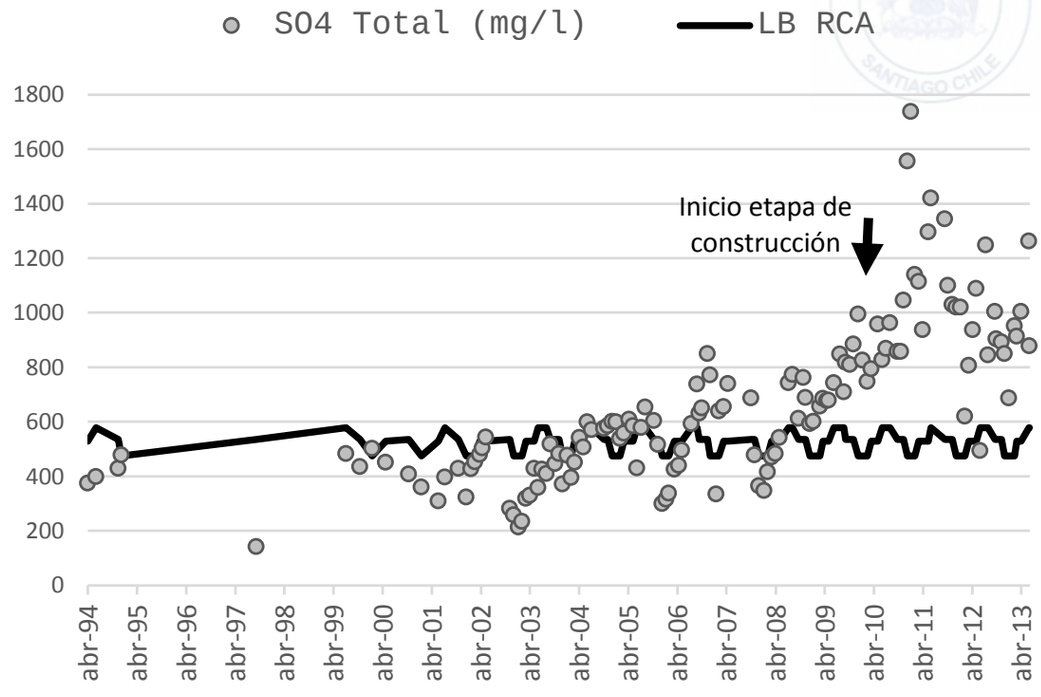
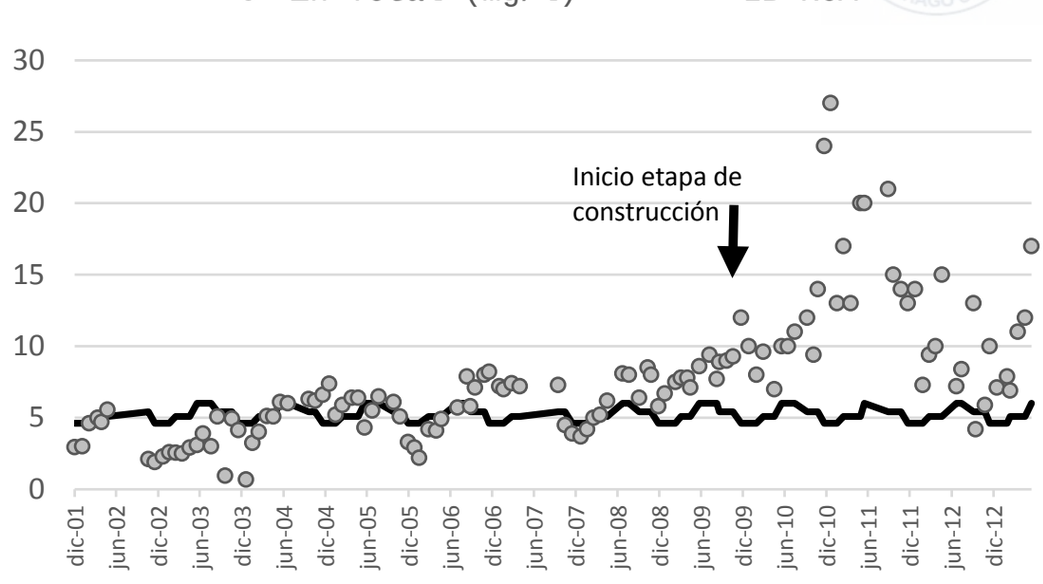
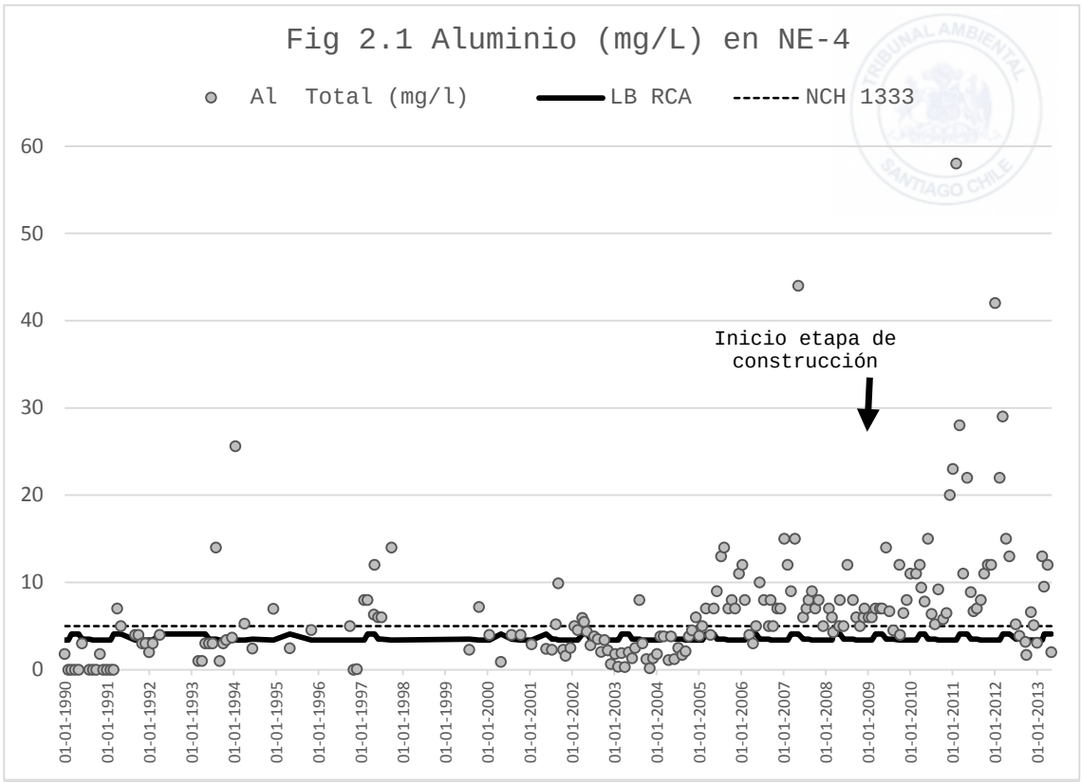


Fig. 1.9 Concentración de Zinc en NE-2A (2001-2013)



Fuente: Elaboración del Tribunal, a partir de la información provista por el titular del proyecto (EIA, Adenda e Informes de monitoreo que constan en el expediente de la causa)

Figura N°2.Variación de la calidad del agua superficial en base a los indicadores de drenaje ácido en NE-4, río Estrecho (2001-2013).



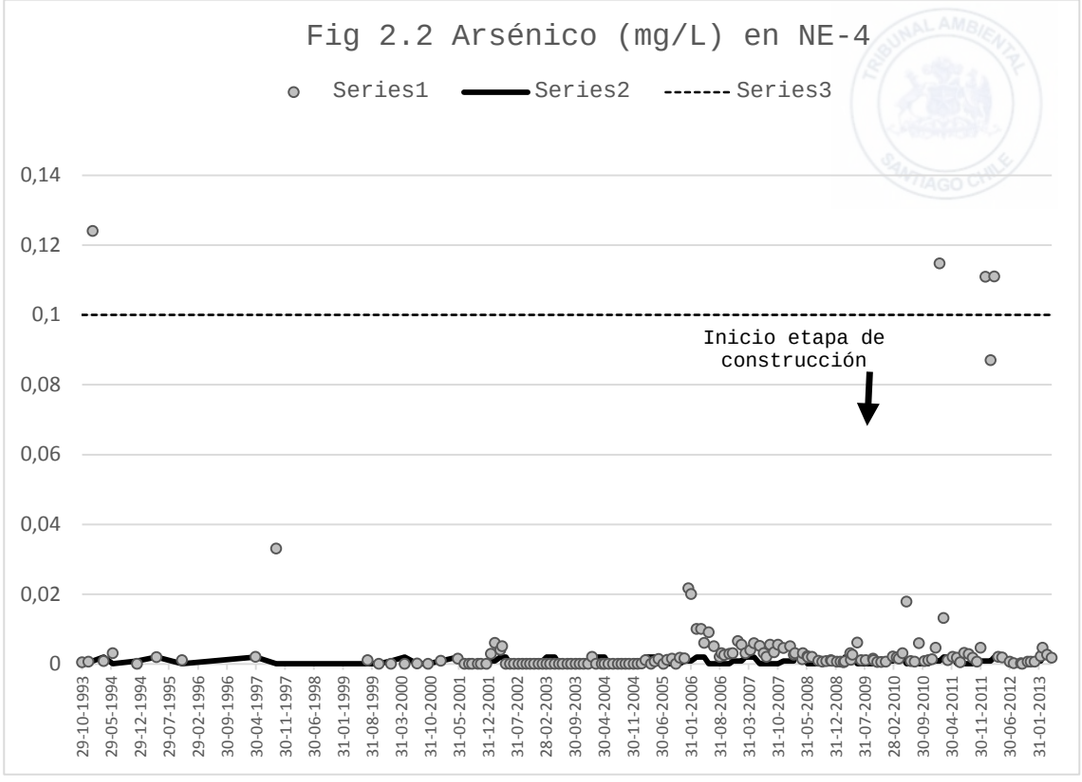


Fig 2.3 Conductividad Eléctrica(umho/cm) en NE-4

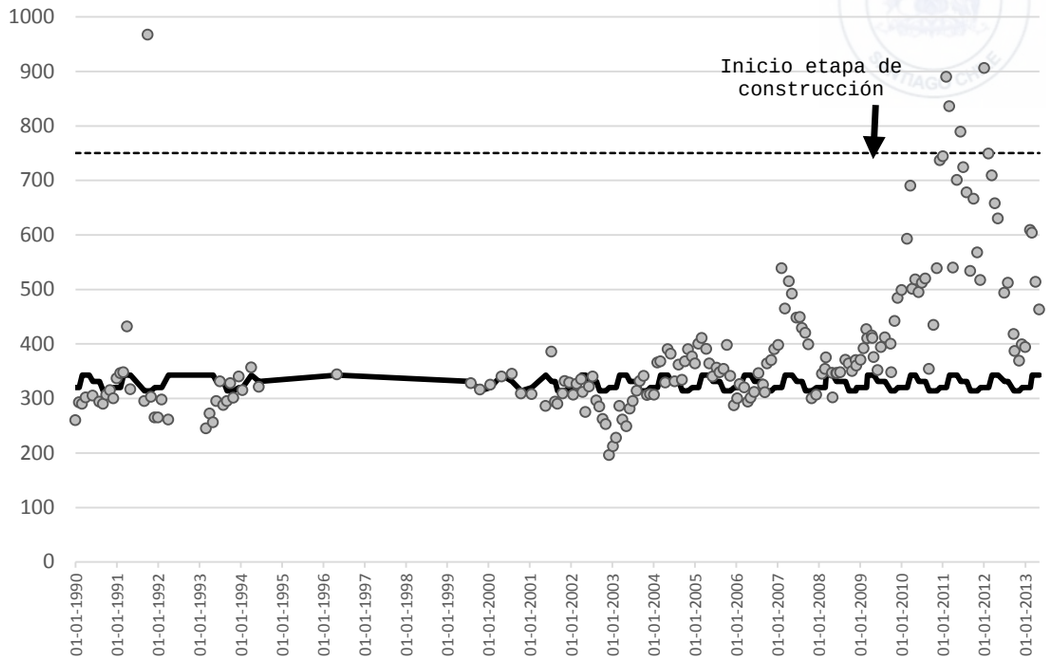


Fig 2.4 Cobre (mg/L) en NE-4

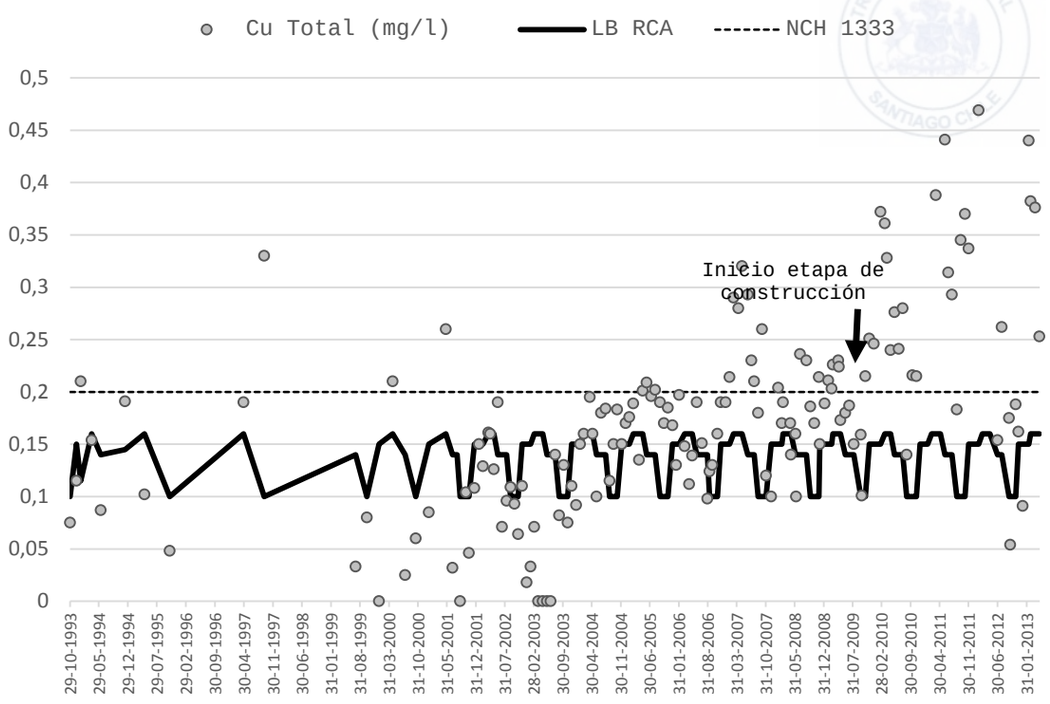


Fig 2.5 Hierro(mg/L) en NE-4

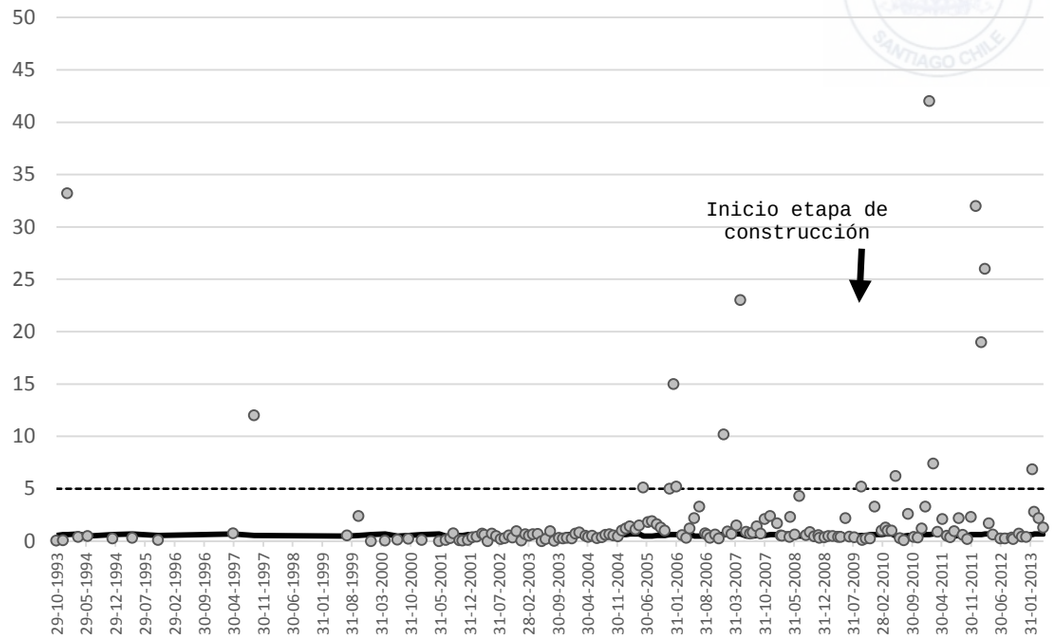
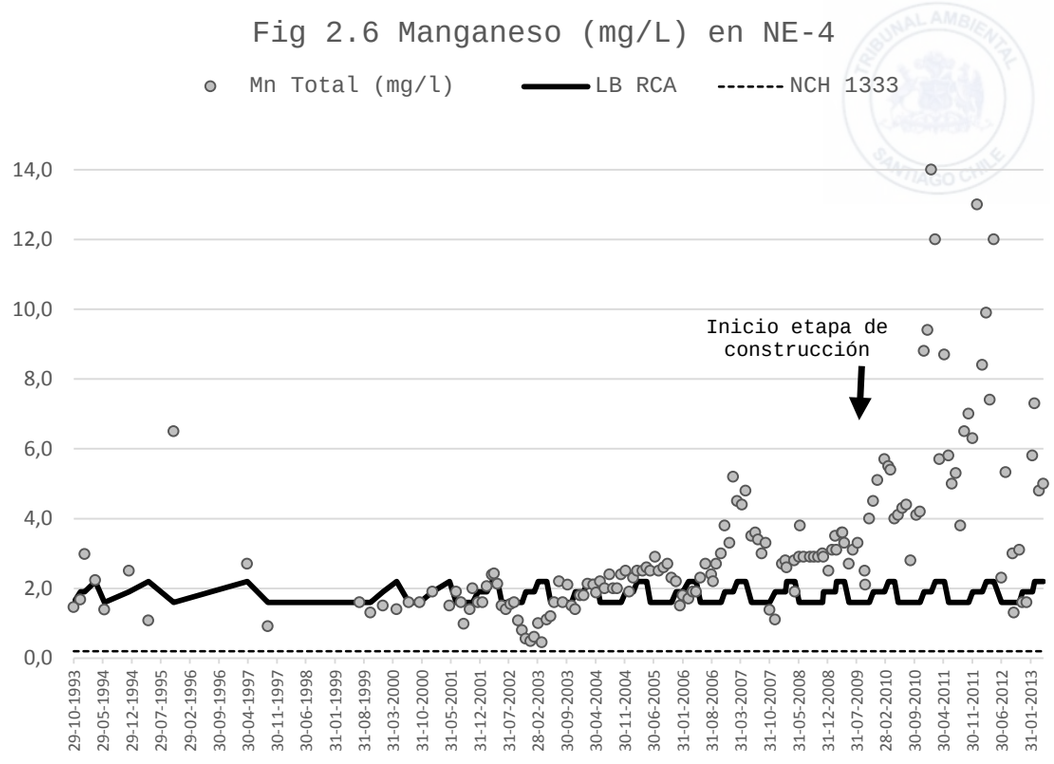


Fig 2.6 Manganeso (mg/L) en NE-4



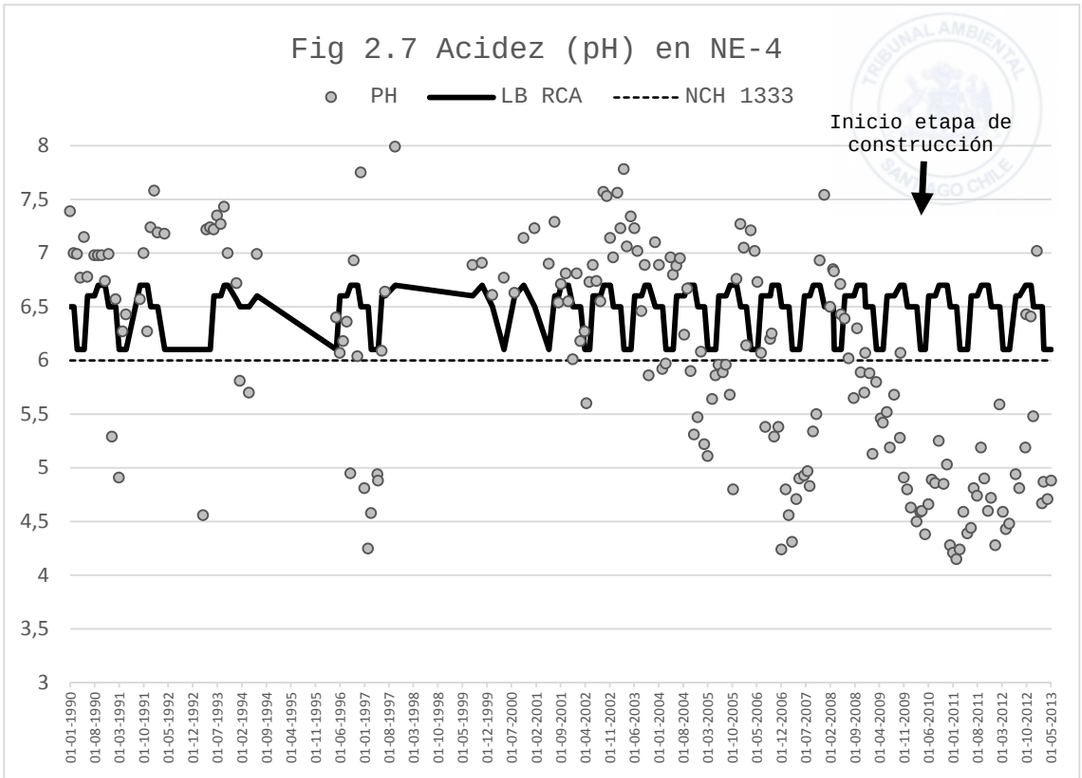


Fig 2.7 Acidez (pH) en NE-4
PH
LB RCA
NCH 1333
Inicio etapa de construcción
8
7,5
7
6,5
6
5,5
5
4,5
4
3,5
3
01-01-1990
01-08-1990
01-03-1991
01-10-1991
01-05-1992
01-12-1992
01-07-1993
01-02-1994
01-09-1994
01-04-1995
01-11-1995
01-06-1996
01-01-1997
01-08-1997
01-03-1998
01-10-1998
01-05-1999
01-12-1999
01-07-2000
01-02-2001
01-09-2001
01-04-2002
01-11-2002
01-06-2003
01-01-2004
01-08-2004
01-03-2005
01-10-2005
01-05-2006
01-12-2006
01-07-2007
01-02-2008
01-09-2008
01-04-2009
01-11-2009
01-06-2010
01-01-2011
01-08-2011
01-03-2012
01-10-2012
01-05-2013

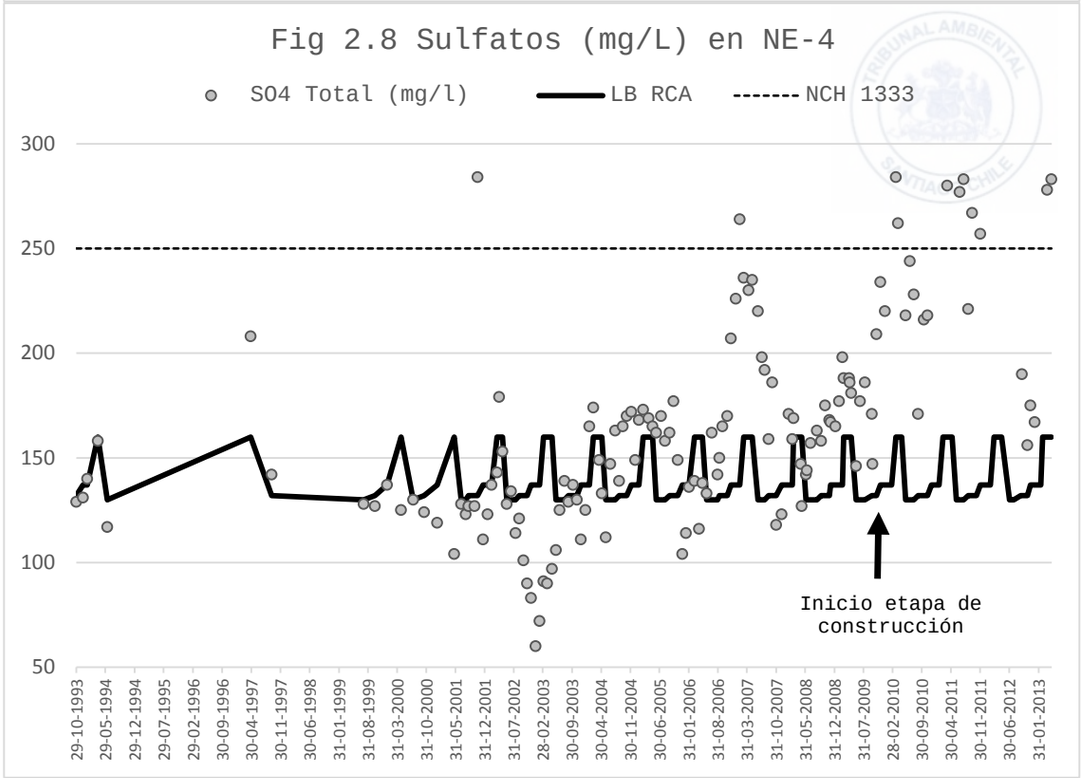
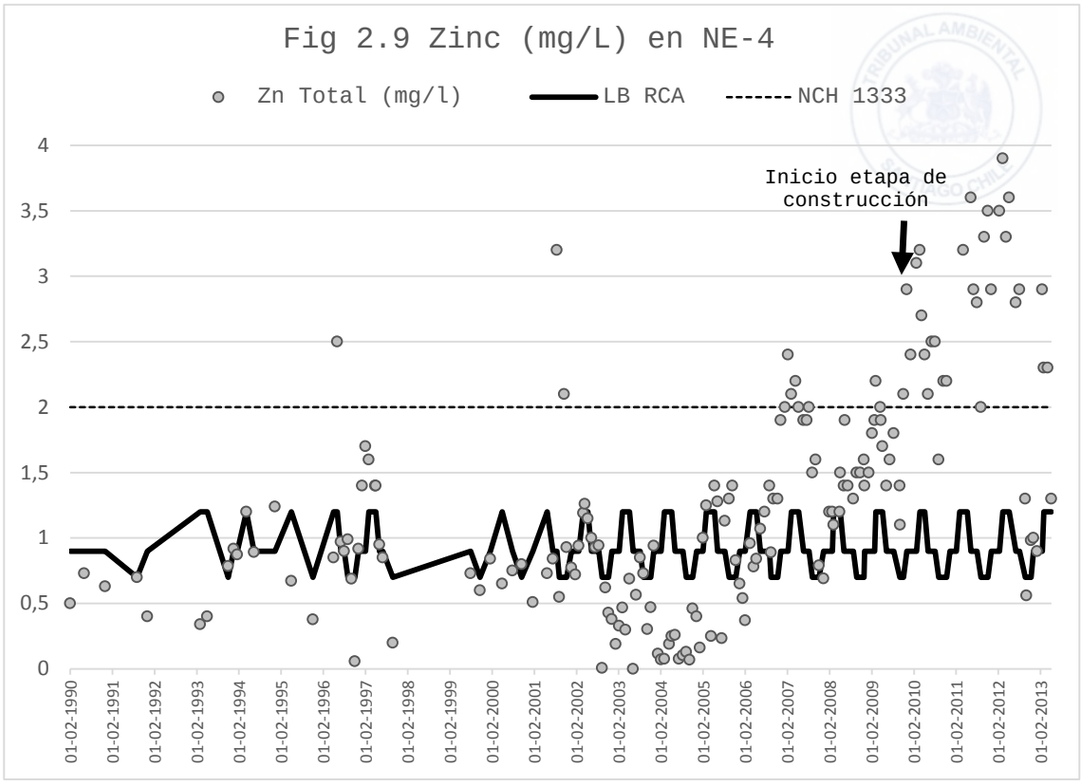


Fig 2.8 Sulfatos (mg/L) en NE-4
SO4 Total (mg/l)
LB RCA
NCH 1333
Inicio etapa de construcción
300
250
200
150
100
50
29-10-1993
29-05-1994
29-12-1994
29-07-1995
29-02-1996
30-09-1996
30-04-1997
30-11-1997
30-06-1998
31-01-1999
31-08-1999
31-03-2000
31-10-2000
31-05-2001
31-12-2001
31-07-2002
28-02-2003
30-09-2003
30-04-2004
30-11-2004
30-06-2005
31-01-2006
31-08-2006
31-03-2007
31-10-2007
31-05-2008
31-12-2008
31-07-2009
28-02-2010
30-09-2010
30-04-2011
30-11-2011
30-06-2012
31-01-2013



Fuente: Elaboración del Tribunal, a partir de la información provista por el titular del proyecto (EIA, Adenda e Informes de monitoreo que constan en el expediente de la causa)

Figura N°3.Variación de la calidad del agua superficial en base a los indicadores de drenaje ácido en NE-8, río Estrecho (2001-2013).

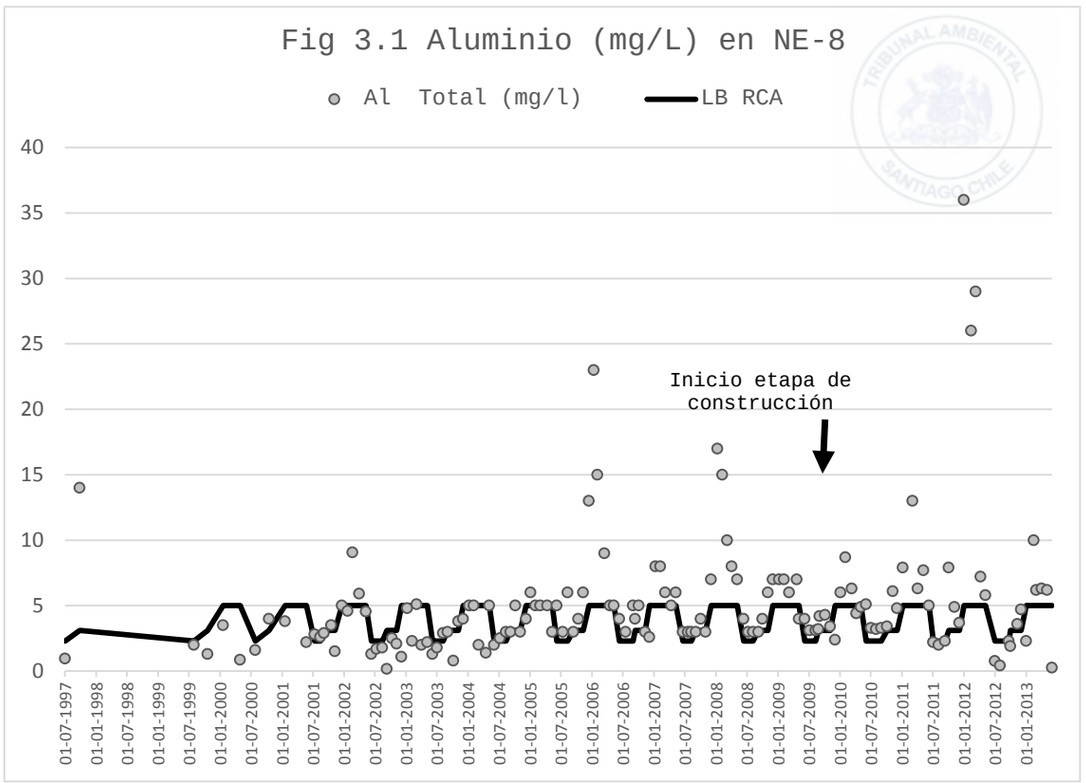


Fig 3.2 Arsénico (mg/L) en NE-8

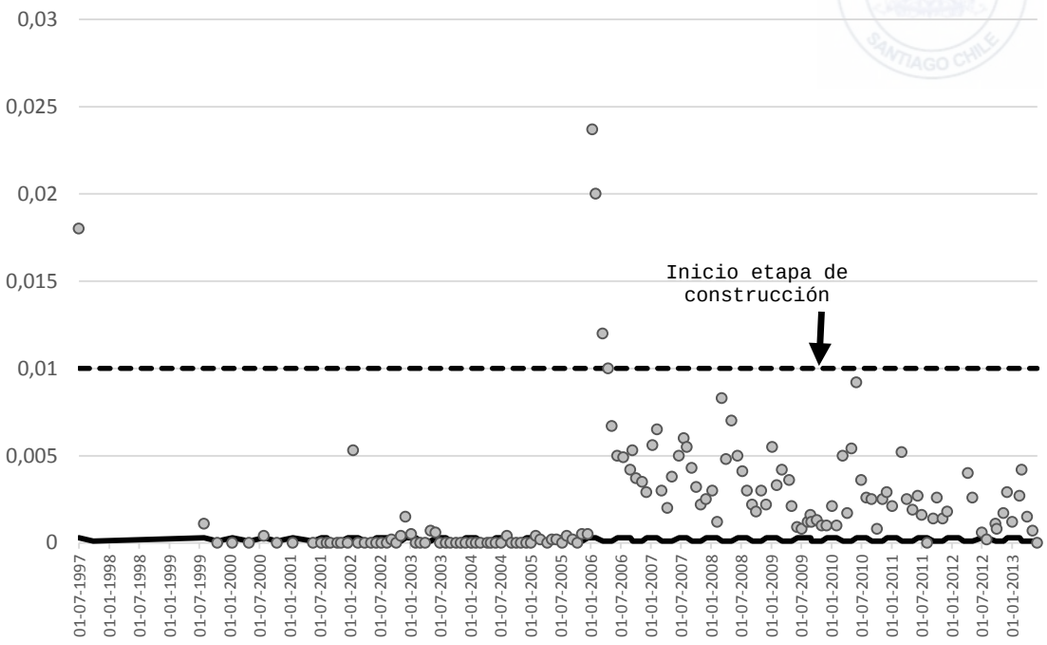


Fig 3.3 CE (umho) en NE-8

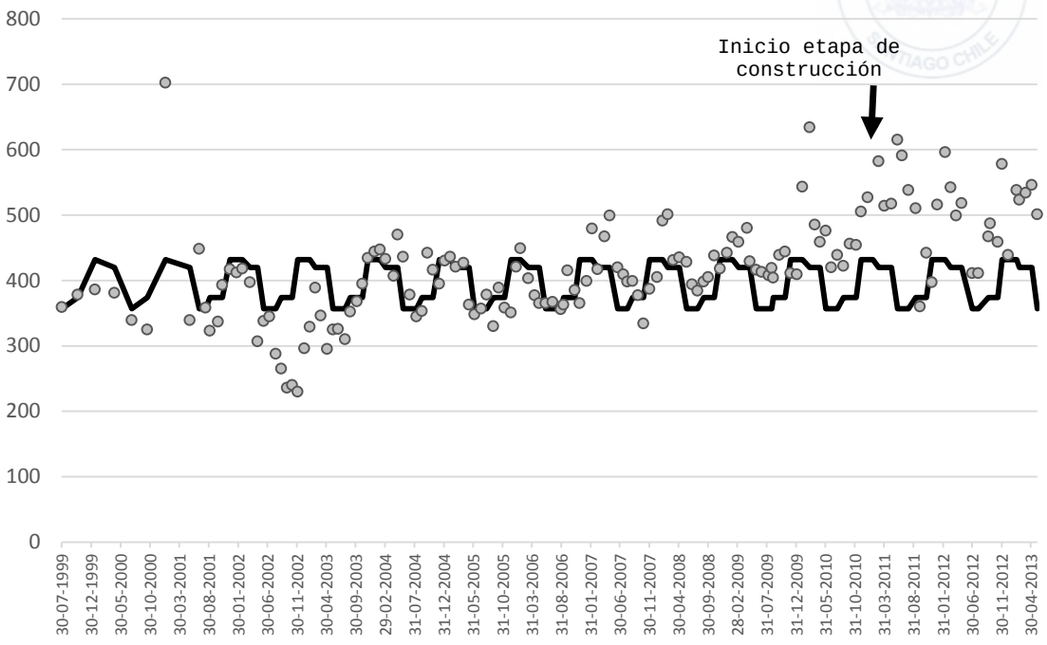


Fig 3.4 Cobre (mg/L) en NE-8

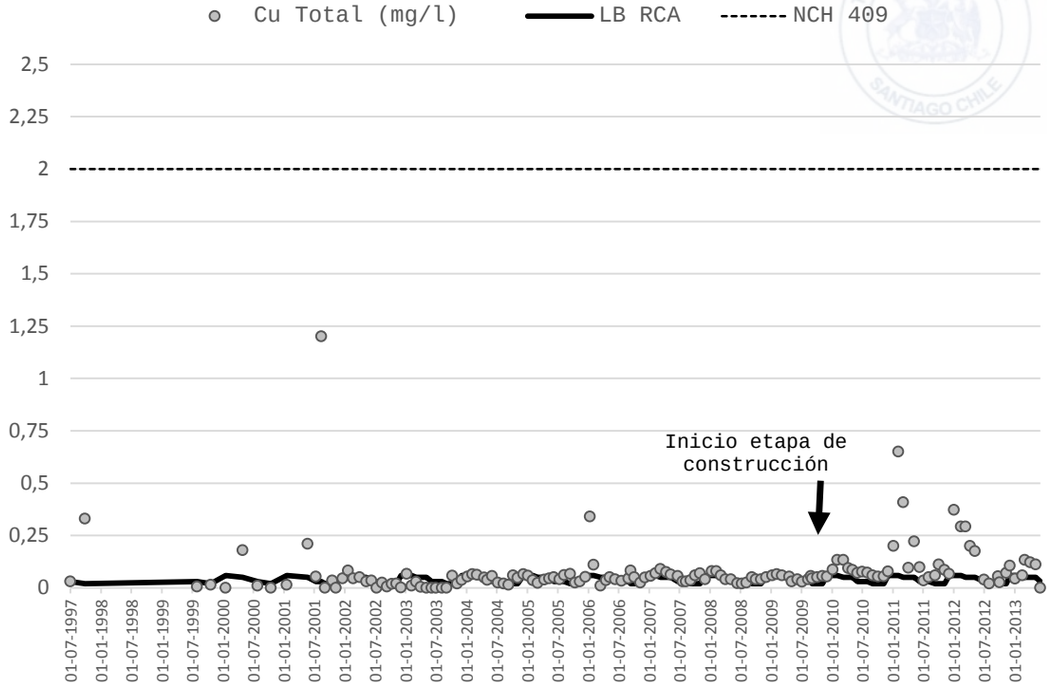


Fig 3.5 Hierro(mg/L) en NE-8

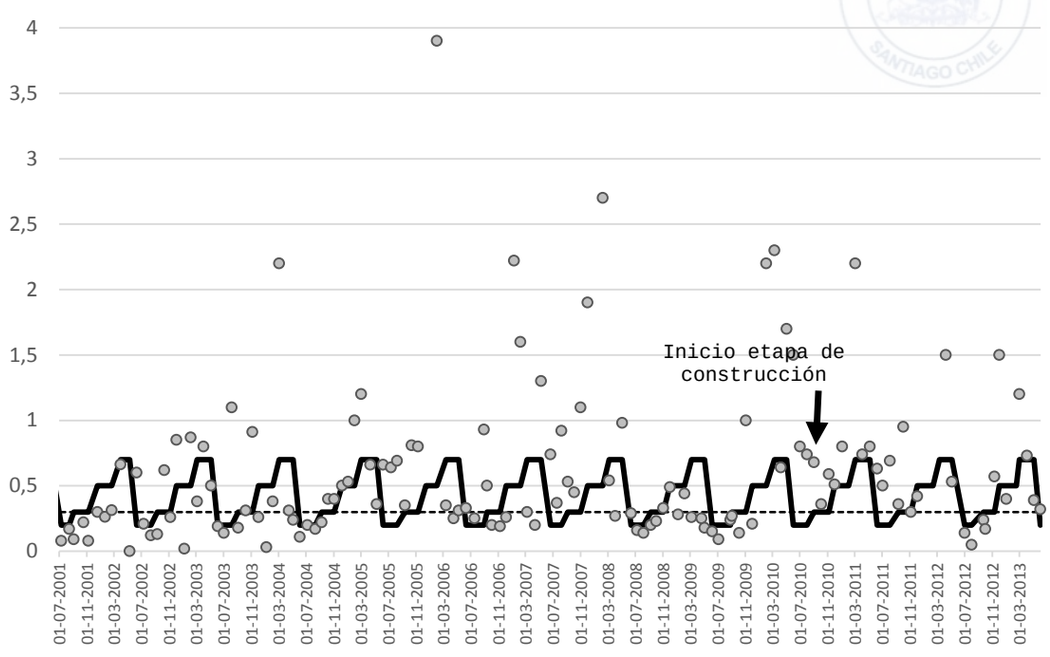


Fig 3.6 Manganeso (mg/L) en NE-8

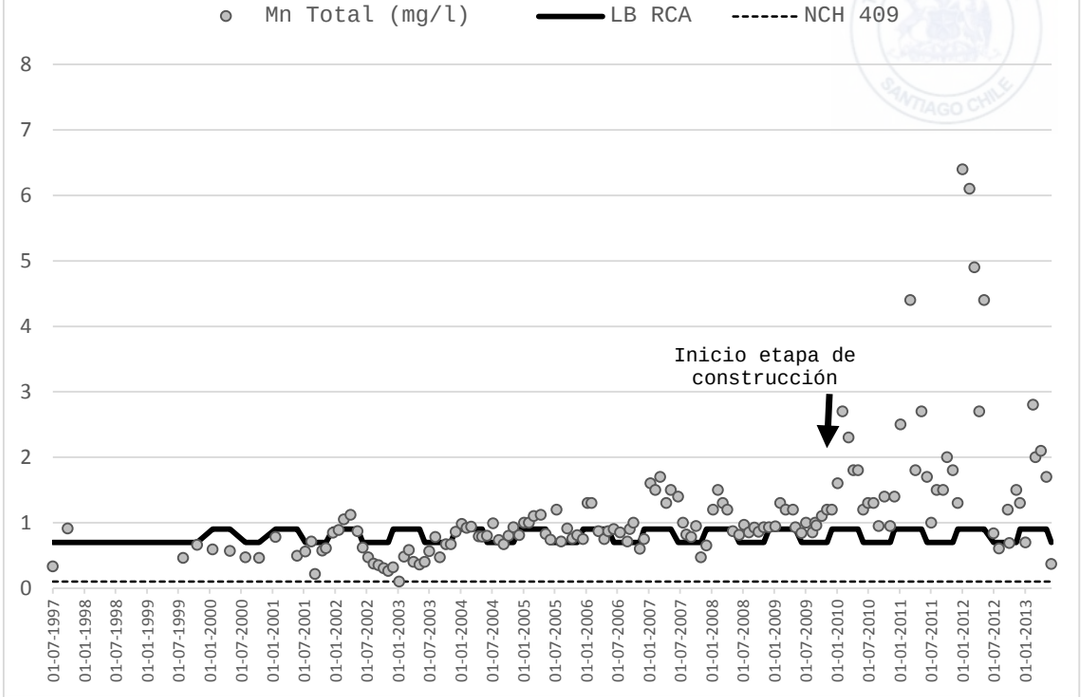
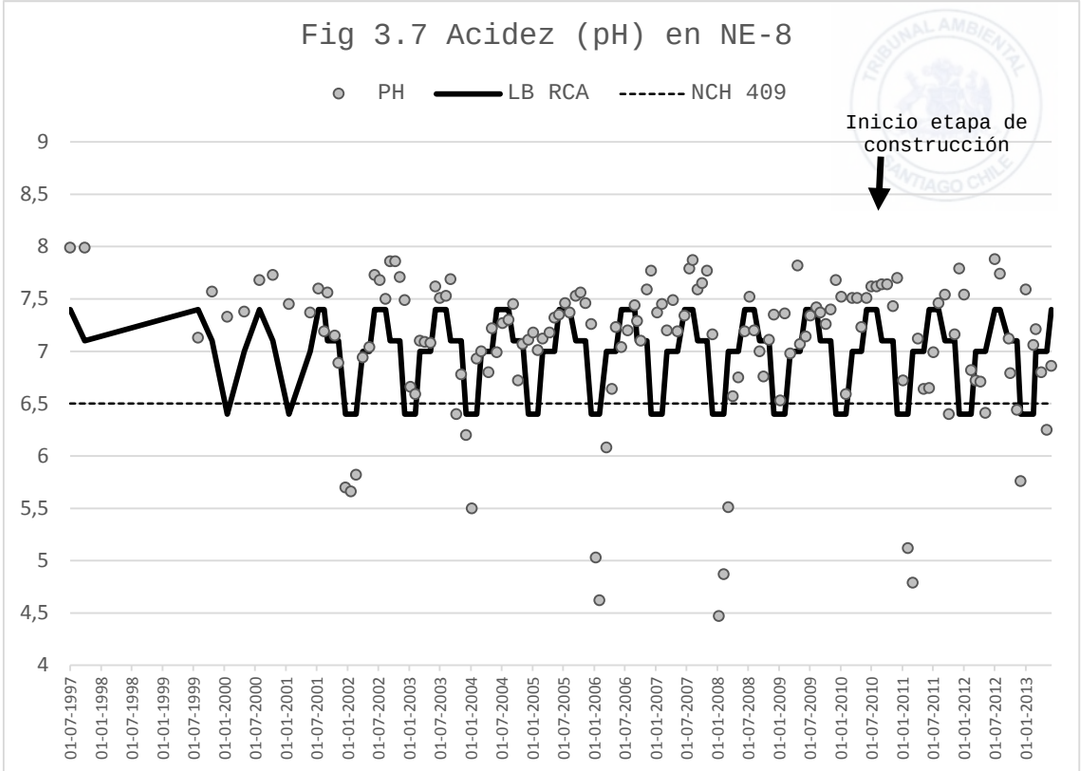
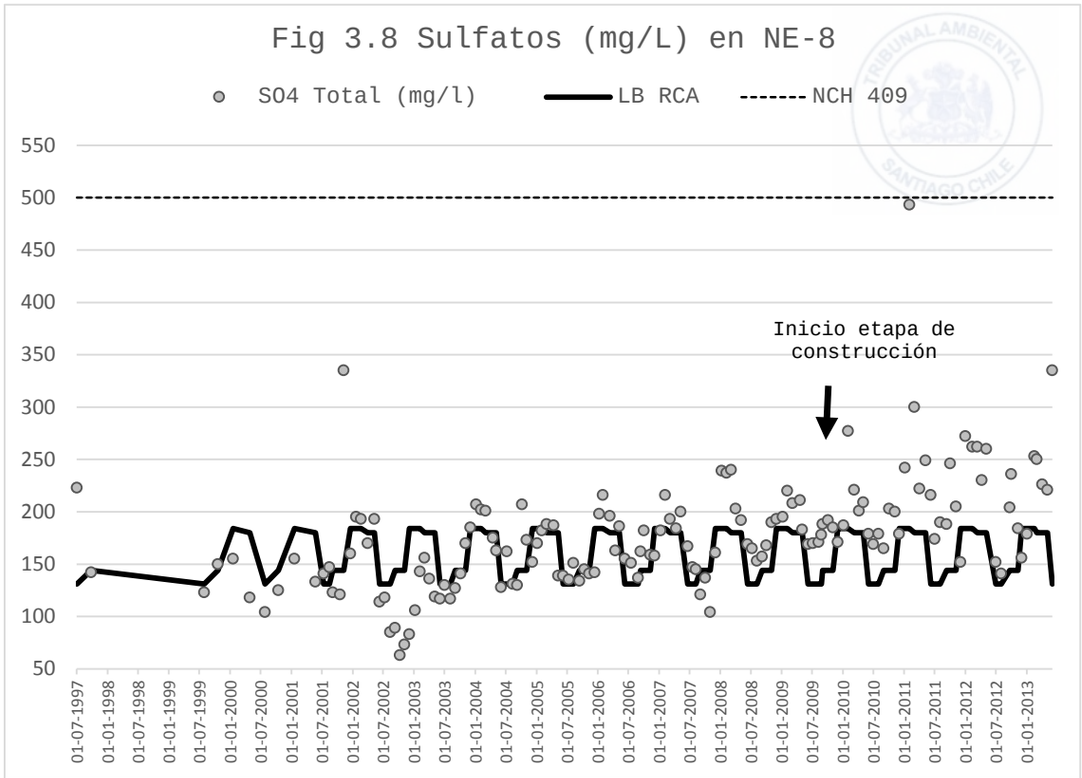
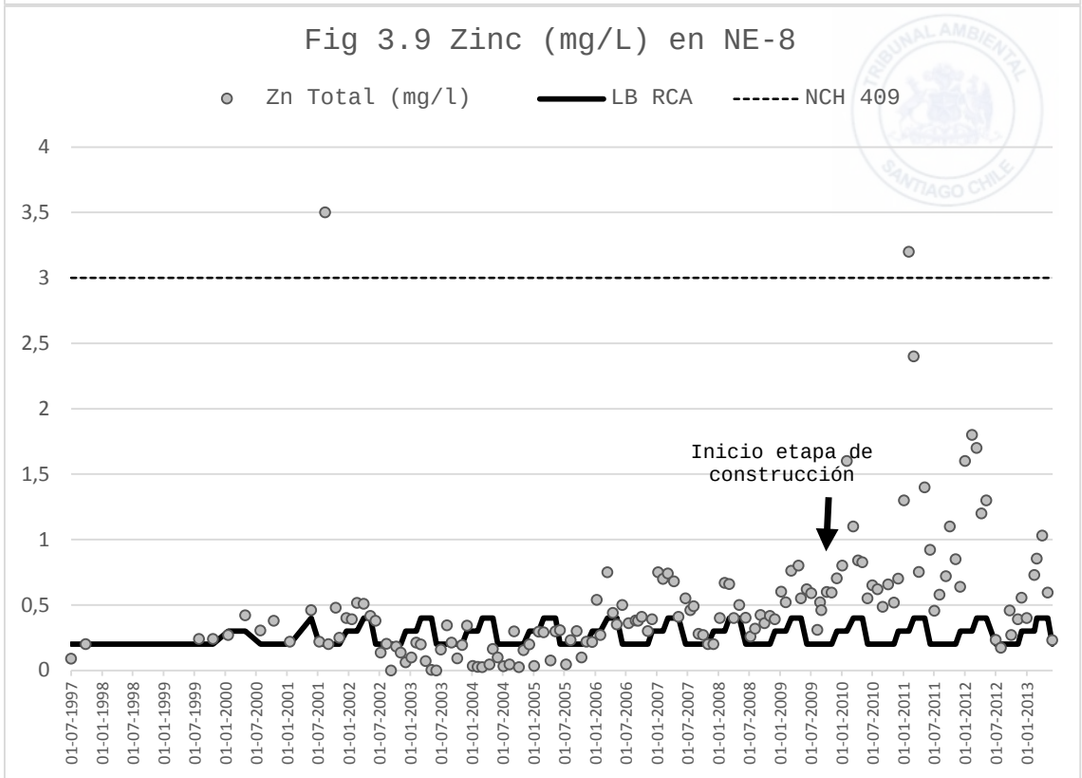


Fig 3.7 Acidez (pH) en NE-8







Fuente: Elaboración del Tribunal, a partir de la información provista por el titular del proyecto (EIA, Adenda e Informes de monitoreo que constan en el expediente de la causa)

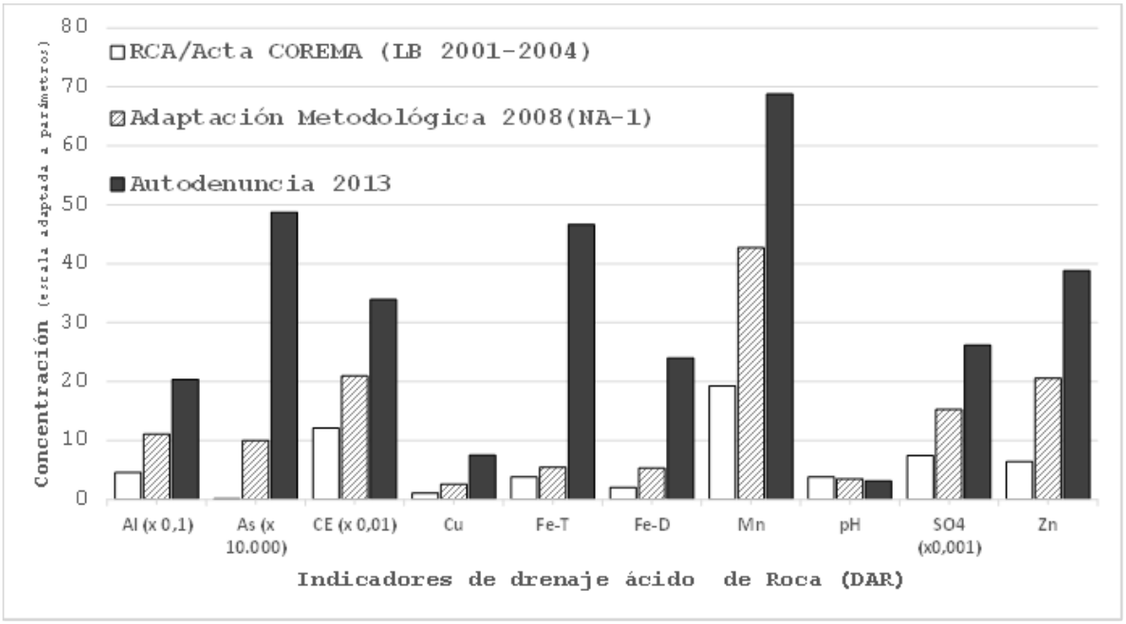
Octogésimo sexto: Que como puede apreciarse de las figuras anteriores, la situación de la calidad de las aguas del río Estrecho *con-proyecto*, es decir, post-inicio de las obras y actividades de la Fase de Construcción en octubre de 2009, difiere de la situación *sin-proyecto*, observándose niveles

bastante mayores a los niveles de cumplimiento definidos en la RCA. De esta información se aprecia además, que la propuesta de adaptación metodológica para la Fase de Operación, que propone incluir la etapa de construcción hasta el inicio del depósito de lastres para determinar la Línea de Base, elevaría los umbrales a niveles considerablemente superiores a los establecidos en la RCA, flexibilizando los Niveles de Alerta de calidad de aguas aplicables al proyecto. Esto, probablemente dificultaría la supervisión del comportamiento de la calidad de las aguas del río Estrecho y aguas abajo, durante la operación posterior del Proyecto, y evitaría la activación de los Planes de Emergencia y Pre-Emergencia comprometidos por el Titular. A juicio del Tribunal, aceptar esta pretensión del Titular no permitiría salvaguardar adecuadamente este fundamental componente ambiental. El efecto de la inclusión de los monitoreos de calidad del agua durante la Fase de Construcción en la Línea de Base, que eleva los Niveles de Alerta por sobre lo indicado en la RCA, queda de manifiesto claramente cuando el Titular señala cuál ha sido su proceder, indicando que, de acuerdo a esta nueva metodología "[…] *no ha existido, en ningún momento, la necesidad de gatillar algún Plan de Emergencia o Preemergencia*." (fojas 210 Expediente Administrativo, punto VIII.4). Como se ve en la Tabla N° 1 a continuación, los Niveles de Alerta se hacen mucho más laxos. Por ejemplo, en el caso del parámetro indicador de drenaje ácido Aluminio (Al), el criterio establecido en la RCA señala que el Nivel de Alerta es 45,6 mg/l; luego, con la adaptación metodológica propuesta -que incluye monitoreos hasta el año 2012- y que es utilizada en los descargos de la autodenuncia, este umbral se eleva a 203,8 mg/l, es decir, un Nivel de Alerta 447% más alto que lo establecido en la RCA.

Tabla N°1: Comparación de los valores de referencia (percentil 66%) en NE-5, calculados por CMN SpA.

Documento	Fecha	Alumnio	Arsénico	CE	Cobre	Hierro T	Hierro D	Manganeso	Acidez - pH	Sulfatos	Zinc
RCA/Acta COREMA (1)	dic-08	45,6	0,0001	1.210	1,10	3,8	2,0	19,3	3,8	746	6,4
Propuesta de Adaptación Metodológica (2)	dic-08	110,8	0,01	2.095	2,6	5,5	5,3	42,7	3,5	1.525	20,6
Autodenuncia (3)	ene-13	203,8	0,04873	3.392	7,488	46,64	24,0	68,76	3,103	2614	38,82
% Variación RCA v/s Autodenuncia	**-**	**447**	**48.730**	**280**	**681**	**1.227**	**1.200**	**356**	**82**	**350**	**607**

Notas: (1)= Se indica el valor de referencia de verano para cada parámetro según los valores; (2)= Elaborada por Proust Consultores Ltda., a solicitud de Compañía Minera Nevada Ltda. (3)=Valores incluidos en el documento: "Autodenuncia Obra de Salida del Canal Perimetral Norte Inferior y Medidas de Control posteriores", presentado por CMN el 21.01.2013 a la Fiscalizadora Regional (SMA-Atacama).



Fuente: Elaboración del Tribunal en base a los documentos indicados.

Octogésimo séptimo: Que, por otra parte, se hace también notar que, con el enfoque propuesto por el titular del proyecto, éste recibiría un incentivo perverso en términos de flexibilidad para la fase de operación, pues en tanto más descuidado sea su comportamiento durante la fase de construcción, menos estrictos serán los Niveles de Alerta.

Octogésimo octavo: Que, con todo, resulta incomprensible que las autoridades correspondientes no hayan constatado este sistemático intento de flexibilización de los controles a que se sometería el proyecto en sus distintas fases, afectando gravemente la efectividad de supervisión de los eventuales impactos de uno de los proyectos más complejos de ejecutar de la minería de nuestro país, dada su localización geográfica y

las características de su entorno, contraviniendo el principio preventivo de la institucionalidad de evaluación de impacto ambiental y fiscalización. Tampoco se entiende que la propuesta de adaptación metodológica se haya esgrimido como una explicación en los descargos de la Compañía, siendo que esta metodología no empezaría a aplicarse sino hasta la etapa de operación. Mucho menos se entiende que, al evaluar la pertinencia solicitada por la Compañía, el Director Ejecutivo del SEA, su subrogante y el Jefe (S) del Departamento de Protección de Recursos Hídricos de la DGA, servicios públicos llamados a cautelar los recursos eventualmente impactados por estas modificaciones a los niveles de control, no hayan detectado sus implicancias y concluyeran que esta propuesta no constituía una modificación significativa a evaluar en el SEIA, aún más cuando los respectivos servicios regionales se pronunciaron en contrario.

Octogésimo noveno: Que conforme a la información de los gráficos de las Figuras N° 1, 2 y 3 anteriores, es evidente que, durante la Fase de Construcción, se superaron los Niveles de Alerta de la RCA en los puntos de control en múltiples ocasiones, por lo que el Titular del proyecto debió haber activado los planes de respuesta en varias oportunidades, no habiendo registros de que lo haya hecho. Esto, es de suponer, debido a la aplicación de la adaptación metodológica y los consiguientes Niveles de Alerta más laxos lo que, como ya se explicó más arriba, no aplicaban en la Fase de Construcción, sino que debió siempre considerar los niveles establecidos en la RCA. De lo anterior, se desprende que el Titular faltó al cumplimiento de la RCA en estas materias y la SMA debió pronunciarse al respecto en la resolución reclamada en esta causa.

Nonagésimo: Que lo anterior será un antecedente, tal como lo solicitan los reclamantes, que el Superintendente deberá considerar al momento de proceder a la calificación y determinación de las sanciones a imponer en la nueva resolución que deberá dictar.

Nonagésimo primero: Que, relacionado con lo anterior, los reclamantes objetan que se habría dejado fuera del proceso de sanción todo lo referente a la contaminación de las aguas. La SMA señaló en autos que, respecto a los hechos acaecidos durante el mes de enero de 2013, no se detectaron evidencias concluyentes acerca de una eventual contaminación de éstas o contravención de las condiciones establecidas en la RCA, a saber: *"El compromiso original del Proyecto consideraba el cumplimiento de la norma NCh 1.333 en el punto NE-4 para aquellos parámetros cuya línea base se ubicaba bajo los límites establecidos en ella. En la Adenda N°2, el titular complementó el compromiso asociado al manejo de los drenajes ácidos, incorporando el objetivo de mantener los niveles de línea base de calidad de las aguas en la cuenca, aguas abajo del punto NE-5. Este compromiso incluye, por tanto, el tramo del Río del Estrecho entre los puntos NE-2 y NE-4, de modo que no se afectará la calidad de las aguas y sus actuales aptitudes de uso. También el titular se compromete a mantener los niveles de línea base de la calidad de las aguas en la cuenca del Río del Estrecho aguas abajo del punto NE-5, incluyendo los parámetros regulados por la NCh 409."* Lo aseverado por la SMA se basó en que, de acuerdo a la forma en que ella hizo su análisis, más del 90% de los parámetros analizados no superaban los límites máximos registrados en la Línea de Base (Informe, fojas 436). Para obtener dicha conclusión, la SMA analizó los valores de los monitoreos de los parámetros representativos de acidificación, reportados por el Infractor en los meses de enero y febrero de 2013, contra una regla *ad-hoc* constituida por estadígrafos (valores máximos y mínimos) de la Línea de Base histórica para el período enero 1990 – septiembre 2009. Sin embargo, como se señaló con anterioridad, lo que correspondía hacer era comparar los datos de los monitoreos con los niveles calculados en base al percentil 66% de la Línea de Base de la RCA para dichos parámetros, como se hace en la tabla siguiente:

Tabla N° 2: Comparación Monitoreos agua superficial con Línea de Base RCA

Punto de control	Calidad del agua			pH	AL Total (mg/l)	As Total (mg/l)	Cu Total (mg/l)	CE (uno)	Fe Total (mg/l)	Mn Total (mg/l)	SO4 Total (mg/l)	Zn Total (mg/l)
NE-2A	Valor reportado por Pascua Lama		ene-13	7,68	22	0,0007	0,686	946	1,6	6,5	687	7,1
			feb-13	4,01	35	0,0062	1,4	1256	12,2	16,6	951	7,9
	Límites considerados por SMA		Max	7,73	51	0,03	1,2	1271	15	20	849	9,4
			Min	3,85	2,9	0	0,02	320	1	3,1	213	0,67
	Límite RCA*	LB RCA	Verano	4,2	23,3	0,0001	0,67	833	1,9	10,5	474	4,6
NE-4	Valor reportado por Pascua Lama		ene-13	7,02	3,1	0,0006	0,091	394	0,4	1,6	167	0,9
			feb-13	4,67	13	0,0022	0,44	609	6,84	5,8	361	2,9
	Límites considerados por SMA		Max	7,99	44	0,12	1,1	2500	33,2	6,5	284	3,2
			Min	4,24	0,05	0	0,02	196	0,02	0,45	60	0,01
	Límite RCA*	LB RCA	Verano	6,5	3,4	0,0009	0,15	320	0,63	1,9	137	0,9
		NCH 1333		6	5	0,1	0,2	750	5	0,2	250	2
NE-8	Valor reportado por Pascua Lama		ene-13	7,59	2,3	0,0012	0,043	439	0,4	0,7	179	0,4
			feb-13	7,06	10	0,0027	0,06	538	5,27	2,8	253	0,73
	Límites considerados por SMA		Max	7,99	23	0,03	1,2	702	19	1,7	335	3,5
			Min	4,47	0,16	0	0	23	0,02	0,1	63	0,01
	Límite RCA*	LB RCA	Verano	6,4	5	0,0003	0,06	432	0,5	0,9	184	0,3
		NCH 409		6,5	-	0,01	2	-	0,3	0,1	500	3

*El valor límite a aplicar, según la RCA, es la Norma en aquellos parámetros en que la Línea de Base no la supera o la Línea de Base en aquellos parámetros en que sucede lo contrario. En el gráfico se denota con fondo gris y negritas cuál de las dos reglas aplicaría en cada caso.
Fuete: Elaboración del Tribunal, en base a los documentos indicados.

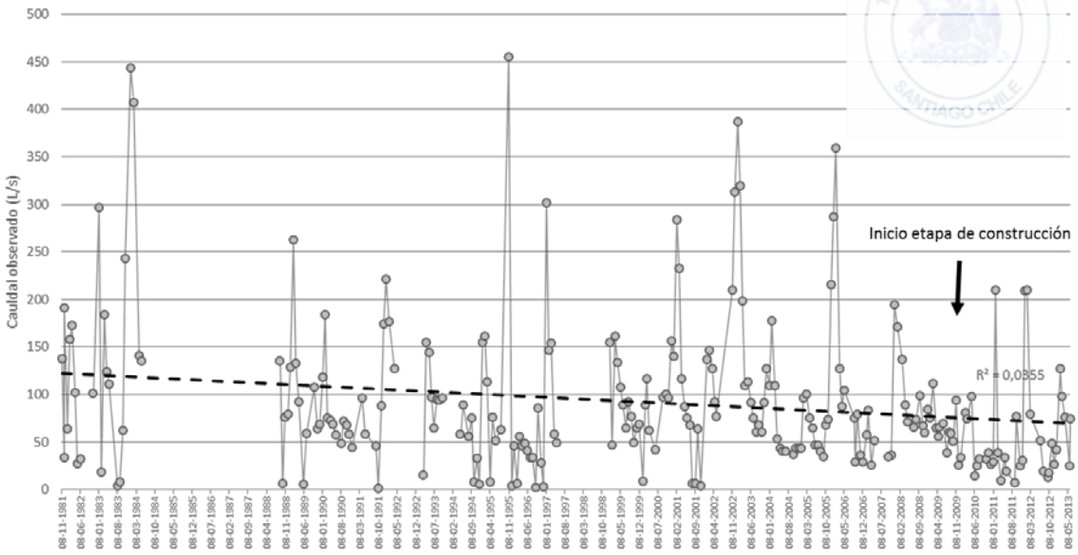
Nonagésimo segundo: Que la tabla anterior muestra que, al realizar correctamente la comparación que debió hacer la SMA -tomando los valores establecidos en la RCA- se obtiene que, de las 54 mediciones de calidad del agua en los puntos de control NE-2A, NE-4 y NE-8, 26 de ellas (destacados en fondo gris oscuro y texto blanco) sobrepasan los valores establecidos en la norma aplicable o en la Línea de Base, según corresponda (el nivel que aplica se presenta destacado en negritas con fondo gris claro). Este análisis revela una clara diferencia con lo concluido por la SMA (Informe, fojas 438), que indicó

que solo el 7% de las mediciones superaba el valor máximo de la Línea de Base. La aplicación estricta de la RCA conduce a este Tribunal a concluir, por el contrario, que el 48,1% de las mediciones superan los estándares de calidad que corresponden. Lo anterior revela que si la SMA se hubiera ceñido al criterio de comparación contenido en la RCA, con los mismos datos que tuvo a su disposición, habría detectado un mayor número de excedencias en los dos meses evaluados, sugiriéndole posibles excedencias anteriores. De lo cual se derivaría la necesidad de evaluar los monitoreos anteriores al evento, para recabar mayores evidencias sobre un posible efecto del proyecto en la calidad de las aguas, pues el Titular del proyecto estuvo obligado durante toda la Fase de Construcción a cumplir la RCA y no sólo a partir del evento de enero de 2013.

Nonagésimo tercero: Que ese análisis a nivel histórico sugerido revelaría que, en dicha fase, se detectan variaciones en la calidad del agua en relación al estándar establecido en la RCA, y permitiría señalar lo siguiente respecto de los caudales.

Nonagésimo cuarto: Que la siguiente Figura N° 4, representa la variación de caudales en el punto NE-2A, esto es, aguas abajo del botadero de estériles y de la descarga de la Planta de Tratamiento de Drenaje Acido de Rocas (DAR) y aguas arriba del primer afluente importante (Quebrada Barriales), mostrando el comportamiento histórico de la parte alta de la cuenca del río Estrecho, en que se desarrollan las principales actividades de la Fase de Construcción del Proyecto Pascua-Lama. El gráfico de la mencionada figura, considera información del caudal en litros por segundo registrada desde fines de 1981, provenientes del EIA del proyecto, sus *Adenda* y los informes de monitoreo entregados por la Compañía, y que constan en el expediente de la causa.

Figura N°4.Variación del Caudal (L/s)en el punto de control NE-2A, cuenca superior del río Estrecho (1981-2013).



Fuente: Elaboración del Tribunal a partir de la información provista por la Compañía Minera Nevada en el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Modificación Pascua Lama e Informes de monitoreo que constan en el expediente de la causa.

Nonagésimo quinto: Que de lo que se observa en el gráfico es posible inferir que: i) existe una alta variación de los caudales, indicando que en algunos momentos pueden existir caudales cercanos a cero y, en otros, superiores a 400 litros por segundo; ii) el período estival 2012-2013 -en el cual se produjeron los eventos que dan origen a la autodenuncia y posterior fiscalización/sanción, que a su vez da origen a la presente causa- sería un año de comportamiento habitual en la zona, tal como consta en los registros aquí representados y también en las declaraciones del Titular ante la SMA; iii) que los caudales han venido disminuyendo desde hace al menos treinta años en la cuenca del río Estrecho. Si la tendencia de largo plazo fuese lineal, es decir, si el caudal disminuyese a razón constante a medida que pasan los años, aún sin proyecto, en treinta años más, el caudal del río Estrecho podría llegar a ser todavía menor; y, iv) también se concluye que, dada la "normalidad" del comportamiento hidrológico del verano 2013, la ocurrencia de caudales como los acaecidos, era previsible.

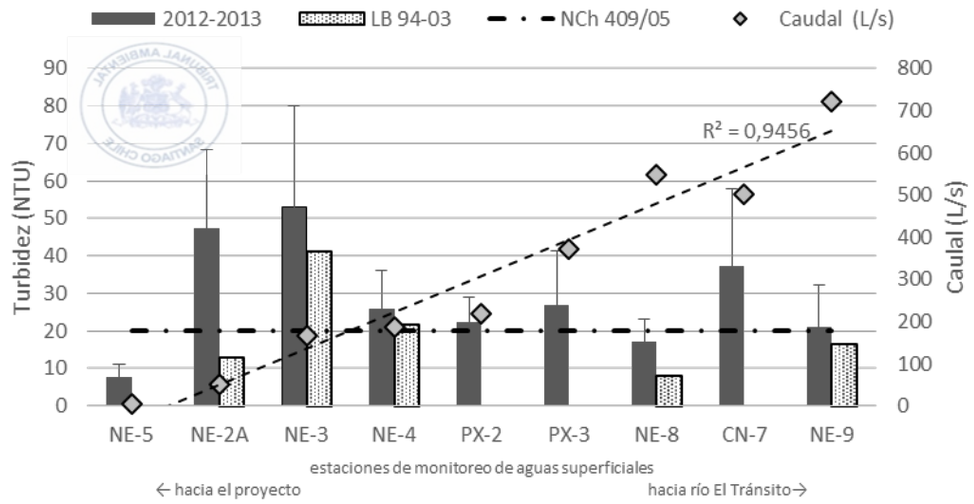
Nonagésimo sexto: Que, por otra parte, la información sobre caudales contenidas en documentos internos de la Compañía,

conocidos como *Flash Reports* (fs. 1209 y ss., solicitados por este Tribunal como medida para mejor resolver) dan cuenta de caudales bastantes mayores a los informados oficialmente por el titular, en al menos dos oportunidades, antecedentes que deberán ser debidamente considerados y ponderados por la SMA al momento de dictar la nueva resolución sancionatoria que remplace la impugnada.

Nonagésimo séptimo: Que en cuanto a la disponibilidad de agua, se puede colegir a partir de la información disponible que no es posible afirmar que durante el desarrollo de la etapa de construcción del Proyecto Pascua Lama se hayan registrado episodios de bajo caudal poco habituales en la cuenca alta del Río Estrecho/Chollay. No obstante lo anterior, esta condición debe seguir siendo monitoreada para evaluar su impacto sobre las actividades que se desarrollan aguas abajo de la cuenca. Tal como se señaló, llama la atención que los eventos sancionados por la SMA no se circunscriben a un período en que los caudales registrados hayan sido particularmente altos. Por otra parte, en la RCA (pág.98) se consigna que los canales perimetrales tendrían capacidad para conducir los caudales equivalentes a una crecida de 1.000 años (500 a 1.050 l/s para el canal perimetral norte, y de 250 l/s para el canal perimetral sur). Además, en la misma RCA se señala que la Planta de Tratamiento de Aguas Ácidas ubicada inmediatamente aguas arriba del punto NE-2A, posee un caudal de descarga entre 10 y 19 l/s (sólo cuando no sea posible ocupar el 100% de las aguas en la mina y/o evaporarlas). A su vez, el titular del proyecto ha manifestado durante el proceso sancionatorio que las obras diseñadas para contener las aguas de contacto (CCR y piscinas de acumulación), habrían superado su capacidad durante los eventos del 22/12/2012 y 10/01/2013. Lo anterior, a juicio de este Tribunal, sugiere la necesidad de una revisión detallada de los caudales de diseño del sistema de manejo de aguas del proyecto y, eventualmente, la implementación de nuevas obras con el fin de garantizar la no afectación de la cantidad y calidad de las aguas abajo del área del proyecto.

Nonagésimo octavo: Que a continuación se analizarán los factores relevantes de calidad de las aguas superficiales y su posible afectación. Para el primero de ellos, la Figura N°5 muestra la variación del parámetro Turbidez a lo largo del río Estrecho/Chollay en el período 2012-2013, en comparación con el promedio de Línea de Base del período 1994-2003 para los mismos puntos de control. La información de dicho parámetro consta en el expediente de la causa y fue provista por la Compañía, a través de sus informes de monitoreo y en el EIA del proyecto con sus *Adenda*, respectivamente.

Figura N°5.Turbidez promedio y caudal en estaciones de control del río Estrecho/Chollay (Julio 2012-Junio 2013



Fuente: Elaboración del Tribunal a partir de la información provista por la Compañía Minera Nevada en el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Modificación Pascua Lama e Informes de monitoreo que constan en el expediente de la causa

Nonagésimo noveno: Que en la figura se observa que la turbidez promedio disminuye conforme el río avanza aguas abajo. Se aprecia que la turbidez en el río es mayor en los puntos de control que se encuentran en el área del Proyecto (NE-5, NE-2A, NE-3) y comienza a disminuir aguas abajo de esta, como lo revelan las mediciones tomadas en los puntos de control PX-2, PX-3, NE-8, CN-7, NE-9, por efecto de la dilución inducida por el caudal de los afluentes que se incorporan al río. No obstante lo anterior, ninguna de las estaciones de las cuales se tiene registros de Línea de Base, presenta un valor igual o menor a aquellos registrados con anterioridad a 2004, apreciándose en todas ellas un incremento en la turbidez de las aguas en el

año hidrológico 2012-2013. Cabe señalar, en todo caso, que de acuerdo a la RCA, la turbidez es un parámetro incluido en la NCh N° 409, que el titular del proyecto debe cumplir en el punto NE-8. En dicho punto de control, la turbidez promedio anual no supera el valor normado, a pesar de duplicar el valor de la Línea de Base. Por otra parte, el análisis de la turbidez de los afluentes en comparación al río Estrecho/Chollay (véase Figura N° 6), revelaría que la turbidez de este último, en el año hidrológico 2012-2013, fue mucho mayor que en sus afluentes. Se concluye entonces que, en ese año, la turbidez observada en la cuenca no habría sido un fenómeno generalizado en todas las cuencas de la zona y no provendría de las sub-cuencas vecinas aportantes aguas abajo del Proyecto, sino que se trataría de un efecto local, inducido probablemente por las obras y actividades de construcción del Proyecto Pascua-Lama en dicho período.

Figura N°6.Comparación de la turbidez en estaciones de control del río Estrecho/Chollay y sus afluentes(Julio 2012-Junio 2013

Fig. 6.1 Río Estrecho v/s Qda Barriales

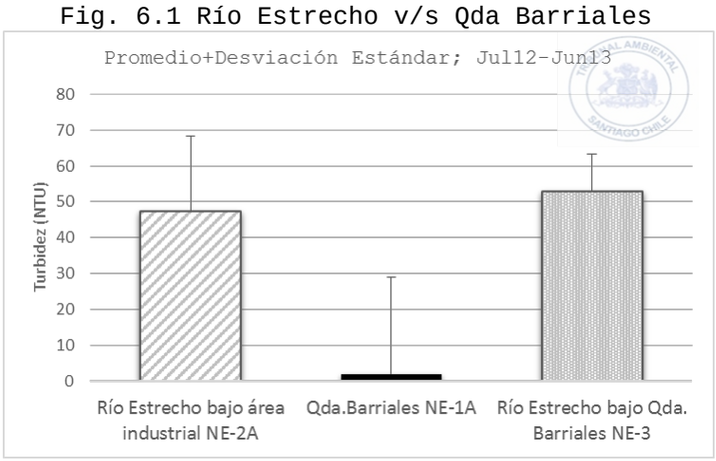
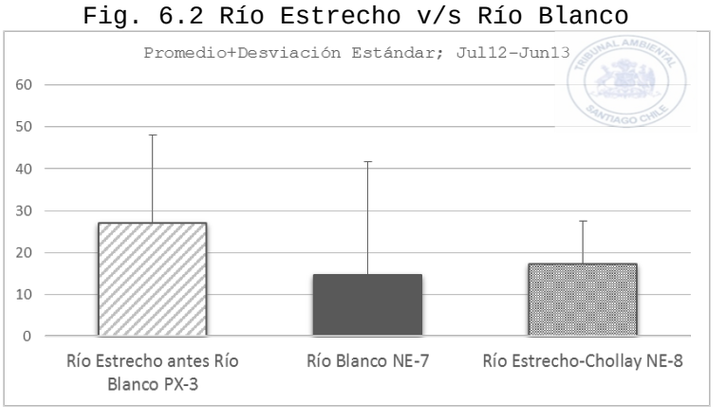


Fig. 6.2 Río Estrecho v/s Río Blanco



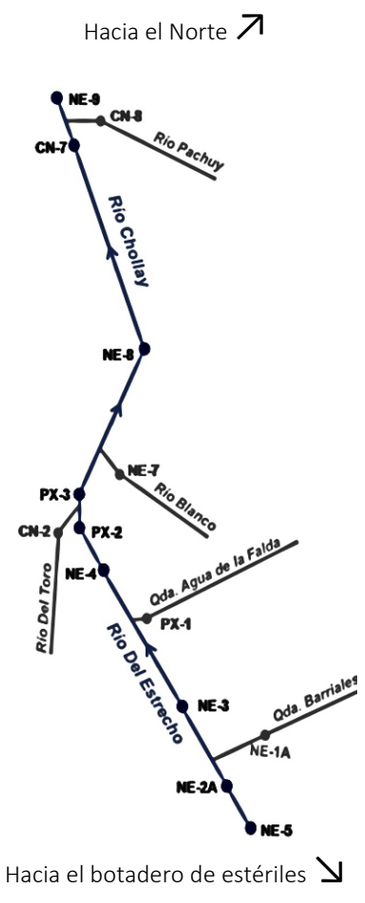
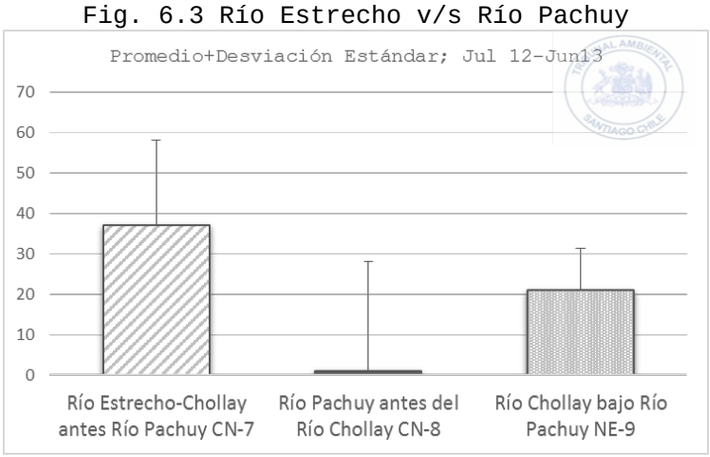


Fig. 6.3 Río Estrecho v/s Río Pachuy



Fuente: Elaboración del Tribunal a partir de la información provista por la Compañía Minera Nevada en el Informe "Programa de Monitoreo de Aguas, Julio 2012-Junio 2013, Proyecto Pascua-Lama" elaborado por Proust Consultores Ltda, Agosto 2013, el cual forma parte del expediente de la causa.

Centésimo: Que una de las consecuencias más analizadas durante el proceso de evaluación del proyecto en comento, fue el potencial impacto del Drenaje Ácido de Roca (DAR) sobre la calidad de las aguas superficiales del río Estrecho/Chollay, materia que este Tribunal aborda en base a un análisis de la información para los nueve parámetros indicadores de DAR identificados en la RCA de los puntos de monitoreo NE-2A, NE-4 y NE-8. Los resultados de dichos análisis se presentaron en los gráficos de la Figura N° 1 para NE-2A, los gráficos de la Figura N°2 para NE-4 y aquellos de la Figura N°3 para NE-8, precedentemente. En ellas se representan las concentraciones de cada parámetro a lo largo del tiempo, antes y después del inicio del Proyecto. La mayoría de los registros de Línea de Base que constan en el EIA y sus *Adenda*, se remontan a las décadas de 1990 y 2000 y, por tanto, representarían el comportamiento histórico de la cuenca antes del inicio de la construcción del proyecto Pascua Lama. Por su parte, los registros de la etapa de construcción del proyecto, desde octubre de 2009, provienen de los informes de monitoreo entregados por la Compañía en cumplimiento a la RCA.

Centésimo primero: Que del análisis realizado se desprende que, en el punto de monitoreo NE-2A, esto es, en la parte alta de la cuenca del Río Estrecho, donde hasta la fecha se han desarrollado exclusivamente las obras y actividades de la etapa de construcción del Proyecto Pascua-Lama, en todos los parámetros indicadores de drenaje ácido se observa un aumento en sus niveles respecto de los valores de Línea de Base. Algo similar se observa en el punto NE-4 y NE-8, aunque el número

de parámetros que presentan un aumento respecto de la Línea de Base es menor (5 de 9 y 3 de 9, respectivamente). Al igual que en el caso del parámetro turbidez discutido anteriormente, es probable que el efecto de dilución de los afluentes del río Estrecho/Chollay permita explicar la disminución relativa de valores superiores en relación a la Línea de Base para los indicadores DAR, aguas abajo del área industrial del Proyecto Pascua Lama.

Centésimo segundo: Que, en síntesis, la Tabla N° 3 que sigue resume cómo ha variado la calidad de las aguas superficiales en los puntos de control de la cuenca del río Estrecho/Chollay desde que se inició el Proyecto, en comparación con la condición que la regula.

TABLA N°3: Resumen del análisis de calidad del agua superficial después del inicio de la Fase de Construcción

Punto de Control	Norma	Al	As	CE	Cu	Fe	Mn	Acidez	SO4	Zn
NE-2A	LB RCA 24/6	>	>	>	>	>	>	>	>	>
NE-4	NCH 1333 o LBA RCA 24/6	>	≈*	>*	>	>*	>	>	≈*	>
NE-8	NCH 409 o LBA RCA 24/6	>	>*	>	≈*	≈	>	≈*	>*	>*

Nota:
>: mayor que estándar establecido en la RCA.
≈: no difiere del estándar establecido en la RCA.
*: denota cumplimiento de la norma aplicable, aunque haya habido un cambio en relación al nivel de la Línea de Base establecida en la RCA

Fuente: Elaboración del Tribunal en base a la información de Figuras N°1 a N°3.

Centésimo tercero: Que la tabla muestra que, en el punto de control NE-2A los valores de todos los parámetros representativos de acidificación son mayores que los límites establecidos por la RCA. Así mismo, en NE-4, los valores de 5 de los 9 parámetros son mayores que los límites de la NCh N° 1.333 o el nivel de la Línea de Base -cuando esta aplica- y, en NE-8, 3 de los 9 parámetros controlados son mayores que la NCh N° 409 o el nivel de la Línea de Base cuando esta aplica. Por ejemplo, en el caso del aluminio en el punto de control NE-8, cuyo límite no se encuentra establecido en la NCh N° 409,

se debe utilizar el nivel de la Línea de Base de la RCA, al igual que al comparar CE y Fe en NE-4, y SO4 y Zn en NE-8. Así, se observa que aproximadamente un 60% de los parámetros analizados supera este límite.

Centésimo cuarto: Que debe destacarse que este análisis coincide, en gran medida, con el entregado por el Director Regional de Aguas de Atacama, en su Oficio Ordinario N° 426, de 27 de junio de 2013, que fue remitido a este Tribunal como consecuencia de una medida para mejor resolver decretada al efecto el día 20 de enero de 2014. En dicho documento, la autoridad arriba a conclusiones concordantes con las de este Tribunal, a partir del análisis de un conjunto de datos propios, obtenidos y estudiados en forma independiente.

Centésimo quinto: 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.

Centésimo sexto: 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 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.

Centésimo séptimo: Que, por otra parte, los reclamantes cuestionaron que la SMA habría aceptado sin más y sin prueba alguna los descargos de la Compañía respecto a la falta de profundización de la zanja cortafugas, a pesar que los fiscalizadores de la SMA habrían constatado superación en los niveles de calidad de las aguas subterráneas en a lo menos 5 pozos aguas abajo de dicha obra, cumpliéndose con ello la condición contenida en el punto 9.17 de la RCA, que obliga a la compañía a profundizar el muro cortafugas si se detectaba *"modificación en la calidad de las aguas en los pozos ubicados aguas debajo de ellas"*. Por su parte, la SMA señaló que en ningún momento dio por probado un descargo sin prueba alguna, señalando que "*por el contrario, teniendo en consideración los antecedentes del expediente sancionatorio, se hizo imposible dar por probada la omisión descrita en el numeral 23.14 del mencionado ordinario U.I.P.S N° 58, atendido que para configurar dicha omisión se utilizó el pozo BT-3, que es distinto al que se establecía en la RCA para verificar el cumplimiento de la medida señalada en el considerando 9.17 de la misma. Por lo tanto, la calidad de las aguas podría estar influenciada por aportes subterráneos de distinta génesis o naturaleza geológica, lo que impidió determinar la relación de causalidad entre dicha calidad y los hechos, actos u omisiones del infractor, cuestiones que actualmente se están investigando. En razón de lo anterior, cabe manifestar que sólo hubiera configurado una ilegalidad por parte de esta*

Superintendencia si ésta hubiere tenido por acreditada la omisión señalada sin tener prueba suficiente, de acuerdo a las reglas de la sana crítica" (fojas 413).

Centésimo octavo: Que antes de entrar al fondo del asunto, es necesario aclarar que la información utilizada por los fiscalizadores corresponde a la informada por la Compañía respecto de cinco pozos inmediatamente aguas abajo del muro corta fugas, pozos L4-PM1 al L4-PM5, establecidos para controlar el comportamiento de las aguas subterráneas con posterioridad a la construcción del muro, de manera tal que la información fue obtenida de los pozos correctos. No obstante lo anterior, la Compañía sólo entregó la información de dos monitoreos de nivel de agua -correspondientes a los días 9 y 12 de enero de 2013- y sólo una medición de calidad, correspondiente al día 30 de enero de ese año, no incorporando ningún otro antecedente respecto a los pozos de contingencia L4, a pesar que la SMA le había exigido y precisado en el numeral 9 del punto 9 del Acta de Inspección Ambiental de 29 de enero de 2013, que acompañara los monitoreos de nivel y calidad de pozos ubicados agua abajo de la zanja cortafugas y de las piscinas de acumulación, de los últimos seis meses, incumplimiento por el cual la Compañía fue sancionada con 1.000 UTA. En consecuencia, una de las razones fundamentales por las cuales no se pudo hacer un correcto análisis de los antecedentes para determinar la exigencia de profundización del muro cortafugas se debió a la actitud notoriamente negligente por parte de la Compañía, que debía monitorear en los pozos L4 en forma permanente, lo que no hizo. Con esto, los fiscalizadores sólo pudieron contar con dos mediciones de nivel y una de calidad, las que fueron comparadas con los valores correspondientes al pozo BT-3, concluyendo que se cumplía la condición señalada en el punto 9.17 de la RCA, debiendo por tanto profundizarse el muro cortafuga.

Centésimo noveno: Que luego de los descargos del infractor sobre el punto, en la resolución impugnada, el Superintendente desestimó el cargo en contra de la Compañía basado, principalmente, en el siguiente argumento: *"91° Ahora bien, en*

lo concerniente a la omisión constitutiva de infracción señalada en el numeral 23.14 del Ord. U.I.P.S N° 58, este Superintendente manifiesta que se utilizó el pozo BT-3 para configurar dicha omisión. Sin perjuicio de lo anterior, efectivamente se trata de un pozo distinto al que se establecía en la RCA para verificar el cumplimiento de esta medida, el que podría estar influenciado por aportes subterráneos de distinta génesis o naturaleza geológica, lo que impide determinar el incumplimiento del considerando 9.17 de la RCA". Este Tribunal 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. Dada esta carencia de información relevante, la SMA podría haber realizado un análisis de información existente en otros pozos que reflejara, primero, el comportamiento de las aguas subterráneas en la cuenca del río Estrecho -antes y después de la construcción del muro en diciembre de 2011- para buscar evidencia sobre una alteración en su calidad y luego inferir sus causas. Es decir, el Superintendente, para descartar la necesidad de profundizar el muro cortafugas, debió basarse no solamente en la comparación incorrecta con el pozo BT-3 realizada por los fiscalizadores, sino que haciendo el respectivo análisis de los antecedentes en la forma que se estimaba correcta y que será indicada por este Tribunal en las consideraciones siguientes.

Centésimo décimo: Que, dicho lo anterior, en opinión de este Tribunal, la decisión de profundizar o no el muro cortafugas depende necesariamente de la posibilidad de determinar si, aguas debajo de éste, se ha visto afectada la calidad de las aguas subterráneas como consecuencia de las obras y actividades de la Fase de Construcción que se llevaron a cabo después de la construcción del muro y, de confirmarse lo anterior, determinar cuáles serían sus causas. Entre éstas, podría estar un eventual mal funcionamiento o construcción del muro cortafugas como barrera para evitar la contaminación de las aguas subterráneas por aguas infiltradas en la Zona de Contacto, en cuyo caso se debería dar cumplimiento a la

condición 9.17 de la RCA y proceder a la profundización del mismo. Ahora bien, también es dable suponer -aunque sólo existan muestras puntuales en enero de 2013, que no permiten verificarlo- que los pozos L4 podrían encontrarse en una zona de mayor acidificación natural, como lo señala el Infractor en sus descargos, en cuyo caso la comparación puntual con muestras de pozos no representativos de esa zona no arrojarían resultados concluyentes. Por lo tanto, una de las posibles formas de establecer la eficacia del funcionamiento del muro cortafuga, sería realizar sucesivos análisis de forénsica ambiental o similar, con trazadores aguas arriba de la zanja cortafugas y su seguimiento aguas abajo.

Centésimo undécimo: Que sin perjuicio de lo anterior, y tal como se dijo precedentemente, lo fundamental para decidir sobre una posible profundización del muro cortafugas es determinar la evolución de la calidad de las aguas subterráneas, para saber si estas han o no variado, y después buscar sus causas. Siguiendo esta idea, el Tribunal analizó la información que consta en el expediente sobre los monitoreos efectuados por el Infractor, tanto para determinar la Línea de Base para la evaluación de impacto ambiental como para controlar sus impactos durante las distintas etapas del proyecto. Así, se verificó que se encuentra disponible en el expediente, información sobre monitoreos efectuados en los pozos BT-3, BT-1 y NEV-3, tres de los pozos que se ubican aguas abajo de la zona de contacto y el muro cortafugas, desde mediados de la década de los 90 hasta antes del inicio de la construcción del proyecto. Adicionalmente, el Titular reportó monitoreos para estos mismos puntos de control para el año hidrológico julio de 2012 a junio de 2013, después de terminada la construcción del muro.

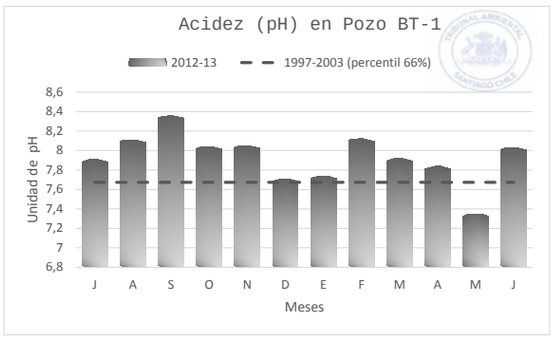
Centésimo duodécimo: Que, sin embargo, en la RCA no se establece la base de comparación contra la cual se deben contrastar los monitoreos de aguas subterráneas. Por lo tanto, siguiendo el criterio de la RCA para analizar los posibles impactos sobre las aguas superficiales, este Tribunal procedió a calcular el percentil 66% de la Línea de Base histórica antes

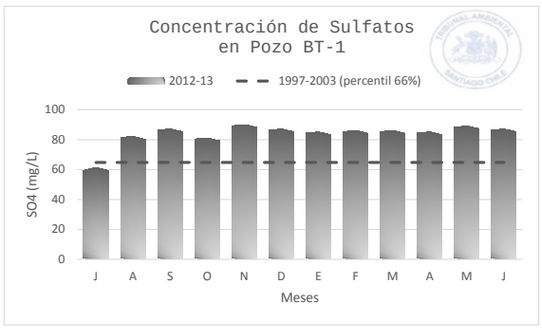
del inicio de la construcción del proyecto, para los puntos de control indicados (aunque sin diferenciar por estación del año, por no contar con la suficiente información), y compararla con los registros de los monitoreos reportados por el infractor, con el fin de investigar si el comportamiento de los pozos durante el año hidrológico 2012-2013, refleja alguna variación de la calidad de las aguas subterráneas en la Fase de Construcción del Proyecto. Los resultados de estas comparaciones se presentan en las figuras siguientes:

Figura N°7.Variación de la calidad del agua subterránea en base a los indicadores de drenaje ácido en el pozo de control BT-1, cuenca río Estrecho (2001-2013).

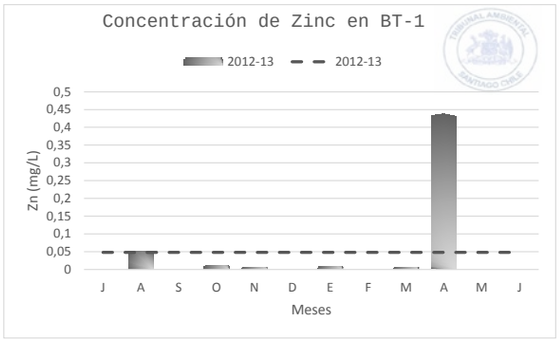
Fuente: Elaboración del Tribunal, a partir de la información provista por el titular del proyecto (EIA, Adenda e Informes de monitoreo que constan en el expediente de la causa)

Continúa en la página siguiente





Continúa en la página siguiente



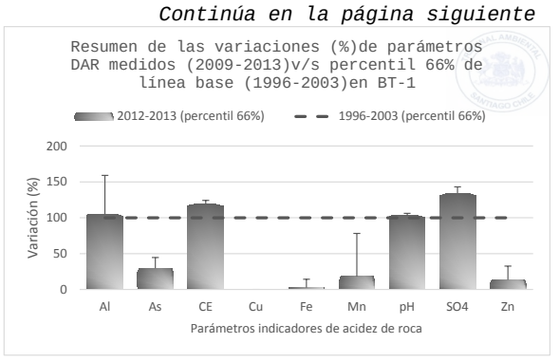
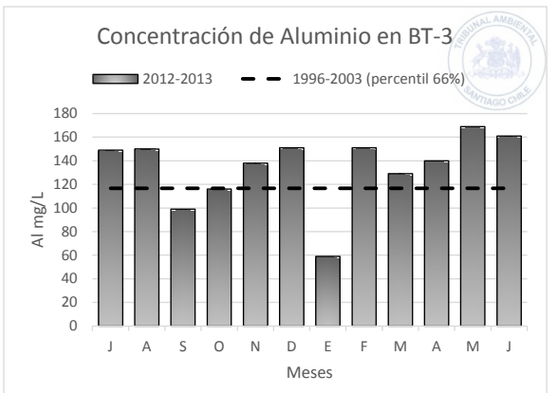
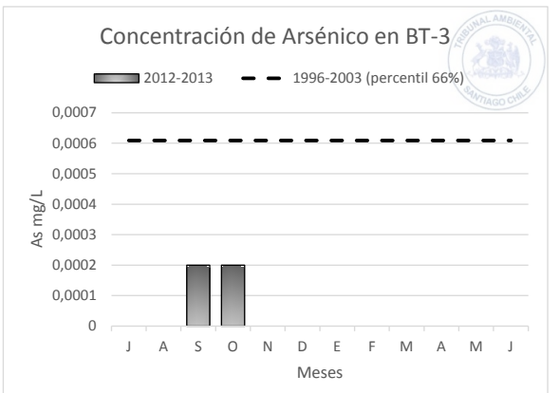
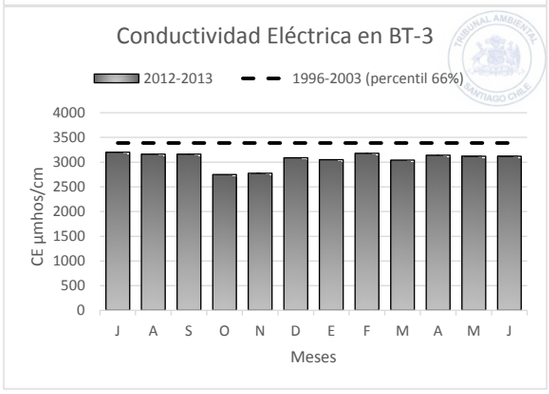


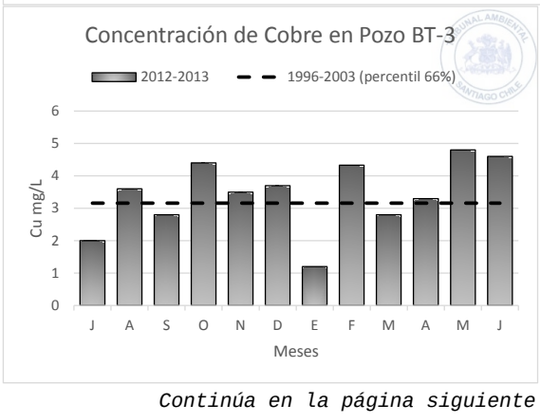
Figura N°8. Variación de la calidad del agua subterránea en base a los indicadores de drenaje ácido en el pozo de control BT-3, cuenca río Estrecho (2001-2013).

Fuente: Elaboración del Tribunal, a partir de la información provista por el titular del proyecto (EIA, Adenda e Informes de monitoreo que constan en el expediente de la causa)









Continúa en la página siguiente

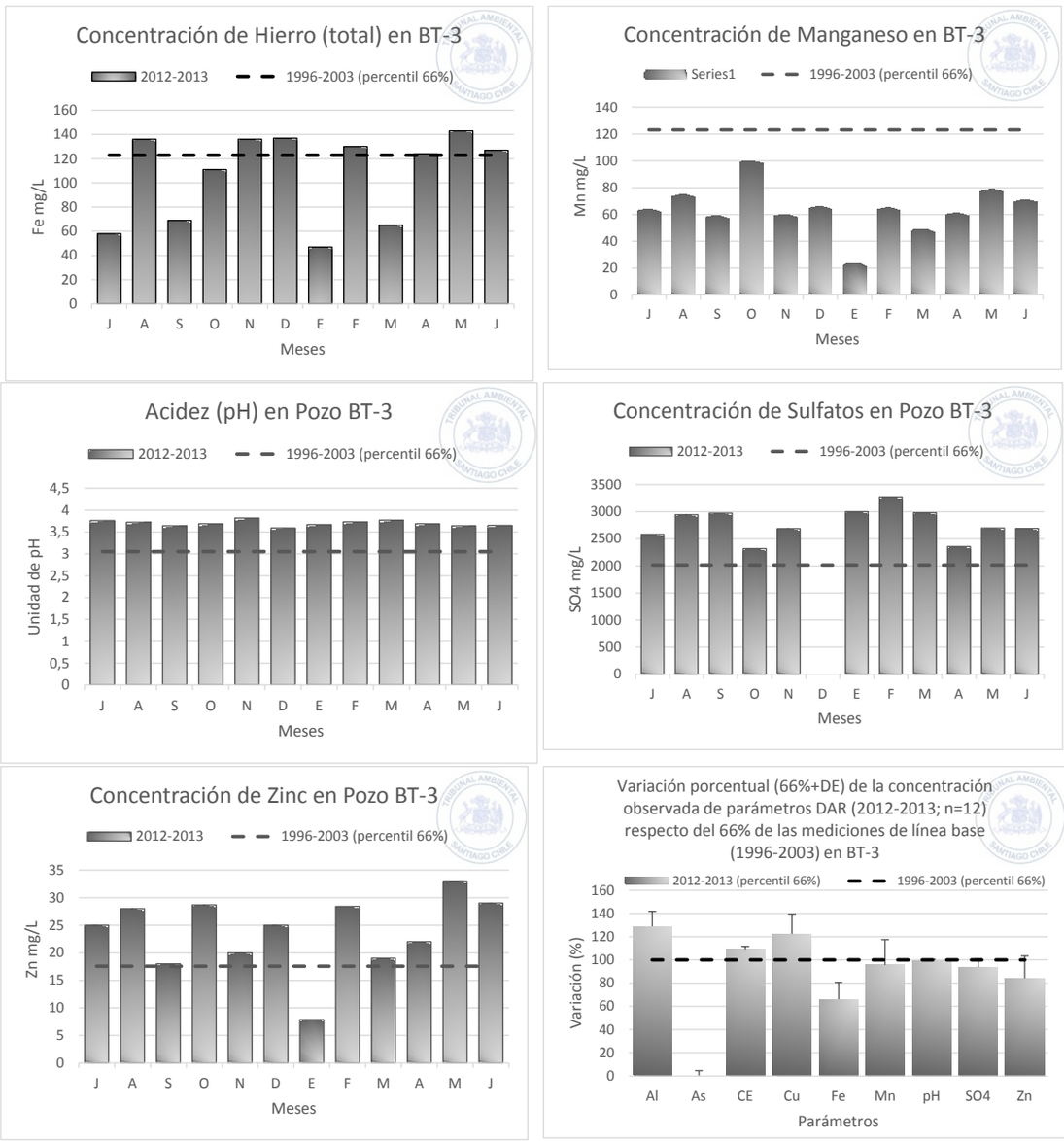
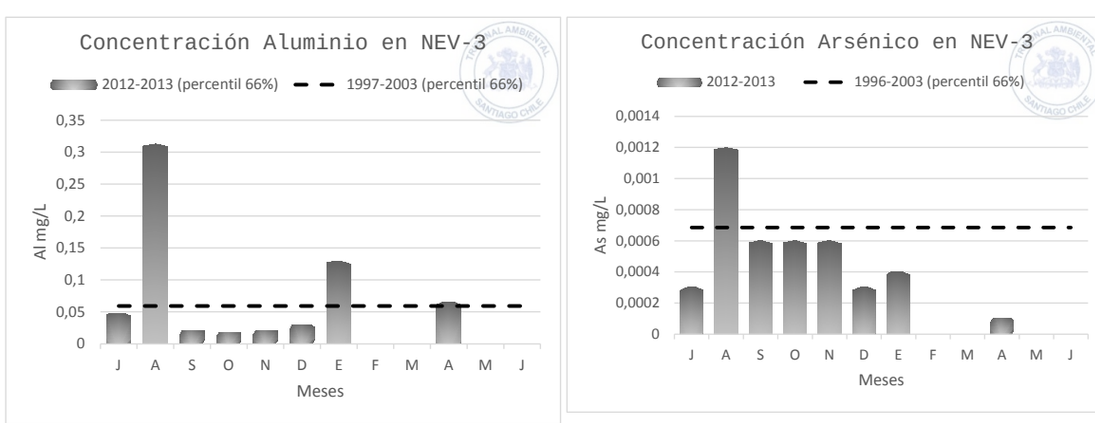
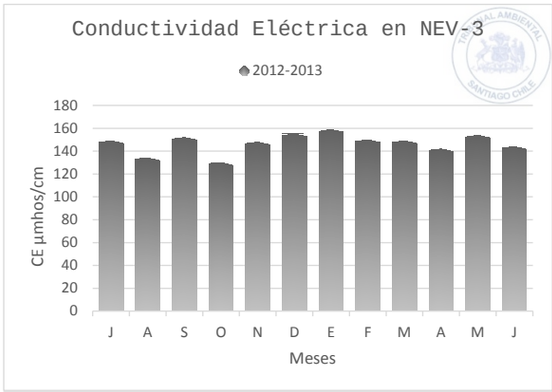


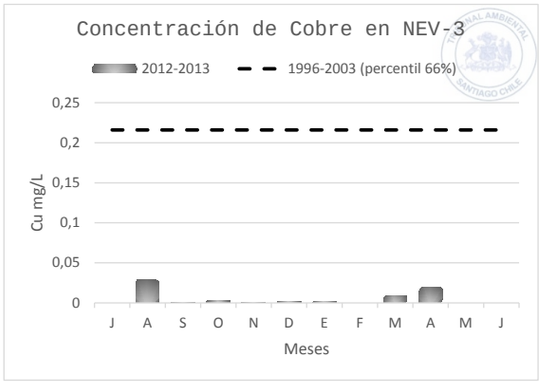
Figura N°9. Variación de la calidad del agua subterránea en base a los indicadores de drenaje ácido en el pozo de control NEV-3, cuenca río Estrecho (2001-2013).

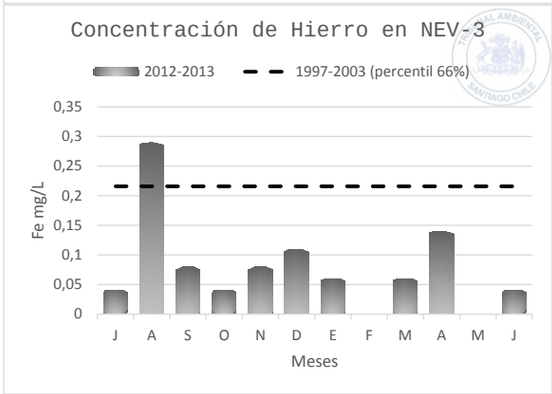
Fuente: Elaboración propia a partir de la información provista por el titular del proyecto (EIA, Adenda e Informes de monitoreo que constan en el expediente de la causa)

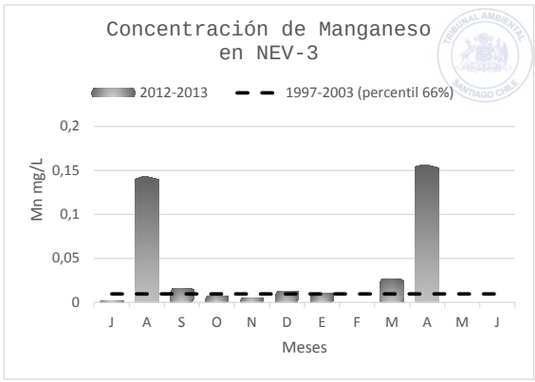


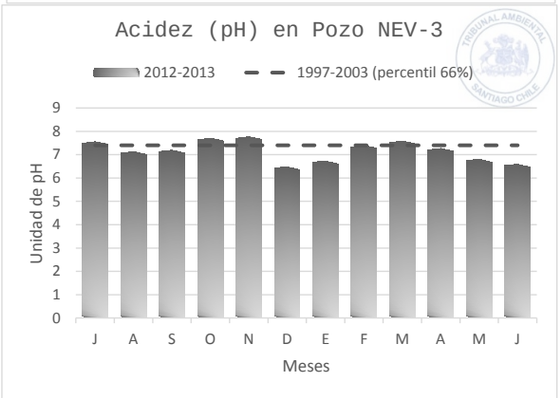
Continúa en la página siguiente

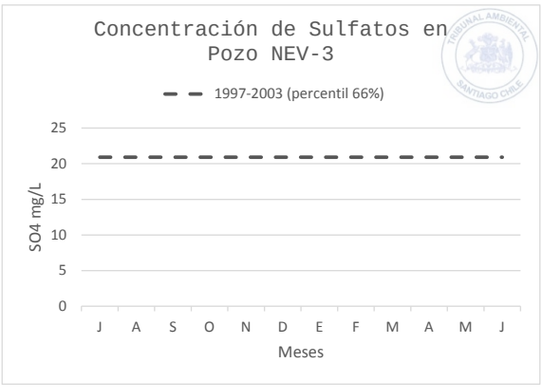


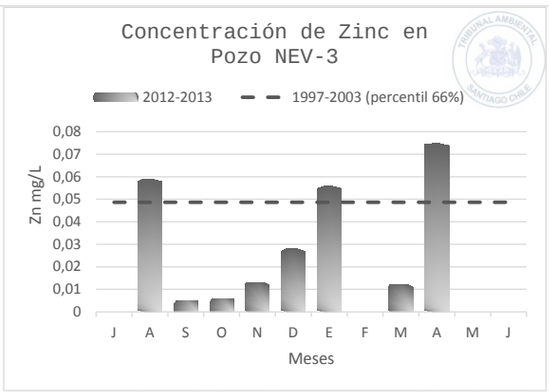


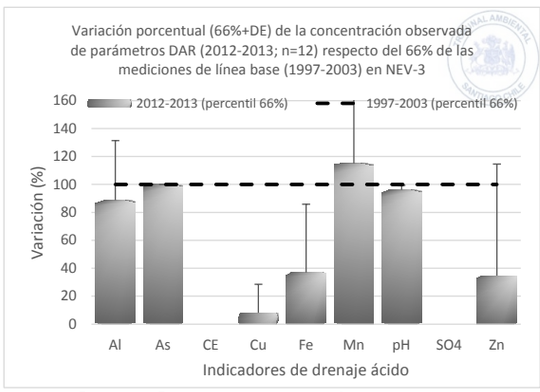












Nota: En el Gráfico “Concentración de Sulfatos, los valores reportados corresponde a 0

TABLA N°4: Resumen del análisis de calidad del agua subterránea para el año hidrológico 2012-2013

Punto de Control	Norma	Al	As	CE	Cu	Fe	Mn	Acidez	SO4	Zn	N° Excedenc	N° Registro	% Excedenc
BT-1	**LB RCA**	≤	<	≥	<	<	<	=	=	<	**19**	**108**	**17,6**
BT-3	**LB RCA**	≥	=	<	≥	≥	<	<	>	>	**37**	**108**	**34,2**
NEV-3	**LB RCA**	≤	>	-	≤	<	-	=	-	≤	**21**	**72**	**29,2**
Total											**77**	**288**	**26,7**

Nota:
- denota que no fue posible hacer la comparación por no disponerse de información.
Fuente: Elaboración del Tribunal en base a la información de las Figuras N°7 a 9

Centésimo decimotercero: Que de este análisis es posible concluir que 26,7% de los 288 registros analizados, para el año hidrológico señalado, muestran valores mayores respecto del percentil 66% de la Línea de Base. No obstante, dichas excedencias, poco frecuentes y no tan evidentes como en el caso de las aguas superficiales, no representarían indicios inequívocos de que la calidad de las aguas subterráneas haya sido alterada por las obras y actividades del proyecto o del funcionamiento del muro cortafugas. Asimismo, con esta información no es posible descartar que la calidad de este componente, en estos tres puntos o pozos de control, pueda estar influenciada por factores naturales, por lo que no es posible extraer conclusiones respecto de este punto.

Centésimo decimocuarto: Que lo anterior no obsta a que, en el futuro -de continuar la ejecución de este Proyecto- deba realizarse un riguroso monitoreo del comportamiento de los pozos relevantes (BT-1, BT-2, BT-3, NEV-3, L4), idealmente informando en línea a la autoridad fiscalizadora en los parámetros más representativos, para controlar en directo la situación de este componente en cada momento del tiempo y poder efectuar una supervisión permanente sobre el mismo. Con esto se podrán tomar las debidas providencias para evitar impactos

de consideración en el futuro e inducir al Titular del proyecto a mantener un riguroso control sobre sus actividades mineras y dar cumplimiento a las condiciones de la RCA. Es recomendable también que la revisión que se haga de la RCA establezca nuevos controles más explícitos y rigurosos, debidamente analizados, con la frecuencia relevante, planes de respuesta y providencias y adecuaciones al proyecto, que permitan anticiparse, gestionar y controlar debidamente los impactos que el proyecto pueda generar en el futuro e inducir en todo momento al Titular a dar cumplimiento a las condiciones de la RCA y las normas que le apliquen.

V. ANTECEDENTES SOBRE CONDUCTA ANTERIOR DEL INFRACTOR

Centésimo decimoquinto: Que en este punto, los reclamantes arguyen que la autoridad fiscalizadora no habría considerado, dentro de su proceso sancionatorio y para calificar la conducta anterior de la Compañía, a lo menos seis sanciones que se impusieron a la Compañía entre los años 2007 a 2013, que corresponden a las siguientes resoluciones de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Atacama: i) Resolución Exenta N° 85, de 27 de abril de 2007, que impuso una sanción de 300 UTM por no informar la detección de los impactos y daños ocasionados a consecuencia del ensanchamiento de la berma y rutas para el tránsito de personas; ii) Resolución Exenta N° 22, de 1 de febrero de 2007, que aplicó una sanción de 300 UTM por captación ilegal de agua del río Estrecho; iii) Resolución Exenta N° 65, de 19 de marzo de 2012, que aplicó una sanción de 300 UTM por incumplimientos de la RCA; iv)Resolución Exenta N° 46, de 25 de febrero de 2013, que aplicó una sanción de 2.250 UTM por incumplimientos de la RCA; v) Resolución Exenta N° 47, de 25 de febrero de 2013, que impuso una sanción de 500 UTM por inobservancia de las medidas de mitigación; y vi) Resolución Exenta N° 87, de 5 de abril de 2013, que aplicó una sanción de 1.000 UTM por incumplimientos de la RCA. Lo anterior, a juicio del reclamante, obligaba al Superintendente a imponer la máxima sanción que, para este caso, sería la revocación de la RCA.

Centésimo decimosexto: Que, por su parte, la SMA señaló que en la resolución impugnada se desarrollaron cada uno de los criterios expresados por el artículo 40 de la LOSMA –que pueden operar como agravantes o atenuantes según sea el caso- en el apartado VII de la resolución impugnada, señalando que en la consideración 100 letra c) se expuso latamente el historial de incumplimientos de la Compañía, concluyéndose "*que el sujeto infractor representa un estándar bajo de cumplimiento a sus compromisos y obligaciones para con el medio ambiente y su normativa, debiendo configurarse una agravante en la determinación de la sanción*". Por otra parte, señala que la imposición de la revocación de la RCA, constituye una potestad discrecional acotada, concluyendo que "*el uso de los vocablos 'podrán' u 'hasta' sólo vienen a reafirmar el espíritu de la disposición por lo que se puede concluir que no existe un supuesto normativo que permita sostener que sólo corresponde la sanción de revocación de la RCA frente a determinados incumplimientos o infracciones".*

Centésimo decimoséptimo: Que, al analizar la resolución impugnada, se puede constatar que los antecedentes señalados por el reclamante sí fueron mencionados, y que efectivamente aparecen contenidos en la consideración 100 letra c) de la citada resolución. Por lo tanto, desde el punto de vista formal, los antecedentes sí fueron considerados. Sin embargo, el problema es nuevamente la motivación de la decisión y la falta de razonamiento que permita determinar de qué forma esa cantidad de incumplimientos llevaron al Superintendente a decidirse por una sanción –en este caso, multa- y no por otra, como sería, por ejemplo, la revocación. Como se ha señalado en las consideraciones anteriores, los criterios del artículo 40 están íntimamente vinculados con la motivación y la debida argumentación que debe realizar el Superintendente para escoger una sanción en detrimento de otra. Es decir, lo que se espera de su fundamentación es que de la simple lectura de los argumentos se pueda comprender por qué el Superintendente optó por una sanción, y cómo los criterios del artículo 40 fueron utilizados para arribar a tal decisión, de forma tal que se pueda determinar si hay proporcionalidad en la sanción impuesta

y de qué forma la motivación de la decisión la explica. Así, por ejemplo, si tenemos un infractor con una conducta anterior contumaz, que presenta un alto nivel de incumplimiento que sólo confirma su falta de compromiso con la normativa ambiental y que incurre en reiteradas infracciones graves o gravísimas, sería desproporcionado imponerle como sanción una amonestación. Por su parte, la fundamentación de una sanción mayor, como sería la multa, debiese explicar no sólo las razones por las cuales la autoridad escogió dicha sanción sino que, además, debería razonar por qué -a la luz de tan gravísimos antecedentes- se descarta la imposición de la revocación.

Centésimo decimoctavo: Que la falta de fundamentación respecto al criterio contenido en la letra e) del artículo 40 de la LOSMA es manifiesta y se debe, en gran medida, a la forma en que la SMA configura agravantes o atenuantes como criterios para determinar la sanción específica. En efecto, en la resolución impugnada se señala: *"La conducta anterior se debe entender como el comportamiento que el infractor ha tenido a lo largo de su historia en materia de cumplimiento normativo ambiental vigente. Puede revestir un carácter positivo traduciéndose en una atenuante en la determinación de la sanción a imponer, o bien, constituir un agravante en relación a los incumplimientos sancionados en el pasado. La intensidad de la reacción del ordenamiento jurídico ante un incumplimiento normativo debe tener en consideración el sustrato fáctico de los acontecimientos y la historia previa de sus intervinientes es plenamente aplicada en el derecho penal a través de las circunstancias modificatorias de responsabilidad […] en conclusión , cuando la conducta anterior del infractor dé cuenta de una historia negativa en relación al cumplimiento de la normativa ambiental, esta circunstancia operará como una agravante a tener en cuenta al momento de determinar la sanción para el caso concreto, y por el contrario, cuando la conducta anterior del infractor revele antecedentes positivos respecto de su desempeño ambiental, este factor operará como circunstancia atenuante en el proceso de determinación de la sanción".* Como puede apreciarse, la fundamentación gira en torno a que los antecedentes anteriores de la Compañía

configurarán una agravante en la determinación específica de la sanción, relacionándolo con lo que sucede en el ámbito penal. Con todo, y como se señaló en las consideraciones relativas a la procedencia del concurso infraccional (trigésimo séptima y siguientes), el modelo sancionatorio de la LOSMA no regula expresamente las agravantes o atenuantes como criterios para determinar la sanción, ni mucho menos, como es obvio, establece ningún tipo de reglas destinadas a verificar qué sucede cuando hay concurrencia de agravantes, atenuantes o ambas. Por lo tanto, y a diferencia de lo que sucede en el ámbito penal, donde los efectos de las circunstancias modificatorias están expresamente regladas entre los artículos 62 y 70 del Código Penal, en la LOSMA nada se dice sobre el punto. En consecuencia, cuando la resolución concluye que: "*tomando en cuenta los antecedentes ya expuestos, corresponde señalar que la conducta previa del sujeto infractor representa un estándar bajo de cumplimiento a sus compromisos y obligaciones para con el Medio Ambiente y su normativa, debiendo configurarse una agravante en la determinación de la sanción",* en rigor, no está señalando nada en concreto, pues no se sabe cuál es el efecto de la agravante. La única forma de conocer cómo afecta la conducta anterior del infractor en la determinación de la sentencia es realizando la debida fundamentación, que es de carácter cualitativa y no cuantitativa. El desarrollo de los criterios contenidos en el artículo 40 de la LOSMA para elegir alguna de las sanciones contenidas en el artículo 39 del citado cuerpo legal, no puede limitarse a señalar -como fue en este caso y respecto de todos los otros criterios del citado artículo 40- que la conducta anterior será considerada una agravante sin más, omitiendo razonar respecto de lo más importante, que es precisar cómo se trasunta ese efecto agravante, o lo que es mejor, cómo la conducta anterior influye en el Superintendente para imponer una multa de un determinado monto y no la revocación de la RCA.

Centésimo decimonoveno: Que de acuerdo a lo señalado en las consideraciones anteriores, este Tribunal concluye que en los términos en los cuales el Superintendente desarrolla el criterio de la conducta anterior contenido en el artículo 40

letra e) de la LOSMA no es suficiente para comprender de qué forma se concretaron las seis sanciones previas indicadas en la consideración centésimo décimo quinta, en la elección de la multa como sanción específica y en el monto de ella, situación que viene a confirmar la falta de motivación de la que adolece la Resolución Exenta N° 477, cuyo estándar de motivación fue desarrollado en profundidad por este Tribunal.

Centésimo vigésimo: Que, por lo anterior, se acogerán las reclamaciones en este respecto, pues la falta de motivación en la determinación de la sanción específica deviene en que la actuación del Superintendente sea arbitraria, al no contener los razonamientos suficientes que expliquen la ponderación de la conducta anterior del infractor en la determinación de la sanción. Así, en la nueva resolución que deberá dictar la SMA, deberá desarrollar correctamente este punto y evaluar, a la luz de todos los antecedentes que deba ponderar conforme al artículo 40 de la LOSMA, con el nivel de motivación ya señalado, cuáles son las sanciones que corresponde aplicar a cada una de las infracciones.

VI. SOLICITUD DE APERTURA DE NUEVOS PROCESOS SANCIONATORIOS

Centésimo vigésimo primero: Que los reclamantes denunciaron la existencia de hechos y antecedentes en el expediente administrativo de la SMA que, a su juicio, constituirían nuevas infracciones no consideradas en la formulación de cargos, por lo que solicitaron a este Tribunal que ordene a la SMA la apertura de nuevos procesos administrativos sancionatorios. Entre estos antecedentes estarían, entre otros, la sanción impuesta por la COREMA mediante Resolución Exenta N° 22, de 1 de febrero de 2011, por la captación ilegal de agua del río Estrecho, y la Resolución Exenta N° 159 de la DGA de la Región de Atacama, de 12 de marzo de 2013, también por captación ilegal de aguas. Estas captaciones ilegales, a juicio del reclamante, habrían destruido cosechas y afectado la producción agrícola, lo que se habría constatado en el informe de la visita a terreno N° 12 de fecha 15 de febrero de 2013 (fojas

7), efectuada por el ingeniero agrónomo especialista señor Esteban Ordenes Abarca.

Centésimo vigésimo segundo: Que respecto a este punto de reclamación, el Superintendente expresó, sobre la captación ilegal de aguas, que existe una sanción impuesta mediante Resolución Exenta N° 22 de la COREMA de la región de Atacama, de fecha 1° de febrero de 2011, y que la persistencia de los mismos hechos no ha sido denunciada ante la SMA. Por su parte, respecto a la Resolución Exenta N° 159, el reclamado señaló que dicha resolución fue considerada en el numeral 20° del Oficio Ordinario N° 58 de 27 de marzo de 2013. Respecto a las consecuencias que se habrían producido por la escasez de agua producto de la captación ilegal, agregó que el artículo 47 de la LOSMA regula la denuncia como una de las vías para iniciar el procedimiento administrativo sancionatorio, de manera que si el reclamante quiere iniciar nuevos procedimientos por hechos que no fueron considerados, puede perfectamente proceder conforme a lo señalado en el citado precepto.

Centésimo vigésimo tercero: Que en cuanto a la exclusión de los cargos de la "*infracción por captación ilegal de agua en el río Estrecho*", se debe tener presente que la COREMA de la Región de Atacama, mediante Resolución Exenta N° 022, de 1° de febrero de 2011, ya aplicó una sanción a la Compañía, como la propia reclamante reconoce, razón por la cual no puede, por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, aplicársele una nueva sanción administrativa, pues de lo contrario se vulneraría el principio de *non bis in ídem*, contemplado en el artículo 60 de la LOSMA.

Centésimo vigésimo cuarto: Que, en lo que se refiere a la Resolución Exenta N° 159, de 12 de marzo de 2013, de la Dirección de Aguas de la Región de Atacama, (que comunica que acoge la denuncia de la Junta de Vigilancia del Río Huasco y sus afluentes contra la Compañía, por extracción no autorizada de aguas superficiales desde el Río Estrecho), consta en el expediente administrativo (fs. 168) que efectivamente ésta fue considerada por la SMA para efectos de la formulación de cargos (numeral 20 de los antecedentes del Oficio Ordinario N° 58, de

27 de marzo de 2013), mas no para la aplicación de la sanción en la Resolución Exenta N° 477. En efecto, al analizar la conducta anterior de la infractora, el Superintendente no hace referencia a la sanción citada, lo que evidentemente constituye una omisión, por lo que deberá ser considerado como un nuevo antecedente de la Compañía al momento de proceder a dictar la nueva resolución en relación con el criterio contenido en la letra e) del artículo 40 de la LOSMA. Sin perjuicio de lo anterior, consta en la Resolución Exenta N° 159, que los antecedentes fueron remitidos al Juzgado de Letras de Turno de la ciudad de Vallenar para solicitar la aplicación de la multa máxima establecida en el artículo 179 del Código de Aguas. En consecuencia, y al igual como se señaló en el primer caso, no procede en este caso abrir un nuevo proceso administrativo por hechos que están siendo conocidos en otra sede jurisdiccional, pues se vulneraría el principio *non bis in ídem*.

Centésimo vigésimo quinto: Que respecto de la destrucción de cosechas y afectación de la producción agrícola alegadas, no consta que ello sea consecuencia de la captación ilegal de aguas. Sin perjuicio de lo anterior, tratándose de hechos constitutivos de infracción no sancionados administrativamente, lo que corresponde sería efectuar la denuncia respectiva a la SMA, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 47 de la LOSMA, para que -si tiene mérito suficiente y está revestida de seriedad- se origine un procedimiento sancionatorio o, en caso contrario, se disponga la realización de acciones de fiscalización.

Centésimo vigésimo sexto: Que, por lo tanto, y en virtud de los argumentos señalados precedentemente, se rechaza este punto de reclamación, sin perjuicio de ordenar al Superintendente que incorpore la citada Resolución Exenta N° 159 dentro de los antecedentes a considerar para desarrollar debidamente el criterio contenido en la letra e) del artículo 40 de la LOSMA.

VII. FALTA DE AUTORIZACIÓN PREVIA DEL TRIBUNAL A PARA LAS "MEDIDAS URGENTES Y TRANSITORIAS" IMPUESTAS POR LA SMA

Centésimo vigésimo séptimo: Que los reclamantes denuncian también una ilegalidad de procedimiento, pues la SMA habría omitido solicitar la debida autorización previa a este Tribunal para imponer la medida urgente y transitoria contenida en el Resuelvo Segundo N° 1 de la resolución impugnada, correspondiente a la paralización total 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. Lo anterior, debido a que las medidas decretadas en virtud del artículo 3° letra g) de la LOSMA, deben siempre contar con autorización previa del Tribunal, conforme lo señala el inciso final del artículo 48 de la citada ley, lo que no fue realizado por el ente fiscalizador.

Centésimo vigésimo octavo: Que sobre este punto, el Superintendente señaló que de acuerdo al texto expreso del artículo 3 letra g) y h) de la LOSMA, se puede distinguir claramente entre dos figuras legales: i) la suspensión; y, ii) las medidas urgentes y transitorias. A su vez, el artículo 17 N° 4 de la Ley N° 20.600, en su texto sólo hace mención a la suspensión, de lo que desprende la parte reclamada que sólo las suspensiones requieren autorización por parte del Tribunal Ambiental, no así las medidas urgentes y transitorias adoptadas por la SMA. Para respaldar su argumentación, acompañó un informe en derecho del profesor Jorge Bermúdez Soto sobre "*Régimen de ejecutoriedad de las resoluciones de calificación ambiental y de las medidas urgentes y transitorias del artículo 3 g) de la LOSMA*", que rola a fojas 646 y ss.

Centésimo vigésimo noveno: Que, por su parte, la Compañía agregó que la diferencia entre suspensión y medida urgente y transitoria, radica en que la primera acarrearía una especie de congelamiento de las autorizaciones de las resoluciones de calificación ambiental; en cambio, en las medidas urgentes, la autoridad puede ordenar seguir realizando una serie de seguimientos de variables ambientales y una serie de obras destinadas a la protección de las aguas, precisamente para el

resguardo del medio ambiente. Para respaldar su argumento, acompañó un informe en derecho del profesor Alejandro Romero Seguel sobre "*Distinción entre el sistema cautelar administrativo y jurisdiccional*", que rola a fojas 769 y ss.

Centésimo trigésimo: Que para resolver el presente punto de reclamación, en primer lugar, se debe esclarecer la naturaleza jurídica del trámite de autorización previa ante el Tribunal Ambiental, previsto en el inciso final del artículo 48 de la Ley N° 20.600, que permite a la SMA aplicar las suspensiones previstas en las letras g) y h) del artículo 3° de la LOSMA. Dicha autorización se enmarca dentro del principio de control judicial de los actos de la Administración, como garantía en favor del presunto infractor o interesado afectado, para evitar que el titular del proyecto sea sometido a medidas de considerable entidad, sin un control jurisdiccional previo.

Centésimo trigésimo primero: Contrario a lo señalado por la SMA, esta magistratura sostiene que efectivamente la SMA incurrió en omisión al no requerir la autorización de este Tribunal para decretar la medida de paralización de "*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*", lo que será desarrollado a continuación.

Centésimo trigésimo segundo: Que el argumento de la SMA se basa en considerar que la paralización de todas las actividades de la fase de construcción no equivale a una suspensión de una autorización contenida en la RCA sino que, por su naturaleza, es otra medida urgente y transitoria para el resguardo del medio ambiente. En su opinión, sólo las suspensiones requieren autorización del Tribunal, no así las otras medidas urgentes y transitorias que pueden decretarse. El Tribunal concuerda con la SMA en que las "*medidas urgentes y transitorias*" no requieren de autorización judicial, como plantea también el informe en derecho del profesor Bermúdez Soto, ya citado, pero siempre y cuando no exista un "fraude de etiqueta", es decir, que materialmente la "*medida urgente y transitoria*" no corresponda a alguna de las que sí requieren autorización

previa del Tribunal. Lo anterior hace necesario evaluar la naturaleza de la medida decretada por la SMA en el marco del proceso administrativo sancionatorio seguido contra la Compañía y los efectos que esta conlleva, para posteriormente decidir si, efectivamente, corresponde a otra medida urgente y transitoria o es de aquellas medidas que requieren autorización del Tribunal.

Centésimo trigésimo tercero: Que para resolver este punto, no basta con que la SMA haya denominado la medida como una "paralización" y no una suspensión o detención de funcionamiento. Este Tribunal no puede aceptar la interpretación literalista que la SMA hace del artículo 3 g) y h), al pretender que la paralización decretada se enmarca dentro de las "*otras medidas urgentes y transitorias*" por el sólo hecho de que no se empleó el término "*suspensión*" o "detención". Si este Tribunal sólo se basara en dicha interpretación literal no estaría cumpliendo correctamente su labor de interpretar y aplicar la ley. Por lo tanto, es importante tener presente que no obstante el empleo del término "*paralizar*" en el numeral 1 del resuelvo segundo de la resolución recurrida, esa paralización podría denotar o implicar una suspensión de una autorización contenida en la RCA, y en ese caso, la denominación que de la medida hizo la SMA carece de toda importancia y esta debería contar con autorización previa del Tribunal. A mayor abundamiento, cabe aplicar a este caso el aforismo jurídico de que "*en derecho las cosas son lo que son y no lo que se dice que son*".

Centésimo trigésimo cuarto: Que, en estrado, la SMA complementó sus alegaciones relativas a la impertinencia de una autorización del Tribunal para la medida de paralización. Señaló que ésta no involucraba una suspensión de una autorización contenida en la RCA ya que esta medida sólo le reiteraba a la Compañía la necesidad de cumplir con el cronograma establecido en ella para proceder a las distintas etapas de construcción del proyecto, en que la operación de *pre-stripping* debía ser posterior a la etapa de construcción

de las obras encaminadas a proteger los recursos hídricos del lugar.

Centésimo trigésimo quinto: Que para evaluar los argumentos de la SMA es importante tener presente que, en la RCA, efectivamente se señala que la operación de *pre-stripping* debe ser precedida por la construcción de las obras de interceptación y manejo de drenajes ácidos (página 99 de la RCA). Asimismo, la etapa de construcción incluye algunos permisos a los que se refiere la RCA. Para los efectos de la operación de *pre-stripping,* el permiso ambiental sectorial relevante es el que se menciona en el artículo 88 del Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental: "*Permiso para establecer un apilamiento de residuos mineros a que se refiere el inciso 2° del artículo 233 y botaderos de estériles a que se refiere el artículo 318, ambos del D.S.* N°*. 72/85 del Ministerio de Minería, Reglamento de Seguridad Minera*".

Centésimo trigésimo sexto: Que, con estos antecedentes, se puede concluir que la paralización de las faenas de construcción que fue decretada por la SMA, en la práctica, equivale a una suspensión de una autorización contenida en la RCA y, por lo tanto, se enmarca en la suspensión del artículo 3 g) de la LOSMA al que remite expresamente el inciso final del artículo 48 del citado cuerpo legal, y que exige la autorización judicial previa por parte del Tribunal.

Centésimo trigésimo séptimo: Que el profesor Bermúdez, en su informe en derecho acompañado por la SMA plantea -para justificar la distinción entre la paralización y la suspensión- que en la paralización "*sólo hay un condicionamiento al cumplimiento de la legalidad*" (fs. 661). Este Tribunal no ve la relevancia de esta constatación, ya que tanto suspensiones como paralizaciones -decretadas en el marco del artículo 3 letra g) de la LOSMA- son transitorias y quedan condicionadas al cumplimiento de las normas, medidas y condiciones previstas en la RCA. Esa es precisamente la situación en este caso. La paralización decretada, que implica necesariamente la suspensión de una autorización contenida en la RCA, queda condicionada a que la Compañía cumpla con la construcción de

las obras necesarias para proteger los recursos hídricos y, sólo una vez cumplida dicha condición, será alzada.

Centésimo trigésimo octavo: Que, en definitiva, la SMA incurrió en una ilegalidad al no solicitar autorización a este Tribunal para imponer la paralización de 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, por cuanto dicha paralización conlleva la suspensión de una de las diversas autorizaciones que contiene la RCA y que, como se señaló precedentemente, corresponde al Permiso para establecer un apilamiento de residuos mineros a que se refiere el inciso 2° del artículo 233 y botaderos de estériles a que se refiere el artículo 318, ambos del D.S. N°. 72/85 del Ministerio de Minería, Reglamento de Seguridad Minera, por lo que correspondería anular la medida del Resuelvo Segundo N° 1 de la resolución recurrida.

Centésimo trigésimo noveno: 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, el 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 el 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.

VIII. LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS URGENTES Y TRANSISTORIAS ORDENADAS POR LA SMA

Centésimo cuadragésimo: Que los reclamantes arguyeron que las medidas urgentes y transitorias ordenadas por la SMA eran ilegales, por ser innominadas y entregadas al arbitrio de la Compañía. Se trataría de medidas que: i) no cuentan con una constatación en terreno por parte de fiscalizadores y expertos, que la SMA podía y debía ordenar; ii) no cuentan con evaluación ambiental, pertinencia y ni siquiera con el informe favorable de servicios técnicos y especializados que podrían haber informado sobre ellas; y, iii) serían medidas que escapan a los fines puramente ambientales que la fundan. Con estas medidas innominadas se pone en peligro la paralización de las obras, pues la Compañía -mediante carta de 7 de junio de 2013- definió por sí y ante sí las obras y actividades a realizar, con la finalidad de mantener la actividad productiva del proyecto y desdibujando la paralización decretada.

Centésimo cuadragésimo primero: Que, por su parte, el Superintendente señaló que la acusación es completamente errada, pues dichas medidas fueron ordenadas conforme a una potestad reglada de la SMA, reconocida expresamente en el artículo 3 letras g) y h) de la LOSMA. En cuanto a las medidas específicas, señaló que su determinación depende de la potestad discrecional que asiste a la SMA, lo que es del todo coherente, debido a que las circunstancias dependen del caso en particular, siendo impracticable tener un catálogo legal de las mismas. En cuanto a que las medidas ordenadas no contaron con la constatación en terreno por parte de los fiscalizadores y expertos de la SMA, el Superintendente señaló que dichas medidas urgentes y transitorias fueron ordenadas por la resolución impugnada después de un procedimiento sancionatorio que cumplió estrictamente con lo dispuesto en la ley, constatándose fehacientemente los hechos que configuraron las infracciones sancionadas. Por último, respecto a que las medidas no cuentan con evaluación ambiental, pertinencia y ni siquiera con un informe favorable de servicios técnicos y

especializados que podrían haber informado sobre ellas, el Superintendente señaló que si las medidas urgentes y transitorias requirieran de evaluación, así lo habría dicho expresamente la ley; además, indicó que dicho trámite sería contrario a la naturaleza urgente y transitoria que tienen las citadas medidas que, de exigirse, las harían "completamente ineficaces".

Centésimo cuadragésimo segundo: Que, revisados los antecedentes por parte del Tribunal, estos sentenciadores concluyen que no es efectivo que se trate de "*medidas innominadas entregadas completamente al arbitrio y juicio de la empresa*", como alega la reclamante, puesto que en el numeral 2 del resuelvo segundo de la resolución reclamada, se las individualiza: "*obras de captación, transporte y descarga al estanque de sedimentación norte*"; y se detalla la forma en que deberán ejecutarse: "*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*". Por lo demás, los detalles de ingeniería de las obras deben ser elaboradas en conjunto con la Compañía, no siendo procedente en este caso exigir un nivel de detalle máximo de las construcciones que se deberán ejecutar, ya que basta que se las individualice para saber qué es lo que se quiere desarrollar.

Centésimo cuadragésimo tercero: Que este Tribunal concurrió a la zona del proyecto Pascua Lama, el 5 de noviembre de 2013, dando cumplimiento a la inspección personal decretada como medida para mejor resolver, donde pudo comprobar en terreno que la fase de construcción del proyecto se encontraba paralizada. Además, se recorrió el proyecto constatando las obras que se estaban realizando como consecuencia de las

medidas ordenadas en el numeral 2° del Resuelvo Segundo de la Resolución Exenta N° 477, y que se denominó “Fase I”.

Centésimo cuadragésimo cuarto: Que, asimismo, no puede acogerse el argumento de la reclamante en orden a que se trata de medidas que “*no cuentan con evaluación ambiental, pertinencia y ni siquiera con el informe favorable de servicios técnicos y especializados que podrían haber informado sobre ellas*”, pues su carácter de “*urgentes y transitorias*” las hacen excepcionales, lo que no se condice con el ingreso al Sistema de Evaluación Ambiental. Lo anterior, sin perjuicio que, según las características de las obras y la urgencia de las medidas, pueda ser necesario motivar y fundamentar su decisión ya sea con informes favorables de servicios sectoriales o requerir otras evaluaciones técnicas.

Centésimo cuadragésimo quinto: Que, en cuanto a la alegación de que se trata de “*medidas que escapan a los fines puramente ambientales que la fundan*” carece de sustento, por cuanto fue constatado en terreno, durante en la visita inspectiva realizada por el Tribunal, la utilidad de tales obras para resguardar posibles efectos ambientales negativos ante el retraso significativo de las obras comprometidas en la RCA para el manejo de las aguas superficiales.

Centésimo cuadragésimo sexto: Por último, debe tenerse presente que las medidas decretadas por la autoridad ambiental son, por naturaleza, transitorias, de manera que en caso alguno puede estimarse que encubran obras definitivas. Lo anterior, en consideración a que en la resolución reclamada se señala expresamente su carácter temporal y transitorio. En efecto, se ordena a la Compañía “*construir transitoriamente las obras que se indican a continuación*”; se la califica de “*medida temporal*”; y se consigna que se trata de obras destinadas a operar “*exclusivamente*” durante el periodo necesario para implementar las obras definitivas.

Centésimo cuadragésimo séptimo: Que, por lo tanto, y atención a los argumentos señalados precedentemente, se rechaza en este punto la reclamación deducida por los reclamantes y se

declara que las medidas urgentes y transitorias ordenadas por la SMA en el numeral 2° del Resuelvo Segundo de la Resolución Exenta N° 477, y que dieron origen a la denominada Fase I, son legales. Con todo, este Tribunal precisa que dichas obras no pueden perdurar más allá del término de las obras definitivas contempladas en la RCA, ya que, de lo contrario, deberán entrar al SEIA, correspondiéndole a la SMA fiscalizar que se cumpla con ello.

IX. FALTA DE PRONUNCIAMIENTO SOBRE SOLICITUDES REALIZADAS POR LOS RECLAMANTES

Centésimo cuadragésimo octavo: Que los reclamantes señalaron que no hubo pronunciamiento por parte de la SMA a diversas solicitudes contenidas en las presentaciones que, como parte interesada del proceso sancionatorio, hicieron a la SMA con fechas 4 de abril y 13 de mayo de 2013. Entre éstas se encuentran las siguientes: i) imponer la revocación de la RCA; ii) recibir prueba testimonial respecto de ciertos hechos; iii) rechazar los descargos de la Compañía respecto a la profundización del muro cortafugas; iv) oficiar al SEA y los servicios públicos con competencia ambiental para que informaran sobre las sanciones y procesos sancionatorios sectoriales; v) contratar una pericia o análisis económico a un auditor independiente para determinar el beneficio económico de la Compañía por las infracciones cometidas; y, vi) oficiar al SEA para que se pronuncie sobre la pertinencia de ingresar las actividades planteadas por la Compañía en sus descargos, entre otras solicitudes. Agregó el reclamante que sus peticiones sólo fueron proveídas con un “se resolverá en su oportunidad procesal” o “téngase presente”, y no fueron resueltas ni mucho menos consideradas en la resolución impugnada. De haber actuado correctamente, la SMA hubiese obtenido antecedentes suficientes para haber aplicado la sanción proporcional y legalmente procedente, que a juicio del reclamante no era otra que la revocación de la RCA.

Centésimo cuadragésimo noveno: Que la SMA, por su parte, refutó lo señalado por el reclamante, indicando que sí tuvieron presente toda la información entregada por ella. Los descargos de la SMA se pueden resumir en lo siguiente: i) que respecto a la solicitudes de 4 de abril y 13 de mayo de 2013, estas fueron resueltas mediante Resolución Exenta N° 340, de 15 de abril de 2013, y Oficio Ordinario N° 197 de 16 de mayo de 2013, respectivamente; ii) que en cuanto a la falta de pronunciamiento respecto de la solicitud de revocación de la RCA, el Superintendente señaló que no es la parte reclamante quien debe determinar la sanción, sino que es la SMA; iii) que el medio de prueba testimonial ofrecido por la parte reclamante era simplemente eso, un ofrecimiento, por cuanto no se indicaban los puntos de la testimonial ni quienes específicamente serían los testigos. A lo anterior, agrega que existió un reconocimiento expreso de responsabilidad por parte del infractor en casi la totalidad de los cargos formulados; iv) que la diligencia de oficiar al SEA a fin de dar cuenta de todos los procesos sancionatorio, era absolutamente innecesaria, pues esta información se encuentra disponible en línea a través del sistema e-SEIA; v) que no se ofició a los demás servicios públicos con competencia ambiental por innecesario, ya que los procesos que la SMA debe considerar a efectos de precisar la conducta anterior del infractor corresponden sólo a aquellos de carácter ambiental y no a todos los procesos administrativos sancionatorios sectoriales. De lo contrario, la SMA incurriría en lo que se ha denominado “desviación del fin”; vi) que no se pronunció ni ofició a la Municipalidad de Alto del Carmen, SERNAGEOMIN, Dirección del Trabajo y CONADI, pues se trataba de materias que no son propias de la SMA y que dicen relación con las atribuciones que la ley expresamente le ha otorgado; y vii) que en lo atingente a la contratación de una pericia o análisis económico con cargo a la empresa infractora, el Superintendente aduce que dicha solicitud es improcedente, ya que la competencia para determinar todo lo relacionado con la aplicación de la circunstancia regulada en la letra c) del artículo 40 de la LOSMA, es de la SMA, no siendo necesario, como tampoco exigido por la ley, que se deba contratar a un tercero independiente.

Centésimo quincuagésimo: Que sobre este punto de reclamación, 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. Con todo, las diligencias probatorias que pueden solicitar las partes, no se agotan en aquellas destinadas a acreditar las infracciones, sino que además comprende a aquellas diligencias o antecedentes que permitan ilustrar respecto a los criterios contenidos en el artículo 40 de la LOSMA, para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar. Tampoco se puede pretender aplicar el artículo 50 de la LOSMA, entendiendo que el único que puede solicitar diligencias probatorias es el presunto infractor, en primer lugar porque la disposición no lo señala expresamente y, en segundo lugar, porque lo que hace la disposición es establecer criterios generales de procedencia, exigiendo que las diligencias solicitadas deben ser pertinentes y conducentes, de lo contrario deben ser rechazadas motivadamente. No existe motivo razonable para no extender esta regla a quienes han sido considerados interesados en el proceso administrativo sancionador, quienes lo son conforme al artículo 21 de la LOSMA “para todos los efectos legales”.

Centésimo quincuagésimo primero: Que, por lo tanto, para acoger o desestimar una solicitud de diligencia realizada por los interesados en el proceso administrativo sancionador, la SMA debe considerar si estas son pertinentes o conducentes, de lo contrario tendrá que rechazarlas motivadamente. Conforme a lo señalado por este Tribunal respecto al estándar de motivación de los actos administrativos en las consideraciones vigésimo séptima y siguientes, se puede concluir que proveer estas solicitudes con un simple “téngase presente” o “se resolverá en su oportunidad” no es motivación suficiente. Lo que se hubiera esperado, es que los argumentos para rechazar cada una de las solicitudes presentadas por el reclamante de autos, hubieran sido similares a los presentados por la SMA

para este punto de reclamación, más allá de que este Tribunal esté o no de acuerdo con ellos en el fondo.

Centésimo quincuagésimo segundo: Que se suma a lo anterior, que muchas de las diligencias solicitadas por la parte reclamante dicen relación con la configuración de los criterios contenidos en el artículo 40 de la LOSMA, circunstancias que fueron fundamentadas deficientemente por la SMA y, como consecuencia de ello, deberá proceder a dictar una nueva resolución donde se expongan claramente los fundamentos que permitan motivar correctamente su decisión sancionatoria.

Centésimo quincuagésimo tercero: Que este Tribunal considera que la SMA debiera tener una actitud más proclive a acoger las solicitudes de los reclamantes en materia probatoria, particularmente cuando puedan ser conducentes a aportar antecedentes sobre las circunstancias señaladas en el artículo 40 de dicha ley, para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar. A la luz de la deficiente motivación antes señalada, no convence a este Tribunal que las medidas solicitadas por el reclamante para configurar los criterios del artículo 40, en particular los relacionados con la letra e) del citado precepto sean impertinentes o no conducentes. Por lo tanto, se acoge parcialmente la pretensión del reclamante, en el sentido que, al dictar la nueva resolución y para precisar la sanción específica que debe imponerse al infractor, el Superintendente deberá requerir y considerar los antecedentes individualizados por el reclamante, a fin de precisar y desarrollar la conducta anterior del infractor. Deberá tener presente además, que la ley no circunscribe los antecedentes a considerar únicamente a los procesos administrativos sancionadores de carácter ambiental, de forma tal que si quiere excluir algún antecedente vinculado a la conducta anterior del infractor, deberá fundamentarlo debidamente en ese sentido.

X. INFRACCIONES NO SANCIONADAS O TIPIFICADAS INCORRECTAMENTE

Centésimo quincuagésimo cuarto: Que los reclamantes señalaron que la resolución impugnada adolece de ilegalidad al

calificar incorrectamente algunos incumplimientos. El primero de ellos dice relación con el octavo incumplimiento señalado en la resolución impugnada, que corresponde a "*la descarga, no justificada, al río Estrecho proveniente de la planta de Tratamiento de Drenaje Ácido. Asimismo, dicha descarga no fue declarada ni monitoreada de conformidad al Decreto Supremo N° 90, de 2000 […]".* Dicho incumplimiento fue tipificado en el artículo 35 letra a) de la LOSMA, cuando en opinión de la parte reclamante debió tipificarse conforme al artículo 35 letra c) del citado cuerpo legal, es decir, como un incumplimiento a "*las medidas e instrumentos previstos en los Planes de Prevención y/o de Descontaminación, normas de calidad y emisión".* Lo mismo habría sucedido con el noveno incumplimiento, consistente 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 Cámara de Captación y Restitución (CCR) 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 D.S 90"*.

Centésimo quincuagésimo quinto: Que, por su parte, el Superintendente señaló que lo argumentado por la reclamante atenta contra el principio *non bis in ídem*, expresamente regulado en el inciso final del artículo 60 de la LOSMA. Expresó (a fojas 448) que para evitar vulnerar dicho principio, aplicó por analogía la figura jurídica del derecho penal denominada "*concurso ideal de infracciones administrativas",* que se castiga conforme al artículo 75 del Código Penal y que, en opinión del Superintendente, dicha regla tiene su símil en el artículo 60 de la LOSMA que señala: *"cuando por unos mismos hechos y fundamentos jurídicos, el infractor pudiese ser sancionado con arreglo a esta ley y a otra u otras leyes, de las sanciones posibles, se le impondrá la de mayor gravedad. En ningún caso se podrá aplicar al infractor, por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, dos o más sanciones administrativas".* Por esta razón, la SMA prefirió la letra a) del artículo 35 por sobre la letra c) del mismo artículo, pues

considera que la RCA es un instrumento que subsume la norma de emisión contenida en el D.S. 90/2000.

Centésimo quincuagésimo sexto: Que sobre este punto es necesario señalar que, conforme al artículo 12 letra g) de la Ley N° 19.300, los estudios de impacto ambiental consideran o deben considerar un plan de cumplimiento de la legislación aplicable, y dicho plan contiene toda la normativa vigente a la fecha de presentación de dicho EIA, como es el caso del D.S. N° 90/2000. Con todo, ha sido la propia RCA del proyecto, en su página 12 que expresamente señala: *"Además, se aclara que el titular deberá cumplir con los parámetros contenidos en las normas de Riego NCh 1.333, de Agua Potable NCh 409 y el DS n° 90/2000 Norma de Descarga a Cuerpos de Aguas Superficiales de acuerdo a lo señalado en el numeral 4 de la presente resolución"*. Conforme a lo anterior, se puede concluir que el citado D.S. N° 90/2000, así como los otras cuerpos legales señalados precedentemente, constituyen normativa integrante de la RCA, por lo que el incumplimiento de estas deben ser sancionados conforme al artículo 35 letra a) de la LOSMA.

Centésimo quincuagésimo séptimo: Que en este orden de cosas, la ilegalidad denunciada por el reclamante debe ser rechazada, por cuanto la SMA no podría sancionar el octavo y noveno incumplimiento a la RCA, contenido en la resolución impugnada y a la vez hacerlo adicionalmente conforme al artículo 35 letra c) de la LOSMA como un incumplimiento a una norma de emisión, sin violar el principio *non bis in ídem*. Con todo, la argumentación del Superintendente en base a la aplicación del concurso ideal no es procedente, pues como se señaló en detalle en las consideraciones relativos al concurso infraccional, para aplicar dicha normativa se requiere norma expresa que así lo establezca. Por otro lado, conforme a los antecedentes señalados, tampoco se estaría ante un concurso ideal, sino más bien ante un concurso aparente de leyes, en el cual "*convergen para solucionar un mismo hecho, una pluralidad de normas, si bien una sola de ellas, que desplaza a las demás, es suficiente para agotar el desvalor de la conducta*". (GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES "*Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*"

3ed. Editorial Aranzandi Navarra (2013) p. 617). La aplicación de una sola norma en detrimento de otra, a diferencia de lo que sucede con el concurso ideal de infracciones, no necesita siquiera de una expresa previsión legal *"puesto que resulta de la naturaleza misma de las cosas y del principio siempre bien latente en el derecho punitivo de* non bis in ídem*, al que repugna castigar dos veces los actos que por estar en la misma línea de ataque al bien jurídico protegido se refunden en la acción culminante y de más entidad"* (NIETO GARCÍA, Alejandro *"Derecho Administrativo Sancionador"* 5°ed., Editorial Tecnos, Madrid (2012) p. 481). En este caso la norma de mayor entidad es el artículo 35 letra a), que opera cuando, al describirse un comportamiento prohibido, se abarcan conductas punibles que ya han sido descritas por otros tipos y que en esencia, no es más que la aplicación del principio *non bis in ídem* al que hace mención el Superintendente como argumento principal de sus descargos.

Centésimo quincuagésimo octavo: Que, por tanto, se rechaza la solicitud de la parte reclamante y se establece que la SMA actuó correctamente al considerar dichos incumplimientos como infracciones al artículo 35 letra a) de la LOSMA. Sin embargo, se debe tener presente que las dos infracciones a la letra a) del citado artículo 35, deberán ser calificadas y sancionadas por separado, en virtud de que este Tribunal rechazó la aplicación del denominado concurso infraccional.

Centésimo quincuagésimo noveno: Que el segundo error de tipificación se habría producido respecto del décimo primer incumplimiento contenido en la resolución recurrida consistente en *"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"*, que –en opinión del reclamante- debió tipificarse adicionalmente en la letra j) del artículo 35 de la LOSMA, es decir, como un incumplimiento a *"los requerimientos de información que la Superintendencia dirija a los sujetos fiscalizados […]",* por cuanto una cosa sería el mero incumplimiento a la RCA, por haber utilizado una metodología

no autorizada, y otra cosa distinta sería no haber informado de esta a la autoridad.

Centésimo sexagésimo: Que en cuanto a esta ilegalidad denunciada, referida a que la autoridad no sancionó a la Compañía por omitir informar sobre el uso de la nueva metodología -adicionalmente a la sanción por haber utilizado dicha metodología sin que haya sido autorizada- este Tribunal estima que fue la propia SMA quien consideró que la metodología no estaba autorizada, motivo por el cual concluyó que el titular del proyecto había incumplido la RCA y lo sancionó, incluyendo esta falta bajo la figura del concurso infraccional. Respecto de esta infracción, que ahora deberá ser sancionada independientemente por parte de la SMA, y respecto de la cual la autoridad administrativa señaló que el titular del proyecto se había allanado, no se puede sancionar adicionalmente al titular por no haber informado la metodología, pues dicho deber de informar sólo se originaría ante cambios autorizados. En otras palabras, no se ha configurado la hipótesis que daría origen a la infracción solicitada por las reclamantes y, por tanto, lo solicitado en este punto debe ser rechazado.

XI. CALIFICACION DE INCUMPLIMIENTOS A REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN DE LA SMA

Centésimo sexagésimo primero: Que en este punto, los reclamantes alegan que los incumplimientos a la Resolución N° 107 y al requerimiento de información contenido en el punto 9 del acta de inspección ambiental corresponden a la ocultación de antecedentes relevantes con el fin de encubrir u ocultar una infracción gravísima. Señalan que, debido a la conducta de la Compañía, no se pudo conocer el real estado de la calidad de las aguas al no actuar conforme a las directrices entregadas por la resolución infringida. Acusan que el incumplimiento de las medidas provisionales oculta una infracción gravísima de la legislación ambiental, cual es haber ocasionado un daño irreparable a los cursos de agua del valle del río Huasco, y la reiteración o reincidencias de infracciones que podrían ser

catalogadas como graves, como sería la producción de daño ambiental reparable, debiendo haberse calificado este incumplimiento como gravísimo, pues éste habría tenido por finalidad la ocultación de una infracción gravísima del artículo 36 numeral 1, letras d) y/o g) de la LOSMA. Por su parte, respecto al acta de inspección ambiental, el reclamante señaló que dicho incumplimiento debió haberse calificado como gravísimo, conforme a las letras d) o e) del numeral 1 del artículo 36, toda vez que se habría *"entregado información falsa u ocultado cualquier antecedente relevante con el fin de encubrir u ocultar una infracción gravísima",* o bien *"por haber impedido deliberadamente la fiscalización, encubierto una infracción o evitado el ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia*".

Centésimo sexagésimo segundo: Que, por su parte, el reclamado replicó que no se cumplían los elementos para calificar dichos incumplimientos como una infracción gravísima, ya que para ello habría sido necesario probar, en el proceso administrativo, el dolo constituido por la intención del infractor de ocultar o falsificar la información entregada, circunstancias que, de acuerdo a los antecedentes del expediente sancionatorio, no se encuentran probadas.

Centésimo sexagésimo tercero: Que este Tribunal, a lo largo del proceso de reclamación, ha podido corroborar que la Compañía ha tenido, en general, un comportamiento habitual de incumplimiento a la normativa ambiental. Ahora bien, en el caso particular de la Resolución Exenta N° 107 y del punto 9 del Acta de Inspección Ambiental de 29 de enero de 2013, el comportamiento displicente de la Compañía respecto a los requerimientos de la autoridad fiscalizadora ha sido evidentes.

Centésimo sexagésimo cuarto: Que lo anterior queda de manifiesto al constatar en qué consisten algunos de los incumplimientos a la Resolución Exenta N° 107 y al numeral 9 del punto 9 del Acta de Inspección Ambiental, que se relacionan con requerimientos de información incumplidos. En cuanto a la Resolución N° 107, son los siguiente: i) la limpieza ordenada consideraba que un experto debía supervisar la ejecución de

esta actividad, informando a la SMA diariamente del estado de avance, particularmente, del estado en que se encontraban las especies que conforman las vegas andinas afectadas, cuestión que no sucedió; ii) el plan temporal ordenado en el numeral 2 del punto I del Resuelvo Primero de la Resolución N° 107 no cumplió con el objeto de conocer la calidad de las aguas que ingresaron a la CRR, 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; iii) los monitoreos ordenados en el numeral 1 del punto II del Resuelvo Segundo de la Resolución Exenta N° 107, no se realizaron en los puntos ahí definidos, y las muestras no fueron realizadas por entidades especialistas en la materia que no tengan relación contractual con el titular ni su matriz en los últimos dos años. No se acompañó acreditación del laboratorio que realizó el análisis de las muestras y dichos monitoreos no se realizaron diariamente entre los días 2 de febrero y 3 de marzo de 2013, periodo en que estaban vigentes las medidas. Lo mismo sucedió con los monitoreos ordenados en los numerales 2 y 3 del punto II del Resuelvo Segundo de la Resolución Exenta N° 107; y, iv) la caracterización inicial de Flora, Vegetación y Fauna silvestre afectada que se ordenó realizar en el numeral 5 del punto II del Resuelvo Segundo de la Resolución Exenta N° 107, no cumplió con los criterios básicos de metodología para realizar dicha caracterización, y sus resultados en general no pudieron ser validados por la SMA, todas vez que se encontraban incompletos, incomprobables, no estaban georreferenciados ni con representación espacial, entre otros problemas identificados. Por su parte, el incumplimiento al requerimiento de información contenido en el numeral 9 punto 9 del Acta de Inspección Ambiental corresponde a que la SMA solicitó a la Compañía los monitoreos de nivel y calidad de pozos ubicados aguas debajo de la zanja cortafugas y de las piscinas de acumulación de los últimos seis meses, habiendo entregado el titular solo dos mediciones de nivel y un solo monitoreo correspondiente a los pozos L4. Lo anterior, como se señaló por este Tribunal al referirse a la profundización del muro cortafugas, impidió que

se pudiera hacer un análisis correcto de la real situación que afectaba a las aguas subterráneas.

Centésimo sexagésimo quinto: Que a la luz de lo señalado en el considerando anterior, este Tribunal, 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 cargos en este aspecto, sin formular excusa alguna ni argumentar la concurrencia de ningún eximente de responsabilidad.

Centésimo sexagésimo sexto: Que el evitar el ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia no se agota en la imposibilidad material de realizarlas, sino que debe entenderse incorporado los casos en que la conducta no permite ejercer correctamente dicha función, como sería el caso de entregar información parcializada (debiendo entregarla completa), no certificada o, derechamente, no entregarla porque no fue reunida debiendo hacerlo.

Centésimo sexagésimo séptimo: Que, por lo anterior, 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.

XII. CONCLUSIONES

Centésimo sexagésimo octavo: Que, con todo lo señalado precedentemente el Tribunal concluye, en síntesis, que la Resolución Exenta N° 477, de 24 de mayo del 2013, del Superintendente del Medio Ambiente, adolece de ilegalidad por:

1. Carecer de motivación suficiente en relación con: i) la evaluación de la afectación a los recursos hídricos, superficiales y subterráneos; ii) la calificación de la gravedad de cada una de las infracciones establecidas; iii) la

calificación de la intencionalidad del infractor, respecto de las infracciones a las letras e), j) y l) del artículo 35 de la LOSMA; y, iv) en la determinación de las circunstancias establecidas en el artículo 40 de la LOSMA;

2. Aplicar incorrectamente un concurso infraccional entre los distintos hechos, actos y omisiones calificados como incumplimientos a la RCA y a la Resolución Exenta N° 107, de 31 de enero de 2013, respectivamente;

3. Omitir la calificación debidamente fundada de hechos, actos u omisiones que podrían configurar infracciones no consideradas en la resolución reclamada;

4. No considerar todas las circunstancias relacionadas con la conducta anterior del infractor disponibles en el proceso administrativo sancionatorio;

5. No haber ordenado la corrección de vicios del procedimiento de instrucción, como la procedencia de diligencias probatorias solicitadas por los denunciantes conducentes a esclarecer hechos controvertidos, o necesarias para motivar la calificación de las circunstancias establecidas en el artículo 40 de la LOSMA;

Centésimo sexagésimo noveno: Que, como se ha descrito, este Tribunal ha llegado a la convicción que los vicios de legalidad descritos precedentemente son de tal entidad, que sólo cabe la anulación de la resolución reclamada, en los términos que se señalarán en la parte resolutiva de esta sentencia, con excepción de las denominadas *"medidas urgentes y transitorias"* contenidas en el numeral segundo de la Resolución N° 477 de 2013; esto es, se mantendrá la vigencia de la paralización de las actividades de la fase de construcción del proyecto y de la obligación de construir las obras transitorias que allí se señalan, en los términos y condiciones establecidos en esa parte de la resolución reclamada.

Centésimo septuagésimo: Que según se desarrolló en las consideraciones centésimo cuadragésimo octava y siguientes, existen además vicios y omisiones en la instrucción del proceso administrativo sancionador, los que deberán ser corregidos previo a la dictación de la resolución que reemplace la que en

esta sentencia se anula, por lo que se ordenará al Superintendente del Medio Ambiente que adopte las medidas conducentes a ello;

Centésimo septuagésimo primero: Que, finalmente, y de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 30 de la Ley N° 20.600, no está dentro de las facultades de este Tribunal determinar los contenidos discrecionales del acto anulado, entre los que se encuentra la determinación de las sanciones aplicables a cada infracción;

Centésimo septuagésimo segundo: Que, por lo anterior, no es posible acoger lo solicitado por las reclamantes, en cuanto a imponer directamente a la Compañía la sanción establecida en la letra d) del artículo 38 de la LOSMA, esto es, declarar la revocación de la RCA del proyecto Pascua Lama, conjuntamente con multas u otras sanciones procedentes, siendo potestad del Superintendente del Medio Ambiente determinar qué sanción corresponde a cada una de las infracciones determinadas, lo que, en cualquier caso, deberá fundamentar conforme lo expuesto a lo largo de este fallo;

Y TENIENDO PRESENTE además lo dispuesto en los artículos 35 a 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, 17 N° 3, 18, 25 y 30 de la Ley N° 20.600 y en las demás disposiciones citadas,

SE RESUELVE:

1. **Acoger parcialmente** las reclamaciones de Rubén Cruz Pérez y otros, de 11 de junio de 2013, de la Asociación Indígena “Consejo Comunal Diaguita de Guascoalto” y otros, de 17 de junio de 2013, y de Agrícola Santa Mónica Ltda. y otra, de 17 de junio de 2013, en contra de la Resolución Exenta N° 477, dictada por el Superintendente del Medio Ambiente con fecha de 24 de mayo de 2013, por no conformarse ésta a la normativa vigente según lo desarrollado en la parte considerativa;

2. **Anular** la Resolución Exenta N° 477 del Superintendente del Medio Ambiente, de 24 de mayo de 2013, excepto en lo dispuesto en el numeral Segundo de la parte resolutiva de dicha resolución; esto es, manteniendo la vigencia de las medidas urgentes y transitorias decretadas en ella;

3. **Ordenar al Sr. Superintendente del Medio Ambiente** que, en ejercicio de la facultad establecida en el artículo 54 inciso 2° de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, disponga la corrección de los vicios de procedimiento y la realización de las diligencias necesarias para enmendar las ilegalidades establecidas en esta sentencia y, luego, proceda a dictar una nueva Resolución conforme a derecho.

Redactó la sentencia el Ministro señor Rafael Asenjo Zegers.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol R N° 6-2013 (acumuladas Rol R N° 7-2013 y 8-2013)

Pronunciado por el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, integrado por su Presidente (S), Ministro señor Rafael Asenjo Zegers, Ministro señor Sebastián Valdés De Ferari y la Sra. Ximena Fuentes Torrijo, según lo dispuesto en el artículo 79 del Código Orgánico de Tribunales.

Autoriza el Secretario del Tribunal, señor Seguich.