

# RUBÉN CRUZ PÉREZ Y OTROS CON SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE\*

**Órgano competente:** Ilustre Segundo Tribunal Ambiental.

**Tipo de acción:** Reclamación.

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

**Fecha:** 03 de marzo de 2014.

**Resultado:** Acoge parcialmente reclamaciones.

**Ministros:** Sr. Rafael Asenjo Zegers, Sr. Sebastián Valdés de Ferrari y Sra. Ximena Fuentes Torrijo.

**Ministro redactor:** Sr. Rafael Asenjo Zegers.

**Partes:**

**Reclamantes:** Grupo de agricultores y regantes de la Comuna de Alto del Carmen; Comunidades Indígenas Diaguitas; sociedades Agrícola Santa Mónica Limitada y Dos Hermanos Limitada.

**Reclamada:** Superintendencia del Medio Ambiente.

**Tercero Coadyuvante:** Compañía Minera Nevada SpA.

---

\* Ficha de Jurisprudencia elaborada por Francisca Silva Valdebenito, Coordinadora de Investigación ONG FIMA, estudiante de Derecho de la Universidad de Chile.

## Legislación aplicable

Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, N° 20.417, artículos 3° letra g) y h), 35, 36 N° 1 letra a), 40, 47, 54, 56, 60, 62; Ley N°19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos, artículos 11 inciso 2º, 13, 21, 41 incisos 4º y 6º; Ley N° 20.600 que crea Tribunales Ambientales, artículos 18 N° 3, 48.

## Preguntas legales

¿Quiénes son legitimados activos para reclamar contra una resolución sancionatoria de la Superintendencia del Medio Ambiente?; ¿Cuál es el estándar de motivación que se exige a las resoluciones sancionatorias de la Superintendencia del Medio Ambiente?; ¿Son aplicables las instituciones del Código Penal, específicamente el concurso infraccional y las referentes a las agravantes y atenuantes, sin reconocimiento expreso del legislador?; ¿Debe la Superintendencia de Medio Ambiente requerir antecedentes que constaten hechos previos a su entrada en funcionamiento, en la medida que sean útiles para la determinación de los hechos investigados?

## Descripción de los hechos

El día 22 de Enero del año 2013 se inició un proceso administrativo sancionador a raíz de una autodenuncia presentada por el representante de la Compañía Minera Nevada SpA (en adelante, la Compañía), donde se reconoce la infracción a la Resolución de Calificación Ambiental (en adelante, RCA) que calificó favorablemente el proyecto “Modificación Proyecto Pascua Lama”. El titular informó a la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, SMA) dos incidentes acaecidos en el sistema de manejo de aguas del proyecto. La autodenuncia fue declarada “no ha lugar” por carecer de “información precisa, verídica y comprobable de los hechos que constituyen infracción”.

El 31 de Enero de 2013, el Superintendente ordenó la realización de programas de monitoreo de análisis específico y la adopción de medidas provisionales de corrección, seguridad y control con objeto de impedir la continuidad del riesgo o daño expuestos en la autodenuncia.

La “Junta de Vigilancia de la Cuenca del Río Huasco y sus afluentes” presentó una denuncia el día 31 de Enero de 2013 por eventuales incumplimientos a la RCA del proyecto. Lo mismo hicieron por su parte las sociedades Agrícola Santa Mónica Limitada y Dos Hermanos Limitada el día 8 de Febrero de 2013. Las Comunidades Indígenas Diaguitas

presentaron una solicitud pidiendo hacerse parte del proceso administrativo sancionatorio, solicitud acogida el día 15 de Abril de 2013.

Mediante el Oficio Ordinario N° 58 de 27 de Marzo de 2013 se formulan cargos contra la Compañía por la consideración de un total de 23 hechos, actos u omisiones, de los cuales solo uno fue controvertido por el titular, referente al incumplimiento de profundizar la zanja cortafugas. En razón de la aceptación del resto de cargos por el infractor, se estimó que no era necesario abrir un período de prueba.

Con la dictación de la Resolución Exenta N° 477 del 24 de Mayo de 2013 culmina el proceso administrativo sancionador, imponiendo a la Compañía el pago de una multa total de 16.000 UTA, por haber incurrido en *cinco infracciones* que se detallan a continuación:

1. Incumplimiento de las normas, condiciones y medidas establecidas en la RCA del proyecto, tipificado en la letra a) del artículo 35 de la LOSMA. El Superintendente consideró solo uno de los trece incumplimientos acreditados señalando que, si bien los otros doce incumplimientos también constituían infracción a la RCA, éstos serían considerados como agravante por la aplicación del "curso infraccional". La infracción fue calificada como gravísima conforme al artículo 36 número 1 letra a) de la LOSMA, por ocasionar el incumplimiento daño ambiental no susceptible de reparación. Se impone una multa de 10.000 UTA.

2. Incumplimiento de las obligaciones emanadas de las medidas provisionales decretadas por la SMA. Se consideraron seis incumplimientos a la resolución que ordenó dichas medidas, los que se sancionaron como una sola infracción en virtud del "curso infraccional". Esta infracción fue tipificada en la letra l) del artículo 35 de la LOSMA, calificada como grave y sancionada con una multa de 3.500 UTA.

3. Incumplimiento de las normas establecidas en los artículos 1°, 2° y 4° de la Resolución Exenta N° 574 de la SMA, que instruye la forma y modo en que los titulares de RCA deben presentar los antecedentes solicitados, formalidad que no había sido cumplida por la Compañía, además de ser ésta incompleta. Esta infracción fue calificada como grave y sancionada con una multa de 500 UTA.

4. Incumplimiento a las normas e instrucciones generales impartidas por la SMA en el ejercicio de sus atribuciones. La Compañía incumplió el inciso 4° del artículo único de la Resolución Exenta N° 37 de la SMA, instrumento que exige que aquellos reportes que requieran muestreos, análisis y/o medición, sean remitidos a la SMA para ser considerados

válidos, debiendo adjuntar la acreditación, certificación o autorización vigente ante un organismo de la administración del Estado o en el Sistema Nacional de Acreditación de la entidad que los ha generado. El titular no acompañó las respectivas acreditaciones de los laboratorios ni los certificados originales de los resultados de los monitoreos presentados ante la SMA. Esta infracción fue clasificada como grave y sancionada con una multa de 1.000 UTA.

5. Incumplimiento del requerimiento de información solicitado en el Acta de Inspección Ambiental del 29 de enero de 2013, en el que se solicitó la entrega de monitoreos de nivel y calidad de pozos ubicados aguas abajo de la zanja cortafuga y las piscinas de acumulación, correspondientes a los últimos seis meses. La Compañía solo entregó dos mediciones de nivel y una de calidad correspondiente al mes de enero de 2013. La infracción fue calificada como grave y sancionada con una multa de 1.000 UTA.

Además, la resolución sancionatoria estableció las siguientes medidas urgentes y transitorias:

1. Paralización total de las actividades de la fase de construcción del proyecto Pascua Lama, mientras no se ejecute el sistema de manejo de aguas en la forma prevista en la RCA.
2. La construcción en forma transitoria de obras de captación, transporte y descarga al estanque de sedimentación norte.
3. El seguimiento de las variables ambientales contempladas en la RCA.

## **Alegaciones**

La sentencia estructura para efectos de orden y coherencia las alegaciones de la siguiente forma:

### **I. La legitimación activa**

**Reclamantes:** los agricultores y regantes de la Comuna de Alto del Carmen, indicaron ser afectados por la Resolución Exenta N° 477, por el hecho de ser agricultores o habitantes de la citada comuna. Es necesario señalar que estos reclamantes afirman haber presentado ante la SMA una "carta denuncia" dirigida al Superintendente, en la que no se solicitó que se los tuviera como parte interesada en el procedimiento sancionatorio, sino que solo se

advierte a la autoridad una serie de irregularidades referentes a la Junta de Vigilancia de la Cuenca del Río Huasco y sus Afluentes. Esta carta no fue incorporada al expediente sancionatorio, razón por la que no tuvieron calidad de parte en el proceso administrativo sancionatorio.

Las Comunidades Indígenas Diaguitas señalaron que su legitimación se fundamentaba en que ellos habitan y desarrollan actividades en los valles de la zona alta de la cuenca del río Huasco, territorio donde la Compañía pretende operar su proyecto. Señalaron que se ven afectados por los efectos contaminantes de la actividad. Éstos se hicieron parte en el proceso administrativo sancionador, aceptados como tales por la SMA.

Las sociedades Agrícola Santa Mónica Limitada y Dos Hermanos Limitada interpusieron la reclamación en su calidad de parte denunciante en el proceso administrativo sancionador. En la denuncia se acusó a la Compañía por una serie de incumplimientos a la RCA que dicen relación, entre otros efectos, con la contaminación de las aguas. Estos reclamantes alegan que las sanciones impuestas no guardan ninguna congruencia ni proporcionalidad con los cargos formulados, acreditados y reconocidos en el proceso sancionatorio, ni con la conducta manifestada por la Compañía en la ejecución del proyecto, ni con las consecuencias de sus múltiples infracciones ambientales.

**Reclamada:** por su parte, el Superintendente señaló que los reclamantes carecen de legitimación activa al no encontrarse directamente afectados por la resolución impugnada, distinguiendo entre legitimación activa para intervenir en un proceso administrativo sancionatorio, concebida como “acción ciudadana”, y aquella requerida para reclamar de las resoluciones dictadas por la SMA, que solo la ostentarían quienes resulten directamente afectados por la resoluciones del ente fiscalizador. En el caso de autos, el Superintendente alegó que ninguno de los reclamantes se encuentra directamente afectado por la resolución impugnada, en tanto no acreditaron fehacientemente cómo se encuentran afectados por ella.

## II. El concurso infraccional

**Reclamantes:** las Comunidades Indígenas Diaguitas y las sociedades Agrícola Santa Mónica Limitada y Dos Hermanos Limitada impugnaron la aplicación de concurso infraccional, pues se habría considerado indebidamente como una sola infracción una serie de hechos, actos u omisiones que constituirían incumplimientos separados. Como consecuencia de aquello, las infracciones que dieron cuenta de los demás incumplimientos a la RCA fueron estimadas como circunstancias agravantes, solución no otorgada por la

LOSMA. Las infracciones objeto de sanción son los *hechos, actos u omisiones* contenidos en *instrumentos de gestión ambiental, normas u actos* y no estos últimos. Concluyen señalando que la agrupación de infracciones por parte de la SMA influyó en la determinación del monto de la multa, ya que de haberse considerado aisladamente cada infracción, habría superado con creces el monto de la multa.

**Reclamada:** el Superintendente señaló que al agrupar los incumplimientos de la RCA bajo el "concurso infraccional", está expresando que existe un concurso de "hechos infraccionales", es decir, de distintos hechos que constituyen una misma infracción y no un concurso de "infracciones distintas". Agregó que el modelo sancionatorio ambiental está construido sobre la base de la tipificación de ilícitos por instrumentos de gestión ambiental, por lo que basta solo un hecho, acto u omisión constitutivo de infracción para incurrir en responsabilidad administrativa. Por lo tanto, si un infractor incumple más de una condición, norma o medida establecida en una RCA, constituye solo una infracción y no varias infracciones, ya que el artículo 35 letra a) habla en plural de "condiciones, normas y medidas". En el caso, concluye, el infractor incumplió un total de cinco instrumentos, por lo que aplicando la proporcionalidad de la sanción, consideró el hecho más grave para calificar la infracción, y los demás se tuvieron como agravantes de la misma.

**Tercero Coadyuvante:** la Compañía agregó que el artículo 60 de la LOSMA prevé expresamente el concurso de infracciones en los mismos términos que en el ámbito penal.

### **III. Autorización del Tribunal Ambiental para que la SMA pueda imponer medidas transitorias y urgentes**

**Reclamantes:** las Comunidades Indígenas Diaguitas denunciaron la ilegalidad en la omisión del "trámite de consulta" ante el Segundo Tribunal Ambiental (en adelante, el Tribunal), pues las medidas decretadas en virtud del artículo 3º letra g) de la Ley N° 20.417- entre ellas, la suspensión transitoria de las autorizaciones de funcionamiento contenidas en la RCA o la adopción de medidas urgentes y transitorias-, deben ser siempre elevadas en consulta, conforme lo señala el artículo 48 del mismo cuerpo legal, lo que no fue realizado por la SMA.

**Reclamada:** de acuerdo al texto expreso del artículo 3º letra g) y h) de la LOSMA, se puede distinguir entre la I) la suspensión y II) las medidas urgentes y transitorias. Luego, el artículo 17 N° 4 de la Ley N° 20.600 solo hace mención a la suspensión, por tanto solo éstas requieren autorizaciones por parte del Tribunal, no así las medidas urgentes y transitorias adoptadas por la SMA.

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

**Reclamantes:** los agricultores y regantes de la comuna de Alto del Carmen señalaron que se habría comprometido la cantidad y calidad de las aguas, pues existían antecedentes que hacían sospechar que se irrigaron aguas contaminadas o sin la calidad adecuada al río Estrecho. Las sociedades Agrícola Santa Mónica Limitada y Dos Hermanos Limitada señalaron una serie de errores de derecho y efectos de la resolución recurrida, relativos a los incumplimientos de los instrumentos ambientales, que significaron la contaminación de las aguas del río Estrecho y del valle del río Huasco, concluyendo que el detrimento de las aguas fue significativo.

**Reclamada:** señala que, en atención a la definición de contaminación de la Ley N° 19.300, no cabría hablar de contaminación en tanto no existen normas de calidad vigentes para el río Estrecho ni para la cuenca del río Huasco que establezcan parámetros de calidad ambiental.

**Tercero Coadyuvante:** agrega que las aguas de no contacto que, con motivo de los eventos de diciembre y enero, ingresaron al sistema de manejo de aguas de contacto, no estuvieron en ningún momento a menos de 500 metros de distancia del Botadero de Estériles Nevada Norte, siendo imposible que hubieran entrado en contacto con el escaso material ahí depositado.

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

**Reclamantes:** los regantes de la comuna de Alto del Carmen señalaron que el ente fiscalizador no habría considerado a lo menos siete sanciones que se impusieron a la Compañía entre los años 2007 y 2013. De haber sido valorados correctamente todos los antecedentes, obligaba al Superintendente a imponer a la Compañía la revocación de la RCA.

**Reclamada:** el Superintendente señaló que los citados reparos no eran efectivos, por cuando se tuvo en cuenta la conducta anterior del infractor en el desarrollo de los criterios del artículo 40 de la LOSMA, debiendo configurarse una agravante en la determinación de la sanción.

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

**Reclamantes:** los regantes de la comuna de Alto del Carmen denunciaron la existencia de hechos y antecedentes en el expediente administrativos de la SMA, que permitirían ordenarle a ésta que abra nuevos procesos administrativos sancionatorios.

**Reclamada:** el Superintendente expresa que los hechos denunciados fueron considerados en el proceso administrativo sancionador y en la resolución sancionatoria. Respecto a otros hechos, señaló que el artículo 4° de la LOSMA regula la denuncia como una de las vías para iniciar el procedimiento administrativo sancionador, de modo que si el reclamante quiere iniciar nuevos procedimientos por hechos no considerados, puede presentar la respectiva denuncia.

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

**Reclamante:** las Comunidades Indígenas Diaguitas señalaron que no hubo pronunciamiento por parte de la SMA a nueve solicitudes contenidas en las presentaciones.

**Reclamada:** señaló que sí tuvieron presente toda la información entregada por la parte reclamante.

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

**Reclamante:** las Comunidades Indígenas Diaguitas señalaron que la SMA habría acogido, sin prueba alguna, el descargo presentado por la Compañía referente a la falta de profundización de la zanja cortafugas, a pesar de que los fiscalizadores encomendados por la SMA habrían constatado superación en los niveles de calidad de las aguas subterráneas en a lo menos 5 pozos aguas abajo del muro cortafugas.

**Reclamada:** el Superintendente señaló que para probar el incumplimiento al numeral 9.17 de la RCA era necesario demostrar la variación en la calidad de las aguas; sin embargo, el ente fiscalizador, conforme a las reglas de la sana crítica, determinó que no era posible acreditar el incumplimiento del citado numeral, pues el fiscal instructor para acreditar que hubo omisión utilizó el pozo BT-3, que es diverso al que establece la RCA para verificar el cumplimiento. Por lo tanto, la calidad de las aguas podría estar influenciada por aportes



subterráneos de distinta génesis, lo que impidió determinar la relación de causalidad entre dicha calidad y los hechos, actos u omisiones del ente infractor.

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

**Reclamante:** las Comunidades Indígenas fundaron esta ilegalidad en el hecho que dichas medidas serían innominadas y entregadas al arbitrio de la Compañía, puesto que no cuentan con constatación en terreno por parte de fiscalizadores y expertos, tampoco con evaluación ambiental, pertinencia ni informe favorable de servicios técnicos y especializados.

**Reclamada:** el Superintendente señaló que la acusación es completamente errada, pues dichas medidas fueron ordenadas conforme a una potestad reglada de la SMA, reconocida en el artículo 3º letra g) y h) de la LOSMA. En cuanto a las medidas específicas, su determinación depende de la potestad discrecional de la SMA, lo que es del todo coherente, pues las circunstancias dependen del caso particular.

## **X.- Incumplimientos no tipificados y calificados incorrectamente**

**Reclamantes:** agrícola Santa Mónica Limitada y Agrícola Dos Hermanos Limitada señalan un error de tipificación de la infracción de descarga no justificada al río Estrecho, que en opinión de la reclamante, debió tipificarse conforme al artículo 3º letra c) de la LOSMA, es decir, como un incumplimiento a “las medidas e instrumentos previstos en los Planes de Prevención y/o de Descontaminación, normas de calidad y emisión”. Lo mismo habría sucedido con el noveno incumplimiento, que debió tipificarse en la letra j) del artículo 3º de la LOSMA, es decir, como un incumplimiento de los requerimientos de información que la SMA dirige a los sujetos fiscalizados.

**Reclamada:** el Superintendente señaló que lo argumentado por la parte reclamante atenta contra el principio non bis in idem, que se encontraría expresamente contenido en el artículo 60 de la LOSMA. Por este motivo, procedió a tipificar el hecho como una sola infracción, prefiriendo la letra a) del artículo 3º por sobre la letra c) del mismo.

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

**Reclamantes:** las “Sociedades Agrícolas” señalaron que no obstante la relevancia y urgencia de las medidas provisionales decretadas por la SMA, la Compañía decidió voluntariamente incumplir con la mayor parte de éstas, actos por los que se formularon cargos contenidos en el Oficio Ordinario N° 58/2013. El incumplimiento de las medidas

provisionales ocultó una infracción gravísima de la legislación ambiental, cual es haber ocasionado un daño irreparable a los cursos de agua del valle del río Huasco, y la reiteración o reincidencia de infracciones que podrían ser catalogadas como graves.

**Reclamada:** el Superintendente estimó que no se cumplían los elementos para calificar dichos incumplimientos como una infracción gravísima, ya que habría sido necesario probar el dolo constituido por la intención del infractor de ocultar o falsificar la información entregada, circunstancias que no se encuentran probadas.

## **XII. Peticiones concretas**

**Reclamantes:** los regantes de la comuna de Alto del Carmen solicitaron que se acoja su reclamación, y se modifique la Resolución Exenta N° 477, determinando una sanción más grave y/o se ordene la apertura de un nuevo procedimiento sancionatorio.

Las Comunidades Indígenas Diaguitas solicitaron al Tribunal que la resolución impugnada sea declarada contra la Ley N° 20.417, que se confirme la paralización total e indefinida del proyecto, y que se ordene a la SMA la realización de diligencias.

Las "Sociedades Agrícolas" solicitaron acoger la reclamación en todas sus partes o en las que estime pertinente y enmiende conforme a derecho la resolución recurrida, imponiendo a la infractora la revocación de la RCA en conjunto con la aplicación del máximo de las multas por cada infracción, o bien, aplicar las sanciones más gravosas que el Tribunal estime conforme a Derecho.

**Reclamada:** el Superintendente requiere que se rechace en todas sus partes las reclamaciones, en particular la de los regantes de la Comuna de Alto del Carmen, por carecer ésta de fundamentos al limitarse a describir hechos.

**Tercero Coadyuvante:** la Compañía solicitó el rechazo de todas las reclamaciones, por cuanto las peticiones concretas fueron planteadas en forma errónea y son improcedentes.

## Aplicación a los Hechos

Luego de la vista de la causa, el Tribunal decretó las siguientes medidas para mejor resolver:

1. Solicitó al Servicio de Evaluación Ambiental (en adelante, SEA) copia completa, autenticada y debidamente foliada del expediente de seguimiento y fiscalización del proyecto "Modificación Proyecto Pascua Lama" y de cualquier otro antecedente con relación al cambio de metodología del cálculo de niveles de alerta.
2. Se requirió a la SMA copia de las resoluciones recaídas en las denuncias de la Junta de Vigilancia de la Cuenca del Huasco y de sus Afluentes, y de las sociedades Agrícola Santa Mónica Limitada y Dos Hermanos Limitada.
3. Inspección personal del tribunal a las dependencias del Proyecto Pascua Lama.
4. Se solicitó al representante de los agricultores y regantes de la Comuna de Alto del Carmen, acompañar antecedentes que acreditaran que sus representantes eran regantes de la Junta de Vigilancia del sector.
5. Se pidió a la Compañía acompañar todos los *Flash Reports* ambientales del proyecto, emitidos en los meses diciembre del 2012 y enero de 2013.
6. Se requirió al Superintendente enviar al Tribunal el Oficio Ordinario N° 69 y el Oficio Ordinario N°426, ambos del Director Regional de la DGA de Atacama.

### El Tribunal analiza los antecedentes, agrupándolos de la siguiente forma:

#### I. Legitimación activa para formular reclamaciones contra resoluciones de la SMA

La legitimación activa para impugnar resoluciones dictadas por la SMA se encuentra regulada en los artículos 56 de la Ley N° 20.417 y 18 N° 3 de la Ley N° 20.600. De la lectura de estos preceptos se concluye que la legitimación activa para impugnar resoluciones de la SMA está asociada al concepto de "afectado(s) directo", es decir, que la afectación surja como consecuencia de lo resuelto en la resolución que impugnó dicho afectado.

En el caso de autos, algunos reclamantes se apersonaron y tuvieron calidad de interesados en el proceso administrativo sancionatorio (Comunidades Indígenas Diaguitas y las sociedades Agrícola Santa Mónica Limitada y Agrícola Dos Hermanos Limitada). Por otra parte, también existen reclamantes que no se apersonaron formalmente en el proceso administrativo sancionador (agricultores y regantes de la comuna del río Huasco).

El Tribunal estima que, en atención al artículo 21 de la Ley N° 19.880, quien tiene el carácter de interesado en el proceso administrativo sancionador, goza de legitimidad activa para reclamar de la resolución por el solo hecho de no haber obtenido su pretensión. Por tanto, la Resolución Exenta N° 477 afecta a las sociedades denunciadas y a las Comunidades Indígenas Diaguitas.

Además, ostentan la calidad de directamente afectados por la resolución impugnada las personas que habitan o desarrollan sus actividades dentro del área de influencia del proyecto, en tanto la correcta fiscalización y sanción a las infracciones de las condiciones impuestas por la autoridad sobre el proyecto favorece a quienes se benefician de los componentes ambientales protegidos por dichos instrumentos. Si las resoluciones no se ajustan a la ley, los intereses y derechos vinculados a los componentes ambientales y la salud de las personas que se pretende proteger vía instrumentos de gestión, deben ser considerados directamente afectados.

Respecto la legitimación activa de los reclamantes agricultores y regantes de la comuna de Alto del Carmen, quienes no fueron parte interesada en el proceso administrativo sancionador, se debe tener presente, además de las consideraciones precedentes, las siguientes: i) que las normas, condiciones y medidas establecidas por la RCA tienen por objeto proteger componentes que se vinculan con los derechos e intereses de las personas que habitan o realizan sus actividades en el área de influencia del proyecto; ii) que en caso que una sanción por incumplimiento a la RCA no se ajuste a la ley, los intereses o derechos de quienes se benefician de los componentes ambientales se ven afectados; iii) que el incumplimiento de la RCA por la Compañía afecta directamente a quienes habitan o realizan actividades dentro del área de influencia del proyecto, tratándose los mayores incumplimientos al componente agua, principal elemento de preocupación para cualquier regante ubicado dentro del área del proyecto; iv) que dichos incumplimientos dieron origen al proceso administrativo sancionador que terminó con la resolución impugnada.

Para determinar la calidad de afectado, el Tribunal, como medida para mejor resolver, solicitó al representante de los agricultores y regantes de la comuna de Alto del Carmen acreditar que habitan o realizan actividades en el área de influencia del proyecto. Dicha

medida la cumplieron solo nueve de los cuarenta y tres reclamantes, por lo que solo los primeros fueron considerados “directamente afectados”, y por tanto, legitimados activos para reclamar de la resolución Exenta N° 477 ante el Tribunal.

## II. Estándar de motivación para la resolución impugnada

En atención a los principios que orientan los procedimientos administrativos regulados en la Ley N° 19.880, la jurisprudencia de la Contraloría General de la República en numerosas oportunidades, los pronunciamientos de la Corte Suprema y la doctrina chilena, los actos administrativos deben expresar la motivación que los funda, con objeto de permitir conocer las razones de su adecuación a la finalidad que los justifica. Además, la motivación de los actos administrativos “aparece como fundamental para asegurar el adecuado control jurídico de la decisión por parte del juez quien tampoco conocería los fundamentos del acto impugnado ante él”<sup>2</sup>.

En el caso, el Tribunal exigirá una debida motivación en la dictación de la Resolución Exenta N° 477, con atención a la tipificación de las infracciones en los tipos contenidos en el artículo 35 LOSMA, la calificación de éstas como gravísimas, graves o leves, conforme al artículo 36 LOSMA, y la determinación de la sanción específica, según los criterios del artículo 40 LOSMA. Para considerar motivado un acto no será suficiente referirse en términos genéricos a los fundamentos de lo decidido o enunciar la normativa aplicable sin realizar el debido análisis de cada una de las circunstancias consideradas al momento de establecer la sanción específica.

## III. Procedencia del concurso infraccional

Existe una diferencia de fundamentación respecto a la figura de “concurso infraccional” impuesta por la SMA, pues de acuerdo a lo señalado por el Superintendente en el procedimiento de reclamación judicial, la figura aplicada se trataría de “concurso infraccional imperfecto”, distinción que no se agota con la sola denominación. El Superintendente debió señalar expresamente en la Resolución Exenta N° 477, y no con posterioridad a ella, que la agrupación de los incumplimientos se debía a la imposición de un “concurso infraccional imperfecto”, en qué consistía éste y cuál era la diferencia con el verdadero concurso infraccional. Al no realizar la autoridad la argumentación en los términos señalados, la resolución impugnada deviene en confusa e incierta. Por tanto, y

2 ARÓSTICA MALDONADO, Iván. “La motivación de los actos administrativos en el derecho chileno”. En: *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*. 1986, N° X. P. 508.

en virtud del estándar de motivación, el Tribunal concluye que la resolución impugnada no cumple-entre otros- con los requisitos de integridad y autosuficiencia que se exige a las resoluciones sancionatorias. Lo anterior fue motivo suficiente para invalidar en esa parte la resolución.

Respecto la procedencia del concurso infraccional, el Tribunal repara en que la LOSMA no contiene ninguna regla expresa que establezca la existencia de un concurso de infracciones, ni tampoco remisión legal expresa a las reglas concursales reguladas en el Código Penal o Código Procesal Penal, por lo que no se puede imponer dicha figura para justificar, como lo hizo la SMA, la agrupación de infracciones al artículo 35 letra a) y a la Resolución Exenta N° 107. Tampoco es posible reconocer la aplicación del "concurso infraccional imperfecto" ni la figura de la "infracción continuada" pues no existe ninguna disposición o conjunto de disposiciones que institucionalicen dichas figuras.

Respecto el segundo efecto del concurso infraccional argüido por la SMA, este es, que el número de incumplimientos ha de considerarse como una agravante de la determinación de la sanción, el Tribunal señala que, dentro del sistema sancionatorio establecido por la LOSMA, en ninguna disposición se contempla la figura de agravantes o atenuantes para llegar a determinar la sanción, ni mucho menos se establece la forma en que éstas deberían ser valoradas en dicho proceso.

En consecuencia, la SMA incurrió en ilegalidad al sancionar los trece incumplimientos a la RCA como una sola infracción y considerar el número de incumplimientos como agravantes, por lo que deberá dictar una nueva resolución donde proceda a sancionar cada uno de los incumplimientos en forma independiente, realizando la calificación de cada uno de ellos conforme al artículo 36 de la LOSMA. La SMA deberá proceder de la misma forma respecto de, a lo menos, los seis incumplimientos a la Resolución Exenta N° 107, ya que también se les sancionó como una sola infracción.

#### **IV. Afectación a la calidad de las aguas superficiales y subterráneas**

Previo a resolver el asunto de fondo, el Tribunal rechaza el argumento de la SMA respecto a que no era posible una evaluación objetiva y concluyente sobre la posible afectación de recursos hídricos por parte de la Compañía, en tanto no puede escudarse en que la función fiscalizadora de la SMA solo puede ser ejercida respecto de infracciones posteriores a la fecha de su entrada en funcionamiento, motivo por el que, según ésta, solo dispuso de información correspondiente a los primeros meses del 2013. Los antecedentes podrían haberse requerido o reunidos por cualquier medio útil para la correcta determinación

de los hechos investigados, sin límite de fechas.

Además, sostiene el Tribunal que la SMA debió pronunciarse sobre la calidad de las aguas como consecuencia de los incumplimientos a condiciones establecidas en la RCA, por cuanto para la calificación de las infracciones, y para la determinación específica de las sanciones, la alteración o no de la calidad de las aguas es fundamental para precisar su gravedad y fundar adecuadamente la sanción específica.

Rechaza el argumento de la SMA por el cual ésta no podría pronunciarse sobre la contaminación de las aguas, por no existir Norma Primaria para el río Estrecho, pues la RCA incorpora obligaciones expresas que deben ser cumplidas por el titular y fiscalizadas por la SMA.

Respecto al fondo de la discusión, la calidad de las aguas superficiales y subterráneas, el Tribunal compara la información de los valores de los monitoreos reportados por el propio titular, comparándolos con los niveles de Línea de Base establecidos en la RCA. De la apreciación de los gráficos elaborados por el Tribunal, disponibles en la sentencia, existen diferencias entre la situación sin-proyecto y la post-inicio de la Fase de Construcción, observándose niveles bastante mayores a los niveles de cumplimiento definidos en la RCA. De dicha información, se aprecia además que la propuesta de adaptación metodológica para la Fase de Operación presentada por el Titular, que propone incluir la etapa de construcción, elevaría los umbrales a niveles considerablemente superiores a los establecidos en la RCA, flexibilizando los Niveles de Alerta de calidad de aguas aplicables al proyecto. A juicio del Tribunal, aceptar la propuesta de Adaptación Metodológica del titular no permitiría salvaguardar adecuadamente la calidad de las aguas del río Estrecho.

Señala el Tribunal que resulta incomprensible que las autoridades correspondientes no hayan constatado el sistemático intento de flexibilización de los controles a que se sometería el proyecto en sus distintas fases, afectando gravemente la efectividad de supervisión de los eventuales impactos de uno de los proyectos más complejos de ejecutar de la minería de nuestro país, contraviniendo el principio preventivo de la institucionalidad de evaluación de impacto ambiental y fiscalización.

Conforme a la información disponible en el expediente y los gráficos expuestos en la sentencia, es evidente que, durante la Fase de Construcción, se superaron los Niveles de Alerta de la RCA en los puntos de control en múltiples ocasiones, debiendo el titular activar los planes de respuesta en varias oportunidades, sin que exista registro de eso. Se desprende de lo anterior, que el Titular faltó al cumplimiento de la RCA en estas materias y la SMA

debió pronunciarse al respecto en la resolución reclamada en la causa, cuestión que deberá considerar el Superintendente al momento de proceder a la calificación y determinación de las sanciones a imponer en la nueva resolución a dictar.

En cuanto a la disponibilidad de agua, se puede colegir a partir de la información disponible que no es posible afirmar que durante el desarrollo de la etapa de construcción del proyecto se hayan registrado episodios de bajo caudal poco habituales en la cuenta alta del Río Estrecho/Chollay, no obstante, debiendo seguirse su monitoreo para evaluar su impacto sobre las actividades desarrolladas aguas abajo de la cuenca.

Respecto la calidad de las aguas superficiales, se analiza la variación de la Turbidez del agua conforme el río avanza aguas abajo, apreciándose que la turbidez en el río es mayor en los puntos de control que se encuentran en el área del Proyecto y comienza a disminuir aguas abajo. Concluye el Tribunal que existen indicios de que las obras y actividades de la Fase de Construcción del Proyecto Pascua-Lama han alterado la calidad de las aguas superficiales en la cuenca del río Estrecho.

El Tribunal hace notar la falta de claridad y sistematización de la RCA respecto de las obligaciones del titular para la protección de los recursos hídricos, cuestión que le llama la atención poderosamente considerando el importante rol que juega la RCA en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. El Tribunal recomienda a la autoridad administrativa un esfuerzo especial para ordenar y sistematizar adecuadamente su contenido, de manera que todas las partes interesadas, los organismos de fiscalización y la comunidad eventualmente afectada puede entender y/o aplicar, según corresponda, las disposiciones de la RCA destinadas a garantizar la integridad de los componentes ambientales y la salud de las personas.

Por tanto, en cuanto a las aguas superficiales, la SMA incurrió en ilegalidad al omitir cualquier pronunciamiento fundado sobre el punto en la resolución impugnada, por lo que en la nueva resolución que deberá dictar, considerará todos los antecedentes y conclusiones a los cuales ha arribado el Tribunal.

Respecto las alegaciones que cuestionaron que la SMA habría aceptado sin más y sin prueba alguna los descargos de la Compañía respecto a la falta de profundización de la zanja cortafugas, el Tribunal previene que una de las razones fundamentales por las que no pudo hacerse un correcto análisis de los antecedentes para determinar la exigencia de profundización del muro cortafugas se debió a la actitud notoriamente negligente por parte de la Compañía, que debía monitorear los pozos L4 en forma permanente, lo que no hizo.



Señala el Tribunal, que con la información disponible, no es posible extraer conclusiones respecto de este punto.

Lo anterior no obsta a que en el futuro deba realizarse un riguroso monitoreo del comportamiento de los pozos relevantes, idealmente informando en línea a la autoridad fiscalizadora y en los parámetros más representativos, para controlar en directo la situación de este componente ambiental. También estima recomendable que la revisión que se haga de la RCA establezca nuevos controles más explícitos y rigurosos, debidamente analizados, con la frecuencia relevante, planes de respuesta y providencias, y adecuaciones al proyecto, que permitan anticiparse, gestionar y controlar debidamente los impactos que el proyecto pueda generar en el futuro e inducir en todo momento al titular a dar cumplimiento a las condiciones de la RCA y las normas que la apliquen.

## **V. Antecedentes sobre conducta anterior del infractor**

Los criterios del artículo 40 LOSMA están íntimamente vinculados con la motivación y debida argumentación que debe realizar el Superintendente para escoger una sanción en detrimento de otra. En el caso, la falta de fundamentación respecto al criterio e) del artículo 40 LOSMA es manifiesta y se debe en gran medida a la forma en que la SMA configura agravantes y atenuantes como criterios para determinar la sanción específica.

Como se señaló anteriormente en torno a la procedencia del concurso infraccional, el modelo sancionatorio de la LOSMA no regula expresamente las agravantes y atenuantes como criterios para determinar la sanción, ni mucho menos establece ningún tipo de reglas destinadas a verificar qué sucede cuando hay concurrencia de agravantes, atenuantes o ambas. La única forma de conocer cómo afecta la conducta anterior del infractor en la determinación de la sanción es realizando la debida fundamentación, que es de carácter cualitativa y no cuantitativa.

El Tribunal concluye que en los términos en los cuales el Superintendente desarrolla el criterio de la conducta anterior contenido en el artículo 40 letra e) de la LOSMA no es suficiente para comprender de qué forma se concretaron las seis sanciones previas, en la elección de la multa como sanción específica y en el monto de ella, situación que conforma la falta de motivación que adolece la Resolución Exenta N° 477. Dicha falta de motivación deviene en que la actuación del Superintendente sea arbitraria.

## **VI. Solicitud de apertura de nuevos procesos sancionatorios**

El Tribunal rechaza este punto de reclamación, en tanto las denuncias alegadas ya habían sido materia de sanción por la COREMA de la Región de Atacama mediante Resolución Exenta N° 022, de 1 de febrero de 2011; la denuncia presentada ante la Dirección General de Aguas contra la Compañía por extracción no autorizada de aguas superficiales desde el río Estrecho consta en el expediente administrativo sancionatorio, y fue considerada para efectos de la formulación de cargos; sin embargo, no lo fue para aplicar la sanción, asunto que deberá ser considerado como un nuevo antecedente de la Compañía al momento de dictar la nueva resolución. Consta en la Resolución Exenta N° 159 que los antecedentes fueron remitidos al Juzgado de Letras de Turno de la ciudad de Vallenar para solicitar la aplicación de la multa máxima establecida en el artículo 179 del Código de Aguas, de modo que no procede abrir un nuevo proceso administrativo sancionador, en tanto los hechos están siendo conocidos en otra sede jurisdiccional.

## **VII. Falta de autorización previa del tribunal para las "medidas urgentes y transitorias" impuestas por la SMA**

En razón de los antecedentes, el Tribunal concluye que la *paralización de las faenas de construcción* decretada por la SMA, en la práctica, equivale a una *suspensión* de una autorización contenida en la RCA, que exige la autorización judicial previa por parte del Tribunal. Por tanto, la SMA incurrió en una ilegalidad al no solicitar autorización al Tribunal.

Sin embargo aquello, y en forma totalmente excepcional y en consideración al principio de conservación de los actos administrativos, no anulará la paralización decretada por la SMA.

## **VIII. Legalidad de las medidas urgentes y transitorias ordenadas por la SMA**

Concluye el Tribunal que no es efectivo que se trate de "medidas innominadas entregadas completamente al arbitrio y juicio de la empresa", pues están individualizadas en la resolución reclamada, detallándose la forma de su ejecución. Además fue constatado en terreno por el Tribunal, mediante el cumplimiento de la medida para mejor resolver, la utilidad de tales obras para resguardar posibles efectos ambientales negativos ante el retraso significativo de las obras comprometidas en la RCA para el manejo de las aguas superficiales.

El Tribunal rechaza este punto de la reclamación y se declara que las medidas urgentes y transitorias ordenadas por la SMA son legales.

### **IX. Falta de pronunciamiento sobre solicitudes realizadas por los reclamantes**

Estima el Tribunal que las resoluciones de la SMA a diversas solicitudes que como parte interesada del proceso sancionatorio hicieron a la SMA (entre ellas, la solicitud de recibir prueba testimonial, rechazar descargos de la Compañía, oficiar al SEA y servicios públicos con competencia ambiental para que informaren de procesos sancionatorios sectoriales, contratar una pericia o análisis económico a un auditor independiente para determinar beneficio económico de la Compañía por las infracciones cometidas) no cumplen con el estándar de motivación de los actos administrativos, pues adolecen de fundamentación. Además, considera que la SMA debiera tener una actitud más proclive a acoger las solicitudes de los reclamantes en materia probatoria, particularmente cuando puedan ser conducentes a aportar antecedentes sobre las circunstancias del artículo 40 LOSMA.

El Tribunal acoge parcialmente la pretensión, en el sentido que, al dictar la nueva resolución y para precisar la sanción específica que debe imponerse al infractor, el Superintendente deberá requerir y considerar los antecedentes individualizados por el reclamante, a fin de precisar y desarrollar la conducta anterior del infractor. Deberá tener presente, además, que la ley no circunscribe los antecedentes a considerar únicamente a los procesos sancionatorios ambientales, de modo que si quiere excluir algún antecedente deberá fundamentarlo.

### **X. Infracciones no sancionadas o tipificadas incorrectamente**

La SMA no puede sancionar un incumplimiento de la RCA (en el caso, el 8° y 9° de la RCA), contenido en la resolución impugnada y a la vez hacerlo adicionalmente conforme al artículo 35 letra c) de la LOSMA como un incumplimiento a una norma de emisión, pues violaría el principio non bis in ídem. Se rechaza la ilegalidad planteada por el reclamante.

### **XI. Calificación de incumplimientos a requerimientos de información de la SMA**

El Tribunal corrobora que la Compañía ha tenido, en general, un comportamiento habitual de incumplimiento a la normativa ambiental, que se hace evidente al constatar los incumplimientos de los requerimientos de la autoridad fiscalizadora, en particular de la Resolución Exenta N° 107 y del punto 9 del Acta de Inspección Ambiental de 29 de enero de

2013. Considera el Tribunal que existe prueba suficiente para concluir que la Compañía con su actuación, al menos, ha evitado el ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia. Se acoge lo solicitado por el reclamante y se ordena al Superintendente, que considere los hechos descritos para la calificación de estas infracciones al artículo 36 de la LOSMA, y luego determine fundadamente las sanciones correspondientes para cada una de ellas.

## **Resuelve**

Por lo tanto, el Tribunal acoge parcialmente las reclamaciones de Rubén Cruz Pérez y otros, de la Asociación Indígena "Consejo Comunal Diaguita de Guascoalto" y otros, y de Agrícola Santa Mónica Limitada y otra, en contra de la Resolución Exenta N° 477, dictada por el Superintendente del Medio Ambiente, por no conformarse ésta a la normativa vigente.

## Conclusiones

Son legitimados activos para reclamar contra una resolución sancionatoria de la SMA quienes hubieren tenido el carácter de interesado en un procedimiento administrativo sancionador y no hayan obtenido sus pretensiones, así como quienes habitan o desarrollan sus actividades dentro del área de influencia de un proyecto cuyo titular infringió instrumentos de gestión ambiental, en la medida que la fiscalización y sanción impuesta, tiene por objeto proteger los componentes ambientales necesarios para el desarrollo de actividades productivas aledañas y la salud de las personas que residen en el área de influencia.

Al reconocer el Tribunal la legitimación activa de las sociedades Agrícola Santa Mónica Limitada y Agrícola Dos Hermanos Limitada, de las Comunidades Indígenas Diaguitas y de los nueve regantes de la comuna de Alto del Carmen, ha sido coherente con el principio de acceso a la justicia ambiental, en atención a que nuestra legislación nacional ha reconocido su procedencia en el ámbito de afectación de derechos e intereses amplio.

En relación al estándar de motivación exigido, se estima que las decisiones de la administración deben expresar la motivación del acto administrativo, esto es, los fundamentos de hecho y derecho que lo justifican, y, en caso del ejercicio de potestades discrecionales, las circunstancias que influyen la opción por una solución concreta de entre las legalmente posibles, argumentos que permiten conocer a sus afectados y a la ciudadanía en general las razones de su adecuación a la finalidad que lo justifica.

A su vez, y respecto el estándar exigido al acto administrativo relativo al artículo 40 de la LOSMA, se sostiene que de la simple lectura de la resolución administrativa se debe comprender por qué el Superintendente optó por una sanción, y cómo los criterios del artículo 40 fueron utilizados para decidir esa sanción. Así, la fundamentación de una sanción menor o mayor, debiese explicar no solo las razones por las cuales la autoridad escogió dicha sanción sino que, además, debiera razonar porqué se descarta la imposición de la revocación.

Respecto la declaración de afectación a la calidad de elementos ambientales, en el caso, la calidad de las aguas superficiales y subterráneas, la motivación de la resolución sancionatoria exige de parte de la SMA que en caso de incumplirse instrumentos de gestión ambiental, debe, consecuentemente, determinarse cuál es el grado de afectación del componente, a efectos de fundamentar debidamente la sanción impuesta.

En cuanto la procedencia del denominado “concurso infraccional”, el Tribunal es enfático en declarar la improcedencia de esta figura penal en el modelo sancionatorio ambiental chileno, en tanto no existe remisión expresa a estas reglas. La misma conclusión arriba respecto contemplar las infracciones como circunstancias atenuantes y agravantes o la ponderación de éstas para determinar la sanción concreta, pues se estaría aplicando una regla inexistente.

Finalmente, es necesario tener en cuenta que las características del lugar donde se desarrollan los proyectos (en el caso, presencia de especies y ecosistemas fragmentados, frágiles, endémicos, junto con comunidades tradicionales de pequeños propietarios), exigen de la industria una responsabilidad acorde con la magnitud de las operaciones y la fragilidad del ambiente donde se insertan. Su localización en cabeceras de cuencas, con presencia de glaciares, cuyos servicios ambientales son utilizados aguas abajo por múltiples actividades, significa el doble desafío de proteger el entorno socio-cultural y los ecosistemas que sustentan las actividades económicas de los habitantes.

Teniendo presente el objetivo de desarrollo sustentable que nos hemos trazado como país, el desafío no solo consiste en extraer minerales de forma eficiente y rentable generando riqueza, trabajo y bienestar tanto a nivel local como nacional, sino además, proteger simultáneamente el ecosistema que contiene los recursos ambientales, evitando su deterioro y la pérdida del capital natural y social asociado.