

Santiago, treinta y uno de agosto de dos mil diecisiete.

VISTOS:

El 19 de mayo de 2016 Sociedad Contractual Minera Compañía Minera Maricunga (en adelante, indistintamente, "la reclamante" o "CMM") interpuso reclamación ante el Tribunal en virtud de los artículos 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "LOSMA"), y 17 N° 3 de la Ley N° 20.600, que Crea los Tribunales Ambientales (en adelante, "Ley N° 20.600"). Lo impugnado fue la Resolución Exenta N° 391, de 2 de mayo de 2016 (en adelante, Resolución Exenta N° 391/2016), de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "SMA" o "la reclamada"), en virtud de la cual se ordenó una medida urgente y transitoria de clausura temporal del sector de pozos de extracción de agua ubicados en el corredor biológico Pantanillo-Ciénaga Redonda, por el término de 15 días corridos.

El Tribunal declaró admisible la reclamación el 7 de junio de 2016, asignándole el Rol R N° 111-2016.

El 27 de mayo de 2016, la reclamante presentó una segunda reclamación, conforme a lo dispuesto en los artículos 56 de la LOSMA y 17 N° 3 de la Ley N° 20.600, esta vez en contra de la Resolución Exenta N° 443, de 19 de mayo de 2016 (en adelante, "Resolución Exenta N° 443/2016"), en virtud de la cual se ordenó una medida urgente y transitoria de clausura temporal y parcial consistente en la prohibición de extracción de agua del sector de pozos de extracción de agua ubicados en el corredor biológico Pantanillo-Ciénaga Redonda, en un caudal superior a 14,4 L/s, por el término de 25 días hábiles.

El Tribunal declaró admisible la reclamación el 14 de junio de 2016, asignándosele el Rol R N° 113-2016.

I. ANTECEDENTES DE LA RECLAMACIÓN

CMM es titular del "Proyecto Minero Refugio" (en adelante, "el proyecto"), consistente en operaciones extractivas y de procesamiento de minerales auríferos de baja ley y gran tonelaje, cuya faena se encuentra a una altura de entre 4.200 y 4.600 m.s.n.m., en la comuna de Tierra Amarilla, en la denominada "Franja Aurífera de Maricunga", en la Región de Atacama.

El proyecto requiere agua para las distintas fases del proceso de la faena minera, siendo el consumo medio autorizado 95 litros por segundo. Para estos efectos, el agua se extrae de un campo de pozos (pozos RA-1, RA-2 y RA-3) ubicado en el sector de Pantanillo, específicamente en el área del Corredor Biológico Pantanillo-Ciénaga Redonda, que a su vez se localiza en la subcuenca de la Quebrada Ciénaga Redonda, aguas arriba de los humedales Pantanillo, Valle Ancho, Barros Negros y Ciénaga Redonda. El Corredor se ubica dentro del Sitio Ramsar Complejo Lacustre Laguna del Negro Francisco y Laguna Santa Rosa, y contiguo al Parque Nacional Nevado Tres Cruces, unidad que forma parte del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado.

El proyecto recibió el año 1994 su primera autorización de funcionamiento, mediante Resolución Exenta N° 2 (en adelante, "RCA N° 2/1994"), de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Atacama. Posteriormente, diversas modificaciones y optimizaciones del proyecto original fueron calificadas favorablemente, dictándose las correspondientes Resoluciones de Calificación Ambiental.

El 5 de mayo de 2015, la SMA inició un procedimiento administrativo sancionador en contra de la actora, Rol D-14-2015, por infracción a lo establecido en el artículo 35 letra a) de la LOSMA, por el incumplimiento de las condiciones,

normas y medidas establecidas en las RCA N° 2/1994. En ese contexto, la SMA formuló, mediante la Resolución Exenta N° 1/Rol D-14-2015, un cargo, imputándole la "[...] omisión de ejecutar las acciones necesarias para hacerse cargo de los impactos ambientales no previstos, consistentes en la disminución del nivel freático en la cuenca Pantanillo-Ciénaga Redonda y el consecuente desecamiento de, al menos, 70 ha. de humedales ubicados en el Complejo Lacustre Laguna del Negro Francisco y Laguna Santa Rosa, y el riesgo inminente de expansión del área afectada a aproximadamente 73 ha. adicionales de humedales, no obstante encontrarse implementada la medida de conexión de los pozos de extracción con las vegas de Pantanillo, contemplada en la Resolución de Calificación Ambiental que autoriza el proyecto".

Frente a ello, y luego de los descargos presentados por CMM, de las nuevas diligencias probatorias decretadas, y del dictamen elaborado por el fiscal instructor encargado del procedimiento sancionatorio antes singularizado, el Superintendente del Medio Ambiente resolvió el 17 de marzo de 2016, mediante Resolución Exenta N° 234 (en adelante, "Resolución Exenta N° 234/2016"), el procedimiento sancionatorio Rol D-014-2015, sancionando a CMM con la "[...] clausura definitiva del sector de pozos de extracción de agua de la aludida Sociedad (pozos RA-1, RA-2 y RA-3), ubicados en el Corredor Biológico Pantanillo-Ciénaga Redonda, de modo de que el Proyecto Minero Refugio no pueda utilizar en su operación futura aguas que recarguen el acuífero del cual dependen los humedales de aquel Corredor Biológico, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 letra c) de la LO-SMA". Dicha sanción fue impuesta debido a que la SMA estimó que se habría configurado una infracción, conforme al artículo 35 letra a) de la LOSMA, por el incumplimiento a una serie de considerandos de las Resoluciones de Calificación Ambiental del proyecto, clasificándola como gravísima, en los términos

del artículo 36 N° 1 letra a), por haber causado daño ambiental no susceptible de reparación.

El 28 de marzo de 2016, CMM dedujo recurso de reposición en contra de la referida resolución sancionatoria, solicitando que se modificara la sanción impuesta.

El 25 de abril de 2016, y con ocasión de la resolución sancionatoria, el Superintendente de Medio Ambiente solicitó al Tribunal, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3° letra h) de la LOSMA, autorización para imponer una Medida Urgente y Transitoria (en adelante, "MUT") consistente en la clausura del sector de los pozos RA-1, RA-2 y RA-3 de extracción de agua de CMM (causa Rol S N° 33-2016). Fundó su solicitud en la supuesta existencia de efectos no previstos que estarían generando un daño inminente y grave para el medio ambiente, y en que la extracción de agua no habría sido detenida.

Considerando que la sanción de clausura definitiva de los pozos no podría hacerse efectiva hasta que el recurso de reposición interpuesto en contra de la referida resolución fuese resuelto, y que el Tribunal se hubiese pronunciado respecto de la correspondiente consulta exigida por el artículo 57 de la LOSMA, la SMA solicitó que la clausura fuese decretada a partir de ese momento, y hasta -a lo menos- que el Tribunal se pronunciare respecto de la consulta.

El 26 de abril de 2016, el Tribunal autorizó la medida de clausura temporal total de los pozos de extracción de agua, solicitada por un plazo de 15 días corridos, contados desde la notificación a la empresa de la resolución correspondiente. La medida fue ordenada por la SMA el 2 de mayo de 2016, mediante Resolución Exenta N° 391/2016, y notificada personalmente el mismo día a CMM.

El 4 de mayo de 2016, CMM informó a la SMA la paralización de las actividades de extracción, transporte, chancado, disposición en pilas de mineral y producción de metal dore, a contar del 3 de mayo de 2016, e hizo presente que, para el cumplimiento de la medida decretada, "*[...] se hace necesario contar con un suministro mínimo de agua para efectos de evitar la ocurrencia de impactos ambientales o de incidentes operacionales*". Dado que la empresa, a juicio de la SMA, no habría acompañado antecedentes fidedignos, idóneos y suficientes que acreditaran la necesidad de contar con dicho suministro mínimo -y que justificaran que CMM no hubiera paralizado en su totalidad la extracción-, resolvió tener por no informado el cumplimiento de la MUT ordenada, y requirió de información a la empresa respecto de las afirmaciones y argumentos contenidos en su presentación, la que fue remitida a la autoridad fiscalizadora el día 13 de mayo de 2016. Sobre la base de dichos antecedentes, la SMA "*[...] llegó al convencimiento que la empresa, en el corto plazo, sí requiere extraer una cantidad mínima de agua con el fin de evitar la materialización de nuevos riesgos ambientales*".

Frente a la necesidad de dicha extracción mínima, y considerando los antecedentes presentados en la causa Rol S N° 33-2016, el Superintendente de Medio Ambiente (S) solicitó al Tribunal, el 17 de mayo de 2016, una nueva MUT (causa Rol S N° 36-2016), en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 letra h) de la LOSMA, consistente en la "*[...] clausura temporal y parcial del sector de pozos de extracción de agua de Compañía Minera Maricunga (pozos RA-1, RA-2 y RA-3), ubicados en el Corredor Biológico Pantanillo-Ciénaga Redonda, consistente en la prohibición de extracción de agua de dichos pozos en un caudal superior a 14,4 lts/seg*". En cuanto a la duración de la medida, solicitó que ésta se mantuviera hasta la resolución del recurso de reposición presentado por la empresa en contra de la resolución sancionatoria.

Dicha medida se fundó en los siguientes antecedentes: i) la existencia de una alteración del medio ambiente producto de la disminución no presupuestada del nivel freático en la cuenca Pantanillo - Ciénaga Redonda y el consecuente desecamiento de alrededor de 70 hectáreas de humedales ubicados en el Complejo Lacustre Laguna del Negro Francisco y Laguna Santa Rosa, específicamente en el humedal Valle Ancho; ii) la relación que existiría entre la actividad del proyecto, que implica bombeo de agua en el campo de pozos Pantanillo, con la afectación del humedal Valle Ancho; iii) la falta de previsión del impacto ambiental sobre dicho humedal en la evaluación ambiental del proyecto; iv) la gravedad del daño ambiental provocado, el que se estimó que era irreparable; v) un daño inminente de expansión del área afectada a aproximadamente 73 hectáreas adicionales de humedales; vi) que la autorización solicitada fue considerada menos gravosa que la sanción impuesta; y vii) que la medida sería indispensable para evitar que el daño ambiental siga expandiéndose mientras la sanción aplicada no se encuentre firme.

El caudal de extracción autorizado por la MUT permitía a CMM asegurar: i) la recirculación de solución en las pilas de lixiviación; ii) la disposición de un caudal medio diario mínimo para suministrar agua fresca para los trabajadores que deben permanecer en la faena para las labores preventivas; y iii) permitía una serie de otros usos de carácter preventivo.

El 18 de mayo de 2016, el Tribunal autorizó la MUT de clausura temporal y parcial del sector de pozos de extracción de agua de CMM, por un plazo de 25 días contados desde la fecha de notificación que al respecto realice el Superintendente. La referida medida fue ordenada por la SMA el día 19 de mayo de 2016, mediante Resolución Exenta N° 443/2016, y notificada personalmente el mismo día a CMM.

II. DEL PROCESO DE RECLAMACIÓN JUDICIAL

1. Reclamación Rol R N° 111-2016

A fojas 11 CMM interpuso reclamación judicial en contra de la Resolución Exenta N° 391/2016, solicitando que se acoja la misma y se declare la ilegalidad de la resolución recurrida, con costas.

A fojas 50, el Tribunal admitió a tramitación la reclamación y ordenó oficiar a la reclamada para que informara, conforme a lo establecido en el artículo 29 de la Ley N° 20.600.

A fojas 55, la SMA informó, solicitando en definitiva rechazar la reclamación en todas sus partes, declarando la legalidad de la Resolución Exenta N° 391/2016, con expresa condenación en costas.

A fojas 81 el Tribunal ordenó traer los autos en relación.

A fojas 83, la SMA solicitó acumular a estos autos la reclamación Rol R N° 118-2016, presentada por CMM -el 9 de julio de 2016- en contra de la resolución sancionatoria.

2. Reclamación Rol R N° 113-2016

A fojas 108, CMM interpuso una nueva reclamación judicial en contra de la Resolución Exenta N° 443/2016, solicitando que se acoja la misma y se declare la ilegalidad de la resolución recurrida, con costas. En el primer otrosí de su presentación CMM solicitó, como "medida cautelar innominada", la suspensión de los efectos de la resolución impugnada.

A fojas 160, el Tribunal admitió a trámite la reclamación y dio traslado a la SMA respecto de la solicitud de medida cautelar.

A fojas 163, la SMA evacuó el traslado conferido, se apersonó en el procedimiento haciéndose parte, designó abogado patrocinante y promovió un incidente de acumulación de autos, solicitando la acumulación de la causa a la reclamación R N° 111-2016.

A fojas 168, la SMA evacuó informe solicitando el rechazo de la reclamación en todas sus partes, y que se declarare que la resolución recurrida "[...] es legal y fue dictada conforme a la normativa vigente", con expresa condenación en costas.

A fojas 195, el Tribunal tuvo por evacuado el traslado conferido a fojas 163. Asimismo, se decretó traslado a CMM respecto de la solicitud de acumulación impetrada por la SMA.

A fojas 198, el Tribunal resolvió el incidente de suspensión de los efectos de la resolución impugnada deducido por CMM rechazándolo por improcedente.

A fojas 202, el Tribunal tuvo por evacuado el traslado en rebeldía de la reclamante, y ordenó la acumulación de la causa a los autos Rol R N° 111-2016, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 92 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Asimismo, tuvo por evacuado el informe de la reclamada, y ordenó traer los autos en relación.

A fojas 204, el Tribunal resolvió la solicitud de fojas 83, de acumulación de la causa Rol R N° 118-2016 a la presente, rechazándola por no configurarse los presupuestos necesarios para ello.

Según consta de la certificación de fojas 214, se llevó a efecto la vista de la causa el día 11 de octubre de 2016 alegando el abogado Juan José Eyzaguirre Lira, por la reclamante, y el abogado Emanuel Ibarra Soto, por la reclamada, quedando la causa en estudio.

A fojas 217, el Tribunal decretó de oficio y como diligencia probatoria la inspección personal del Tribunal, la que se llevó a cabo el día 28 de noviembre del mismo año, según consta en acta de fojas 218.

El 28 de diciembre de 2016 la causa quedó en estado de acuerdo, conforme resolución que rola a fojas 221.

III. FUNDAMENTOS DE LAS RECLAMACIONES Y DE LOS INFORMES

Conforme a los fundamentos de las reclamaciones y, las alegaciones y defensas contenidas en los informes de la reclamada, las materias controvertidas en autos son los siguientes:

1. Incumplimiento de los requisitos legales para la adopción de las MUT

CMM señala, en ambas reclamaciones, que la SMA "[...] habría artificialmente levantado una hipótesis de riesgo de afectación sobre la base de metodologías e información evidentemente erróneas, que lleva a sobrestimar significativamente las áreas supuestamente afectadas y potencialmente bajo riesgo". A su parecer, la superficie de los humedales supuestamente desecados habría sido considerablemente menor a lo señalado por la autoridad fiscalizadora. Asimismo, indica que las tasas de cambio en el humedal Valle Ancho habrían sido mal comparadas, a partir de premisas o supuestos erróneos, y al utilizar imágenes de un período previo a la activación de la vegetación, lo que la

habría llevado a sobreestimar dichas tasas de cambio. Añade, además, que las autoridades competentes habrían efectuado las visitas a terreno en períodos en que la vegetación se encontraba en receso.

Por otra parte, en la causa Rol R N° 113-2016, la reclamante hace presente la contradicción de las decisiones adoptadas por la SMA en las resoluciones impugnadas en autos que contienen respectivamente las MUT ordenadas por el ente fiscalizador. Adicionalmente, alega CMM que la medida SMA habría superado el plazo máximo de duración de una "medida provisional".

Por su parte, la SMA explica que a su juicio ambas MUT cumplirían con los requisitos legales para su adopción. En efecto, a su entender, se acreditó: (i) que se habrían generado efectos no previstos en la evaluación, consistentes en la desecación de al menos 69,4 hectáreas del humedal Valle Ancho; (ii) que habría existido una relación entre la actividad del Proyecto Minero Refugio y la afectación del humedal; (iii) que habría habido una falta de previsión del impacto ambiental en la evaluación del proyecto; (iv) que se habría acreditado la gravedad del daño ambiental provocado y la eventualidad de que el mismo avance; y (v) la inminencia del daño.

En cuanto a lo alegado en la causa Rol R N° 113-2016, añade que no hubo decisiones contradictorias, y que las medidas urgentes y transitorias no tienen un plazo legal expreso como límite.

2. Existencia de un vicio de desviación de poder

CMM señala que la Resolución Exenta N° 391/2016, que ordenó la primera MUT, habría sido ilegal ya que incurriría en el vicio de desviación de poder, el que se habría producido por el actuar "arbitrario e ilógico" de la SMA. En opinión de la reclamante, luego de dictar la resolución sancionatoria de

clausura definitiva del sector de pozos, la SMA habría ordenado -con fundamento en la protección del medio ambiente- una MUT substancialmente idéntica a la sanción impuesta, buscando de esa forma imponer la referida sanción con anterioridad a su ejecutabilidad. Ello habría vulnerado los derechos de CMM a un debido proceso, ya que el estándar de garantías propio de un procedimiento administrativo sancionador no se verificaría en el procedimiento de adopción de una MUT, ya que supondría un estándar probatorio inferior, además de no contar con la debida bilateralidad de la audiencia. Por tanto, a su entender, la SMA dictó una resolución que supuestamente buscaba proteger el medio ambiente, siendo que su real propósito era el de "*[...] imponer de inmediato la sanción por ella adoptada*".

Agrega que la falta de lógica del actuar de la SMA se habría producido también dado que la autoridad fiscalizadora dispuso una medida cautelar de carácter urgente, "*[...] fundada justamente en la demora en que ella misma ha incurrido al resolver el recurso administrativo*". La SMA, a su parecer, habría demorado injustificadamente la resolución del recurso de reposición interpuesto, obteniendo provecho de su propia negligencia.

Dicha alegación fue replicada en idénticos términos con ocasión de la reclamación en contra de la Resolución Exenta N° 443/2016.

Por su parte, la SMA afirma que las MUT y la sanción tendrían finalidades diversas, siendo el objetivo de la primera el "gestionar una hipótesis" de daño grave e inminente para el medio ambiente, y, el de la segunda, el reproche de culpabilidad dirigido en contra de un sujeto por la responsabilidad que le compete por una infracción contemplada en el artículo 35 de la LOSMA. Por tanto, a su entender, no podría haber habido una desviación de poder ni un vicio de ilegalidad "*[...] cuando ha sido el propio legislador quien ha*

reconocido, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 literales g) y h), artículo 38 literal c) y artículo 48 literal c), todos de la LOSMA, que la 'clausura' puede ser aplicada como 'sanción', como MUT, y como medida provisional. Lo importante será entonces que la motivación de su aplicación, en cualquiera de sus modalidades, sea adecuada y conforme a derecho". Dado que las MUT decretadas habrían tenido como fin exclusivo el hacerse cargo de la hipótesis de daño grave e inminente identificada, no habría podido existir una eventual desviación de poder a su respecto.

Respecto de la causa Rol R N° 113-2016, la SMA señala que la empresa debió adecuar su alegación vertida en la reclamación Rol R N° 111-2016 a la realidad de la nueva resolución impugnada, ya que el argumento de la existencia de una igualdad sustancial entre la sanción y la MUT no era aplicable, dado que la segunda medida fue clausura temporal parcial, mientras que la sanción fue clausura total y definitiva.

En cuanto a la supuesta demora negligente en resolver el recurso de reposición, la SMA señala que el tiempo transcurrido habría sido necesario para resolver adecuadamente lo planteado por CMM, respecto de sus eventuales necesidades de contar con un suministro mínimo de agua para efectos de evitar la ocurrencia de impactos ambientales o incidentes operacionales. Al efecto, la autoridad fiscalizadora señala que CMM no habría tenido un perjuicio material en la demora de la resolución de la reposición, ya que, frente a sus necesidades de suministro mínimo, no habría cumplido la primera MUT, ya que habría seguido extrayendo agua. Agrega que CMM, en su recurso de reposición, no habría solicitado cambiar la clausura total de los pozos, sino que solamente "adecuar" o "reformular" la resolución sancionatoria. Por lo tanto, señala que "[...] si la empresa nunca cumplió la MUT de clausura en términos absolutos, atendido que siguió extrayendo agua, y que en su reposición no solicita cambiar la clausura total, sino 'adecuarla' o

'reformularla' ¿cuál es el perjuicio material en la demora de la resolución de la reposición?'. Concluye en este punto que *"[...] no entendemos cómo el tiempo (justificado y razonable) que esta SMA ha tomado para resolver adecuadamente la reposición interpuesta, pudo haber generado un desecamiento de al menos, 70 ha. de humedales ubicados en el Complejo Lacustre Laguna del Negro Francisco y Laguna Santa Rosa, generando además un riesgo de que dicho daño ambiental se expanda a aproximadamente 73 ha. adicionales del humedal Valle Ancho. Tampoco entendemos cómo la resolución del recurso de reposición (que no pide cambio de sanción, sino 'adecuarla o reformularla') va a 'solucionar' dicha hipótesis de daño grave e inminente"*.

3. Desproporcionalidad de las medidas

CMM señala que ambas MUT fueron desproporcionadas, incumpliendo con ello lo exigido por el artículo 48 de la LOSMA y, en términos generales, el principio de proporcionalidad. Dicho principio se habría visto vulnerado, a su juicio, por tres motivos: (i) porque las MUT no habrían sido ni idóneas ni adecuadas, dado que se habría verificado a su respecto una desviación de poder; (ii) porque habrían sido innecesarias, ya que el fin perseguido por ellas debió buscarse mediante el procedimiento administrativo sancionador; y (iii) porque no habrían satisfecho la proporcionalidad en sentido estricto, al afectar en forma extremadamente gravosa a CMM, generándole grandes pérdidas y perjuicios, que califica como excesivos.

La SMA replica que la reclamante analizó la proporcionalidad de las MUT de acuerdo a la regulación legal de las medidas provisionales, contenida en el artículo 48 de la LOSMA, debiendo hacerlo conforme a las letras g) y h) del artículo 3 de la misma ley, que regulan las MUT. Por tanto, el test de proporcionalidad que debió haber hecho la empresa debió determinar si la MUT ordenada era proporcional a la hipótesis

de daño grave e inminente levantada. Luego, agrega, en cuanto a la supuesta vulneración del principio de proporcionalidad, que las MUT eran: (i) idóneas para la protección del medio ambiente; (ii) necesarias para manejar la hipótesis de daño grave e inminente identificada, mientras la sanción no fuese ejecutable; y (iii) satisficieron el principio de proporcionalidad propiamente tal, ya que no había otra forma de hacerse cargo de la referida hipótesis de daño grave e inminente.

CONSIDERANDO:

Primero. Que, de acuerdo con lo señalado en la parte expositiva de la sentencia, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 número 3) de la Ley N° 20.600, corresponde al Tribunal pronunciarse sobre la legalidad de las Resoluciones Exentas N° 391/2016 y 443/2016 dictadas por la SMA, en virtud de las cuales se decretaron dos MUT de clausura temporal -total y parcial, respectivamente- de los pozos de extracción de agua ubicados en el Corredor Pantanillo-Ciénaga Redonda del Proyecto Minero Refugio.

Segundo. Que, a fin de determinar la legalidad de las resoluciones precedentemente singularizadas, y de conformidad a las alegaciones de la reclamante, es necesario analizar su fundamentación, estableciendo de esa forma: i) si se verificaron los requisitos legales dispuestos para la adopción de las MUT; ii) si la SMA incurrió efectivamente en un vicio de desviación de poder; y iii) si las medidas impuestas fueron proporcionales.

1. Cumplimiento de los requisitos legales para la adopción de las MUT

Tercero. Que, CMM señala, en ambas reclamaciones, que la SMA habría "[...] artificialmente levantado una hipótesis de riesgo

de afectación sobre la base de metodologías e información evidentemente erróneas, que lleva a sobreestimar significativamente las áreas supuestamente afectadas y potencialmente bajo riesgo". Señala al respecto que la superficie de los humedales supuestamente desecados habría sido considerablemente menor a lo señalado por la Autoridad fiscalizadora, ya que un tercio de la superficie identificada correspondería a formaciones de bajo cubrimiento, con un importante porcentaje de sales en superficie, "[...] lo que resulta en una baja detección de actividad en los sensores remotos, los cuales han permanecido relativamente estables en el período evaluado". Asimismo, argumenta que las áreas declaradas como semi-secas por la autoridad sancionadora, corresponden a áreas sin vegetación y/o con vegetación de bajo cubrimiento, tipo vega salina, las que también se habrían mantenido estables en las últimas décadas, por lo que "[...] no se encuentran en riesgo inminente de desecación, especialmente aquellas que en las últimas décadas no han presentado actividad vegetal alguna".

Cuarto. Que, CMM añade que las tasas de cambio en el humedal Valle Ancho habrían sido mal comparadas, al partir de premisas o supuestos erróneos, y al utilizar imágenes de un período previo a la activación de la vegetación, lo que la habría llevado a sobreestimar dichas tasas de cambio. En su opinión, la condición de la vegetación se estaría recuperando a niveles normales, por lo que "[...] la urgencia por revertir algún posible proceso de desecación, por causas externas al sistema, es mucho menor que la establecida por la autoridad, casi nula". Agrega finalmente que las autoridades competentes habrían efectuado las visitas a terreno en períodos en que la vegetación se encontraba en receso, "[...] en donde el reconocimiento de la condición sanitaria de la vegetación se dificulta o se imposibilita".

Quinto. Que, en la causa Rol R N° 113-2016, la reclamante agrega a lo anterior que el actuar de la Autoridad

fiscalizadora no fue debidamente motivado por haberse expresado mediante decisiones contradictorias. A su parecer, lo anterior se configuraría por el hecho de que, en la segunda MUT, y "[...] *al parecer por desconocimiento*", se haya autorizado extraer una cantidad mínima de agua, con el fin de "[...] *prevenir riesgos operacionales y ambientales*". Asimismo, funda la falta de motivación en el supuesto incumplimiento del artículo 48 de la LOSMA, al establecer dicho artículo que una medida provisional no podrá extenderse por más de 30 días corridos, dado que la MUT aplicada habría sido decretada por un lapso de 25 días hábiles. Esa sola constatación "[...] *es indicativa respecto a que la motivación del acto es insuficiente, pues su magnitud sobrepasa los rangos que el propio legislador ha fijado para situaciones prácticamente idénticas a la que tratamos*".

Sexto. Que, por su parte, la SMA asevera que ambas MUT cumplirían con los requisitos legales para su adopción, establecidos en la letra h) del artículo 3° de la LOSMA. En efecto, a su entender se habría acreditado: i) la generación de efectos no previstos en la evaluación, consistentes en la desecación de al menos 69,4 hectáreas del humedal Valle Ancho, citando al efecto una serie de informes técnicos que habría tenido a la vista en su determinación; ii) la relación entre la actividad del Proyecto Minero Refugio y la afectación del humedal; iii) la falta de previsión del impacto ambiental en la evaluación del proyecto; iv) la gravedad del daño ambiental provocado y la eventualidad de que el mismo avance; y v) la inminencia del mismo.

Séptimo. Que, en cuanto a la supuesta falta de motivación de la MUT decretada en la Resolución Exenta N° 443/2016, la SMA explica los motivos por los cuales, a su juicio, dicha alegación debiese ser desestimada, señalando, respecto de la imputación de decisiones contradictorias, que "[...] *para esta SMA no tiene seriedad alguna una alegación ininteligible de 'falta de motivación', levantada sobre la base de que este Servicio, al haber estimado que era necesario extraer una*

cantidad mínima de agua de los pozos, habría hecho 'desaparecer' la infracción, y por lo tanto, la sanción 'carecería de causa' [...] En consecuencia, al permitir la segunda MUT la extracción de 14,4 l/s., no está contradiciendo la Resolución Sancionatoria, sino sólo ponderando una 'nueva alegación' de la empresa, que realizó después de conocer la sanción de clausura, alegación que obligó a este Servicio a ponderar la existencia de nuevos riesgos ambientales y operacionales". Agrega, respecto del cambio de criterio en virtud del cual se autorizó la extracción de una cantidad mínima de agua, que no se trata de una contradicción sino sólo de la ponderación de una "[...] 'nueva alegación' de la empresa, que realizó después de conocer la sanción de clausura, alegación que obligó a este Servicio a ponderar la existencia de nuevos riesgos ambientales y operacionales". En cuanto a la duración de la segunda MUT, la SMA señala que la empresa confunde esta figura con las medidas provisionales, y que solo estas últimas tienen un plazo legal expreso como límite. A su parecer, el plazo decretado en la referida Resolución Exenta habría sido perfectamente legal, además de haber sido fijado por el Tribunal, no pudiendo aquello haber generado una falta de motivación.

Octavo. Que, en concepto del Tribunal, es necesario referirse a las MUT en general, para luego determinar si se verificaron los requisitos establecidos en la LOSMA para su adopción. Para ello, es menester señalar que en virtud de la letra g) del artículo 3° de la LOSMA, la SMA tiene, dentro de sus funciones y atribuciones, la facultad de "Suspender transitoriamente las autorizaciones de funcionamiento contenidas en las Resoluciones de Calificación Ambiental o adoptar otras medidas urgentes y transitorias para el resguardo del medio ambiente, cuando la ejecución u operación de un proyecto o actividad genere un daño grave e inminente para el medio ambiente, a consecuencia del incumplimiento grave de las normas, medidas y condiciones previstas en dichas resoluciones". Asimismo, de acuerdo a la letra h) del referido artículo, la SMA también

podrá *"Suspender transitoriamente las autorizaciones de funcionamiento contenidas en las Resoluciones de Calificación Ambiental o adoptar otras medidas urgentes y transitorias, para el resguardo del medio ambiente, cuando la ejecución u operación de los proyectos o actividades, genere efectos no previstos en la evaluación y como consecuencia de ello se pueda generar un daño inminente y grave para el medio ambiente"* (destacado del Tribunal).

Noveno. Que, de los literales g) y h) del artículo 3° de la LOSMA citados se desprenden los requisitos de procedencia de las MUT, así como sus principales características. En cuanto a lo primero, cabe observar que dichas medidas i) sólo podrán decretarse en el caso que la ejecución u operación de un proyecto o actividad *"[...] pueda generar un daño inminente y grave para el medio ambiente"*; ii) que dicho daño provenga del incumplimiento grave de las normas, medidas y condiciones previstas en dichas resoluciones -letra g)- o, por la generación de efectos no previstos en la evaluación -letra h); y iii) el fin de la medida debe ser precisamente el resguardo del medio ambiente.

Décimo. Que, respecto de las características más importantes de las MUT, es preciso relevar que: i) éstas pueden ser ordenadas en cualquier momento, ya que no están necesariamente asociadas a un procedimiento sancionatorio; ii) no tienen un límite temporal preestablecido, sin perjuicio que deben tener un hito que marque su término que esté vinculado con la urgencia requerida, por tratarse de medidas esencialmente transitorias; y, iii) por regla general no requieren autorización del Tribunal.

Undécimo. Que, en caso que la SMA decrete la suspensión de una autorización de funcionamiento, la autoridad ambiental deberá contar adicionalmente -según lo exige el inciso final del artículo 48 de la LOSMA- con la autorización previa del Tribunal Ambiental, lo que no será necesario en el caso de todas las MUT. Sin embargo, el Tribunal ha establecido que,

aun cuando la MUT decretada no sea de suspensión de la autorización de funcionamiento, si ésta puede significar en los hechos una paralización del proyecto, igualmente la SMA deberá solicitar al Tribunal su consentimiento (considerando centésimo trigésimo segundo y centésimo trigésimo tercero de la causa Rol R N°6-2013).

Duodécimo. Que, en efecto, la SMA estimó necesario ordenar -conforme a la letra h) del artículo 3° de la LOSMA- dos MUT de clausura temporal -una total y otra parcial- de los pozos de extracción de agua. Dado que dichos pozos son los que permiten a CMM operar, su paralización implicaba -en los hechos- una suspensión de la autorización de funcionamiento del proyecto, por lo que la SMA solicitó al Tribunal la correspondiente autorización y, una vez obtenida, ordenó -mediante las Resoluciones Exenta N° 391/2016 y N° 443/2016- su clausura temporal. Corresponde ahora analizar si las circunstancias establecidas en ambas Resoluciones Exentas satisficieron los presupuestos establecidos por el legislador para decretarlas.

Decimotercero. Que, respecto de la Resolución Exenta N° 391/2016, la SMA se refirió en primer lugar -en los considerandos 12° a 41° de la resolución- a la generación de efectos no previstos en la evaluación, haciendo referencia al análisis incorporado en la Resolución Exenta N° 234/2016, que resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio. En cuanto a la existencia de dichos efectos, la reclamada señaló que éstos correspondían a la desecación de al menos 69,4 hectáreas del humedal Valle Ancho. Para acreditarlo, hizo mención a dos informes que se refirieron a fiscalizaciones llevadas a cabo por la SEREMI de Medio Ambiente Atacama (Of. Ord. N° 347, de 7 de julio de 2014) y la Corporación Nacional Forestal (en adelante, "CONAF") (Of. Ord. N° 17, de 22 de enero de 2015); al Informe de Fiscalización Ambiental de la misma Autoridad fiscalizadora, donde se muestran los resultados de las visitas a terreno llevadas a cabo por dicha entidad, en

conjunto con CONAF y el Servicio Agrícola y Ganadero (en adelante, "SAG"), los días 4 de noviembre de 2014 y 4 de marzo de 2015; y, a la Inspección Personal de la Fiscal Instructora del procedimiento sancionatorio, llevada a cabo el día 26 de junio de 2015. Sobre la base de dichos antecedentes, la SMA concluyó que, en enero de 2015 -esto es, a la fecha de la visita a terreno por parte de CONAF- que "[...] existían 69.4 has secas y 73.3 has de vegetación semi-seca".

Decimocuarto. Que, una vez determinada la existencia de "efectos", la SMA sostuvo que éstos no habrían sido previstos en la evaluación, ya que fueron el resultado de un cambio no presupuestado o anormal del medio ambiente circundante. Para acreditar el proceso de degradación, la SMA tuvo a la vista una serie de informes técnicos en los cuales se analizaron secuencias de imágenes satelitales, junto a la utilización de índices de actividad vegetacional, destacando el Estudio "Análisis de la Tendencia Histórica de Vegetación Azonal Hídrica sector Ciénaga Redonda, Barros Negros y Pantanillo. Altiplano Región de Atacama", elaborado por el SAG en 2013; el "Estudio Multitemporal de la Vegetación Azonal Hídrica, sectores Pantanillo, Valle Ancho, Barros Negros y Ciénaga Redonda", elaborado por la Consultora Biota Gestión Ambiental en junio de 2015; el Of. Ord N°5869, de 24 de noviembre de 2015, del SAG; y el Informe "Assessment and Analysis of Wetland Vegetation in the Salar de Maricunga Basin", elaborado por la consultora Formation Environmental el 4 de febrero de 2016. Luego, para definir si el proceso de desecación correspondía o no a un proceso normal en la zona, o si por el contrario se trató de un cambio no presupuestado, la SMA revisó el comportamiento de tres humedales de control de la zona, así como el del humedal ubicado en la Quebrada Villalobos, determinando que "[...] los humedales correspondientes a la serie control no evidencian un comportamiento tendiente a la desecación, sino que, por el contrario, muestran una tendencia a incrementar su índice de actividad vegetacional", comportamiento que sería similar al del sector activo del

humedal Valle Ancho, pero sustancialmente diferente a los sectores afectados de dicho humedal. En atención a estos antecedentes, la reclamada concluyó que "[...] se pudo acreditar un cambio no presupuestado en el sistema natural del humedal Valle Ancho, consistente en la desecación de al menos 69.4 hectáreas. Este cambio ha sido especialmente claro a partir del año 2000. Se trata de una afectación que se ha generado de manera gradual de sur a norte".

Decimoquinto. Que, respecto a los demás requisitos de la letra h) del artículo 3° de la LOSMA, la SMA afirma que también se habrían verificado, citando nuevamente el análisis efectuado en la resolución sancionatoria. Al efecto, la SMA abordó, en primer término, en los considerandos 42° a 56° de la resolución impugnada, la relación que existiría entre el Proyecto Minero Refugio y la afectación de los humedales Valle Ancho y Pantanillo. Luego explicó, en los considerandos 57° a 63°, que dichos efectos no se habrían previsto en las distintas evaluaciones ambientales del proyecto, citando a dicho respecto los considerandos pertinentes del Estudio de Impacto Ambiental (RCA N° 2/1994), y de la Declaración de Impacto Ambiental "Modificación Instalaciones y Diseños Proyecto Refugio" (RCA N° 4/2004). En tercer lugar, en los considerandos 64° a 77°, la SMA expuso el fundamento que la habría llevado a determinar la gravedad del supuesto daño ambiental provocado, analizando su significancia. A dicho respecto sostuvo que "[...] la afectación del medio ambiente provocada, tanto desde una perspectiva cuantitativa, por las dimensiones y la permanencia de la afectación, como cualitativa, por el valor ecológico de lo afectado, debe ser considerada de carácter significativa, concurriendo, por ende, los elementos para que se configure una hipótesis de daño ambiental". Su "irreparabilidad" también habría sido un elemento tomado en cuenta para dar por acreditado el requisito de la gravedad.

Decimosexto. Que, finalmente, en cuanto a la inminencia del daño, la reclamada analizó, en los considerandos 78° a 86° de

la resolución impugnada, la velocidad del frente de avance de la desecación del humedal Valle Ancho, concluyendo que "[...] dado el comportamiento que mostró el humedal Pantanillo y la velocidad de desecación del humedal Valle Ancho, es esperable que, en un período de menos de una década, el humedal pueda estar completamente seco". A su parecer, aquello habría confirmado la inminencia de un daño ambiental en la porción del humedal Valle Ancho que aún no se encontraba seca, justificando de esa forma la adopción de la MUT. De todo lo anterior, la SMA concluyó que "[...] existía una hipótesis de daño grave e inminente al medio ambiente que requería ser manejado, mientras la 'sanción' de clausura no era ejecutable".

Decimoséptimo. Que, frente al análisis expuesto en los considerandos precedentes, estos sentenciadores estiman que la SMA justifica razonadamente la verificación de efectos no previstos en la evaluación, cuya ocurrencia habría provocado un daño inminente y grave para el medio ambiente, configurándose la hipótesis establecida en la letra h) del artículo 3° de la LOSMA. Cabe destacar, al respecto, que CMM no presentó prueba alguna que permitiera acreditar sus alegaciones desvirtuando de esa forma lo señalado por la SMA.

Decimooctavo. Que, respecto de la Resolución Exenta N° 443/2016, estos sentenciadores estiman que dado que la hipótesis establecida en la Resolución Exenta N° 391/2016 persistía, y que la sanción no era aún ejecutable, la SMA justifica razonadamente la verificación de efectos no previstos en la evaluación, cuya ocurrencia habría provocado un daño inminente y grave para el medio ambiente, configurándose la hipótesis establecida en la letra h) del artículo 3° de la LOSMA. Cabe destacar, al respecto, que CMM no presentó prueba alguna que permitiera acreditar sus alegaciones desvirtuando de esa forma lo señalado por la SMA.

Decimonoveno. Que, asimismo, es preciso señalar que el Tribunal no advierte decisiones contradictorias en el actuar de la SMA por el hecho de haber modificado su solicitud de

REPUBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

DOS CIENTOS CUARENTA
Y CUATRO 244

clausura temporal añadiendo una autorización de extracción mínima. En efecto, la modificación introducida, materializada en la segunda MUT, fue incorporada sobre la base de los nuevos antecedentes aportados por CMM, los que permitieron a la SMA modificar su decisión original para evitar un daño adicional, pronosticado por la propia reclamante.

Vigésimo. Que, finalmente, en cuanto a la supuesta superación del plazo máximo de duración de una medida provisional, es necesario recordar, tal como señaló el Tribunal, no hay que confundir las medidas urgentes y transitorias, de las letras g) y h) del artículo 3° de la LOSMA, con las medidas provisionales del artículo 48 de la misma Ley. En efecto, si bien son medidas que comparten algunas características -en particular, la prevención de daño al medio ambiente y su transitoriedad-, tienen un alcance, objetivos y requisitos distintos, además de encontrarse reguladas en forma separada dentro de la LOSMA (considerando décimo séptimo, causa Rol R N° 48-2014).

Vigésimo primero. Que, en efecto, las MUT se diferencian de las medidas provisionales en los siguientes aspectos: i) las medidas provisionales son adoptadas para evitar un daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, mientras que las MUT tienen por objeto únicamente el resguardo del medio ambiente; ii) para dictar una medida provisional se debe cumplir con una serie de exigencias formales, especificadas tanto en el artículo 48 de la LOSMA como en el artículo 32 de la Ley N° 19.880. Dichas medidas deberán ser propuestas por el fiscal instructor de un caso, en relación a las infracciones del artículo 35 de la LOSMA. Las MUT, en cambio, pueden ser adoptadas cada vez que se genere un daño grave e inminente al medio ambiente, ya sea por el incumplimiento grave de las normas, medidas y condiciones previstas en las resoluciones de calificación ambiental que regulan el proyecto, o por la generación de efectos no previstos en la evaluación; iii) las medidas provisionales

pueden ser ordenadas antes o durante la tramitación de un procedimiento administrativo sancionatorio, quedando sin efecto una vez finalizado el mismo. Por su parte, las MUT pueden ser ordenadas en cualquier momento, incluso después de haberse finalizado el procedimiento sancionatorio, como es el caso de autos, o con independencia de la existencia de éste; iv) las medidas provisionales están taxativamente enumeradas en el artículo 48 de la LOSMA, mientras que las MUT, en orden a su contenido pueden ser decretadas discrecionalmente por la SMA; v) finalmente, en cuanto a su duración, las medidas provisionales pueden ser decretadas por un plazo máximo de 30 días corridos, renovables, mientras que las MUT no tiene un plazo expresamente establecido en la ley.

Vigésimo segundo. Que, frente a esto último, a juicio del Tribunal, las MUT de los numerales g) y h) del artículo 3° de la LOSMA, no establecen un plazo legal expreso como límite para su adopción, a diferencia de las medidas provisionales contempladas en el artículo 48 de la misma Ley. Por tanto, la alegación de la reclamante en virtud de la cual asegura que existe una ilegalidad al sobrepasar la duración máxima de una medida provisional, cuya lógica sería "prácticamente idéntica", no podrá prosperar.

Vigésimo tercero. Que, por tanto, a juicio del Tribunal, la SMA, al adoptar las Resolución Exentas N° 391/2016 y N° 443/2016, dio cumplimiento a los requisitos legales para la adopción de las MUT, razón por la cual la pretensión a este respecto será desestimada.

2. Existencia de un vicio de desviación de poder

Vigésimo cuarto. Que, el vicio de desviación de poder, tal como lo señala el profesor Jaime Jara Schnettler, se produce cuando una Autoridad administrativa ejerce una facultad legal en razón de un fin diverso de aquel para el cual ésta le ha sido conferida, debiendo el juez indagar por una parte aquella finalidad que ha sido otorgada a la Autoridad por la ley, para

luego buscar el fin que en los hechos ha perseguido el agente público a través de esa prerrogativa (JARA SCHNETTLER, Jaime, *Desviación de poder y nulidad de los actos administrativos, en la nulidad de los actos administrativos en el derecho Chileno*, Ed. Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 211-212).

Vigésimo quinto. Que, en cuanto a la naturaleza de la desviación de poder, para la doctrina tradicional francesa, de principio del siglo XIX, constituía una forma de control de moralidad administrativa -criterio subjetivo-. En este contexto el vicio se radica en la intencionalidad del agente autor del acto a fin de establecer si concurre o no el apartamiento de la destinación del fin. La actual doctrina concibe la desviación de poder como un control de estricta legalidad, esto es, como un criterio objetivo. En efecto, el elemento viciado es la finalidad típica de la norma, y no el fin psicológico del agente, pues lo que interesa es que el acto administrativo, objetivamente considerado, se ajuste a sus fines. Por tanto, el jurista, juez o autoridad administrativa debiese buscar esta finalidad típica en la lógica de la propia norma, en su sistematización con el ordenamiento jurídico, en la historia fidedigna de la ley y en los principios generales de Derecho Público. Asimismo, la finalidad típica del acto administrativo debe coincidir con la finalidad típica de la norma, ya que es ésta la que permite y delimita la creación del acto, reglando su fin (Cfr. LLEDÓ VELOSO Camilo y PARDO DONOSO José, *La desviación de poder como vicio del acto administrativo*, Ed. Thomson Reuters, Santiago, 2013, p. 134).

Vigésimo sexto. Que, conforme explica el profesor Jara Schnettler, la jurisprudencia judicial chilena ha ido transitando desde una noción claramente subjetiva, exigiendo pruebas de la torcida intencionalidad subyacente a la voluntad administrativa, hacia un concepto objetivo de desviación de poder, recurriendo a indicios de apartamiento del fin de la norma (Op. cit., pp. 258-262). En efecto, dicho criterio ha sido refrendado por la Corte Suprema al señalar: "Que es cierto

que un acto, aunque discrecional, no puede ser arbitrario; pero para admitir que lo sea, el Decreto ya citado, habría que dar por establecido que se ha apartado de sus fines [...] y los antecedentes acopiados en autos no lo demuestran; antes bien, permiten concluir en que la autoridad, apreciando los hechos [...] estimó que cabía proponer al Presidente de la República la decisión de decretar el retiro temporal, lo que fue acogido, ciertamente, mediante la ponderación correspondiente a las circunstancias que le fueron expuestas y sometidas a su resolución" (Gaceta Jurídica, año 1998, octubre, N° 220, pp. 64 y sig.) En el mismo sentido, SCS Rol N° 50-2005, de 7 de marzo de 2005, considerando N° 9; SCS Rol N° 5503-2005, de 28 de diciembre de 2005, considerando N° 9; SCS Rol N° 6493-2005, de 10 de enero de 2006, considerando N° 11; SCS Rol N° 9210-2010, de 24 de enero de 2010, considerando N° 6; SCS Rol N° 1344-2011, de 6 de mayo de 2011, considerando N° 5; SCS Rol N° 5582-2010, de 23 de septiembre de 2010, considerandos N° 6 y 7.

Vigésimo séptimo. Que, al respecto, la reclamante señala -en la causa Rol R N° 111-2016- que el fin que debiera haber perseguido la SMA al dictar la MUT era el resguardo del medio ambiente, fin establecido expresamente en la propia norma que regula su dictación, esto es, la letra h) del artículo 3° de la LOSMA. Sin embargo, a su parecer, lo que efectivamente habría perseguido la reclamada era imponer de inmediato la sanción de clausura definitiva de los pozos de extracción, ya que "[...] la sanción impuesta y la medida urgente y transitoria, son substancialmente la misma". Ello tornaría su actuar en arbitrario, ilógico y carente de fundamento, pudiendo dar lugar incluso a responsabilidad administrativa.

Vigésimo octavo. Que, la reclamante argumenta a su vez que la SMA habría incurrido en el mencionado vicio ya que no ejerció su potestad punitiva a través de un procedimiento adecuado, que dé garantías a los intervinientes. Señala, en primer lugar, que dicha Autoridad no habría actuado con la debida premura y

diligencia en la resolución del recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución sancionatoria, lo que implicaría que el medio ambiente estaría en peligro por su propia negligencia, al no poder ejecutarse la sanción por ella impuesta. A dicho respecto, afirma que el plazo consagrado en el artículo 55 de la LOSMA, para la resolución del recurso, se encontraría largamente expirado, siendo aquello una causal objetiva de desviación de poder. En segundo lugar, arguye que se habría vulnerado su derecho a un debido proceso, ya que el estándar de garantías propio de un procedimiento administrativo sancionador no se verificaría en el procedimiento de adopción de una MUT, que supone un estándar probatorio inferior, además de no contar con la debida bilateralidad de la audiencia. Por tanto, concluye que *"[...] lo que efectivamente se está persiguiendo por la autoridad es imponer a todo evento la decisión dictada en el procedimiento sancionatorio Rol D-14-2015, obviando las garantías propias de un debido proceso, y afectando materialmente el propio fin que formalmente sostiene defender, todo en miras a conseguir un objetivo distinto que el contemplado en la norma, según ya se ha precisado, y que configura una evidente desviación de poder en el ejercicio de una potestad pública"*. Todo lo anterior fue replicado en idénticos términos en la reclamación Rol R N° 113-2016.

Vigésimo noveno. Que, como contrapartida, la SMA niega la existencia de dicho vicio. Al respecto, explica que una MUT y una sanción tienen finalidades diversas, siendo el objetivo de la primera "gestionar una hipótesis" de daño grave e inminente para el medio ambiente, y, el de la segunda, aplicar una sanción administrativa *"[...] sobre la base de la responsabilidad de un sujeto en algún incumplimiento que, de acuerdo al artículo 35 de la LOSMA, es constitutivo de infracción"*. A dicho respecto, señala que el hecho de que la sanción impuesta y la primera MUT sean substancialmente las mismas, no constituye una ilegalidad, ya que sería el propio legislador quien estableció que la clausura puede ser aplicada como sanción, MUT o medida

provisional, por lo que lo importante sería, en cambio, su motivación.

Trigésimo. Que, en el caso concreto de la primera MUT, la SMA argumenta que la medida decretada habría sido la única alternativa posible para hacerse cargo de la hipótesis identificada de daño grave e inminente, y así resguardar el medio ambiente en el período intermedio entre la sanción dictada y su ejecutabilidad, cumpliendo de esa forma con la finalidad de la letra h) del artículo 3° de la LOSMA. Al respecto, señala que "*[...] el tiempo que puede transcurrir para que la sanción cumpla con los requisitos que la hagan ejecutable es considerable. En efecto, solo con la resolución judicial de S.S. Ilustre que resuelva la consulta, o con la sentencia definitiva que -hipotéticamente- rechace el reclamo de la empresa, la sanción adquiere la ejecutabilidad necesaria. En dicho intermedio, cuando se genere un riesgo ambiental, la lógica y la prudencia indican que algo debe hacerse, y eso es justamente lo que la empresa no logra comprender*". Agrega que CMM no habría tomado ninguna medida voluntaria para prevenir el "*[...] posible aumento del daño ambiental constatado*", lo que habría sido verificado en una inspección ambiental efectuada por la Autoridad fiscalizadora el 12 de abril de 2016, donde se habría evidenciado que la faena operaba con normalidad, por lo que la extracción de agua de los pozos continuaba, a pesar de la existencia de la resolución sancionatoria.

Trigésimo primero. Que, por otra parte, argumenta que el tiempo transcurrido para resolver el recurso de reposición habría sido necesario para ponderar adecuadamente lo planteado por la reclamante, quien -sin cuestionar la sanción misma- habría solicitado su adecuación conforme a la "*[...] realidad legal, productiva y operacional del proyecto*". En efecto, CMM habría esgrimido la necesidad de contar con un suministro mínimo de agua, haciendo referencia a "*[...] nuevos y complejos antecedentes*", lo que habría hecho necesario el tiempo utilizado para la resolución del recurso. Asimismo, a su

parecer, su solicitud "[...] carecía de todos los antecedentes necesarios que fundaran adecuadamente su petición", a lo que añade que "[...] la exigencia de motivación de los actos administrativos obliga a este Servicio a analizar en detalle cada uno de los antecedentes, intereses involucrados y alegaciones hechas". Finalmente, indica que "[...] si la empresa nunca cumplió la MUT de clausura en términos absolutos, atendido que siguió extrayendo agua, y que en su reposición no solicita cambiar la clausura total, sino 'adecuarla' o 'reformularla' ¿cuál es el perjuicio material en la demora de la resolución de la reposición?".

Trigésimo segundo. Que, respecto de la segunda MUT, la reclamada replica los mismos argumentos antes reproducidos, y añade que CMM no debió repetir la alegación vertida en la primera reclamación, ya que el argumento de la existencia de una igualdad sustancial entre la sanción y la segunda MUT no era aplicable, dado que esta última medida adoptada era de clausura temporal y parcial, no siendo en consecuencia substancialmente idéntica a la sanción.

Trigésimo tercero. Que, a juicio del Tribunal, para resolver el asunto controvertido es menester identificar, conforme al criterio objetivo expuesto por la doctrina y reseñado precedentemente, cuál es la finalidad de la norma supuestamente vulnerada por la SMA, esto es, la letra h) del artículo 3° de la LOSMA. Resulta claro para estos sentenciadores que el ejercicio de la potestad pública de la SMA consagrada en dicho caso tiene por fin resguardar el medio ambiente, cuando la ejecución de un proyecto genere efectos no previstos en la evaluación, y como consecuencia de ello se genere un daño inminente y grave para éste. Por lo tanto, lo que corresponde identificar, en primer término, es si la primera MUT dictada mediante Resolución Exenta N° 391/2016, y reclamada en la causa Rol R N° 111-2016, cumplió con dicha finalidad, para luego determinar lo mismo respecto de la segunda MUT, dispuesta

mediante Resolución Exenta N°443/2016 y reclamada en la causa Rol R N° 113-2016.

Trigésimo cuarto. Que, respecto de la Resolución Exenta N° 391/2016, en opinión de este Tribunal la reclamada dictó la primera MUT sin apartarse del objetivo de la norma, ya que -tal como se analizó precedentemente- la SMA buscó resguardar el medio ambiente frente a efectos no previstos en la evaluación. En este contexto, resulta claro para estos sentenciadores que el fin perseguido por la SMA al adoptar la MUT fue enfrentar la eventualidad del avance de la desecación -en el período intermedio entre la sanción y su ejecutabilidad- hacia los sectores aún activos del humedal Valle Ancho, lo que constituía, a su juicio, un daño inminente y grave al medio ambiente.

Trigésimo quinto. Que, en cuanto a la supuesta negligencia en la demora de la SMA en resolver el recurso de reposición presentado en contra de la resolución sancionatoria, y que en concepto de la reclamante habría provocado el peligro de daño al medio ambiente, cabe señalar que para estos sentenciadores dicho argumento no es una causal susceptible de configurar un vicio de desviación de poder, ya que no implica ejecutar una potestad pública de manera distinta a la finalidad de la norma. A su vez, al no haberse producido el referido vicio, tampoco hubo una vulneración al debido proceso o a la bilateralidad de la audiencia.

Trigésimo sexto. Que, respecto de la Resolución Exenta N° 443/2016, cabe señalar que la argumentación presentada por la reclamante para fundar el vicio de desviación de poder alegado es la misma que sostuvo a propósito de la Resolución Exenta N° 391/2016. Ahora bien, tal como se dijo, el argumento principal utilizado por CMM en la reclamación Rol R N° 111-2016 para fundar dicho vicio, fue que la SMA buscaba imponer de inmediato la sanción, al ser la MUT sustancialmente idéntica a ésta. Sin embargo, respecto de la MUT decretada en la Resolución Exenta N° 443/2016, resulta evidente que dicha identidad no se

verifica, ya que la medida adoptada fue de clausura temporal y parcial de la extracción, permitiéndose una extracción mínima de agua, por lo que no es efectivo que la SMA haya intentado imponer a todo evento la resolución sancionatoria.

Trigésimo séptimo. Que, por tanto, a juicio del Tribunal, la SMA, al adoptar las Resolución Exentas N° 391/2016 y N° 443/2016, no incurrió en el vicio de desviación de poder, pues ejecutó la potestad conferida por la normativa con apego a la finalidad de la norma, razón por la cual la pretensión a este respecto será desestimada.

3. Desproporcionalidad de las medidas

Trigésimo octavo. Que, CMM señala que existiría un conflicto entre la "*[...] carga o gravamen que experimenta nuestra representada con motivo de la Medida Urgente y Transitoria y el interés de la SMA de velar por la protección del medio ambiente a través de la imposición de esta medida*". A dicho respecto, la reclamante sostiene que la SMA habría cometido una ilegalidad en la protección del medio ambiente, ya que habría adoptado dos MUT desproporcionadas, incumpliendo lo exigido por el artículo 48 de la LOSMA y, en términos generales, el principio de proporcionalidad. Dicho principio se habría visto vulnerado, a su entender, por tres motivos. Primero, porque las MUT no habrían sido ni idóneas ni adecuadas, dado que se habría verificado a su respecto una desviación de poder. Así, sostiene que el objetivo de la medida debió ser la protección del medio ambiente, sin embargo la SMA estaría "*[...] actuando en contra de sus omisiones y obteniendo provecho de su actuar negligente, toda vez que busca imponer una sanción administrativa bajo un estándar probatorio menor al requerido para el caso de una reclamación ante este Ilustre Tribunal y, adicionalmente, faltando a los principios conclusivo y de eficiencia*".

Trigésimo noveno. Que, en segundo lugar, la reclamada afirma que se habría afectado el principio de proporcionalidad porque

las MUT adoptadas eran innecesarias, ya que el fin perseguido por ellas debió buscarse mediante el procedimiento administrativo sancionador "[...] toda vez que en dicha instancia si se respetaría los principios constitucionales que resultan directamente aplicables a un procedimiento administrativo sancionador, como el debido proceso y la presunción de inocencia". Finalmente, alega que las medidas no habrían satisfecho la proporcionalidad en sentido estricto, que exigiría ponderar en forma adecuada la intensidad del daño o lesión que la medida causa a los derechos e intereses de las personas, y el beneficio que la medida significa en relación al bien común. Al respecto, señala que las medidas no fueron proporcionales, ya que afectaron en forma extremadamente gravosa a CMM, generándole grandes pérdidas y perjuicios, que califica como excesivos. Concluye a dicho respecto que "[...] al no ser posible calificar la Medida Urgente y Transitoria impuesta por la SMA como idónea o adecuada, necesaria ni ponderada, mal puede ser calificada de proporcional, lo que lleva a concluir que este Ilustre Tribunal debe proceder a su declaración de ilegalidad, ya que, se ha vulnerado lo prescrito en el artículo 48 inciso segundo de la LOSMA".

Cuadragésimo. Que, la SMA replica que CMM cometió un grave error de derecho en su pretensión, al confundir las MUT con las medidas provisionales, ya que éstas tienen características y requisitos diversos que aquellas. Al respecto sostiene que CMM analizó la proporcionalidad de las MUT de acuerdo a la regulación legal de las medidas provisionales, contenida en el artículo 48 de la LOSMA, debiendo hacerlo conforme a las letras g) y h) del artículo 3° de la misma ley, numerales que regulan las medidas urgentes y transitorias. Por tanto, "[...] el test de proporcionalidad que debió haber hecho la empresa no es en relación al inciso segundo del artículo 48 de la LOSMA, sino en relación a si la MUT ordenada es proporcional a la hipótesis de daño grave e inminente levantada".

Cuadragésimo primero. Que, luego, en cuanto a la supuesta vulneración del principio de proporcionalidad, la SMA asevera, primero, que las MUT sí serían idóneas para la protección del medio ambiente, además de que "*[...] el hecho que la MUT sea materialmente igual a la sanción no constituye una ilegalidad, desde que el legislador así lo permitió, considerando además que los requisitos legales de su procedencia se cumplen con creces*". Luego, indica que las MUT eran necesarias para abordar la hipótesis de daño grave e inminente identificada, mientras la sanción no fuese ejecutable, especialmente si se considera que "*[...] la empresa en vez de tomar alguna medida voluntaria una vez notificada la sanción, aumentó la extracción y actividad minera*". Finalmente, en cuanto a la proporcionalidad propiamente tal, señala que no había otra forma de hacerse cargo de la hipótesis de daño grave e inminente, ya que la actividad de la empresa se sustentaba en la extracción de agua de los pozos señalados. Sin perjuicio de ello, agrega que "*[...] la empresa hasta el día de hoy está completamente habilitada para buscar otra fuente de abastecimiento de agua que no genere el riesgo de que el daño ambiental provocado siga en aumento*".

Cuadragésimo segundo. Que, en concepto del Tribunal, para resolver el punto controvertido, es necesario recordar lo consignado respecto de las diferencias entre las medidas provisionales del artículo 48 de la LOSMA con las MUT del artículo 3° letras g) y h) del cuerpo legal citado. En efecto, en lo que dice relación con la proporcionalidad, la reclamante señala que la SMA habría incumplido el inciso segundo del artículo 48 de la LOSMA, que exigiría el cumplimiento de dicho principio al dictar una MUT. Sin embargo, tal como se señaló, dicha disposición es aplicable solamente a las medidas provisionales.

Cuadragésimo tercero. Que, no obstante lo anterior, corresponde analizar si las MUT satisficieron el principio de proporcionalidad, lo que se debe determinar examinando la hipótesis de daño grave e inminente exigida por la norma.

Cuadragésimo cuarto. Que, en cuanto a la idoneidad, dado los términos en que ha sido planteada por la reclamante, esto es, fundada en una presunta desviación de poder, deberá estarse a lo señalado por el Tribunal en los considerandos precedentes, en virtud de los cuales se descartó la configuración del vicio denunciado, razón por la cual la alegación de falta de idoneidad no podrá prosperar.

Cuadragésimo quinto. Que, en cuanto al cuestionamiento de la reclamante respecto de la necesidad como requisito de la proporcionalidad de toda MUT, a juicio del Tribunal, deberá estarse a lo señalado en los considerandos precedentes, relativos al cumplimiento de los presupuestos para la adopción de las MUT en el caso de autos. En efecto, la SMA justificó razonadamente la verificación de efectos no previstos en la evaluación, cuya ocurrencia habría provocado un daño inminente y grave para el medio ambiente, en razón de lo cual las medidas adoptadas resultaron necesarias para enfrentar la situación ambiental ya descrita.

Cuadragésimo sexto. Que, finalmente, respecto a la desproporción alegada genéricamente por la reclamante, el Tribunal estima que las MUT decretadas ponderaron adecuadamente la continuidad operacional de la faena, incluida la extracción de agua, de conformidad a lo establecido en las resoluciones de calificación ambiental correspondientes, y el daño inminente y grave al medio ambiente. En efecto, a juicio de estos sentenciadores, la SMA fundamentó adecuadamente su adopción como la única vía posible de enfrentar las consecuencias de los efectos no previstos, sin que CMM acreditara la existencia de una medida equivalente y menos gravosa que permitiera alcanzar el mismo resultado.

Cuadragésimo séptimo. Que, a este respecto, cabe destacar que la Corte Suprema, a propósito de las medidas provisionales, que como hemos señalado son distintas y más estrictas en su regulación, estableció que "[...] el requisito de proporcionalidad, en cuanto adecuación del medio utilizado al

fin perseguido, se encuentra atenuado en materia de medidas provisionales, en tanto ellas no se fundan en una certeza de la relación causal entre una determinada acción y el daño, sino en una probabilidad, análisis que responde a la concreción del tantas veces citado principio precautorio. En este sentido, el examen de adecuación, conjuntamente con el de necesidad e idoneidad, deben ir dirigidos precisamente al fin de evitar el daño al medio ambiente o a la salud de las personas, circunstancias que ciertamente confieren a las medidas una finalidad pública" (SCS Rol N° 61.291-2016, sentencia de 24 de abril de 2017, considerando N°19).

Cuadragésimo octavo. Que, en consecuencia, a juicio del Tribunal, el estándar de motivación de una MUT es distinto al de una sanción administrativa, y su finalidad es precisamente evitar un daño inminente y grave al medio ambiente. En el caso de autos, la SMA motivó adecuadamente la adopción de las MUT establecidas en la Resolución Exenta N° 391/2016 y en la Resolución Exenta N° 443/2016, no cometiendo ilegalidad alguna a dicho respecto, razón por la cual la pretensión a este respecto será desestimada.

POR TANTO Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 17 N° 3, 18 N° 3, 27 y siguientes de la Ley N° 20.600; 3°, 35, 48 y 56, de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente; 11, 16 y 41 de la Ley N° 19.880; y en las demás disposiciones citadas pertinentes,

SE RESUELVE:

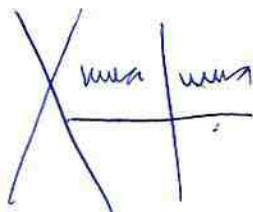
1.- Rechazar en todas sus partes las reclamaciones interpuestas por Sociedad Contractual Minera Compañía Minera Maricunga en contra de la Resolución Exenta N° 391, de 2 de mayo de 2016, y de la Resolución Exenta N° 443, de 19 de mayo de 2016, ambas

dictadas por la Superintendencia del Medio Ambiente, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia;

2.- No condenar en costas a la reclamante, por haber tenido motivos plausibles para litigar.

Notifíquese, regístrese y archívese en su oportunidad.

Rol R N° 111-2016 (acumulada causa Rol R N° 113-2016)



Pronunciado por el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros señores Rafael Asenjo Zegers y Sebastián Valdés De Ferari, y la Ministra señora Ximena Insunza Corvalán.

Redactó la sentencia la Ministra señora Ximena Insunza Corvalán.

No firma el Ministro Valdés de Ferari, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, por haber cesado en sus funciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 79 del Código Orgánico de Tribunales.

En Santiago a treinta y uno de agosto de dos mil diecisiete autoriza el Secretario Abogado del Tribunal, señor Rubén Saavedra Fernández, notificando por el estado diario la resolución precedente.

