

Santiago, doce de junio de dos mil diecisiete.

VISTOS:

El 8 de julio de 2015, Pedro Briceño Lazo y Rodrigo Lucero Chilovitis interpusieron, en representación de Compañía Minera Casale (en adelante, "la reclamante" o "CMC"), reclamación en contra de la Resolución Exenta N° 532, de 8 de mayo de 2015, del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, que llevó a efecto el Acuerdo N° 1, de 19 de enero de 2015, del Comité de Ministros (en adelante, "la reclamada" o "Comité de Ministros"), que acogió parcialmente las reclamaciones en contra de la Resolución de Calificación Ambiental N° 4, de 3 de enero de 2013 (en adelante, "RCA N° 4/2013"), que aprobó favorablemente el proyecto "Optimización Proyecto Minero Cerro Casale" (en adelante, "el proyecto").

La reclamante comparece en virtud de lo dispuesto en los artículos 20 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (en adelante, "Ley N° 19.300"), y 17 N° 5 de la Ley N° 20.600 que Crea los Tribunales Ambientales (en adelante, "Ley N° 20.600"). En subsidio, comparece en virtud de lo dispuesto en los artículos 29 de la Ley N° 19.300 y 17 N° 6 de la Ley N° 20.600 y, a su vez, en subsidio de las vías de ingreso anteriores, reclama en virtud de lo previsto en los artículos 60 de la Ley N° 19.300 y 17 N° 9 de la Ley N° 20.600.

La reclamación fue admitida a trámite el 15 de julio de 2015 y se le asignó el Rol R N° 72-2015.

I. ANTECEDENTES DE LA RECLAMACIÓN

El 29 de julio de 2011 CMC ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, "SEIA"), el Estudio de Impacto Ambiental (en adelante, "EIA") del proyecto "Optimización Proyecto Minero Cerro Casale". Tras cuatro Informes Consolidados de Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones y/o

Ampliaciones (en adelante, "ICSARA"), el proyecto fue calificado favorablemente por la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama, el 3 de enero de 2013, mediante RCA N° 4/2013.

El objetivo del proyecto contempla, en síntesis, la mejora, en términos técnicos, económicos, ambientales y sociales, de los procesos productivos asociados a la explotación de minerales de oro y cobre del proyecto original denominado "Aldebarán", aprobado mediante RCA N° 14, de 31 de enero de 2002. Según lo establecido en el EIA, la faena se ubica en las comunas de Caldera, Copiapó y Tierra Amarilla, Región de Atacama, y corresponde a un desarrollo minero sobre 5.000 toneladas mensuales, con un monto de inversión de U.S. \$ 5.200.000.000 y una vida útil de 20 años.

A través de la presentación del EIA, se sometieron a evaluación distintas modificaciones al proyecto original, dentro de las cuales se hallaba el "Plan Integral de Manejo de Aguas". Como parte de dicho Plan, se presentaron, dentro del EIA, diversos documentos o secciones, relativos al Plan de Manejo de Aguas Fase Construcción, al Plan de Manejo de Aguas Fase Operación, al Plan de Manejo de Aguas Fase de Cierre, al Plan de Alerta Temprana, a la Actualización del Modelo Hidrogeológico de Extracción de Agua en Piedra Pómez y, al Sistema de Suministro de Agua de Mar de Respaldo. Dicho Plan Integral comprendía trabajos en los sectores de Piedra Pómez, Cuenca Río Nevado y Punta Padrones.

La RCA N° 4/2013 fue objeto de diez recursos de reclamación del artículo 29 de la Ley N° 19.300 (en adelante, "reclamaciones PAC"), presentados en marzo de 2013, por personas naturales y jurídicas que habían realizado observaciones durante la etapa de participación ciudadana de la evaluación ambiental del proyecto. Siete reclamaciones PAC fueron admitidas a trámite y acumuladas para su resolución conjunta, según consta de las Resoluciones Exentas N° 339, de

17 de abril de 2013, y N° 25, de 10 de enero de 2014, del Director Ejecutivo del SEA.

De las reclamaciones PAC admitidas a trámite, seis de ellas solicitaron “[...] *dejar sin efecto la RCA o en su defecto reformarla en el sentido de condicionar a que la ejecución del proyecto se realice en todas sus etapas con recursos hídricos de origen marino, [...]*”. La reclamación PAC restante solicitó el rechazo de la RCA por infracción a las normas del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio N° 169 de la OIT).

Paralelamente, el proyecto fue también objeto de sendos recursos de protección, el primero de ellos presentado ante la Corte de Apelaciones de Copiapó, mientras que el segundo lo fue ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta. Ambos recursos fueron rechazados, respectivamente, por sentencias de 30 de abril de 2013, Rol N° 26-2013, y de 12 de noviembre de 2013, Rol N° 165-2013.

El Comité de Ministros, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 20 de la Ley N° 19.300, ofició a los organismos sectoriales correspondientes. El Servicio Nacional de Geología y Minería (en adelante, “SERNAGEOMIN”), a través del Oficio Ordinario N° 1618, de 23 de octubre de 2013, informó respecto de las siete reclamaciones PAC. Lo mismo hizo la Dirección General de Aguas (en adelante, “DGA”), a través del Oficio Ordinario N° 89, de 5 de febrero de 2014.

El Director Regional del SEA de la Región Atacama informó, mediante Oficio Ordinario N° 74, de 4 de marzo de 2014, respecto de las seis primeras reclamaciones PAC y, mediante Oficio Ordinario N° 75, de la misma fecha, respecto de la reclamación que alegaba incumplimiento del Convenio N° 169 de la OIT. Por último, la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (en adelante, “CONADI”), informó a través del Oficio Ordinario N° 584, de 30 de junio de 2014.

Por su parte, el abogado José Antonio Urrutia Riesco, en representación del titular del proyecto, compareció en sede recursiva en diversas oportunidades, informando al tenor de los recursos de reclamación interpuestos, pronunciándose sobre la propuesta realizada por la Secretaría Técnica así como de la visación de la misma por parte de la DGA.

Según las Actas de Sesión Ordinaria del Comité de Ministros, el órgano se reunió en tres oportunidades para revisar las reclamaciones PAC en contra de la RCA que aprobó el proyecto: el 6 de octubre y 17 de noviembre de 2014, y el 19 de enero de 2015. En la primera de dichas sesiones -acta N° 5 de 2014- el Comité de Ministros acordó, por la unanimidad de los miembros presentes, "[...] *solicitar a su Secretaría Técnica, respecto de la materia reclamada "Explotación de Acuíferos - Piedra Pómez y disminución del flujo regional difuso" (impacto y medidas), analizar la factibilidad de reducción del horizonte de tiempo para la recuperación del acuífero de Piedra Pómez estimada en 100 años (PAT-Fase 2)*". Asimismo, se acordó que el análisis de las restantes materias reclamadas se haría una vez que el Comité contara con la propuesta de la Secretaría Técnica.

Durante la segunda sesión ordinaria -acta N° 6 de 2014- se dio cuenta de las conclusiones a las que llegó la Secretaría Técnica del Comité de Ministros, informando que, bajo determinados supuestos y habiendo tenido en cuenta los antecedentes que ahí se señalan, era posible reducir el horizonte de tiempo para la recuperación del acuífero de Piedra Pómez, estimado originalmente en 100 años. El Comité de Ministros acordó solicitar la visación de la DGA respecto de las conclusiones a las que arribó la Secretaría Técnica. Para lo anterior, el Director Ejecutivo del SEA ofició a la DGA a través del Ordinario N° 142061, de 27 de noviembre de 2014, quien respondió mediante Ordinario N° 624, de 30 de diciembre de 2014.

Finalmente, en sesión de 19 de enero de 2015 -acta N° 1 de 2015- el Comité de Ministros decidió acoger parcialmente las reclamaciones PAC, según consta del Acuerdo N° 1/2015. Dicho acuerdo se llevó a efecto mediante la Resolución Exenta N° 532/2015 del Director Ejecutivo del SEA -objeto de autos-resolviendo acoger parcialmente cinco reclamaciones PAC, rechazar dos, establecer como exigencia una limitación a la extracción de agua desde el acuífero Piedra Pómez, en el sentido que *"El volumen de explotación del acuífero de Piedra Pómez para abastecer las necesidades hídricas del Proyecto, debe considerar el 5% del volumen almacenado en el acuífero en el rango inferior, esto es, 3.840 millones de metros cúbicos, equivalente a un volumen de explotación de 192 millones de metros cúbicos"*, ordenando la actualización de diversas medidas relacionadas con el manejo del agua, y modificar el considerando 15 de la RCA N° 4/2013.

II. DEL PROCESO DE RECLAMACIÓN JUDICIAL

A fojas 1, CMC interpuso reclamación judicial ante el Tribunal, fundada en los artículos 20, 29 y 60 de la Ley N° 19.300, y 17 números 5, 6 y 9 de la Ley N° 20.600, en contra de la Resolución Exenta N° 532/2015 del Director Ejecutivo del SEA que llevó a efecto el Acuerdo N° 1/2015 del Comité de Ministros.

Solicitó se procediera a acoger la reclamación, anulando y dejando sin efecto la resolución reclamada, por ser ilegal y arbitraria, así como los acuerdos en los cuales ésta se fundó, con costas.

En un otrosí del escrito de reclamación, la empresa solicitó al Tribunal dictar una orden de no innovar (en adelante, "ONI") *"[...] con el objeto de suspender los efectos de la RCA modificada por la Resolución reclamada"*.

A fojas 93, el Tribunal admitió a trámite la reclamación y ordenó informar a la reclamada de conformidad a la ley. Respecto de la ONI solicitada por la reclamante, el Tribunal

resolvió no dar lugar, en atención a la presunción de legalidad de los actos administrativos, a la excepcionalidad de la suspensión de los efectos de dichos actos, y a la falta de fundamentación de los presupuestos que justificaban el otorgamiento de dicha medida.

A fojas 95, la reclamante repuso de la resolución de fojas 93, pidiendo que se decretara la ONI solicitada, argumentando que le producía un perjuicio irreparable al verse compelido a adoptar una de las siguientes alternativas: i) no dar inicio a la ejecución del proyecto hasta contar con una resolución firme y ejecutoriada, lo que puede implicar la caducidad de la RCA; o, ii) proceder a la ejecución del proyecto modificado, lo que supondría incurrir en altísimos costos de inversión. El recurso de reposición fue rechazado, según consta de la resolución de fojas 105.

A fojas 112, la reclamada confirió patrocinio y poder, acompañó documentos y solicitó ampliación de plazo para informar, el que fue concedido mediante resolución de fojas 114, prorrogándose éste en 5 días contados desde el término original.

A fojas 116 la reclamada presentó el informe solicitado y a fojas 172 el Tribunal lo tuvo por evacuado, quedando la causa en relación y fijándose como fecha para su vista el día 20 de agosto de 2015, audiencia que fue suspendida a fojas 174 por solicitud conjunta de las partes de fojas 173, y recalendarizada para el día 27 del mismo año.

A fojas 225, en forma previa a la vista de la causa, la reclamante presentó un escrito haciendo presente, entre otras cosas, que el Tribunal era competente para conocer la acción jurisdiccional de autos, pues se cumplirían todos los requisitos señalados en las leyes N°s 19.300 y 20.600, que la empresa gozaba de legitimación activa, y que el Comité de Ministros habría excedido el ámbito de sus competencias al resolver las reclamaciones administrativas. En el otrosí de la

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

presentación, la empresa acompañó, con citación, sendos informes en derecho de los profesores Jorge Bermúdez Soto y Alejandro Romero Seguel, relativos a la legitimación activa de la reclamante en la presente causa.

El 27 de agosto de 2015 se llevó a cabo la vista de la causa. Alegó en estrado el abogado José Antonio Urrutia Riesco, por la reclamante, y el abogado Carlo Sepúlveda Fierro, por la reclamada. La causa quedó en estado de estudio a partir del día 28 de agosto, según consta del certificado de fojas 270.

A fojas 271 el Tribunal, de oficio, ordenó, como medida para mejor resolver, oficiar al Comité de Ministros y a la DGA para que informaran al tenor de lo expuesto en dicha resolución.

A fojas 229 la causa quedó en estado de acuerdo.

III. FUNDAMENTOS DE LA RECLAMACIÓN Y DEL INFORME

Conforme a los fundamentos de la reclamación, y a las excepciones, alegaciones y defensas del informe de la reclamada, las materias controvertidas en autos son las que se mencionan a continuación.

1. Excepción y alegación previa de la reclamada

A. La reclamación se ha seguido ante un Tribunal incompetente

De acuerdo con la reclamada, la reclamación se ha seguido ante un Tribunal incompetente. Afirma que no se han confirmado los antecedentes, de hecho y de derecho, que fundan la acción, bajo ninguno de los numerales del artículo 17 de la Ley N° 20.600 esgrimidos por la reclamante. Según la reclamada, en lo que dice relación al artículo 17 N° 5, el Tribunal Ambiental no sería competente fundamentalmente por el hecho de no haber reclamado CMC en sede administrativa, en contra de la RCA N°

4/2013, requisito necesario a la luz de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley N° 19.300.

En cuanto al artículo 17 N° 6, la reclamada afirma que el titular del proyecto carece de la calidad de "observante", requisito necesario para poder reclamar a través de dicho numeral.

Por su parte, en cuanto a los artículos 60 de la Ley N° 19.300 y 17 N° 9 de la Ley N° 20.600, que dispone que los Tribunales Ambientales serán competentes para conocer de los demás asuntos que señalen las leyes, la reclamada afirma que se requiere que una ley señale en forma expresa el asunto respecto de los cuales sería competente, cuestión que no se presenta en el caso de autos.

Por último, advierte la reclamada que el titular del proyecto tuvo la posibilidad de concurrir al Tribunal a través del numeral 8 del artículo 17 de la ley N° 20.600, hipótesis que se presenta como una verdadera norma de clausura y de competencia residual.

B. Falta de legitimación activa e inexistencia de la acción del artículo 17 N° 9 de la Ley N° 20.600

En cuanto al fondo, la reclamada alega, por un lado, falta de legitimación activa del titular del proyecto por no interponer el reclamo en la forma prevista por la ley y, por otro, inexistencia de la acción del artículo 17 N° 9 de la Ley N° 20.600, exponiendo al efecto argumentos similares a los señalados con relación a la alegación de incompetencia.

Al igual que en la alegación sobre falta de competencia del Tribunal, en esta sección la reclamada afirma que se concurrió a este por vías totalmente inidóneas para plantear el reclamo, existiendo no obstante la acción general de impugnación ambiental contenida en el artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600,

de competencia residual, que garantizaría la tutela judicial efectiva para casos como el de autos.

2. Argumentos de la reclamación judicial

A. Vicios graves y esenciales del procedimiento

i. Incompetencia del Comité de Ministros para conocer de nuevos impactos

Según la reclamante, el Comité de Ministros actuó fuera de sus competencias al evaluar un nuevo impacto ambiental que no formó parte del procedimiento de evaluación que culminó con la RCA N° 4/2013. Ese nuevo impacto se habría fundado en la consideración que tuvo el Comité de Ministros en relación a la disponibilidad del recurso hídrico del acuífero Piedra Pómez, en circunstancias que lo evaluado ambientalmente habría sido "[...] los potenciales efectos ligados al ascenso y descenso de niveles sobre vegas y/o humedales, debido a las actividades de extracción de agua en los sectores de Piedra Pómez y La Gallina [...]. Sin embargo, "[...] el Comité de Ministros procede a **recalificar** el impacto asociado al "Descenso de niveles de agua subterránea en la zona limítrofe de las cuenca hidrográficas de Piedra Pómez y río Lamas" como un **impacto ambiental significativo**, "fundado en los servicios ecosistémicos que proporciona el río Lamas a las zonas de valor ambiental presentes en el sector y cuyo caudal descendería en 14 l/s, y que el impacto identificado se evaluó sin considerar la condición más desfavorable del acuífero (3.840 Mm3)" (destacado en el original).

En cuanto a la barrera hidráulica, comprometida por el titular como medida en relación a la extracción de agua en el sector de Piedra Pómez, la reclamante afirma que "[...] si el propio Comité de Ministros estimó que mediante el compromiso voluntario denominado "barrera hidráulica", el impacto sobre los servicios ecosistémicos que proporcionaba el río Lamas no

sería significativo, cabe preguntarse ¿cuál es la verdadera finalidad de la medida de mitigación impuesta? La respuesta es sencilla: lo que el Comité de Ministros intentó abordar es el impacto sobre la disponibilidad hídrica del acuífero de Piedra Pómez, cuestión que no procede en sede de reclamación, puesto que se trataría de un impacto nuevo del proyecto [...]" (destacado en el original).

Por su parte, el Comité de Ministros afirma que actuó dentro de sus facultades por cuanto su competencia para conocer de las reclamaciones PAC comprende tanto cuestiones de legalidad como de mérito, oportunidad y conveniencia, lo que estaría confirmado por la Corte Suprema, en sentencia de 17 de enero de 2014, Rol de ingreso N° 6563-2013 (caso "Punta Alcalde"), donde se señala que la revisión que realiza el Comité de Ministros puede ser calificada como un "acto de tutela", emanado de un vínculo distinto del jerárquico. Es decir, la facultad que se le reconocería al Comité de Ministros no solo es amplia (legalidad y mérito) sino también de "tutela", es decir, de control.

Más adelante en su informe, la reclamada afirma que no reconoció, en todo caso, un nuevo impacto, sino que detectó que dicho impacto -en aplicación del principio de realidad- era significativo aunque el titular del proyecto opinara que se trataba de un impacto no significativo-, y que el error se habría producido en la ingeniería conceptual del proyecto al momento de su diseño y que fue a propósito de este punto que el Comité de Ministros solicitó informe a su Secretaría Técnica.

Al respecto afirma que la "barrera hidráulica" fue concebida para hacerse cargo de un efecto comprobado consistente en la reducción del caudal del río Lamas, y que durante la fase 2, o fase de cierre -a menos que el plan de alerta temprana (en adelante, "PAT") obligue a adelantarla en el tiempo-, la barrera se haría cargo de un impacto adverso significativo. Todo lo anterior habría sido hecho presente por diversos

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

órganos públicos durante el procedimiento de evaluación ambiental, lo cual constaría en los respectivos oficios ordinarios.

**ii. Alteración de las etapas del procedimiento reglado de
reclamación administrativa**

En segundo lugar, la reclamante se refiere a la alteración que habría cometido el Comité de Ministros de las etapas del procedimiento reglado de reclamación administrativa, y la subsecuente ilegalidad que de ello se derivó. Afirma que la reclamación administrativa constituye un nuevo procedimiento administrativo, estrechamente vinculado al procedimiento de evaluación ambiental, que consta de las etapas de iniciación, instrucción y finalización. A su juicio, la ilegalidad del Comité de Ministros se produjo al acordar -una vez terminada la etapa de instrucción y en lugar de concluir el procedimiento administrativo- ordenar un informe a la Secretaría Técnica del Comité para que analizara la factibilidad de reducción del horizonte de tiempo para la recuperación del acuífero de Piedra Pómez, estimada en 100 años.

Lo anterior, según la reclamante, implicó la adopción de una decisión parcial, arbitraria e intermedia, seguida de una segunda decisión, en la que se habría acordado acoger parcialmente los recursos de reclamación; acuerdo que sin embargo quedó "condicionado" a la visación, por parte de la DGA, de la propuesta planteada por la Secretaría Técnica.

Esta alteración de las etapas del procedimiento reglado de la reclamación administrativa, habría sido además un acto contradictorio con el actuar anterior del Comité, como lo demostraría la decisión del órgano ambiental al "[...] *invalidar una serie de acuerdos y resoluciones que ahí se indicaran en relación al "Proyecto Hidroeléctrico Aysén", debido precisamente a que no se habrían resuelto en forma simultánea la totalidad de los recursos de reclamación*".

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

Adicionalmente, la reclamante afirma que el Comité de Ministros resolvió los recursos de reclamación en forma fraccionada, al haber adoptado una decisión respecto de los recursos hídricos, en la sesión ordinaria de 17 de noviembre de 2014, y otra decisión sobre las demás materias relacionadas, en la sesión de 19 de enero de 2015, con lo cual se habrían vulnerado los principios administrativos de celeridad, economía procesal y conclusivo, establecidos en la Ley N° 19.880, que "Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado" (en adelante, "Ley N° 19.880").

iii. Falta de visación de la Dirección General de Aguas

En tercer lugar, la reclamante afirma que la DGA en rigor no visó la propuesta hecha por la Secretaría Técnica del Comité de Ministros sobre la factibilidad de reducción del horizonte de tiempo para la recuperación del acuífero Piedra Pómez, "[...] sino lo que "visa" es simplemente un concepto hídrico incuestionable "a menor extracción, mayor velocidad de recuperación"", y que esta falta de visación acarrearía la ilegalidad de la resolución reclamada.

iv. Incumplimiento del plazo fatal para resolver la reclamación administrativa

En cuarto lugar, CMC señala que la resolución reclamada fue dictada fuera del plazo fatal establecido en forma expresa en el artículo 20 de la Ley N° 19.300, que dispone que el Comité de Ministros debe resolver en el término de 60 días contados desde la interposición del recurso, y que en el caso de autos trascurrieron más de dos años desde la interposición de las reclamaciones PAC, estando dicho plazo fatal completamente vencido. Por lo anterior, lo que correspondía era declarar la caducidad o extinción de la acción, derecho o facultad que se detentaba, por el solo ministerio de la ley. A mayor abundamiento, se habría configurado un decaimiento del procedimiento administrativo, el que habría privado a dicho

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

órgano ejercer su potestad administrativa, especialmente cuando el resultado consistía en un gravamen para el titular del proyecto. El decaimiento se habría configurado por el sólo transcurso del tiempo, y el acto jurídico siguiente -la resolución reclamada- no podría entonces producir efectos, "[...] *más aún si este llega a imponer un gravamen o constituye un detrimento*".

Frente a estas imputaciones, la reclamada alega la imposibilidad de la configuración del decaimiento, y afirma que, en todo caso, la reclamante siempre pudo pedir que se resuelva derechamente o bien solicitar el silencio administrativo, u ocurrir ante la Contraloría General de la República y exigir las responsabilidades funcionarias por la dilación en la resolución del asunto. Sobre esto último, cita jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, dictámenes N° 24841 de 1974, y N° 24567 y 43865, ambos de 2011.

Adicionalmente, la reclamada argumenta en torno a que la RCA debe entenderse como una autorización de funcionamiento que no confiere derechos adquiridos y que, por la misma razón, no es un acto de gravamen cuando ella es dejada sin efecto dentro de la etapa recursiva. Asimismo, apunta a que la resolución de los recursos de reclamación administrativos no constituye ejercicio de una potestad sancionadora, y que el Comité de Ministros -en todo caso-, al resolver los recursos administrativos, puede revocar una RCA, fundamentalmente por la remisión que hace el artículo 29 de la Ley N° 19.300 al artículo 20 de la misma ley.

**B. Ilegalidades y arbitrariedades incurridas por el Comité
de Ministros al dictar la Resolución Exenta N° 532/2015**

**i. Existió una debida consideración de las observaciones
PAC**

La reclamante afirma que todos los impactos asociados a la extracción de agua desde el acuífero Piedra Pómez fueron extensamente evaluados, discutidos y zanjados durante el procedimiento de evaluación ambiental del proyecto, existiendo un indudable y reconocido cumplimiento del estándar establecido en nuestro ordenamiento jurídico en relación a la debida consideración de las observaciones ciudadanas, y que la "reponderación" de las observaciones 9, 39 y 63 de la RCA N° 4/2013, implicó que el Comité de Ministros infringiera los artículos 29 de la Ley N° 19.300, y 44 y 46 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental vigente a la época (en adelante, "Reglamento del SEIA"), lo que habría importado la ilegalidad de la resolución reclamada.

Para la reclamante, si bien el estándar a través del cual una observación debe entenderse debidamente considerada no es una cuestión resuelta en la propia ley, la definición se encuentra plasmada en la historia fidedigna del establecimiento de la participación ciudadana, la que se encuentra a su vez recogida y sistematizada en el Ordinario N° 130528, del 1 de abril de 2013, de la Dirección Ejecutiva del SEA, que imparte instrucciones sobre la "Consideración de las Observaciones Ciudadanas en el Marco de Evaluación de Impacto Ambiental".

Según ella, la debida consideración implica que las observaciones hayan sido *"adecuadamente ponderadas o abordadas"* y que permita a los diferentes actores intervenir e influir en las diferentes evaluaciones, no estando obligada la autoridad a resolver conforme a las mismas. Al efecto, se refiere al contenido del Ordinario N° 130528 en cuanto a qué debe entenderse por "observación ciudadana" y qué por "considerar", cuándo una observación es o no pertinente, la forma en que se debe considerar una observación, dónde deben ser consideradas las mismas y, por último, quién debe considerarlas, para concluir que, del análisis de los distintos requerimientos del Oficio en relación con el procedimiento de evaluación del proyecto, las observaciones realizadas en ese

contexto cumplieron cabalmente con todos los requisitos antes mencionados.

Reforzando lo anterior, la reclamante hace un análisis de la RCA y de los antecedentes en los que se fundó, en particular en los ICSARAS que tuvo la evaluación del proyecto, concluyendo al respecto que la "[...] *"inquietud ambiental" asociada a los efectos de la extracción desde el Acuífero Piedra Pómez, fue un asunto abordado y discutido durante el procedimiento de evaluación ambiental, circunstancia que **el propio Comité de Ministros, en la Resolución 532, reconoce expresamente**, al citar en ese sentido Oficios Ordinarios del SAG, de la SEREMI de Medio Ambiente y de la DGA, [...]"* (destacado en el original).

Afirma que no es efectivo que las inquietudes ambientales contenidas en las observaciones no hayan sido incorporadas o abordadas en la evaluación del proyecto y que la "reponderación" del Comité de Ministros de las observaciones N° 9, 39 y 63 estaría por consiguiente mal motivada.

Por su lado, la reclamada se refiere en su informe a la debida consideración de las observaciones ciudadanas no de manera independiente sino que con motivo de distintas alegaciones y defensas, como cuando afirma la improcedencia de la vía de ingreso esgrimida en subsidio por la reclamante, esto es, el artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, o cuando se refiere a las facultades del Comité de Ministros cuando resuelve una reclamación PAC.

Sobre la participación ciudadana, la reclamada señala en general que "[...] *consiste básicamente en aportar toda clase de antecedentes e información que se estimen pertinentes para la toma de decisiones respecto a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental*", coadyuvando al órgano evaluador e ilustrándolo acerca de las causales de aprobación o rechazo de un EIA, según se dispone en el artículo 16 de la Ley N° 19.300.

Afirma además que "Considerar, entonces, no es otra cosa que evaluar técnicamente las observaciones de la comunidad, obligando al órgano calificador a motivar su acto decisorio utilizando, entre otras cosas, las referidas observaciones como fundamento". Por su parte, añade que el artículo 9 bis de la Ley N° 19.300 elevó el incumplimiento de la evaluación técnica de las observaciones planteadas por la comunidad a vicio esencial del procedimiento.

ii. Ilegalidad al establecer una limitación a una autorización y volumen de extracción de agua que proviene de un acto administrativo distinto del reclamado

La reclamante afirma que durante la evaluación del proyecto Casale se "[...] indicó que **el volumen de extracción constituye un activo ambiental bajo el alero de la RCA 14/2002, que calificó favorablemente el Proyecto Minero "Aldebarán"**", y cita al efecto el punto 2.1 de dicha RCA, que dispone que "[...] Se estima una extracción de agua hasta 900 l/s, desde la cuenca de Piedra Pómez, en la que CMC tiene derechos de aprovechamiento de aguas consuntivo y permanente por 1.200 l/s", todo lo cual estaría además reconocido por el mismo Comité de Ministros cuando en el punto 17.3.1.ii de la resolución reclamada en autos, expresa que "[...] **se verificó que el campo de pozos de Piedra Pómez no modifica su localización ni el caudal a extraer (máximo de 900 l/s), respecto de lo aprobado en Aldebarán**" (destacado en el original).

En consideración a lo anterior, el titular del proyecto estima que la extracción de agua y el volumen son cuestiones que fueron sometidas a evaluación en un procedimiento anterior y, por consiguiente, malamente el Comité de Ministros estuvo facultado para afectar dichos aspectos ambientales, pues no formaron parte de las materias sometidas a su conocimiento, trasgrediendo de esta manera, con su proceder, la naturaleza

de la vía recursiva, concluyendo entonces con una decisión ilegal y arbitraria y, por ende, objeto de anulación.

iii. Falta de congruencia de la Resolución Exenta N° 532/2015 con el expediente de evaluación y el de reclamación

La reclamante advierte lo que en su concepto sería una "falta de congruencia" de la Resolución Exenta N° 532/2015 en relación con los expedientes de evaluación y de reclamación. A su juicio, el Comité de Ministros habría infringido lo dispuesto en el inciso 4° del artículo 46 del Reglamento del SEIA vigente a la época, según el cual *"La resolución que falle el recurso se fundará en el mérito de los antecedentes que consten en el expediente del EIA y del proceso de reclamación, los antecedentes presentados por el o los reclamantes y, si correspondiere, los informes evacuados por los órganos a que se refiere el inciso segundo de este artículo"*.

Considerando los antecedentes del procedimiento de evaluación, la visación unánime del Informe Consolidado de Evaluación (en adelante, "ICE") y la calificación favorable del proyecto por parte de la Comisión de Evaluación de Atacama, no existiría en concepto de la reclamante congruencia entre el referido expediente y los acuerdos adoptados por el Comité de Ministros y llevados a efecto por la Resolución Exenta N° 532/2015 del Director Ejecutivo del SEA. Por el contrario, el Comité habría intentado establecer *"[...] vinculaciones específicas con algunos documentos aislados, descontextualizados y extraídos de etapas iniciales o intermedias de la evaluación, pero que no consideran su mérito íntegro ni su interpretación completa dentro del proceso de evaluación considerado en su integridad, lo que hace adolecer de ilegalidad por manifiesta arbitrariedad y falta de congruencia con el expediente"*.

Uno de los aspectos donde se revelaría la incongruencia esgrimida por la reclamante, dice relación con que el volumen almacenado en el acuífero fue utilizado, durante la evaluación

ambiental del proyecto, como un punto de referencia técnica, "[...] ya que el entendimiento por parte de la DGA fue siempre que la explotación desde este acuífero es a costa de la recarga sobre el mismo, en acuerdo con la forma de la entrega de los derechos de aprovechamiento, y no contra el volumen almacenado" (destacado en el original), y que lo lento del proceso de recarga y lo extenso del acuífero hace que durante la explotación se produzca el consumo de las aguas subterráneas contenidas en torno a los pozos de bombeo (10 en total), los que localmente generan un cono de depresión para movilizar las aguas subterráneas hacia ellos.

Por último, la reclamante también afirma que fue incongruente la solicitud sobre factibilidad de reducción del horizonte de tiempo para la recuperación del acuífero de Piedra Pómez, por cuanto no existía en manos del Comité de Ministros ningún antecedente, tanto en el expediente de evaluación como en el de reclamación, que le permitiera solicitar dicha información a su Secretaría Técnica. De la misma manera, alega incongruencia del acuerdo que condiciona lo informado por la Secretaría Técnica, con la visación de la DGA.

A lo anterior, la reclamada responde en su informe que el Comité de Ministros llevó a cabo una correcta aplicación del principio en cuestión, y que la resolución reclamada contempla elementos que permiten dilucidar fácilmente los hechos considerados para llegar a la resolución respectiva.

En particular, hace presente, que el Comité de Ministros cumplió con "[...] la pretendida congruencia a tal extremo [...] que plasmó en el acto administrativo respectivo elementos que permitan dilucidar de manera fácil que los hechos considerados para allegar a la resolución respectiva fueron todos aquellos contenidos en la evaluación ambiental del proyecto, sea por OAECA o por el proponente".

Señala que las materias por las cuales se acogieron los recursos PAC son aquellas referidas a las materias hídricas de

Piedra Pómez, medidas e impactos, y que el Comité de Ministros resolvió en base a ello, imponiendo una condición (no una medida) al titular para llevar adelante el proyecto, utilizando los antecedentes de la evaluación ambiental.

iv. El Comité de Ministros al dictar la Resolución Exenta N° 532/2015 no se ajustó a las materias reclamadas, a las peticiones de los reclamantes, ni al objeto de los recursos

Señala CMC que el Acuerdo N° 1/2015 del Comité de Ministros no se ajustó a las materias reclamadas, a las peticiones de los reclamantes, ni al objeto del recurso de reclamación.

En cuanto a lo primero, el desajuste se habría producido por cuanto las conclusiones del Comité de Ministros no se vinculan a las observaciones N° 9, 39 y 63. Dicho de otro modo, mediante la "reponderación" de esas observaciones jamás se pudo haber arribado a la medida impuesta finalmente por el Comité de Ministros, preconciendo en el fondo el acuerdo alcanzado, "[...] y luego de ello extremó un subterfugio para intentar justificarlo".

En cuanto a lo segundo, la resolución reclamada no se habría ajustado a las peticiones de los reclamantes por cuanto el Comité no "[...] señala o indica qué reclamante y en qué pasaje de su reclamación, solicitó la determinación adoptada por éste. Malamente podría el Acuerdo ajustarse a las peticiones formuladas por los interesados, pues la medida impuesta jamás fue materia de las observaciones reclamadas".

Por último, en este contexto, la reclamante afirma que el Comité de Ministros se extralimitó en relación al objeto del recurso sometido a su conocimiento, pues mientras los reclamantes en sede administrativa se orientan y vinculan hacia una "[...] ausencia de la debida ponderación de observaciones PAC" en la RCA N° 4/2013, la reclamada decidió afectar el activo ambiental de la empresa, a saber, sus derechos de aguas

y la autorización de extracción contenida en la RCA que aprobó el proyecto Aldebarán, no el de Cerro Casale.

Por su parte, la reclamada responde a estas imputaciones señalando que, en efecto, el Comité de Ministros solo puede conocer y pronunciarse respecto de aquellas materias que fueron puestas en la esfera de su conocimiento, las que, en este caso, fueron aquellas cuestiones alegadas por los reclamantes que formularon observaciones ciudadanas, los que pretendían dejar sin efecto la RCA respectiva.

Las 7 reclamaciones PAC, señala la reclamada, versaban sobre tres temas en general: i) recursos hídricos en el sector de Piedra Pómez; ii) medio humano, por cuanto el proyecto implica un aumento en la población; y iii) cumplimiento del Convenio N° 169 de la OIT. De estas alegaciones, el Comité de Ministros desestimó las dos últimas y tuvo en cuenta aquella referida al recurso hídrico, citando al efecto lo dispuesto en el Considerando 17.3.2.2. de la resolución reclamada ante el Tribunal, en donde se dispone que ***"una de las materias reclamadas dice relación con la "Explotación de Acuíferos - Piedra Pómez y disminución del flujo regional difuso", específicamente respecto de los impactos y las medidas. En efecto, los recursos se refieren al impacto que ocasionaría la extracción de agua sobre el acuífero regional y sus posibles efectos sobre la cuenca del río Copiapó que se abastece del recurso hídrico [...]"*** (destacado en el original).

v. Ilegal alteración de la descripción del proyecto sometido a evaluación ambiental

La reclamante esgrime que el Comité de Ministros incurrió en una alteración ilegal de la descripción del proyecto sometido a evaluación ambiental. Se pregunta la reclamante: *"¿Puede el Comité de Ministros definir o alterar la descripción de un proyecto, con el objeto de redefinir un impacto significativo? Y, ¿puede el Comité de Ministros definir o alterar la*

descripción de un proyecto con el objeto de definir una medida de mitigación?".

Para la reclamante, la "autoridad evaluadora" puede verificar exclusivamente el cumplimiento normativo, mas no arrogarse facultades que pugnan con la propia naturaleza del SEIA, que como procedimiento de evaluación se limita a verificar el cumplimiento de la normativa ambiental y determinar la idoneidad de las medidas propuestas para hacerse cargo de los efectos, características o circunstancia del artículo 11 de la Ley N° 19.300.

Según la reclamante, dentro del EIA del proyecto, el titular definió como parte de las acciones y obras físicas que componen la descripción del mismo, una barrera hidráulica. No obstante lo anterior, el Comité de Ministros, aplicando el artículo 98 letra c) del actual Reglamento del SEIA, según el cual, corresponden a medidas de mitigación "[...] las que minimizan o disminuyen el efecto adverso significativo mediante medidas tecnológicas y/o de gestión consideradas en el diseño", estableció que "[...] la fase de reinyección [barrera hidráulica] -al formar parte del diseño del proyecto- constituye una "medida de mitigación", y por ende busca establecer que el "impacto" asociado a dicha "medida de mitigación" sería necesariamente significativo, [...]".

Lo anterior, a juicio CMC, "[...] es ilegal e inadmisibles desde el punto de vista jurídico, pues vulnera la normativa aplicable a la época, que establece claramente la no aplicabilidad de ese Reglamento al Proyecto Casale, y a las demás normas citadas de la Ley 19.300".

Por su parte, la reclamada, en su informe, señala que no reconoció un nuevo impacto sino que aplicó el principio de realidad a aquel impacto señalado por el titular del proyecto y evaluado en el SEIA. Dicho impacto era el "Descenso de los niveles de agua subterránea en la zona limítrofe de las cuencas hidrográficas de Piedra Pómez y río Lamas", y la razón que tuvo

el proponente para desestimar los efectos adversos significativos, es que el manejo del acuífero (barrera hidráulica) estimado en el plazo de 100 años, de acuerdo a la Fase 2 o fase de cierre que contempla el proyecto, contrarrestaría el descenso de los niveles de aguas subterráneas.

Para la reclamada, era evidente que la barrera hidráulica fue concebida para hacerse cargo de un efecto comprobado, a saber, la reducción del caudal del río Lamas. En consecuencia, el error, a su juicio, se produjo en la ingeniería conceptual del proyecto al momento de su diseño, apreciando erróneamente en ese momento el impacto evaluado.

En resumen, CMC "[...] descartó que exista una afectación significativa al crear una barrera hidráulica", pero a juicio del Comité de Ministros era claro que "[...] de no mediar o de no existir la barrera que propone el titular, el impacto en el acuífero y su afectación al río Lamas sería significativo, es decir, la barrera hidráulica es una medida de mitigación del impacto". En consecuencia, si se eliminara hipotéticamente dicha barrera del diseño del proyecto, se generaría un impacto adverso significativo lo que estaría además confirmado por los dichos de la propia Compañía en la respuesta 4.2.3. de la tercera Adenda.

El error metodológico, dice la reclamada, consistió en valorar la significancia del impacto en base a una medida, cuando, dentro del SEIA, el ejercicio consiste en realizar una predicción de los impactos tomando como base la descripción del proyecto y la del área de influencia y, en caso que los impactos sean significativos, es deber del proponente presentar medidas de mitigación, reparación y/o compensación, adecuadas.

vi. Errónea aplicación de la exigencia contenida en el artículo 12 letra g) del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

La reclamante afirma que de lo informado por la Secretaria Técnica ya era posible apreciar la determinación del Comité de Ministros en relación a la exigencia de la "condición más desfavorable" que se contiene en el artículo 12 letra g) del Reglamento del SEIA vigente a la época. En efecto, para justificar la recalificación de un impacto, lo hace sobre la base de que éste habría sido evaluado sin considerar la "condición más desfavorable". Sin embargo, según la reclamante, esa exigencia es excepcional y debe aplicarse de acuerdo con el texto de la norma que la contiene, es decir, "cuando corresponda", y deberá estar debidamente fundada, no siendo el caso de autos uno de aquellos en los que debió aplicarse dicha regla.

Como argumentación subsidiaria, la reclamante afirma que de ser aplicable la norma, de todos modos se encontraría cumplida atendida la forma en que se llevó a cabo la predicción y evaluación de los impactos ambientales, por cuanto se habría adoptado un enfoque conservador en la definición del modelo conceptual utilizado, lo que se relaciona con la adopción de criterios que permitiendo representar al sistema real, lo hagan de una forma que la condición de evaluación sea desfavorable.

Al efecto, la reclamante señala que *"La Guía para el Uso de Modelos de Aguas Subterráneas en el SEIA (SEA, 2012)"* es clara en indicar la importancia del modelo conceptual para definir el marco de evaluación de un proyecto. Es así como la preparación del modelo conceptual del sistema acuífero Piedra Pómez ocupó gran parte de lo presentado en la Sección 1 del Capítulo 15 del EIA, dando un énfasis especial al tema de la evaluación de la recarga y otros parámetros hidrogeológicos, para llegar a la confección de un modelo hidrogeológico "conservador", o de otra forma, un modelo hidrogeológico que

representando el modelo conceptual, sea una "condición más desfavorable".

En relación a esta alegación, la reclamada responde señalando que consta en la evaluación ambiental del proyecto que el almacenamiento del acuífero fluctúa entre 3.840 y 10.000 Mm³, en particular, en el Capítulo 15 del EIA, donde es el propio titular quien entrega los valores antes referidos, y que el proponente diseñó la ingeniería conceptual del proyecto tomando en consideración el valor máximo estimado para el volumen del acuífero, es decir, 10.000 Mm³. Que de esta forma, se habría violado lo dispuesto en el artículo 12 letra g) del Reglamento SEIA vigente a la época, disposición que se funda en el principio preventivo que a su vez inspira en general al SEIA.

En este escenario, señala la reclamada que se habría impuesto al titular del proyecto la exigencia de extraer del acuífero Piedra Pómez sólo el 5% del volumen almacenado en su rango inferior, dando así cumplimiento a la regla de evaluación del artículo 12 letra g) del antiguo RSEIA, *"[...] pudiendo extraer lo restante que necesita a través de su sistema de captación de agua marina aprobada en la misma RCA [...]"*.

Cita al efecto el Oficio Ordinario N° 624, de 5 de diciembre de 2014, de la DGA, en el que se señala: *"[...] este Servicio estima que, asumir el criterio de explotación del 5% del volumen almacenado en su condición más desfavorable (a saber, el 5% de 3.840 millones de m³), o un valor inferior a esta extracción, cumple con el objetivo de acelerar la recuperación del acuífero de Piedra Pómez, considerando las precisiones recomendadas respecto del escenario ambientalmente más desfavorable"*.

vii. Improcedencia de la aplicación analógica del criterio de restricción impuesto

En este acápite, la reclamante se refiere a la incorrecta aplicación analógica del criterio contemplado en el *"Manual de*

Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos", y en el artículo 30 letra c) del Decreto N° 203 de 2013, que "Aprueba Reglamento Sobre Normas de Exploración y Explotación de Aguas Subterráneas".

En el referido manual se establece como uno de los supuestos de la declaración de área de restricción de un determinado acuífero, que la demanda hídrica comprometida provoque una reducción superior al 5% del volumen almacenado en un determinado acuífero, en un plazo de 50 años.

Sin embargo, el criterio antes referido no constituye según la reclamante un parámetro de hidrología comparada, razón por la cual tampoco configura una ley hidrológica uniforme e internacionalmente aceptada por los profesionales del área.

Según la reclamante, el error cometido por el Comité de Ministros, consistió en no distinguir el problema de la recarga del acuífero con el del volumen de agua contenido en el mismo, cuando a efectos del criterio del balance hídrico, que es lo relevante para la evaluación ambiental, lo importante es la recarga y no el volumen.

Afirma la reclamante, que "[...] *las incertidumbres asociadas a la determinación del valor de recarga, criterio principal bajo el cual se asignan derechos de aprovechamiento de aguas, incorporan en su análisis el error asociado a la determinación de aquella incertidumbre la cual, es justamente la medida que se pretende imponer al Titular por medio de la Resolución Reclamada, es decir, determinar arbitrariamente un límite a la explotación del 5% de volumen embalsado en 50 años*".

Más adelante señala: "[...] *dicha reducción se funda en un supuesto técnicamente erróneo y fuera de todo parámetro técnico, al asumirse que el acuífero tiene una profundidad homogénea en su rango inferior, y se ha tratado de justificar en base a la utilización del concepto de condición más desfavorable, lo que ya hemos explicado que es absolutamente*

improcedente". Aclara a renglón seguido, que el volumen embalsado de 10.000 Mm³, así como aquel volumen inferior, ascendente a 3.840 Mm³, fueron enunciados en el SEIA en forma referencial, atendidas las diversas e irregulares profundidades del acuífero, y en el entendido que lo realmente importante es el valor de recarga del sistema más las incertidumbres asociadas a su determinación.

viii. Abuso de la discrecionalidad administrativa

La reclamante afirma que existiría un abuso de la discrecionalidad administrativa por parte del Comité de Ministros. Se refiere, en particular, a que la medida es desproporcionada puesto que el propio Comité reconoció la idoneidad de la barrera hidráulica para mitigar el potencial efecto significativo, lo que hacía innecesaria la medida consistente en restringir la extracción de agua desde el acuífero Piedra Pómez. En concreto, la desproporción ocurre por cuanto la medida implica reducir el cálculo del volumen almacenado en la fuente casi tres veces a lo autorizado ambientalmente, teniendo en cuenta que el efecto provocado por el supuesto descenso es de 14 l/s en el río Lamas.

Junto a lo anterior, se reclama que el Comité no analizó otras posibles alternativas a la impuesta, ni habría dado motivos de por qué la medida era la única posible. En la visación solicitada a la DGA, el Comité no le habría dado cabida a este Servicio para entregar su opinión sobre otras posibles medidas ni de la idoneidad de aquella finalmente decidida. Tampoco habría explicado el Comité de Ministros por qué el PAT no era una medida idónea para considerar debidamente las observaciones ciudadanas, sobre todo cuando dicho plan tiene por objeto monitorear que la variable ambiental "agua" se comporte de la forma proyectada, honrando de esa forma el principio preventivo que inspira al SEIA.

ix. Incumplimiento del estándar de debida motivación de los actos administrativos por parte del Comité de Ministros

Finalmente, la reclamante afirma que el Comité de Ministros habría incumplido el estándar de debida motivación de los actos administrativos en atención a la falta de fundamentación suficiente para la adopción de la medida, citando al efecto el artículo 11 inciso 2° de la Ley N° 19.880, así como lo dispuesto por este Tribunal en sentencia Rol R N° 6-2013, de 3 de marzo de 2014.

Según CMC, el Comité de Ministros no explicó los motivos por los cuales su Acuerdo constituía el escenario más idóneo para la resolución de las reclamaciones sino que simplemente se generó a partir del propósito de reducir el tiempo de recuperación del acuífero, lo que evidenciaría que nunca se analizaron otras alternativas, cuestión que explicaría "[...] *que no existan motivos ni fundamentaciones suficientes para dicha determinación*", lo que redundaría en una falta de razonabilidad y en la consecuente arbitrariedad de la resolución impugnada.

CONSIDERANDO:

Primero. Que, atendidos los argumentos de la reclamante, y las excepciones, alegaciones y defensas de la reclamada, el desarrollo de esta parte considerativa abordará las siguientes materias:

- I. DE LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA ABSOLUTA DEL TRIBUNAL**
- II. DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA**
- III. SOBRE LOS EVENTUALES VICIOS GRAVES Y ESENCIALES EN LA ETAPA RECURSIVA ANTE EL COMITÉ DE MINISTROS**

- 1. Sobre el recurso de reclamación y la actuación del Comité de Ministros en el caso de autos

- a) Naturaleza del recurso de reclamación del artículo 20 de la Ley N° 19.300
 - b) Alcance de la revisión del Comité de Ministros en sede recursiva
 - c) Criterios para determinar cuándo un impacto ambiental ha sido objeto de evaluación
 - d) De la actuación del Comité de Ministros en el caso de autos
- 2. Sobre la alteración de las etapas del procedimiento reglado del recurso de reclamación
 - 3. Sobre la falta de visación de la Dirección General de Aguas
 - 4. Sobre el incumplimiento del plazo fatal para resolver el recurso de reclamación

IV. SOBRE LAS EVENTUALES ILEGALIDADES DE LA RESOLUCIÓN EXENTA N° 532/2015

- 1. Sobre la debida consideración de las observaciones ciudadanas
- 2. Sobre la limitación a una autorización y volumen de extracción de agua que proviene de un acto administrativo distinto del reclamado
- 3. Sobre la falta de congruencia de la Resolución Exenta N° 532/2015 con el expediente de evaluación y de reclamación y el no ajuste de la misma a las materias reclamadas, a las peticiones y al objeto de los recursos
- 4. Sobre la discrecionalidad administrativa y el estándar de motivación de la Resolución Exenta N° 532/2015
 - a) De la aplicación de la exigencia contemplada en el artículo 12 letra g) del Reglamento del SEIA
 - b) De la improcedencia de aplicación analógica de un supuesto criterio de restricción
 - c) De la alteración de la descripción del proyecto

I. DE LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA ABSOLUTA DEL TRIBUNAL

Segundo. Que, la reclamada, en su informe, afirma que la reclamación de autos se ha seguido ante un Tribunal absolutamente incompetente, por cuanto no se habrían configurado los antecedentes de hecho y de derecho que fundan la acción ejercida por la reclamante. Al efecto, cita las sentencias del Tercer Tribunal Ambiental, roles R N° 3-2014 y N° 10-2015 en donde se habría declarado la incompetencia del Tribunal al no verificarse los presupuestos de procesabilidad y al haber obviado la vía administrativa.

Tercero. Que, a juicio de la reclamada, la acción del artículo 20 de la Ley N° 19.300 y 17 N° 5 de la Ley N° 20.600, descansa en los siguientes supuestos: i) que se haya calificado desfavorablemente una RCA -o impuesto condiciones gravosas para el titular- por la Comisión de Evaluación respectiva o por el Director Ejecutivo del SEA; ii) que dicho titular haya sido el que interpuso el recurso administrativo especial del artículo 20; y, iii) que al resolverse el recurso administrativo, la decisión haya sido desfavorable al titular que lo interpuso. Dado que en el caso de autos el recurso administrativo fue interpuesto por personas naturales y jurídicas que fueron parte del proceso de participación ciudadana, "*[...] la imposición de condiciones gravosas a la RCA de la que es titular, se produjo por repercusión o de manera refleja [...]*"; por lo tanto, al no haber el titular del proyecto interpuesto recurso administrativo alguno, no concurriría la hipótesis contemplada en la ley, deviniendo el Tribunal en absolutamente incompetente.

Cuarto. Que, la reclamada señala que en relación a la hipótesis del artículo 17 N° 6 de la Ley 20.600, que los supuestos sobre los que descansa la acción serían: i) que se haya dictado una RCA sin la debida consideración de las observaciones ciudadanas; ii) que los observantes interpongan el recurso administrativo correspondiente para enmendar la ilegalidad; y iii) que al resolver el recurso, el Comité de

Ministros -o el Director Ejecutivo del SEA-, se pronuncie desfavorablemente. Atendidos estos supuestos, CMC no podría intentar la acción del artículo 29 de la Ley N° 19.300 y 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, puesto que no tuvo la calidad de observante en el proceso de evaluación. En definitiva, "[...] y con mayor razón aún que en el caso anterior, no concurre la hipótesis contemplada por la ley, y SS Ilustre carece de competencia para conocer del asunto controvertido".

Quinto. Que, por último y en cuanto a la acción contemplada en el artículo 17 N° 9 de la Ley N° 20.600, la reclamada afirma que CMC pretende ejercer una acción atípica o innominada al no estar expresamente regulada en la ley. Que los tribunales sean competentes para "Conocer de los demás asuntos que señalan las leyes", como prescribe la disposición esgrimida, requiere "[...] que una ley señale en forma expresa, el asunto respecto de los cuales sería competente, y consecencialmente establezca al menos: i) una regla para determinar la competencia relativa del tribunal ambiental que debería conocer; ii) el procedimiento que se debe seguir; e iii) indique el plazo para interponerla". Concluye señalando que nada de lo anterior se encuentra presente en el caso de autos, aunque advierte que la reclamante pudo haber concurrido ante el Tribunal impetrando la acción del artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600, dado su carácter de "[...] verdadera norma de clausura y de competencia residual [...]", para lo cual cita, en apoyo, la Historia de la Ley, en donde se dejó constancia que a través de esa acción "[...] se permite recoger una serie de hipótesis que no estaban cubiertas, hasta ahora, en las atribuciones del tribunal".

Sexto. Que, por todo lo anterior, la reclamada afirma que el Tribunal carece de competencia absoluta y que, "Por ende, estando todas y cada una de las acciones en que CMC funda su reclamo, fuera de las hipótesis expresamente previstas por la Ley 20.600, no cabe sino que se acoja la excepción de incompetencia absoluta opuesta respecto de todas y cada una de ellas".

Séptimo. Que, para resolver la excepción de incompetencia del Tribunal, cabe tener presente que la competencia se clasifica en relativa y absoluta y que los elementos de la misma son el fuero, la materia y la cuantía. Es preciso, también, tener en cuenta las disposiciones pertinentes del Código Orgánico de Tribunales, en particular el artículo 108 que define la competencia como *"La facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de las esferas de sus atribuciones"*, y el artículo 5° que dispone que *"Los demás tribunales especiales se regirán por las leyes que los establecen y reglamentan, sin perjuicio de quedar sujetos a las disposiciones generales de este Código"*, cual es el caso de los tribunales ambientales conforme lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley N° 20.600.

Octavo. Que, la doctrina ha conceptualizado la competencia absoluta como aquella que *"[...] determina la clase y, eventualmente, la jerarquía del tribunal llamado por la ley a conocer de un asunto determinado. De la aplicación de estas reglas resultará si debe conocer un tribunal constitucional o un tribunal ordinario, especial o arbitral, y si entre ellos hubiese diversas jerarquías, también estas reglas determinan cuál es al que le corresponde intervenir"* (COLOMBO CAMPBELL, Juan, *La competencia*, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, 2004, p. 77).

Noveno. Que, en cuanto a los elementos de la competencia, dado que el Tribunal constituye una judicatura especial, a su respecto solo es aplicable el elemento materia. Sobre este elemento de la competencia absoluta, se ha dicho que es *"[...] la naturaleza del negocio sometido a la decisión del Tribunal y, aún en ciertos casos excepcionales el objeto o clase del mismo"* (CASARINO VITERBO Mario, *Manual de Derecho Procesal Orgánico*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, p. 230). Asimismo se ha sostenido que *"[...] es el elemento por excelencia de la competencia y, en consecuencia, el único capaz de decidir si se le otorga competencia a un tribunal ordinario o a uno especial [...]. Resumiendo, frente a un litigio nos es preciso*

constatar si, en razón de la materia, corresponde o no su conocimiento a un tribunal especial. En caso afirmativo, éste será el competente" (COLOMBO CAMPBELL, Juan, *op. cit*, p. 180).

Décimo. Que, atendido lo anterior, es claro que la reclamante no plantea en rigor una excepción de falta de competencia absoluta en razón de la materia; más bien apunta a las condiciones de admisibilidad de la acción, por cuanto toda su alegación se dirige a que la situación real de la reclamante no estaría descrita en las hipótesis contempladas en las normas pertinentes (Cfr. NÚÑEZ OJEDA, Raúl y PÉREZ RAGONE, Álvaro, *Manual de Derecho procesal Civil. Parte General*, Thomson Ruter, Santiago, Chile, 2013, p. 168).

Undécimo. Que, en el mismo sentido la reclamada funda la alegación de incompetencia en la ausencia de un requisito de procesabilidad para impetrar la acción ante el Tribunal, esto es, que CMC haya interpuesto el recurso de reclamación administrativa del artículo 20 de la Ley N° 19.300. Que a este respecto, como ha dicho la Corte Suprema, los requisitos de procesabilidad no modifican la misma en relación a la materia, "[...] pues semejante falta, de haberse verificado, producirá diversos efectos, mas no la incompetencia del tribunal llamado a resolverla" (sentencia de la Corte Suprema de 13 de septiembre de 2016, Rol N° 19.302-2016, considerando quinto).

Duodécimo. Que, atendidas todas las consideraciones precedentes y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 17 N° 5 de la Ley N° 20.600 según el cual "Los Tribunales Ambientales serán competentes para: 5) Conocer de la reclamación que se interponga en contra de la resolución del Comité de Ministros o del Director Ejecutivo, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 20 y 25 quinquies de la ley N° 19.300. [...]", a juicio de estos sentenciadores el Tribunal es absolutamente competente y, por consiguiente, se rechazará la excepción.

II. DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA

Decimotercero. Que, la reclamante de autos interpuso reclamación "[...] en virtud de lo establecido en los artículos 20 inciso cuarto de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, y 17 número 5, 6 y 9 de la Ley N° 20.600 [...]", en contra de la Resolución Exenta N° 532/2015 del Director Ejecutivo del SEA, que llevó a efecto el Acuerdo N° 1/2015 del Comité de Ministros, que resolvió los recursos de reclamación interpuestos por quienes intervinieron durante la participación ciudadana en contra de la Resolución Exenta N° 4/2013, de la Comisión de Evaluación de Atacama, que calificó favorablemente el EIA del proyecto.

Decimocuarto. Que, bajo el capítulo titulado "*Ley que concede el recurso y procedencia del mismo*", afirma que la reclamación judicial contemplada en el artículo 20 de la Ley N° 19.300 es una acción jurisdiccional de carácter amplio, y que CMC cumplía además con los requisitos para ser parte, por cuanto le basta ser la reclamante en estos autos, "[...] sin necesidad de haber interpuesto recurso de reclamación administrativa ante el Comité de Ministros en contra de la RCA", puesto que no necesitó recurrir en contra de ella porque no le causó agravio alguno, a diferencia de la resolución reclamada, que modificó la RCA original al acoger parcialmente algunas reclamaciones PAC.

Decimoquinto. Que, sin embargo y en subsidio de lo anterior, y solo para el caso que el Tribunal no considerase pertinente el ingreso a través de la acción de los artículos 20 de la Ley N° 19.300 y 17 N° 5 de la Ley N° 20.600, la reclamante funda su libelo en el artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, "[...] causal de competencia que procedería en el presente caso, puesto que la Resolución Reclamada corresponde a una "determinación del Comité de Ministros" adoptada respecto de una reclamación administrativa interpuesta en contra de una Resolución de Calificación Ambiental por terceros que formularon observaciones ciudadanas". Por último, y en subsidio a su vez de las vías de ingreso invocadas precedentemente,

funda la reclamación en el artículo 17 N° 9 de la ley antes citada, que señala que los Tribunales Ambientales serán competentes para "Conocer de los demás asuntos que señalen las leyes", en relación al artículo 60 de la Ley N° 19.300, según el cual "Será competente para conocer las causas que se promuevan por infracción a la presente ley, el Tribunal Ambiental, [...]".

Decimosexto. Que, por su parte, la reclamada señala en su informe que, en términos generales, ninguna de las acciones invocadas por la reclamante "[...] es la vía pertinente para que el responsable del proyecto impugne el acto administrativo reclamado". En primer lugar, alega la falta de legitimación activa de la reclamante por no cumplir con los presupuestos de impugnación exigidos por los artículos 20 de la Ley N° 19.300 y 17 N° 5 de la Ley N° 20.600, en atención, principalmente, a que no habría agotado la vía administrativa previa mediante la interposición de la respectiva reclamación ante el Comité de Ministros. Afirma al respecto que "[...] la RCA debe ser impugnada administrativamente **-por el responsable del proyecto, y no por otro sujeto-** [...]" (destacado en el original), ante el Comité de Ministros o el Director Ejecutivo del SEA. En su concepto, el ejercicio de la acción del artículo 17 N° 5 exigiría que "[...] sea el responsable del proyecto o titular, quien agote la vía administrativa a través de la interposición del recurso administrativo pertinente", lo que se vería refrendado por lo dispuesto en el artículo 18 N° 5 de la Ley N° 20.600 que dispone: "De las partes. [...], conforme a la enumeración del artículo 17: 5) En los casos de los números 5) y 6), las personas naturales y jurídica que presentaron sus reclamaciones de conformidad a la ley". Concluye entonces, que al no cumplir la acción deducida "[...] con uno de los presupuestos de procesabilidad exigidos por las leyes en relación a ella misma, no resulta idónea para efectos de impugnar la Resolución Exenta 532/2015, careciendo por tanto, de legitimidad activa para ello".

Decimoséptimo. Que, en cuanto a las restantes disposiciones invocadas por la reclamante para atribuir competencia al Tribunal, y consecuentemente legitimación activa, esto es, el artículo 17 N° 6 y N° 9 de la Ley N° 20.600, la reclamada afirma, en relación al N° 6 del artículo 17, que dada la calidad jurídica que detentó CMC “[...] se desprende que jamás pudo formular observaciones en el proceso de participación ciudadana, [por lo tanto] el ejercicio de dicha acción carece completamente de objeto, apartándose del fin para el cual fue creada”. En lo referente al N° 9 del artículo 17, afirma la reclamada que la voluntad del legislador fue “[...] regular en detalle las acciones de impugnación en materia ambiental, en términos de actos impugnables, objeto, titulares, legitimación activa, y agotamiento de la vía administrativa”, y que nada de ello estaría resuelto por la reclamante al fundar su pretensión en dicho numeral. Lo anterior se vería refrendado en el razonamiento de la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental recaída en la causa Rol R N° 3-2014.

Decimoctavo. Que, sin perjuicio de la supuesta falta de idoneidad de las vías de ingreso al Tribunal, la reclamada estima que CMC tuvo la posibilidad de impetrar la “acción general de impugnación ambiental” contemplada en el artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600, vía de acceso jurisdiccional que, según la doctrina nacional citada, tendría el carácter de acción general de carácter residual. En atención a todo lo anterior, a su juicio la actora habría errado al no fundar su pretensión en base al artículo 17 N° 8 recién citado, acción que satisfaría el derecho a la tutela judicial efectiva, “[...] razón por la cual, y sin entrar al fondo, debería desecharse por falta de legitimidad activa, [...]”.

Decimonoveno. Que, a juicio del Tribunal, es preciso aclarar que el agotamiento previo de la vía administrativa es una carga para los administrados y no constituye -de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley N° 19.880- la regla general en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, cuando los recursos administrativos deben necesariamente incoarse

antes de acceder a la vía jurisdiccional, estamos en presencia de un requisito de procesabilidad, que es precisamente lo que la Ley N° 19.300 exige para concurrir ante los Tribunales Ambientales. Por consiguiente, no existe impugnación judicial directa en contra de las RCA.

Vigésimo. Que, los requisitos de procesabilidad tienen relación con la admisibilidad de la reclamación y no con la legitimación activa. En efecto, como apunta el profesor Alejandro Romero Seguel, “[...] *la legitimación no es un presupuesto procesal, sino que una exigencia que atañe al fondo de la acción deducida. Por lo mismo, la carencia de este componente no es un vicio que afecte la validez del procedimiento [...]*” (ROMERO Seguel, Alejandro, *Curso de Derecho procesal Civil. La acción y la protección de los derechos*, Tomo I, Thomson Reuter, Santiago, Chile, 2014, p. 102).

Vigésimo primero. Que, vistos los argumentos de las partes, las normas pertinentes, así como las opiniones esgrimidas en los informes en derecho acompañados por la parte reclamante, esta materia se debe resolver no en base a una exégesis literal de los referidos preceptos legales sino que se hace necesario recurrir a una interpretación sistemática de los artículos 20 de la Ley N° 19.300 y 17 N° 5 y 18 N° 5 de la Ley N° 20.600, en los términos del inciso primero del artículo 22 del Código Civil, según el cual “*El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía*”.

Vigésimo segundo. Que, en este entendido y tomando en consideración las normas pertinentes en forma armónica, no puede estimarse que no se agotó previamente la vía administrativa por la circunstancia de no haber reclamado CMC ante el Comité de Ministros en contra de la RCA N° 4/2013, máxime si, en este caso, dicha resolución satisfizo sus pretensiones al calificar favorablemente el proyecto. Lo relevante, para efectos de cumplir con el agotamiento de la vía administrativa, es que los recursos administrativos que procedan hayan sido interpuestos y se encuentren resueltos,

independientemente de quién los interpuso. De seguirse el criterio contrario, quedarían en indefensión todos los titulares de proyectos que no reclamen administrativamente, por haber concluido favorablemente la evaluación ambiental a su respecto. Este criterio ha sido sustentado por el Tribunal en la causa Rol R N° 54-2014, de 1 de diciembre de 2015, considerandos décimo y siguientes.

Vigésimo tercero. Que, además, una interpretación razonable del artículo 18 N° 5 exige tener presente que la reclamación administrativa del artículo 20 de la Ley N° 19.300 se interpone en contra de lo resuelto en la respectiva RCA. Por consiguiente, como lo resolutive de la RCA N° 4/2013 -que aprueba el proyecto- coincide con la pretensión de la reclamante, es del todo lógico que ésta no haya deducido reclamación administrativa. Lo anterior, no implica que se encuentre en la imposibilidad de reclamar judicialmente si luego, en la etapa recursiva administrativa, esa decisión es revertida en virtud de una reclamación interpuesta por otro interesado. En consecuencia, no se puede exigir agotar la vía administrativa a quien se conformó con el contenido de la RCA; lo determinante es que los recursos pertinentes se encuentren presentados y resueltos previo a acceder a la vía judicial. Por ello, resulta manifiesto que en el caso de autos, respecto de la reclamante existe un régimen recursivo especial, cuya acción se encuentra contemplada en el artículo 20 de la Ley N° 19.300.

Vigésimo cuarto. Que, por último, cabe tener presente que los informes en derecho presentado en la causa, son coincidente en lo esencial con el criterio que ya ha sostenido el Tribunal en la sentencia antes citada. En efecto, el profesor Jorge Bermúdez Soto afirma en su informe que: *"De esta manera, el recurso administrativo opera como un requisito de procesabilidad de la reclamación ante el Tribunal Ambiental, [...]"*. *"En consecuencia, la reclamación ante el Tribunal Ambiental establecida en el art. 20 inc. 4° procede únicamente previo agotamiento de la vía administrativa. Sin embargo, dicho*

agotamiento previo, como se verá, puede haberse producido producto de la interposición del recurso por parte de la propia reclamante judicial, o bien por otro interesado. En realidad resulta indiferente quién ha interpuesto el recurso administrativo ante el Comité de Ministros [...], toda vez que en cualquier caso lo impugnabile será no la RCA, sino la resolución de dicho recurso administrativo especial. [...], no existe impugnación judicial directa de la RCA ante los Tribunales Ambientales, sino sólo mediata, es decir, sólo una vez que se ha agotado por algún titular de la impugnación, la respectiva vía administrativa". Señala también: "A lo anterior se agrega un argumento de economía procedimental. No es posible exigir el "agotamiento precautorio" de la vía administrativa a quien, estando legitimado para la impugnación de la RCA, se encuentra conforme con su contenido".

Vigésimo quinto. Que, por su parte, el profesor Alejandro Romero Seguel, para interpretar el alcance de los artículos 17 N° 5 y 18 N° 5 de la Ley N° 20.600, acude en su informe en derecho al principio "pro actione", según el cual "[...] los órganos judiciales deben interpretar los diferentes requisitos y presupuestos procesales de un modo más favorable con el derecho constitucional a obtener la protección judicial de los derechos, debiendo rechazarse las tesis rígidas o formalistas que puedan privar a las personas a obtener una tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos".

Vigésimo sexto. Que, resolviendo derechamente la alegación relativa a la legitimación activa, cabe tener presente que se trata de una cuestión jurídica de fondo que constituye uno de los presupuestos de la acción y que, aunque no fuese controvertida por las partes, el Tribunal puede y debe revisar de oficio si estima que existe un problema de esta naturaleza, en virtud del principio *iure novit curia*.

Vigésimo séptimo. Que, la legitimación activa ha sido definida como "[...] la posición habilitante para formular la pretensión en condiciones tales que pueda ser examinada por el juez" (MONTERO Aroca, Juan. et al, *Derecho Jurisdiccional II*.

Proceso Civil, Primera Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 75). La Corte Suprema se ha pronunciado a este respecto señalando que, "[...] el criterio reconocido por la mayoría de la doctrina es que la legitimación procesal sería un elemento exigido en relación al juicio en particular, sin que por ello sea necesario ser titular del derecho material para obtenerla, desde que tal exigencia equivaldría en la práctica a obtener siempre un fallo favorable. Con todo, se destaca que sí es indispensable, ser titular del interés de que se decida si efectivamente existe o no la relación jurídica sustancial" (SCS de 10 de agosto de 2015, Rol N° 26.558-2014, considerando Décimo cuarto).

Vigésimo octavo. Que, en la misma sentencia, nuestro máximo Tribunal señala que la legitimación activa "[...] requiere, en principio, que la persona tenga un interés real, concreto, personal, directo y actualmente comprometido en el asunto de que se trata". Al respecto es posible destacar que las siguientes circunstancias confirmarían que en el caso de autos la reclamada, titular del proyecto en cuestión, goza de legitimación activa. En primer lugar, y como se ha señalado en consideraciones previas, con motivo del análisis del agotamiento de la vía administrativa, el titular del proyecto por definición tiene un interés real, concreto, directo y comprometido cuando su proyecto, luego de ser evaluado ambientalmente, es rechazado, o es aprobado con condiciones o exigencias. Si la RCA es favorable al titular y, sin embargo, con motivo de reclamaciones de terceros interesados es modificada o dejada sin efecto, es evidente también que el titular del proyecto tendrá un interés, a saber, el de mantener la RCA original, no modificada. Por consiguiente, CMC tiene legitimación para concurrir ante los Tribunales Ambientales.

Vigésimo noveno. Que, por último, por las razones ya señaladas, esto es, por existir un régimen recursivo especial respecto de la reclamante por aplicación del artículo 20 de la Ley N° 19.300 en relación al artículo 17 N° 5 de la Ley N° 20.600 (no siendo aplicables las otras vías de ingreso

esgrimidas por la reclamante), la alegación de la reclamada sobre la procedencia de la vía residual del artículo 17 n° 8 de la Ley N° 20.600, no puede prosperar. En definitiva, y en razón de lo expuesto y de las consideraciones precedentes, la alegación de falta de legitimación activa será desestimada.

**III. SOBRE LOS EVENTUALES VICIOS GRAVES Y ESENCIALES EN LA ETAPA
RECURSIVA ANTE EL COMITÉ DE MINISTROS**

Trigésimo. Que, la reclamante en su libelo, bajo el título "vicios graves y esenciales del procedimiento", objeta diversas actuaciones del Comité de Ministros que implicarían, en su concepto, la ilegalidad de la resolución impugnada, a saber: la incompetencia del Comité de Ministros para conocer de nuevos impactos, la alteración de las etapas del procedimiento reglado de reclamación administrativa, la falta de visación de la Dirección General de Aguas (en adelante, "DGA"), y el incumplimiento del plazo fatal para resolver la reclamación administrativa.

**1. Sobre el recurso de reclamación y la actuación del Comité
de Ministros en el caso de autos**

Trigésimo primero. Que, para un mejor entendimiento de la alegación de la reclamada sobre la denominada incompetencia del Comité de Ministros para conocer de nuevos impactos, el Tribunal se referirá a la naturaleza del recurso de reclamación, al alcance de la revisión que realiza el Comité y a los criterios que pueden tenerse en cuenta para determinar cuándo un impacto ha sido objeto de evaluación. Finalmente, se pronunciará sobre la actuación del Comité de Ministros en el caso de autos.

**a) Naturaleza del recurso de reclamación del artículo 20 de
la Ley N° 19.300**

Trigésimo segundo. Que, es ampliamente reconocido que los recursos administrativos constituyen una “[...] instancia dirigida a obtener la anulación, revocación o reforma del acto administrativo presentada a la autoridad administrativa por el titular de un interés jurídico, de acuerdo con determinadas formas y dentro de los plazos señalados por la ley” (CORDERO VEGA, Luis, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2015, p. 411), y que cumplen -entre otros- dos propósitos, i) el de control administrativo por parte del mismo órgano que dictó el acto recurrido, o su superior jerárquico, y ii) el de presupuesto procesal para acceder a la jurisdicción contenciosa administrativa en materia ambiental. Como dispone la ley, el recurso de reclamación del artículo 20 de la Ley N° 19.300 se interpone ante el Director Ejecutivo o el Comité de Ministros y opera, en efecto, como un requisito de procesabilidad para poder acceder a los Tribunales Ambientales, por cuanto el régimen especial contemplado en la ley precitada exige el agotamiento previo de la vía administrativa, tal como se señaló en los apartados anteriores.

Trigésimo tercero. Que, en cuanto a la naturaleza de la reclamación del artículo 20 de la Ley N° 19.300, cabe señalar que se trata de un recurso especial y que en ese sentido prefiere al recurso ordinario de reposición, como lo ha manifestado la doctrina al señalar que “[...] de acuerdo con la jurisprudencia administrativa recaída sobre esta norma, el mencionado artículo 10 [de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado] contiene sólo un mínimo de garantía, debiendo preferirse aquellos recursos administrativos especiales, los que desplazarán a los del artículo 10. En consecuencia, procederá alguno de los recursos administrativos del citado artículo siempre que no exista una disposición que cree especialmente un recurso administrativo contra el acto que se intenta impugnar” (Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Legal Publishing, Santiago, Chile, 2010, p. 133). Por su parte, es reconocido que el recurso de reclamación del artículo 20 en comento, no se limita a la revisión de la legalidad del acto administrativo

impugnado, sino que alcanza también a las cuestiones de mérito, oportunidad y conveniencia.

b) Alcance de la revisión del Comité de Ministros en sede recursiva

Trigésimo cuarto. Que, atendida la naturaleza del recurso de reclamación, cabe definir, para resolver el caso de autos, qué puede hacer el Comité de Ministros en sede recursiva, y cuál es el límite de la facultad o competencia que ejerce; es decir, definir el alcance de la revisión que lleva a cabo.

Trigésimo quinto. Que, a juicio del Tribunal, el alcance de la revisión es amplio, lo que se desprende de las disposiciones de la Ley N° 19.300, de la doctrina especializada y de la jurisprudencia pertinente, aunque está limitado a los impactos que han sido objeto de evaluación, cuestión relacionada necesariamente con los hechos acreditados dentro del expediente administrativo llamado a conocer y revisar por el órgano respectivo.

Trigésimo sexto. Que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2° letra k), de la Ley N° 19.300, un impacto ambiental consiste en "*[...] la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada*". El literal j) del mismo artículo, define por su parte la Evaluación de Impacto Ambiental como "*[...] el procedimiento, a cargo del Servicio de Evaluación Ambiental, que, en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes*". Teniendo en cuenta las definiciones transcritas, es claro que el Comité de Ministros no debe extender su revisión a los impactos que no han sido objeto de evaluación porque ello implicaría, de una u otra forma, la evaluación de los mismos, cuestión que el arreglo institucional vigente entrega a las comisiones de evaluación o al Director Ejecutivo del SEA - en el caso de las declaraciones interregionales-, no al órgano revisor. En consecuencia, la

reclamación administrativa ante el Comité de Ministros no puede transformarse en otro proceso evaluativo.

Trigésimo séptimo. Que, sobre la materia el Tribunal se ha pronunciado previamente, señalando que "[...] la imposibilidad de la autoridad ambiental -Comité de Ministros o Director Ejecutivo del SEA- de incorporar, en vía recursiva, impactos no evaluados, se justifica por la necesidad de mantener la coherencia del sistema de evaluación de impacto ambiental, el que -como se señaló- tiene como uno de sus objetivos la evaluación de los impactos que un proyecto o actividad pueda generar" (Sentencia Rol R N° 24-2014, considerando vigésimo primero).

Trigésimo octavo. Que, por su parte, la participación ciudadana permite también afirmar que el alcance de la revisión que lleva adelante el Comité de Ministros debe limitarse a los impactos que fueron objeto de evaluación, pues respecto de ellos los observantes PAC tuvieron la oportunidad de participar, y los organismos sectoriales pudieron, por lo tanto, nutrirse de la misma para una evaluación integral, que es la finalidad del SEIA.

Trigésimo noveno. Que, ahora, dentro de los límites de la revisión, el Comité de Ministros puede, en síntesis, revocar o confirmar la decisión de las comisiones de evaluación o del Director Ejecutivo del SEA. Si el proyecto o actividad es finalmente aprobado -revocando la decisión original de rechazarlo-, o confirmado -cuando originalmente había sido aprobado-, el órgano revisor podrá modificar las medidas o condiciones establecidas, por ejemplo, graduando, recalificando o eliminando éstas. Podrá, también, si resulta pertinente, retrotraer el proceso a una etapa determinada. Por su parte, si el proyecto o actividad es finalmente rechazado -revocando la decisión original de aprobarlo-, este rechazo podrá justificarse a) cuando no haya información relevante o esencial respecto de determinados impactos o medidas; b) porque se advierte un vicio esencial del procedimiento de calificación

ambiental; y c) también, si se acredita la exclusión de una norma sustantiva que debía aplicarse para la evaluación de un determinado impacto, como al efecto se refirió el Tribunal en su sentencia de 4 de octubre de 2013, Rol R N° 2-2013. Por último, si el Comité de Ministros identifica un nuevo impacto significativo -que no fue objeto de evaluación-, no podrá establecer por sí mismo una nueva medida o condición asociada a aquel, sino que deberá devolver el expediente al órgano respectivo para que adopte las medidas pertinentes. Todo lo anterior exige necesariamente la debida motivación.

c) Criterios para determinar cuándo un impacto ambiental ha sido objeto de evaluación

Cuadragésimo. Que, determinado el alcance de la revisión que lleva adelante el Comité de Ministros cuando conoce un recurso de reclamación, debe determinarse cuándo se entiende que un impacto ha sido -o no- objeto de evaluación durante el procedimiento de evaluación ambiental. A continuación se desarrollan criterios orientadores en este sentido.

Cuadragésimo primero. Que, entre otros, se pueden considerar como criterios a estos efectos uno o más de los siguientes: i) la identificación expresa de un impacto durante el procedimiento de evaluación; ii) el diálogo sostenido entre los servicios u órganos sectoriales y el titular del proyecto en relación a un determinado impacto; iii) la presencia de compromisos voluntarios, planes de alerta temprana, monitoreos, o de seguimiento, etc.; iv) la información contenida en el expediente administrativo de evaluación ambiental; v) los pronunciamientos de los organismos sectoriales respecto del informe consolidado de evaluación; vi) los contenidos de las observaciones ciudadanas. En definitiva, lo relevante será que el efecto ambiental en cuestión haya sido abordado de forma directa y se hayan delimitado sus características durante la evaluación ambiental del proyecto.

d) De la actuación del Comité de Ministros en el caso de autos

Cuadragésimo segundo. Que, a juicio de la reclamante, el Comité de Ministros actuó, "fuera de sus competencias" al evaluar un impacto ambiental que no formó parte del procedimiento de evaluación que culminó con la RCA N° 4/2013. Ese nuevo impacto se habría fundado en la consideración que tuvo el Comité en relación a la disponibilidad del recurso hídrico del acuífero Piedra Pómez, en circunstancias que lo evaluado ambientalmente no habría sido aquello sino "[...] los potenciales efectos ligados al ascenso y descenso de niveles sobre vegas y/o humedales, debido a las actividades de extracción de agua en los sectores de Piedra Pómez y La Gallina [...]". Sin embargo, "[...] el Comité de Ministros procede a recalificar el impacto asociado al "Descenso de niveles de agua subterránea en la zona limítrofe de las cuencas hidrográficas de Piedra Pómez y río Lamas" como un impacto ambiental significativo, "[...] fundado en los servicios ecosistémicos que proporciona el río Lamas a las zonas de valor ambiental presentes en el sector y cuyo caudal descendería en 14 l/s, y que el impacto identificado se evaluó sin considerar la condición más desfavorable del acuífero (3.840 Mm³)". En resumidas cuentas, señala la reclamante, "El Comité de Ministros intentó abordar el impacto sobre la disponibilidad hídrica del acuífero de Piedra Pómez, cuestión que no procede en sede de reclamación, puesto que se trataría de un impacto nuevo del proyecto [...]".

Cuadragésimo tercero. Que, por su parte, la reclamada afirma que actuó dentro de sus facultades y que la competencia para resolver los recursos de reclamación, interpuestos en virtud del artículo 29 de la Ley N° 19.300, es amplia, pudiendo revisar no solo el apego a la legalidad de la RCA sino que también el mérito de ella. Al efecto, cita la sentencia de la Corte Suprema, Rol de ingreso N° 6563-2013, en donde se consigna que la revisión que realiza el Comité puede ser calificada como un "acto de tutela", emanado de un vínculo distinto del

jerárquico. Es decir, la facultad que se le reconocería al Comité de Ministros no solo es amplia (legalidad y mérito) sino también de "tutela", esto es, de control.

Cuadragésimo cuarto. Que, en concreto, la reclamada niega que haya reconocido un nuevo impacto. Según su informe, lo que el Comité de Ministros realizó -en virtud del principio de realidad- fue recalificar el impacto sobre el recurso hídrico como significativo, y la barrera hidráulica como una medida de mitigación. El error de la reclamante, en su concepto, se habría producido en la ingeniería conceptual del proyecto al momento de su diseño, apreciando erradamente el impacto en cuestión.

Cuadragésimo quinto. Que, cabe tener presente que el considerando 17.3.2.2. de la resolución impugnada se refiere a los impactos y medidas del proyecto en relación con las alegaciones ciudadanas, modificando lo contemplado en la respectiva RCA. En dicho considerando se señala que el Comité de Ministros *"[...] centró su análisis en el impacto hidrogeológico al acuífero Piedra Pómez y su recuperación, la que se lograría en un horizonte de tiempo estimado en 100 años"*, solicitando al efecto a su Secretaría Técnica que estudiase la factibilidad de reducir el tiempo de recuperación del acuífero, quien, a su turno, estimó que lo anterior era posible bajo los siguientes supuestos: i) reconocer la significancia del efecto o impacto asociado al *"Descenso de niveles de agua subterránea en la zona limítrofe de las cuencas hidrográficas de Piedra Pómez y río Lamas"*, fundado en los servicios ecosistémicos que proporciona el río Lamas a las zonas de valor ambiental presentes en el sector y cuyo caudal descendería en 14 l/s; y ii) establecer como medida de mitigación, la reducción del volumen máximo de explotación del acuífero de Piedra Pómez, *"[...] bajo el mismo criterio planteado por el titular en el proceso de evaluación referido a explotar menos del 5% del volumen del acuífero, considerando para ello el rango inferior estimado para el almacenamiento del sistema (3.840 Mm³)"*.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Cuadragésimo sexto. Que, en atención a la información contemplada en el EIA (capítulo 6) así como en la evaluación ambiental del proyecto, el Comité de Ministros afirma que la cuenca hidrogeológica de Piedra Pómez corresponde a un sistema acuífero que se emplaza en un ambiente geológico complejo, donde se reconoce un sector sensible consistente en la cabecera del río Lamas, que cuenta con un ecosistema conformado por vegas y humedales, inserto dentro del área protegida Parque Nacional Nevado Tres Cruces. Es en este contexto que el proponente o titular del proyecto reconoció la generación de un efecto, calificándolo de bajo, por cuanto el proyecto plantea una "Fase 2" consistente en la creación de una barrera hidráulica en dicho sector, por un período de 100 años, contrarrestando por consiguiente el efecto señalado.

Cuadragésimo séptimo. Que, con la información solicitada y disponible en el expediente administrativo, el Comité de Ministros finalmente resolvió acoger parcialmente las reclamaciones PAC, modificando el considerando 15 de la RCA del proyecto en los términos contemplados en el Considerando 17.3.2.2. de la resolución impugnada, es decir, recalificando el impacto, y estableciendo como exigencia que el volumen de explotación del acuífero debería considerar el 5% del mismo en su rango inferior, esto es, 3.840 Mm³. Lo anterior implica que el titular del proyecto, previo al inicio de la etapa de operación, deberá ajustar el Modelo Hidrogeológico y por consiguiente el PAT, la regla de operación, y diversificar su matriz de abastecimiento de agua. Es menester señalar, que la exigencia, consistente en la limitación a la extracción de agua en relación al volumen almacenado en el acuífero, resultaría de la aplicación del artículo 12 letra g) del Reglamento del SEIA vigente a la época, como consta en el considerando 17.3.2.2.(x) de la resolución impugnada.

Cuadragésimo octavo. Que, revisado el expediente administrativo y judicial, es posible advertir que durante el procedimiento de evaluación ambiental del proyecto hubo un intenso debate en relación al componente hídrico entre CMC y

los diversos órganos sectoriales que participaron de la evaluación, en particular, la DGA, el Servicio Nacional de Geología y Minería (en adelante, "SERNAGEOMIN"), la Corporación Nacional Forestal, Región Atacama (en adelante, "CONAF") y la Secretaría Regional Ministerial de Medio Ambiente de Atacama (en adelante, Seremi de Medio Ambiente). El impacto del proyecto en el caudal del río Lamas, debido a la extracción de agua desde el acuífero Piedra Pómez, fue considerado por la empresa como no significativo, cuestión que en un principio fue cuestionada por los servicios antes mencionados, como al efecto dan cuenta diversos oficios. Asimismo, respecto de la propuesta de la empresa de la denominada barrera hidráulica, que comenzaría a funcionar al finalizar la etapa de operación, también hubo discusión acerca de si se trataba o no de una medida de mitigación, según se desprende de la opinión vertida por los servicios públicos pertinentes.

Cuadragésimo noveno. Que, otro aspecto que se debe tener en cuenta, es que de las siete reclamaciones PAC admitidas a trámite, seis de ellas solicitaron "*[...] dejar sin efecto la RCA o en su defecto reformarla en el sentido de condicionar a que la ejecución del proyecto se realice en todas sus etapas con recursos hídricos de origen marino, [...]*". Y es precisamente en atención a que 5 de esas reclamaciones fueron acogidas parcialmente y modificadas las exigencias relativas al recurso hidrogeológico, que la empresa concurrió ante el Tribunal.

Quincuagésimo. Que, a juicio del Tribunal, el impacto en comento fue en efecto objeto de evaluación durante el procedimiento administrativo respectivo, por cuanto i) fue identificado durante en el EIA; ii) respecto del mismo hubo un intenso debate entre los servicios sectoriales y CMC durante la evaluación ambiental; iii) la reclamante incluyó como parte del diseño del proyecto una barrera hidráulica que recuperaría el caudal del río Lamas en un horizonte de tiempo determinado y que parte significativa de la evaluación se centró en el PAT; y iv) las reclamaciones PAC se dirigieron expresamente al

elemento hidrogeológico del proyecto y sus efectos en la cuenca del río Copiapó.

Quincuagésimo primero. Que, de conformidad con lo señalado, a juicio del Tribunal, el Comité de Ministros, conociendo de reclamaciones PAC cuyas observaciones se dirigieron al componente hidrogeológico, ejerció sus facultades sin vulnerar la legalidad, por cuanto se refirió a un impacto ambiental que evidentemente había sido evaluado durante el procedimiento de evaluación.

Quincuagésimo segundo. Que, en consecuencia, dado que la recalificación del impacto ambiental es una facultad del Comité de Ministros y que a este respecto en concreto no es posible afirmar que se trate de la evaluación de un nuevo impacto, lo resuelto se enmarcó dentro del alcance de la revisión administrativa, por lo que la pretensión de la reclamante a este respecto será desestimada.

2. Sobre la alteración de las etapas del procedimiento reglado del recurso de reclamación

Quincuagésimo tercero. Que, la reclamante afirma que el Comité de Ministros alteró el procedimiento de reclamación al ordenar un informe a la Secretaría Técnica del Comité para que analizara la factibilidad de reducción del horizonte de tiempo para la recuperación del acuífero de Piedra Pómez, una vez terminada la etapa de instrucción, en lugar de concluir el procedimiento administrativo. Lo anterior, para la reclamante implicó la adopción de una decisión "parcial, arbitraria e intermedia" y, en definitiva, una ilegalidad.

Quincuagésimo cuarto. Que, para resolver esta alegación, resulta necesario tener presente que el artículo 20 de la Ley N° 19.300 no regula exhaustivamente la tramitación de la etapa recursiva ante el Comité de Ministros. Asimismo, cabe señalar que la Ley N° 19.880 es de aplicación supletoria en todo aquello que no se encuentre expresamente regulado y sea conciliable

con el procedimiento especial. En este contexto, revisada la Ley N° 19.880, se constata que la conclusión de la etapa de instrucción y posterior dictación de la resolución de término no tiene una oportunidad predeterminada conforme a la regulación del procedimiento administrativo, sin perjuicio de los plazos máximos que tiene la Administración para resolver el respectivo procedimiento administrativo. Por lo tanto, los acuerdos adoptados por el Comité en las sesiones respectivas, no importaron una ilegalidad, ni la solicitud de informe a la Secretaría Técnica implicó la adopción de una decisión "parcial, arbitraria e intermedia".

Quincuagésimo quinto. Que, la reclamante argumenta adicionalmente que el Comité habría resuelto los recursos en forma fraccionada, vulnerándose con ello los principios de celeridad, economía procesal y conclusivo de la Ley N° 19.880, dejando condicionada la decisión final a la visación, por parte de la DGA, de la propuesta planteada por la Secretaría Técnica. En su concepto, el actuar del Comité de Ministros, habría implicado una decisión anticipada -como daría cuenta el Oficio N° 142061- y el fraccionamiento de la etapa recursiva, al haber adoptado una decisión respecto de los recursos hídricos en la sesión ordinaria de 17 de noviembre de 2014, y otra decisión sobre las demás materias relacionadas, en la sesión de 19 de enero de 2015.

Quincuagésimo sexto. Que, a este respecto basta revisar el acta respectiva para advertir que lo acordado en esa ocasión, fue "[...] solicitar la visación de esta propuesta a la Dirección General de Aguas (DGA)", por ello, lo anterior no puede interpretarse como el acogimiento parcial de los recursos de reclamación. Si bien el Ordinario citado por la actora, N° 142061, de 27 de noviembre de 2014, del Director Ejecutivo del SEA, que oficia a la DGA para la visación de las conclusiones de la Secretaría Técnica, menciona, en el párrafo dos, que el "[...] Comité de Ministros acordó aprobar la propuesta referida a ACOGER PARCIALMENTE los recursos de reclamación presentados [...]", resulta evidente que la decisión se encuentra en el acto

terminal que se formaliza, en este caso el Acuerdo N° 1/2015, que se llevó a efecto mediante la resolución reclamada en autos, y que se notifica por las vías correspondientes a los destinatarios. En este contexto, las comunicaciones entre los órganos de la Administración, no constituyen más que parte del proceso deliberativo necesario para formar la voluntad final del órgano decisorio.

Quincuagésimo séptimo. Que, por las consideraciones antes señaladas la pretensión de la reclamante a este respecto, es decir, la ilegalidad de la resolución impugnada en atención a la alteración del procedimiento de reclamación y a la resolución de los recursos en forma fraccionada, será desestimada.

3. Sobre la falta de visación de la Dirección General de Aguas

Quincuagésimo octavo. Que, la reclamante afirma que la falta de visación de la DGA acarrearía la ilegalidad de la resolución reclamada, por cuanto no visó en rigor las conclusiones de la Secretaría Técnica sobre la factibilidad de la reducción de tiempo de la recuperación del volumen del acuífero Piedra Pómez, ordenada por el Comité de Ministros en sesión ordinaria N° 6, "*[...] sino lo que "visa" es simplemente un concepto hídrico incuestionable "a menor extracción, mayor velocidad de recuperación"*".

Quincuagésimo noveno. Que, para resolver esta controversia es necesario contrastar el acta de la sesión ordinaria N° 6 antes citada, en donde el Comité de Ministros acordó "*[...] solicitar la visación de esta propuesta [de la Secretaría Técnica] a la Dirección General de Aguas (DGA)*", con el Oficio N° 142061 del Director Ejecutivo del SEA, requiriéndole para que en un plazo de 5 días hábiles se pronunciara "*[...] con el objeto de validar la imposición de dicha medida al proyecto [...]*". Resulta claro que el objetivo de la solicitud fue contar con el respaldo técnico de la DGA para de ese modo fortalecer

la decisión que finalmente se adoptó en la sesión ordinaria N° 1, de 19 de enero de 2015.

Sexagésimo. Que, a juicio del Tribunal no se aprecia el vicio invocado por la reclamante, toda vez que, de conformidad con el artículo 38 de la Ley N° 19.880, *"Salvo disposición en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes"*. A mayor abundamiento, la misma norma dispone que si el informe debiera ser emitido por un órgano distinto del que tramita el procedimiento, y transcurre el plazo sin que aquel se hubiera evacuado, se podrán proseguir las actuaciones, lo que da cuenta que, aún la falta de la respuesta de la DGA no habría sido óbice para el pronunciamiento definitivo del Comité de Ministros, lo que en caso alguno constituiría una ilegalidad. Así se ha pronunciado el Tribunal en sentencia Rol R N° 88-2015. En razón de todo lo anterior, la pretensión a este respecto, será desestimada.

4. Sobre el incumplimiento del plazo fatal para resolver el recurso de reclamación

Sexagésimo primero. Que, finalmente, CMC afirma que la resolución reclamada fue dictada fuera del plazo fatal establecido en forma expresa en el artículo 20 de la Ley N° 19.300, que da un término al Comité de Ministros de 60 días contados desde la interposición del recurso para resolverlo, y que en el caso de autos trascurrieron más de dos años desde la interposición hasta la resolución de las reclamaciones PAC, estando dicho plazo fatal vencido. Por lo anterior, lo que correspondería es declarar *"[...] la caducidad o extinción de la acción, derecho o facultad que se detentaba, por el solo ministerio de la ley [...]"*. A mayor abundamiento, afirma la reclamante que en este caso se configuró un decaimiento del procedimiento administrativo, el que habría privado a dicho órgano ejercer su potestad administrativa, especialmente cuando el resultado consistía en un gravamen para el titular del proyecto.

Sexagésimo segundo. Que, al respecto, la reclamada niega la configuración del decaimiento asegurando que ello es jurídicamente imposible, y afirma que en todo caso la reclamante siempre pudo pedir que se resuelva derechamente o bien pedir el silencio administrativo, u concurrir ante la Contraloría General de la República y solicitar a la Autoridad administrativa las responsabilidades funcionarias por la dilación en la resolución del asunto. Apunta además, a que la resolución de los recursos de reclamación administrativos no constituye ejercicio de una potestad sancionadora, y que el Comité de Ministros -en todo caso-, al resolver los recursos administrativos, puede revocar una RCA, fundamentalmente por la remisión amplia que hace el artículo 29 de la Ley N° 19.300 al artículo 20 de la misma ley, en particular, al inciso final de este último.

Sexagésimo tercero. Que, en relación a la caducidad por incumplimiento del plazo fatal dispuesto en el artículo 20 de la Ley N° 19.300, debe tenerse presente lo señalado por la doctrina nacional, cuando al respecto informa que "[...] la regla general es que la Administración no está sujeta a plazos para cumplir sus obligaciones, aun cuando la ley los fije determinadamente [...]", y que "[...] los actos de ejecución extemporánea de dichas obligaciones son válidos [...]" (CORDERO VEGA, Luis, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2ª Edición, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2015, pp. 391-392).

Sexagésimo cuarto. Que, por su parte, de conformidad con el principio de conservación, los vicios e ilegalidades de un acto administrativo no generan su nulidad en tanto no sean trascendentes, graves y esenciales. Al respecto se ha señalado que "La LBPA contiene un principio, no expresado, de permanencia o conservación de los actos jurídicos administrativos. Es decir, si bien para la ley no resulta indiferente la ilegalidad del acto administrativo, no permitirá la extinción del mismo por cualquier vicio, sino que es exigible la concurrencia de ciertos requisitos de gravedad o trascendencia para afectar la validez del acto" (BERMÚDEZ SOTO,

Jorge, *Derecho Administrativo General*, Thomson Reuters, 3° Edición, 2014, Chile, p. 166).

Sexagésimo quinto. Que, por su parte, la doctrina española ha destacado en relación al principio de conservación, que este "[...] expresa la existencia de un valor jurídico de conservar todo acto capaz de cumplir válidamente los fines que tiene encomendados, para garantizar así la satisfacción de los intereses de los sujetos jurídicos, lo que en última instancia supone garantizar la propia vigencia del Derecho, pues garantizando la conservación de aquellos actos que se consideren legítimos, se demuestra su existencia real" (BELADIEZ ROJO, Margarita, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994, con "Estudio Preliminar" de A. Nieto, p. 46). Dicho principio se encuentra estrechamente relacionado con el de trascendencia, el de eficacia, economía procesal e incluso el de buena fe, todos los cuales apuntan a la improcedencia de declarar la nulidad cuando el nuevo acto que se dicte, una vez subsanado el defecto, pueda ser materialmente igual al anterior. Asimismo, se relaciona con otras instituciones del derecho administrativo, como la presunción de validez de los actos, la convalidación, la invalidación y la nulidad parcial, entre otros.

Sexagésimo sexto. Que, a este respecto, la Corte Suprema ha determinado "Que a propósito del principio de conservación del acto administrativo que refleja la disposición legal precedentemente citada, la jurisprudencia de esta Corte ha sostenido en forma reiterada que revistiendo la nulidad el carácter de remedio excepcional frente a la ilegalidad de un acto administrativo, ella sólo será procedente si el vicio es grave y esencial [...]. Efectivamente, no cualquier irregularidad o defecto justifica la declaración de nulidad sino cuando dicha anomalía conculque las garantías de los administrados" (Sentencia 10 de diciembre de 2014, Rol de ingreso N° 16.706-2014, considerando décimo sexto).

Sexagésimo séptimo. Que, a juicio del Tribunal, las razones señaladas precedentes permiten concluir que el incumplimiento

de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley N° 19.300 no genera como efecto la caducidad, extinción o nulidad del acto, sin perjuicio de una eventual responsabilidad funcionaria, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 10 de la Ley N° 19.880.

Sexagésimo octavo. Que, en relación al decaimiento alegado por la reclamante, es necesario señalar que dicha institución tiene aplicación en el contexto del procedimiento administrativo sancionador, no así respecto de la etapa recursiva. Al efecto, la Corte Suprema ha señalado, en relación a los límites de la aplicación de la doctrina del decaimiento del procedimiento administrativo, que debe tratarse de demoras excesivas e injustificadas (SCS, Rol N° 7511-2015, considerando primero), y que no es aplicable cuando la tardanza se produce dentro de un procedimiento recursivo, dado que existen otros medios disponibles para ponerle término, como el silencio administrativo.

Sexagésimo noveno. Que, de acuerdo con los antecedentes analizados y lo razonado precedentemente, a juicio del Tribunal el vicio de procedimiento antes señalado no reúne la entidad suficiente para anular la resolución reclamada, sin que se vislumbre, además, un perjuicio concreto al interés jurídico de la reclamante de autos, razón por la cual la pretensión a este respecto será desestimada.

IV. SOBRE LAS EVENTUALES ILEGALIDADES DE LA RESOLUCIÓN EXENTA N° 532/2015

1. Sobre la debida consideración de las observaciones ciudadanas

Septuagésimo. Que, la reclamante afirma que todos los impactos ambientales asociados a la extracción de agua desde el acuífero Piedra Pómez fueron extensamente evaluados, discutidos y zanjados durante el procedimiento de evaluación ambiental del proyecto, existiendo un indudable y reconocido cumplimiento

del estándar establecido en nuestro ordenamiento jurídico en relación a la debida consideración de las observaciones ciudadanas, y que la "reponderación" de las observaciones 9, 39 y 63 de la RCA N° 4 de 2013, implicó que el Comité de Ministros infringiera los artículos 29 de la Ley N° 19.300, y 44 y 46 del Reglamento del SEIA vigente a la época, lo que habría importado la ilegalidad de la resolución reclamada.

Septuagésimo primero. Que, junto a lo anterior, la reclamante hace presente el contenido del Oficio Ordinario N° 130528 del SEA, sobre la "Consideración de las Observaciones Ciudadanas en el Marco de Evaluación de Impacto Ambiental", en cuanto a qué debe entenderse por "observación ciudadana" y "considerar"; cuándo una observación es o no pertinente; la forma en que se debe considerar una observación; dónde deben ser consideradas las mismas; y, por último, quién debe considerarlas, para concluir que del análisis de los distintos requerimientos del Oficio en relación con el procedimiento de evaluación del proyecto, las respuestas realizadas en ese contexto cumplieron cabalmente con todos los requisitos antes mencionados. Por su parte, afirma que la jurisprudencia del Comité de Ministros permite establecer que "[...] el estándar de la debida consideración de observaciones consiste en que dichas materias y/o preocupaciones observadas, hayan sido abordadas adecuadamente" (destacado en original), dando ejemplos al respecto que confirmarían aquello. Finalmente, la reclamante destina un apartado con el objeto de demostrar que en la RCA N° 4/2013 se cumplió, en forma íntegra, la obligación de considerar debidamente las observaciones ciudadanas N° 9, 39 y 63, que hacen referencia a aspectos técnicos hidrogeológicos específicos, relacionados con el denominado flujo regional difuso.

Septuagésimo segundo. Que, por todo lo anterior, la reclamante sostiene que "[...] no procede que el Comité de Ministros intente motivar o justificar su decisión en el hecho que las inquietudes ambientales presentes en las distintas observaciones no fueron incorporadas o abordadas en la

evaluación del Proyecto, ya que ello no es efectivo [...]” (destacado en original). Para fundamentar lo anterior, describe detalladamente el procedimiento de evaluación ambiental del proyecto, revisando los 4 ICSARA de que fue objeto el mismo, el ICE y la RCA N° 4/2013, prestando especial atención a la actuación de la DGA durante todo el procedimiento, servicio que termina finalmente aceptando, como consigna expresamente el Ordinario N° 771, la explicación entregada por el titular del proyecto, no formulando nuevas observaciones. Concluye la reclamante, que la resolución impugnada por este motivo debe ser dejada sin efecto, “[...] toda vez que resulta evidente y claro que los impactos asociados a la extracción desde el Acuífero Piedra Pómez fueron debidamente considerados, no concurriendo por tanto, el requisito base para la procedencia de esta clase de recurso de reclamación [...]”.

Septuagésimo tercero. Que, por su parte, la reclamada se refiere de manera indirecta a los argumentos de CMC, en sus alegaciones relativas a la competencia del Comité de Ministros y la congruencia y motivación del acto impugnado en autos, contradiciendo, en términos generales, lo afirmado por la reclamante.

Septuagésimo cuarto. Que, para resolver la controversia a este respecto, es preciso en primer término recordar que, en el contexto del SEIA, el legislador ideó un régimen recursivo especial según el cual los titulares de proyectos pueden reclamar administrativa y judicialmente por razones distintas de aquellas personas, naturales o jurídicas, que realizaron observaciones durante la evaluación del proyecto, como ya señaló previamente el Tribunal.

Septuagésimo quinto. Que, en segundo término, el Tribunal ya expuso su juicio en relación a las facultades del Comité de Ministros y al alcance de la revisión que lleva a cabo cuando conoce una reclamación. En este sentido, la reconsideración de las observaciones ciudadanas, en cuanto tal, no puede ser controvertida, porque el artículo 29 de la Ley N° 19.300

contempla precisamente el recurso a ese respecto y, por lo tanto, la recalificación es uno de los posibles resultados a que puede conducir la reclamación administrativa.

Septuagésimo sexto. Que, teniendo en cuenta lo anterior, a juicio del Tribunal, cuando la reclamante en autos concluye que "[...] los impactos asociados a la extracción desde el Acuífero Piedra Pómez fueron debidamente considerados, no concurriendo por tanto, el requisito base para la procedencia de esta clase de recurso de reclamación [...]" (destacado del Tribunal), desconoce el alcance del sistema recursivo especial de la Ley N° 19.300, cuestionando, en el fondo, la facultad del Comité de Ministros para volver sobre la debida consideración de las observaciones ciudadanas. El problema de enfoque en el que incurre la reclamante, inevitablemente conlleva a desestimar a este respecto la pretensión, puesto que, lo reclamado, en este apartado del libelo, no es la motivación de la resolución impugnada, cuestión que se reclama más adelante y en términos generales, sino que las facultades de revisión del Comité.

2. Sobre la limitación a una autorización y volumen de extracción de agua que proviene de un acto administrativo distinto del reclamado

Septuagésimo séptimo. Que, la reclamante afirma que durante la evaluación del proyecto Casale se "[...] indicó que el volumen de extracción constituye un activo ambiental bajo el alero de la RCA 14/2002, que calificó favorablemente el Proyecto Minero "Aldebarán"", y cita al efecto lo dispuesto en el punto 2.1. de la respectiva RCA, que señala: "[...] Se estima una extracción de agua hasta 900 l/s, desde la cuenca de Piedra Pómez, en la que CMC tiene derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos y permanentes por 1.200 l/s", todo lo cual estaría además reconocido por el mismo Comité de Ministros cuando en el considerando 17.3.1.ii. de la resolución reclamada en autos, expresa que "[...] se verificó que el campo de pozos de Piedra Pómez no modifica su localización ni el caudal a extraer

(máximo de 900 l/s), respecto de lo aprobado en Aldebarán". Por lo anterior, la empresa afirma que "Resulta indiscutible que el Comité de Ministros no está habilitado, no tiene atribuciones, ni competencia para establecer una limitación a un permiso y volumen de extracción obtenido mediante otra RCA, que no es ni podrá ser objeto del recurso sometido a su conocimiento", y que "[...] malamente el Comité de Ministros se encontraría facultado para afectar los aspectos ambientales que no forman parte de las materias sometidas a su conocimiento, por lo que la determinación [...] importa una ilegalidad y una decisión arbitraria, pues trasgredió la naturaleza de la vía recursiva que fue sometida a su conocimiento, lo que acarrea su anulación".

Septuagésimo octavo. Que, de acuerdo a lo expresado por la reclamante, es posible advertir que su pretensión a este respecto está referida a las facultades del Comité de Ministros en sede de reclamación, por cuanto en su concepto éste "[...] no está habilitado, no tiene atribuciones, ni competencia para establecer una limitación a un permiso y volumen de extracción obtenido mediante otra RCA [...]". A juicio del Tribunal, como se ha dicho anteriormente en esta sentencia, las facultades del Comité de Ministros y el alcance de la revisión que lleva a efecto, son amplias, y las limitaciones a un determinado permiso, volumen, etc., deben considerarse dentro del alcance de la revisión que realiza el Comité cuando conoce de una reclamación PAC, siempre y cuando se trate de un impacto que ha sido objeto de evaluación, como ocurre en el caso de autos, por cuanto el componente hidrogeológico fue en efecto extensamente evaluado dentro del proceso de evaluación que culminó con la dictación de la RCA N°4/2013, razón por la cual su pretensión a este respecto será desestimada.

3. Sobre la falta de congruencia de la Resolución Exenta N° 532/2015 con el expediente de evaluación y de reclamación y la falta de ajuste de la misma a las materias reclamadas, a las peticiones y al objeto de los recursos

Septuagésimo noveno. Que, la reclamante afirma que el Comité de Ministros habría, por un lado, incurrido en falta de congruencia y, por otro, su decisión no se habría ajustado a las materias reclamadas, a las peticiones y al objeto del recurso de reclamación PAC.

Octogésimo. Que, en cuanto a lo primero, la reclamante señala que se infringió lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 46 del Reglamento del SEIA vigente a la época, según el cual *"La resolución que falle el recurso se fundará en el mérito de los antecedentes que consten en el expediente del EIA y del proceso de reclamación, los antecedentes presentados por el o los reclamantes y, si correspondiere, los informes evacuados por los órganos a que se refiere el inciso segundo de este artículo"*. Contraviniendo la norma, el Comité habría intentado establecer *"[...] vinculaciones específicas con algunos documentos aislados, descontextualizados y extraídos de etapas iniciales o intermedias de la evaluación, pero que no consideran su mérito íntegro ni su interpretación completa dentro del proceso de evaluación considerado en su integridad, lo que hace adolecer de ilegalidad por manifiesta arbitrariedad y falta de congruencia con el expediente"*. Una expresión de esa falta de congruencia sería la solicitud que hizo el Comité de Ministros a la Secretaría Técnica sobre la factibilidad de reducción del horizonte de tiempo para la recuperación del acuífero de Piedra Pómez, por cuanto no existía en sus manos ningún antecedente, tanto en el expediente de evaluación como en el de reclamación, que le permitiera solicitar dicha información.

Octogésimo primero. Que, en cuanto a lo segundo, según la reclamante, la Resolución Exenta N° 532/2015 no se ajustó a las materias reclamadas, a las peticiones de los observantes PAC, ni al objeto del recurso de reclamación, por cuanto la reponderación de las observaciones ciudadanas no pudo concluir con la medida impuesta finalmente; porque el Comité no *"[...] señala o indica qué reclamante y en qué pasaje de su reclamación, solicitó la determinación adoptada por éste"*, y

porque decidió afectar el activo ambiental de la empresa, a saber, sus derechos de aguas y la autorización de extracción contenida en la RCA que aprobó el proyecto "Aldebarán".

Octogésimo segundo. Que, la reclamada, a este respecto se limitó a informar que cumplió "[...] *la pretendida congruencia a tal extremo, que [...] el Comité de Ministros plasmó en el acto administrativo respectivo elementos que permiten dilucidar de manera fácil que los hechos considerados para llegar a la resolución respectiva, fueron todos aquellos contenidos en la evaluación ambiental del proyecto, sea por OAECA o por el proponente*". Según la reclamada, "[...] *las materias por las cuales se acogieron los recursos PAC son aquellas referidas a las materias hídricas de Piedra Pómez, medidas e impactos y el Comité de Ministros, resolvió en base a ello, imponiendo una condición (no una medida) al titular para llevar adelante el proyecto, utilizando los antecedentes de la evaluación ambiental del proyecto*".

Octogésimo tercero. Que, para el Tribunal, los argumentos esgrimidos por la reclamante se encuentran relacionados y responden esencialmente a la eventual infracción al artículo 46 del Reglamento del SEIA aplicable, razón por la cual serán resueltas conjuntamente.

Octogésimo cuarto. Que, por una parte, la reclamante se limita a realizar una afirmación sin entregar argumentos que permitan al Tribunal entender en qué consistiría la pretendida falta de congruencia que se le imputa al Comité de Ministros ni como ésta le afectaría para poder establecer la ilegalidad del acto. En este contexto, analizados el expediente administrativo a la luz de lo dispuesto en el artículo 46 del Reglamento del SEIA vigente a la época, a juicio del Tribunal no se advierte infracción a la norma, por cuanto la decisión del Comité de Ministros está basada en los antecedentes que obran en el proceso, razón por la cual la pretensión a este respecto será rechazada.

4. Sobre la discrecionalidad administrativa y el estándar de motivación de la Resolución Exenta N° 532/2015

Octogésimo quinto. Que, en términos más generales, la reclamante alega que el Acuerdo N° 1/2015 del Comité de Ministros habría sido dictado con abuso de la discrecionalidad administrativa y que la resolución impugnada posee una falta de fundamentación general y específica. Con respecto a la primera alegación, afirma que la medida impuesta es desproporcionada dado que el propio Comité habría reconocido la idoneidad de la barrera hidráulica para mitigar el potencial efecto significativo, lo que hacía innecesario restringir la extracción de agua desde el acuífero Piedra Pómez. La desproporción estaría dada por las consecuencias de la medida ordenada, que implica reducir el cálculo del volumen almacenado en la fuente casi tres veces de lo autorizado ambientalmente, teniendo en cuenta el descenso de 14 l/s en el río Lamas.

Octogésimo sexto. Que, asimismo, la reclamante señala que el Comité no analizó otras posibles alternativas a la impuesta, ni habría dado motivos de porqué la medida era la única posible. En la visación solicitada a la DGA, no le habría dado cabida a este Servicio para entregar su opinión sobre otras posibles medidas ni sobre la idoneidad de aquella consultada. Tampoco habría explicado el Comité de Ministros por qué el PAT no era una herramienta idónea para considerar debidamente las observaciones ciudadanas, sobre todo cuando dicho plan tiene por objeto monitorear que la variable ambiental agua se comporte de la forma proyectada según el modelo respectivo, honrando de esa forma el principio preventivo que inspira al SEIA.

Octogésimo séptimo. Que, con respecto a la segunda alegación, CMC afirma que el Comité de Ministros habría incumplido el estándar de debida motivación de los actos administrativos en atención a la falta de fundamentación suficiente para la adopción de la medida, citando al efecto el artículo 11 inciso 2° de la Ley N° 19.880, así como lo dispuesto por este Tribunal

en sentencia de 3 de marzo de 2014, Rol R N° 6-2013. Según la reclamante, el Comité de Ministros no explicó los motivos por los cuales su Acuerdo constituía el más idóneo para la resolución de las reclamaciones sino que simplemente se generó a partir del propósito de reducir el tiempo de recuperación del acuífero, lo que evidenciaría que nunca se analizaron otras alternativas, y por lo tanto "[...] no existen motivos ni fundamentaciones suficientes para dicha determinación", lo que redundaría en una falta de razonabilidad y en la consecuente arbitrariedad de la resolución impugnada.

Octogésimo octavo. Que, conviene abordar conjuntamente las alegaciones de la actora expuestas previamente, porque existe un vínculo lógico entre la revisión del mérito que hizo el Comité de Ministros, y la fundamentación desarrollada en la resolución impugnada. Sobre el control judicial de la discrecionalidad, resulta pertinente tener en cuenta algunas cuestiones a su respecto. El profesor José Luis Cea Egaña, ha señalado que "[...] el control de mérito se relaciona con la discrecionalidad de los actos de los órganos estatales en general y su objetivo es precaver o rectificar la arbitrariedad. Para eso el órgano de control examina no la forma sino el fondo, no la letra pero sí la finalidad del acto o conducta controlada desde el punto de vista de su mérito, interés, utilidad, conveniencia u oportunidad, de su adecuación en cualquiera de esos sentidos a los valores protegidos por el sistema jurídico" (CEA EGAÑA, José Luis, *Teoría del Gobierno, Derecho Chileno y Comparado*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2000, p. 218). Por su parte, la doctrina reconoce como límites de la discrecionalidad, la motivación, la desviación de poder, el control de los hechos y los principios generales del derecho, entre otros (Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas, España, 2002, pp. 465 y siguientes).

Octogésimo noveno. Que, dicho lo anterior, es preciso señalar que el juez no puede "[...] anular un acto por considerarlo

meramente inoportuno o inconveniente: sólo cuando lo estime ilegítimo puede hacerlo" (Cfr. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Parte General, ARA Editores, Lima, 2003, p. X-26), por cuanto la inoportunidad no es un vicio de juridicidad que haga posible su revisión judicial, salvo en casos muy excepcionales de extrema gravedad, en donde se aplicarían las pautas del error manifiesto de apreciación (Crf. SESÍN, Domingo Juan, *Administración Pública. Actividad Reglada, Discrecionalidad y Técnica. Nuevos Mecanismos de Control Judicial*, Editorial LexisNexis-Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 434). En este orden de ideas, que la decisión administrativa vaya dirigida al interés general constituye un problema de legalidad, pero que sea la más adecuada para satisfacerlo es una cuestión de oportunidad. En este contexto, el legítimo margen de libertad que conlleva la discrecionalidad "[...] *permite y obliga a un control de conformidad y tolerancia con el interés general*", que no faculta al juez para que sustituya la decisión administrativa discrecional que resulta tolerable para la noción de interés público (MOZO SEOANE, Antonio, *La Discrecionalidad en la Administración Pública en España, Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983*, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1985, pp. 411-412). En definitiva, el Tribunal deberá determinar si el uso de la discrecionalidad que ha efectuado el Comité de Ministros se ajusta a los límites ya señalados.

Nonagésimo. Que, habida las consideraciones precedentes, y atendidas las demás materias controvertidas, resulta necesario revisar: a) la aplicación del artículo 12 letra g) del Reglamento del SEIA; b) la improcedencia de la aplicación analógica de un supuesto criterio de restricción; y, c) la eventual alteración de la descripción del proyecto, para establecer si en el caso de autos el Comité de Ministros usó sus facultades discrecionales ajustándose a los límites ya señalados, en particular, con la debida fundamentación y motivación del acto impugnado.

a) De la aplicación de la exigencia contemplada en el artículo 12 letra g) del Reglamento del SEIA

Nonagésimo primero. Que, la reclamante afirma que hubo una errónea aplicación del artículo 12 letra g) del Reglamento del SEIA vigente a la época, el cual establece una regla de operación procedimental. Señalan que, para justificar la recalificación del impacto ambiental discutido en autos, el Comité de Ministros se basó en que éste habría sido evaluado sin considerar la "condición más desfavorable" que exige dicha disposición. Para la reclamante esa exigencia es excepcional y debe aplicarse, de acuerdo con el texto de la norma que la contiene, "cuando corresponda", y deberá estar "debidamente fundada", no siendo el caso de autos uno de aquellos en los que debió aplicarse dicha regla. En efecto, en el cuerpo de la reclamación, CMC señala que la regla de operación del artículo 12 antes citado, no se aplica al volumen, sino a la recarga.

Nonagésimo segundo. Que, como argumento subsidiario, la reclamante afirma que de ser aplicable la norma, de todos modos se encuentra cumplida en la forma en que se llevó a cabo la predicción y evaluación de los impactos ambientales, por cuanto se habría adoptado un enfoque conservador en la definición del modelo conceptual utilizado, lo que se relaciona con la adopción de criterios que permitiendo representar al sistema real, lo hagan de una forma tal que la condición de evaluación sea desfavorable. Al efecto, señala que *"La Guía para el Uso de Modelos de Aguas Subterráneas en el SEIA (SEA, 2012) es clara en indicar la importancia del modelo conceptual para definir el marco de evaluación de un proyecto. Es así como la preparación del modelo conceptual del sistema acuífero Piedra Pómez ocupó una gran parte de lo presentado en la Sección 1 del Capítulo 15 del EIA, dando un énfasis especial al tema de la evaluación de la recarga y otros parámetros hidrogeológicos, para llegar a la confección de un modelo hidrogeológico "conservador", o de otra forma, un modelo hidrogeológico que representando el modelo conceptual, sea una "condición más desfavorable".*

Nonagésimo tercero. Que, por su parte, la reclamada alega que consta en la evaluación ambiental del proyecto, en particular en el Capítulo 15 del EIA, que el volumen del acuífero fluctúa entre 3.840 y 10.000 Mm³, y que es el propio titular quien entregó esos valores, diseñando la ingeniería conceptual del proyecto tomando en consideración el valor máximo estimado para el volumen del acuífero, es decir, 10.000 Mm³. Que de esta forma se habría violado lo dispuesto en el artículo 12 letra g) del Reglamento del SEIA aplicable. Bajo la nueva exigencia, señala la reclamada, el titular del proyecto podrá extraer del acuífero Piedra Pómez el 5% del volumen almacenado en su rango inferior, cumpliendo así la regla de evaluación del artículo en comento, "[...] pudiendo extraer lo restante que necesita a través de sus sistema de captación de agua marina aprobada en la misma RCA [...]".

Nonagésimo cuarto. Que, el artículo 12 letra g), inciso 4°, del Reglamento del SEIA vigente a la época dispone: "*Asimismo, cuando corresponda, la predicción y evaluación de los impactos ambientales se efectuará considerando el estado de los elementos del medio ambiente en su condición más desfavorable*". A juicio del Tribunal, estamos en presencia de una regla de operación procedimental del SEIA y no se trata de una regla excepcional. Por consiguiente, la expresión "cuando corresponda" apunta a la formulación propia de las normas jurídicas administrativas, que establece en sí misma la posibilidad de exceptuar, en un caso concreto y debidamente fundamentado, la aplicación general de la regla de operación. En este caso, la excepción sólo podría provenir si respecto de un impacto no es posible considerar la "condición más desfavorable" del elemento del medio ambiente de que se trate, como cuando nos enfrentamos, por ejemplo, a escenarios de reasentamiento.

Nonagésimo quinto. Que, es posible advertir de la resolución impugnada, que el Comité de Ministros constató que la regla de operación del artículo 12 letra g) del Reglamento del SEIA vigente a la época, no había sido aplicada durante el proceso

de evaluación ambiental del proyecto, debiendo haberlo sido. Constatado lo anterior, y en uso de sus facultades, procedió a aplicarla al volumen del acuífero Piedra Pómez.

Nonagésimo sexto. Que, a juicio del Tribunal, si bien efectivamente correspondía la aplicación de la regla en comento, la forma en la cual está operación se realizó por parte del Comité de Ministros no ha sido debidamente justificada. En efecto, al aplicar la regla al volumen del acuífero, aquel desconoció que la condición más desfavorable está dada por un conjunto de elementos, determinado a su vez por la relación entre la recarga, la extracción y el volumen, esto es, el denominado "balance hídrico". Por su parte, a luz de los antecedentes obrados en autos, se constata que el procedimiento de evaluación ambiental del proyecto no identificó impactos que afecten al volumen, ni como éste podría influir sobre los impactos reconocidos en la cabecera del río Lamas. Por último, cabe señalar que el total de agua almacenada en el acuífero, no se encuentra en un "estado" respecto del cual se pueda afirmar, para el caso de autos, que exista un escenario más desfavorable en relación a los impactos.

Nonagésimo séptimo. Que, dado que el agua que solicita utilizar el titular para la explotación de mineral, es a costa de la recarga, pero que en términos concretos se extrae del volumen del acuífero, lo que se produce en el entorno de cada uno de los pozos de extracción es el denominado "cono de depresión", esto es, la forma cónica que se genera con ocasión de la extracción desde el pozo respectivo. Dicho cono provoca un gradiente desde el resto del acuífero, que lo va rellenando pero, al mismo tiempo, extendiéndolo, llegando, de acuerdo al modelo, hasta la naciente del río Lamas. Por ello, es tan relevante una correcta modelación sobre todas las variables presentes, de manera de poder predecir la evolución de los conos y, eventualmente, prever su llegada hasta zonas sensibles. Una vez terminada la extracción, los conos de depresión pasan a ser rellenados por la recarga y por los efectos de la barrera hidráulica, tendiendo a desaparecer. Los

planes de alerta temprana y de seguimiento, tiene por función identificar y, eventualmente, corregir los errores que puedan haberse producido en el modelo.

Nonagésimo octavo. Que, en el caso de autos, el impacto ya señalado y evaluado ambientalmente fue la disminución del caudal del aporte somero, es decir, a poca profundidad, del acuífero de Piedra Pómez al río Lamas en su cabecera -refugio de una frágil y rica biodiversidad de flora y fauna- de 14 l/s en un tiempo determinado al cabo de 80 años, después de los cuales el efecto empezaría a revertir, gracias a la recarga natural y a la barrera hidráulica. El modelo hidrogeológico permitió establecer que la disminución del citado aporte al río Lamas puede ser evitada hasta prácticamente extinguirla, mediante la implementación de la "barrera hidráulica". Ella consiste en una batería de pozos, ubicada en una posición intermedia entre los pozos de extracción y la cabecera del río Lamas. A través de la barrera, se reinyectarán agua extraída desde el vecino acuífero de Peñas Blancas, en un caudal equivalente al que actualmente tienen escorrentías que hoy día terminan evaporándose debido a la altura a la que se encuentran. Para que este efecto remedial se produzca, la denominada barrera hidráulica tendría que entrar a cumplir su función al concluir la operación minera, antes de que la disminución de los aportes al río Lamas comiencen a ser perceptibles. Sin embargo, el manejo fino de la barrera, en cuanto al momento en que tiene que comenzar su operación y los caudales a reinyectar, se lograría mediante el modelo hidrogeológico y el PAT, que en esa época van a haber mejorado significativamente su precisión, gracias a los datos aportados por el programa de monitoreo.

Nonagésimo noveno. Que, analizados los antecedentes del proceso, se puede constatar que el presupuesto de hecho que consideró el Comité de Ministros para la aplicación de la regla de operación del artículo 12 letra g) del Reglamento del SEIA vigente a la época, se fundó en que la regla era aplicable solo al volumen del acuífero Piedra Pómez, debiendo haberse aplicado

a la relación entre la recarga del mismo y la extracción que realizará CMC. Asimismo, habiéndose establecido que respecto del volumen, en el caso de autos, no aplica la "condición más desfavorable", sino a la relación entre la recarga y la extracción, que es lo que determina el impacto reconocido sobre el río Lamas, el Tribunal concluye que la regla de operación del artículo 12 letra g) del Reglamento del SEIA de la época, se encuentra mal aplicada, adoleciendo la resolución impugnada, por lo tanto, de una falta de debida motivación, razón por la cual la pretensión a este respecto será acogida.

Centésimo. Que, en relación la argumentación subsidiaria de la reclamante en orden a que la regla de operación debe entenderse aplicada por la forma en que se llevó a cabo la modelación, el Tribunal no emitirá pronunciamiento por cuanto resulta incompatible con lo razonado precedentemente.

b) De la improcedencia de la aplicación analógica de un supuesto criterio de restricción

Centésimo primero. Que, CMC reclama la improcedencia de la aplicación analógica del criterio de restricción contemplado en el "Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos" y en el artículo 30 letra c) del Decreto N° 203 de 2013, que "Aprueba Reglamento Sobre Normas de Exploración y Explotación de Aguas Subterráneas". En la referida norma, según señala la reclamante, se establece como uno de los supuestos de la declaración de área de restricción de un determinado acuífero, que la demanda hídrica comprometida provoque una reducción superior al 5% del volumen almacenado en un determinado acuífero, en un plazo de 50 años. Sin embargo, el criterio antes referido "[...] no constituye un parámetro de hidrología comparada, razón por la cual tampoco configura una ley hidrológica aceptada -uniforme e internacionalmente- por los profesionales del área".

Centésimo segundo. Que, en concepto de la reclamante, el error del Comité de Ministros consistió en no distinguir la recarga

del acuífero, por una parte, del volumen de agua contenido en el mismo, por otra, cuando, a efectos del criterio del balance hídrico, que es lo relevante en el marco del proceso de evaluación ambiental, lo importante es lo primero y no lo segundo. Afirma que "[...] las incertidumbres asociadas a la determinación del valor de recarga, criterio principal bajo el cual se asignan derechos de aprovechamiento de aguas, incorporan en su análisis el error asociado a la determinación de aquella incertidumbre la cual, es justamente la medida que se pretende imponer al Titular por medio de la Resolución Reclamada, es decir, determinar arbitrariamente un límite a la explotación del 5% de volumen embalsado en 50 años". Señala también, que "[...] dicha reducción se funda en un supuesto técnicamente erróneo y fuera de todo parámetro técnico, al asumirse que el acuífero tiene una profundidad homogénea en su rango inferior, y se ha tratado de justificar en base a la utilización del concepto de condición más desfavorable, lo que ya hemos explicado que es absolutamente improcedente", y aclara que el volumen de 10.000 Mm³, así como aquel volumen inferior, ascendente a 3.840Mm³, fueron enunciados en el SEIA en forma referencial, atendidas las diversas e irregulares profundidades del acuífero, y en el entendido que lo realmente importante es el valor de recarga del sistema más las incertidumbres asociadas a su determinación. En conclusión, afirma la reclamante, la resolución impugnada es ilegal y arbitraria, y solicita al Tribunal que así lo declare.

Centésimo tercero. Que, a juicio del Tribunal, es necesario establecer si efectivamente hubo por parte del Comité de Ministros una aplicación analógica del criterio arriba expuesto y si ello configura un vicio de la magnitud suficiente para dejar sin efecto la resolución impugnada.

Centésimo cuarto. Que, revisada la resolución impugnada, es posible advertir sólo dos referencias al criterio señalado por la reclamante. El considerando 13 de la Resolución Exenta N° 532/2015 da cuenta de lo informado por la DGA, a través de Ordinario N° 624/2014, sobre la propuesta realizada por la

Secretaría Técnica del Comité de Ministros. En dicho Ordinario el Servicio afirmó y constató diversas cosas. Dentro de ellas, dijo: *"En cuanto al criterio para establecer área de restricción, este servicio informa que el criterio para establecer área de restricción de un sector hidrogeológico de aprovechamiento común, es que la demanda comprometida de un sistema de acuífero sea inferior al 5% del volumen almacenado, en un plazo de 50 años, hace referencia a la letra b) del artículo 31 de la Resolución DGA N° 341/2005, que dispone las normas de exploración y explotación de aguas subterráneas (referencia técnica vigente al momento de evaluarse el proyecto Casale)"*. Esta referencia se repite en el considerando 18.13 de la misma resolución.

Centésimo quinto. Que, al respecto cabe señalar que tanto el manual como la referencia exacta a la norma, invocados por la reclamante en su libelo, no se encuentran mencionados en la resolución impugnada y en ese sentido existe una desprolijidad en el reclamo. No obstante lo anterior, revisado el artículo 30 letra c) del Decreto N° 203/2013, se concluye que en efecto se trata de la misma norma invocada por la DGA y citada en la resolución impugnada. Sin embargo, a juicio del Tribunal no existió una aplicación analógica de la norma en cuestión por cuanto el criterio de restricción relativo al 5% de extracción del volumen en un plazo de 50 años no es lo que el Comité de Ministros finalmente resolvió. En razón de lo anterior, la pretensión a este respecto será desestimada.

c) De la alteración de la descripción del proyecto

Centésimo sexto. Que, la reclamante afirma que hubo una ilegal alteración de la descripción del proyecto sometido a evaluación ambiental, cuestionando que el Comité de Ministros pueda definir o alterar la descripción de un proyecto con el objeto de redefinir un impacto significativo o con el objeto de definir una medida de mitigación. En su concepto, la "autoridad evaluadora" puede verificar exclusivamente el cumplimiento normativo, mas no arrogarse facultades que pugnan con la propia naturaleza del SEIA, que como procedimiento de

evaluación se limita a verificar el cumplimiento de la normativa ambiental y determinar la idoneidad de las medidas propuestas para hacerse cargo de los efectos, características o circunstancia del artículo 11 de la Ley N° 19.300.

Centésimo séptimo. Que, al respecto señala que el EIA del proyecto "Optimización Proyecto Minero Cerro Casale", contempló dentro de su diseño una barrera hidráulica como parte de las acciones y obras físicas que componen la descripción del proyecto y, sin embargo, el Comité de Ministros, aplicando el artículo 98 letra c) del Reglamento actual del SEIA, según el cual, corresponden a medidas de mitigación "[...] las que minimizan o disminuyen el efecto adverso significativo mediante medidas tecnológicas y/o de gestión consideradas en el diseño", estableció que "[...] la fase de reinyección [barrera hidráulica] -al formar parte del diseño del proyecto- constituye una "medida de mitigación", y por ende busca establecer que el "impacto" asociado a dicha "medida de mitigación" sería necesariamente significativo, [...]". En concepto de la reclamante, lo anterior "[...] es ilegal e inadmisibles desde el punto de vista jurídico, pues vulnera la normativa aplicable a la época, que establece claramente la no aplicabilidad de ese Reglamento al Proyecto Casale, y a las demás normas citadas de la Ley 19.300".

Centésimo octavo. Que, por su parte, la reclamada señala que durante el proceso de evaluación ambiental se identificó el siguiente impacto: "Descenso de los niveles de agua subterránea en la zona limítrofe de las cuencas hidrográficas de Piedra Pómez y río Lamas", y que la razón que tuvo el proponente para desestimar los efectos adversos significativos fue que ellos serían contrarrestados con el manejo del acuífero mediante la denominada barrera hidráulica, en un plazo de 100 años, de acuerdo a la Fase 2 o fase de cierre que contempla el proyecto. Por consiguiente, para la Autoridad ambiental fue evidente que la barrera hidráulica fue concebida para hacerse cargo de un efecto adverso significativo comprobado, a saber, la reducción del caudal del río Lamas.

Centésimo noveno. Que, a juicio del Tribunal, la lógica que caracteriza al procedimiento de evaluación ambiental supone la posibilidad que el proyecto finalmente aprobado sea distinto del presentado por el titular en su EIA, por lo que en principio no es posible afirmar que la sola modificación a la descripción del proyecto -que incluye, según el Reglamento, los antecedentes generales del mismo y la descripción de las fases de construcción, operación y cierre, cuando quepan- sea necesariamente ilegal.

Centésimo décimo. Que, por la misma razón, no es posible afirmar que si el Comité de Ministros, en la etapa recursiva y haciendo uso de sus facultades, según se describió en el apartado III, incide en la descripción del proyecto al imponer condiciones que supongan cambios en alguna de las fases -sea de construcción, operación o cierre, que impliquen exigencias relacionadas con acciones, obras, requerimientos o medidas- su accionar sea ilegal. En otras palabras, no resulta plausible sostener que las facultades del Comité de Ministros en la etapa de revisión sean inocuas en relación al proyecto en sí y, por consiguiente, a la descripción del mismo, que por definición no es una descripción pétrea.

Centésimo undécimo. Que, en relación a la aplicación del artículo 98 letra c) del actual Reglamento del SEIA, efectivamente es citado al pie de la página 69 de la resolución impugnada para respaldar lo que el párrafo 18.7 de la resolución señala, a saber: *"Sin embargo, como se dijo, es un hecho indiscutido que el Proyecto reducirá el caudal del Río Lamas en 14 l/s y que mediante la Fase 2 del PAT, se hará cargo del impacto, a través de una medida, incorporada en el diseño del Proyecto"*. Como se advierte, es claro que la recalificación de la medida, consistente en la barrera hidráulica, no está sustentada en dicha disposición, sino que es traída a colación para explicar que en efecto una medida de mitigación puede ser parte del diseño del proyecto, cuestión que el actual Reglamento del SEIA reconoce explícitamente, mientras que el vigente a la época de la evaluación del proyecto, no definía

las medidas de mitigación, de reparación y de compensación. A juicio del Tribunal, la invocación de la norma, a modo de referencia, no puede constituir un vicio.

Centésimo duodécimo. Que, finalmente, cabe reiterar que para estos Magistrados la recalificación realizada por el Comité de Ministros no solo forma parte de sus facultades en sede de revisión administrativa, sino que en el caso en concreto no implicó siquiera un juicio sobre la vía de ingreso del proyecto ni significará un cambio en la futura fiscalización que al respecto pueda hacer la Superintendencia del Medio Ambiente.

Centésimo decimotercero. Que, por lo tanto, atendidos los antecedentes aportados por las partes y las consideraciones respectivas del Tribunal, a su juicio, no hubo en la especie una modificación ilegal de la descripción del proyecto y por esa razón la pretensión a este respecto será desestimada.

Centésimo decimocuarto. Que, en definitiva, en cuanto a la alegación sobre el abuso de la discrecionalidad administrativa, a juicio del Tribunal, ésta se configura sólo respecto de la aplicación del artículo 12 letra g) del Reglamentó del SEIA vigente a la época por carecer de la debida motivación, debiendo en consecuencia acogerse la reclamación a este respecto.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 17, 18 N° 5, 27 y siguientes de la Ley N° 20.600; 11, 12, 20 de la Ley N° 19.300; 1°, 11, 13, 16, 38 y 41 de la Ley N° 19.880; 12 letra g) y 46 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (Decreto Supremo N° 95/2001, MINSEGPRES); y en las demás disposiciones citadas y pertinentes;

SE RESUELVE:

1.- **Rechazar** la excepción de incompetencia absoluta del Tribunal, por las razones consignadas en el apartado I de esta sentencia.

2.- **Rechazar** la alegación de falta de legitimación activa, por las razones consignadas en el apartado II de esta sentencia.

3.- **Acoger parcialmente la reclamación** de autos, por falta de motivación, anulándose en consecuencia la Resolución Exenta N° 532, de 8 de mayo de 2015, del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, que llevo a efecto el Acuerdo N° 1, de 19 de enero de 2015, del Comité de Ministros. En razón de lo resuelto, el Comité de Ministros deberá dictar la resolución correspondiente dentro del plazo de 60 días contados desde la notificación de la presente sentencia.

4.- **Cada parte pagará sus costas.**

El Ministro Escudero concurre a la decisión de acoger parcialmente la reclamación, sin compartir lo resuelto en los considerandos centésimo tercero al centésimo quinto, por los siguientes fundamentos adicionales:

1°. Que, a juicio de este sentenciador, resulta atendible la alegación de la reclamante en orden a que el Comité de Ministros habría efectuado una aplicación analógica del criterio de restricción. En efecto, en los hechos, el órgano revisor aplicó analógicamente el criterio del Decreto N° 203 de 2013, origen de la frase *"cinco por ciento del volumen almacenado, en un plazo de 50 años"*, sin especificar las razones por las que en este caso se darían las condiciones de aplicación del criterio en comento. En opinión de este Ministro, si bien el objetivo de apresurar la recuperación del acuífero se efectuó en vista el Decreto N° 203 de 2013, aunque éste no era aplicable al caso de autos, el Comité de Ministros fundó su decisión en el artículo 12 letra g) del Reglamento del SEIA de forma improcedente, para alcanzar un objetivo similar.

2°. Que, el Capítulo 15 del EIA, sección 2 "Modelo Conceptual y Numérico", señala que *"[...] la modelación indica que es posible abastecer las necesidades de agua del proyecto, que*

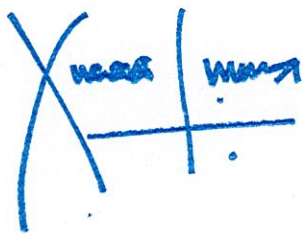
alcanza una cifra total de 450 Mm³. De estos, 360 Mm³ provienen del almacenamiento, volumen correspondiente a menos de un 5% del almacenamiento total" (destacado del Ministro). En opinión de este sentenciador, el titular se refiere a la cifra "5%" de manera completamente referencial. Nada en esta redacción sugiere que se trate de un "compromiso voluntario", un "criterio de diseño" o un "criterio de evaluación", como puede desprenderse de la lectura de la resolución impugnada en autos.

3°. Que en razón de lo expuesto, a juicio de este sentenciador, el Comité de Ministros incurrió en una ilegalidad adicional al haber efectuado, en los hechos, una aplicación analógica del criterio de restricción contenido en el Decreto N° 203 de 2013, sin que se cumplieran las condiciones de aplicación del mismo.

4°. Que, por otra parte, este sentenciador no puede dejar de hacer presente, que la solicitud del Comité de Ministros a su Secretaría Técnica para que analizara la factibilidad de reducción del horizonte de tiempo para la recuperación del acuífero de Piedra Pómez, estimada en 100 años, y ordenada en la primera sesión destinada a revisar las reclamaciones PAC en contra del proyecto, revela el "objetivo" de fundar la reducción del volumen de extracción de agua desde el acuífero Piedra Pómez, a pesar de no existir presupuestos de hecho para tal efecto. En este contexto, la respuesta de la Secretaría - según consta en el considerando 17.3.2.2.(iii) de la resolución impugnada, así como en el documento de fojas 281 y siguientes del expediente de autos-, al vincular la aplicación de la regla de operación del artículo 12 letra g) del Reglamento del SEIA, esto es, la "condición más desfavorable", con la recalificación del impacto y de la medida de gestión consistente en la barrera hidráulica, sin explicar la razón de esta vinculación, demuestra la falta de fundamentos para adoptar el criterio del 5% finalmente impuesto a CMC.

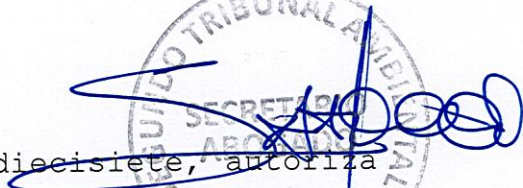
Notifíquese, regístrese y archívese en su oportunidad.

Rol R N° 72-2015



Pronunciada por el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, integrado por los señores Ministros Rafael Asenjo Zegers y Juan Escudero Ortúzar, y señora Ministra Ximena Insunza Corvalán.

Redactó la sentencia el Ministro señor Juan Escudero Ortúzar.

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

