

DIRECCIÓN EJECUTIVA

CCHEN (O) N°29/179/

ANT.: Su solicitud AU003T0000221 de
fecha 31 de octubre de 2018

Santiago, 22 de noviembre de 2018

Señor

Presente

Estimado

En el marco de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, informo a usted que la Comisión Chilena de Energía Nuclear, CCHEN, recibió la solicitud N° AU003T0000221, de fecha 31 de octubre de 2018, requiriendo la siguiente información:

"Nos gustaría revisar los siguientes documentos:

1. Acuerdo de Consejo N°2287/2018.
2. Recurso de reposición de SQM respecto a sus discrepancias sobre algunos límites establecidos y otras dudas relacionadas con el Acuerdo de Consejo N°2287/2018.
3. Resolución Exenta Asesoría Jurídica #070/2018"

En respuesta a su consulta, a continuación sírvase encontrar respuesta a sus requerimientos:

En cuanto al primer punto de su solicitud, informo a usted que el Acuerdo de Consejo Directivo N°2287/2018 se encuentra disponible en el sitio Web de esta institución. Para acceder a él, usted debe ingresar a nuestro sitio Web <http://www.cchen.cl>. Posteriormente, ingresar al menú Institución y luego al submenú Consejo Directivo, donde se encuentran las Actas de Acuerdos adoptados por el Consejo Directivo de nuestra institución. También puede ingresar al siguiente link, directamente: http://oirs.cchen.cl/directorio/index.php?option=com_content&task=view&id=922&Itemid=169

En cuanto a los puntos dos y tres de su consulta, en adjuntos remito a usted los documentos requeridos en formato pdf.

De no encontrarse conforme con la respuesta precedente, en contra de esta resolución, usted podrá interponer amparo a su derecho de acceso a la información ante el Consejo para la Transparencia dentro el plazo de 15 días hábiles, contados desde la notificación de la misma.

Saluda atentamente,



Mauricio Lichtemberg Villarroel
MAURICIO LICHTENBERG VILLARROEL
Director Ejecutivo (S)
Comisión Chilena de Energía Nuclear

GZP/gzp

EN LO PRINCIPAL: Interpone recurso de reposición. PRIMER OTROSÍ: En subsidio, interpone recurso jerárquico. SEGUNDO OTROSÍ: Acompaña documentos.



29 MAR. 2018

SR. DIRECTOR EJECUTIVO DE LA COMISIÓN CHILENA DE ENERGÍA NUCLEAR

12:45 HRS



Patricio De Solminihac Tampier, cédula de identidad [redacted] y Gonzalo Aguirre Toro, cédula de identidad N° [redacted] ambos en representación de SQM Salar S.A. ("SQM"), según consta en escritura pública que se acompaña en el segundo otrosí, todos domiciliados en calle El Trovador 4285, piso 6, comuna de Las Condes, a usted respetuosamente decimos:

Por medio del presente y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley N° 19.880, sobre Bases Generales del Procedimiento Administrativo (la "LBPA"), venimos en interponer recurso de reposición en contra de la Resolución Exenta Asesoría Jurídica N° 048/2018, de fecha 13 de marzo de 2018, en la cual se notifica el Acuerdo del Consejo Directivo N° 2287/2018 de la Comisión Chilena de Energía Nuclear ("CCHEN"), contenido en el mismo documento (la "Resolución"). Dicha Resolución se ha dictado en el marco del procedimiento administrativo de autorización de aumento de cuota para producción y comercialización de litio originada en carta de nuestra representada de fecha 9 de enero de 2018. Por la presente, pedimos a usted se sirva acoger a tramitación el presente recurso de reposición, darle la tramitación respectiva, y en definitiva conociendo de ella, ordene eliminar las condiciones establecidas en los numerales 1.19. y 1.20. de la Resolución, y rectificar o modificar las condiciones 1.4, 1.5, 1.10, 1.11 letra e), 1.13, 1.18, y 3 letra c) de la Resolución, en lo que se indica en cada caso de manera específica, manteniendo íntegramente la autorización y sus condiciones en todo aquello que no se impugna o se pide rectificar, por los siguientes antecedentes de hecho y fundamentos de derecho que pasamos a exponer.

La Resolución establece una serie de condiciones para autorizar la explotación y comercialización de litio solicitada por SQM. Ella se da en el marco de la "Modificación y fijación texto refundido y actualizado del contrato para proyecto en el salar de Atacama Corporación de Fomento de la Producción y SQM Potasio S.A. y otras" y la "Modificación y fijación texto refundido y actualizado del contrato de arrendamiento de pertenencias mineras OMA Corporación de Fomento de la Producción y SQM SALAR S.A. y otras", ambas celebradas con fecha 17 de enero de 2018, entre nuestra representada y CORFO (los "Contratos").

Handwritten signature and stamp of the Comisión Chilena de Energía Nuclear, Oficina de Partes, with handwritten number 27/160 and date 29 MAR. 2018.

Rectangular stamp with handwritten number 97 and date 3 ABR 2018, containing fields for A.J., FECHA, and TRAMITE.

Como desarrollaremos en este escrito, la Resolución contempla condiciones que, a nuestro juicio:

- (a) Tratándose de los numerales 1.19 y 1.20, se contienen condiciones que por una parte, no son posible cumplir por SQM y podrían generar incentivos en terceros para provocar la extinción de la autorización concedida en la Resolución, y por otra, no corresponden a las competencias y atribuciones otorgadas bajo la Ley N° 16.319 que crea CCHEN (la "Lev 16.319"); y
- (b) Respecto de los numerales 1.4, 1.5, 1.10, 1.11 en su letra e), 1.13, 1.18, y 3, letra c), existen imprecisiones, que vuelven difícil su aplicación y, en consecuencia, pensamos deben ser rectificadas o modificadas para que puedan ser compatibles con buenas prácticas y normas habituales en este tipo de materias y autorizaciones.

I. NUMERALES 1.9 Y 1.20 DE LA RESOLUCIÓN

1.1. Antecedentes. Descripción de las condiciones

La Resolución en sus numerales 1.19 y 1.20 dispone:

"1.19. En el caso de empresas filiales o relacionadas o distribuidoras de litio, SQM deberá establecer cláusulas contractuales con dichas empresas con el objeto de que se cumpla lo establecido en este precepto. SQM deberá notificar a CCHEN para su revisión y resolución si es que una parte o la totalidad de sus derechos sociales son transferidos a cualquier individuo o entidad controlada que pertenezca a un país que se encuentre vetado por la resolución de las Naciones Unidas, o de una empresa que pertenece a un país que suministre bienes no autorizados por resolución de las Naciones Unidas. Esto implicará la caducidad de la actual autorización y el inicio de un nuevo proceso de autorización por parte de la CCHEN. La presente autorización se otorga sin perjuicio de todas y cada una de las otras autorizaciones que, conforme a la legislación vigente, deban obtenerse para la explotación de sales de litio, sus derivados o compuestos".

"1.20. La autorización de la CCHEN se otorga bajo la expresa condición de que, si cualquier persona, directa o indirectamente (incluido a través de pactos de actuación conjunta o a través de joint ventures con terceros), por sí o por medio de personas relacionadas, persigue adquirir el control o una influencia decisiva en la empresa en los términos previstos en los artículos 97° y 99°, respectivamente, de la Ley N° 18.045, de Mercado de Valores, deberá contar en calidad de requisito previo a la materialización de la operación de que se trate, con la aprobación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, otorgada como resultado de un procedimiento

no contencioso, en virtud de los artículos 18° N°2 y 31° del Decreto Ley N° 211 de 1973, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción”.

Las condiciones citadas son, a nuestro juicio, contrarias a Derecho por los siguientes motivos:

- (i) Plantean dificultades para comprender cuál es la acción que administrativamente se solicita de nuestra representada, lo que redundaría en que se vuelvan impracticables.
- (ii) Escapan a la potestad autorizatoria de CCHEN, de acuerdo a su objeto o función y al status de los materiales de interés nuclear que motivan la Resolución; y
- (iii) CCHEN no puede invadir competencias de otros órganos públicos, evitando duplicidades y descoordinación en los términos de la Ley N° 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado (la “Ley 18.575”).

1.2. Dificultades de Comprensión de lo que Administrativamente se Dispone

Los numerales 1.19 y 1.20 presentan problemas en su formulación que las hacen impracticables. En el caso del numeral 1.20, la condición que se impone tiene los siguientes elementos:

- (i) Busca precaver el hecho de que un tercero distinto de SQM, directa o indirectamente, por sí o por medio de personas relacionadas persiga adquirir el control o una influencia decisiva en la misma, en los términos expresados por los artículos 97¹ y 99² de la Ley N° 18.045, de Mercado de Valores. Se

¹ “Artículo 97.- Es controlador de una sociedad toda persona o grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta que, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, participa en su propiedad y tiene poder para realizar alguna de las siguientes actuaciones:

a) Asegurar la mayoría de votos en las juntas de accionistas y elegir a la mayoría de los directores tratándose de sociedades anónimas, o asegurar la mayoría de votos en las asambleas o reuniones de sus miembros y designar al administrador o representante legal o a la mayoría de ellos, en otro tipo de sociedades, o

b) Influir decisivamente en la administración de la sociedad.

Cuando un grupo de personas tiene acuerdo de actuación conjunta para ejercer alguno de los poderes señalados en las letras anteriores, cada una de ellas se denominará miembro del controlador.

En las sociedades en comandita por acciones se entenderá que es controlador el socio gestor”.

² “Artículo 99.- Se entenderá que influye decisivamente en la administración o en la gestión de una sociedad toda persona, o grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta, que, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, controle al menos un 25% del capital con derecho a voto de la sociedad, o del capital de ella si no se tratare de una sociedad por acciones, con las siguientes excepciones:

a) Que exista otra persona, u otro grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta, que controle, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, un porcentaje igual o mayor;

b) Que no controle directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas más del 40% del capital con derecho a voto de la sociedad, o del capital de ella si no se tratare de una sociedad por acciones, y que simultáneamente

trata, en consecuencia, de un estándar imposible de garantizar por parte de SQM, una condición suspensiva que escapa completamente del control de nuestra representada, la que, por lo demás acarrea la grave sanción de extinción de la autorización, de acuerdo a lo establecido en los numerales 2 y 3 de la Resolución. En efecto, que "persiga adquirir el control" o una "influencia decisiva", no solo se refiere a acciones de terceros sobre las que nuestra representada no tiene control, sino que además extiende las acciones infraccionales desde las simples intenciones, tratativas iniciales, o reuniones exploratorias hasta las acciones ya explícitas en el mercado, lo que es sencillamente imposible de prever mucho menos controlar. Nos parece que una autorización tan importante como la que aquí se consigna no puede quedar sujeta ampliamente a la acción de terceros. Por otra parte, debe considerarse que los términos de esta condición, podrían incentivar a terceros a reclamar una búsqueda nominal del control o de influencia, para el sólo efecto de causar una posterior extinción de la autorización que concede la Resolución:

- (ii) Además, la autorización queda sujeta a la aprobación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, otorgada como resultado de un procedimiento no contencioso. Se trata de una condición que debe ser objetada en un doble sentido:
 - (a) Primero, porque el bien jurídico protegido por el Decreto Ley N° 211 ha sido entregada a una serie de órganos especializados, y en caso alguno a CCHEN. Si CCHEN se arrogara competencias en esta materia, infringiría el principio de jurisdicción constitucional (artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental);
 - (b) Segundo, porque junto con ser contraria a Derecho, es desproporcionada, puesto que su incumplimiento puede acarrear hasta la sanción de extinción de la autorización. La desproporcionalidad se vincula a la falta de racionalidad de la condición, la que escapa incluso al cumplimiento del estándar de máxima diligencia posible en la hipótesis planteada: la de informar o presentar los antecedentes ante la autoridad de libre competencia, cuestión que SQM ni siquiera puede hacer, puesto que -como se ha dicho- podría no saber que un tercero busca perseguir adquirir el control o cuántos terceros lo buscan. Por el contrario, el estándar exigido es el de aprobación, que

el porcentaje controlado sea inferior a la suma de las participaciones de los demás socios o accionistas con más de un 5% de dicho capital. Para determinar el porcentaje en que participen dichos socios o accionistas, se deberá sumar el que posean por sí solos con el de aquellos con quienes tengan acuerdo de actuación conjunta;

c) Cuando así lo determine la Superintendencia en consideración de la distribución y dispersión de la propiedad de la sociedad".

supera toda racionalidad y está completamente fuera de control de nuestra representada. Es esta desproporcionalidad la que podría llevar a la arbitrariedad de la condición, cuestión en la que estamos ciertos CCHEN no quiere incurrir. Existen diversas hipótesis bajo las cuales el Tribunal de la Libre Competencia podría no aprobar, sea por parámetros propios de la libre competencia (con total independencia de los bienes jurídicos que el ordenamiento prevé el cumplimiento de sus fines a CCHEN), por estimar del caso no referirse al tema, desestimar la legalidad, necesidad o mérito del procedimiento no contencioso, en suma, negar por cualquier razón la “aprobación” que la Resolución exige, extinguiendo de pleno derecho la autorización.

En el caso de la condición 1.19., se impone asimismo elementos que se escapan al debido comportamiento de nuestra representada, y que, además, la hacen difícilmente exigible:

- (i) Es el caso de la frase “*En el caso de empresas filiales o relacionadas o distribuidoras de litio, SQM deberá establecer cláusulas contractuales con dichas empresas con el objeto de que se cumpla lo establecido en este precepto*”. Se establece una obligación genérica para SQM que impacta no sólo en ella, sino que también en empresas relacionadas o distribuidoras, sobre lo cual SQM no tiene control. Por su parte, la referencia a “precepto” es confusa, ya que podría dar a entender la necesidad de notificar a CCHEN sobre, por ejemplo, la transferencia de acciones de SQM a personas que pertenezca a un país que se encuentre vetado por Naciones Unidas o la transferencia de acciones de un distribuidor de SQM a dichas personas. Si ello fuera así, se trataría de una condición que escapa completamente del control de nuestra representada y cuya infracción podría acarrear la extinción de la autorización. A lo anterior, como se verá, también se establece una sanción de “caducidad”;
- (ii) En efecto, esta condición establece la sanción especial de “*caducidad de la actual autorización*”, la cual se trata de una sanción adicional a las contempladas en los numerales 2 y 3 (suspensión y extinción). De acuerdo al artículo 61 letra a) de la LBPA, los actos administrativos no podrán ser revocados por el órgano que los hubiere dictado “*a) Cuando se trate de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente*”, que es lo que sucede en la especie. Por lo demás, CCHEN no está en su ley autorizada para imponer una sanción de esta magnitud, infringiéndose en consecuencia los principios de legalidad y tipicidad penal, contenidos en el artículo 19 N° 3, incisos 6°, 8° y 9°, de la Carta Fundamental.

1.3. La Potestad Autorizatoria de CCHEN y sus Límites

La 16.319 nace a la vida del derecho en 1965. La redacción actual del artículo 8° del referido cuerpo legal, que faculta a CCHEN para ejercer su potestad en la autorización de actos jurídicos relativos al litio, obedece a una modificación introducida mediante Decreto Ley N° 2886 de 1979. Dicho precepto legal dispone que:

“Por exigirlo el interés nacional, los materiales atómicos naturales y el litio extraídos, y los concentrados, derivados y compuestos de aquéllos y éste, no podrán ser objeto de ninguna clase de actos jurídicos sino cuando ellos se ejecuten o celebren por la Comisión Chilena de Energía Nuclear, con ésta o con su autorización previa. Si la Comisión estimare conveniente otorgar la autorización, determinará a la vez las condiciones en que ella se concede. Salvo por causa prevista en el acto de otorgamiento, dicha autorización no podrá ser modificada o extinguida por la Comisión ni renunciada por el interesado”.

Así, los elementos que limitan esta potestad de CCHEN son, en primer lugar, su objeto o función, y, en segundo lugar, la distinción entre materiales atómicos y materiales de interés nuclear.

1.3.1 Primer límite: el objeto o la función del órgano administrativo

La Constitución establece como regla habilitante para la actuación de los órganos de Estado, el respeto por el principio de competencia, la previa investidura regular y las formas establecidas por la ley. Así lo contempla expresamente el art. 7° de la Carta Fundamental que dispone:

“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.”

La referida regla constitucional es la base del estado de derecho, y guía cualquier actuación de los órganos del Estado, so pena de dicha actuación sea declarada nula. En lo que nos interesa, de acuerdo a la regla constitucional citada, el principio de competencia es fundamental.³

³ Por ejemplo, el profesor Luis Cordero identifica la vinculación positiva del accionar administrativo con el mandato constitucional y legal en los siguientes términos: “... la norma se puede erigir en el fundamento previo y necesario de una determinada acción, la cual, por lo tanto, sólo podrá realizarse válidamente en la medida en que la norma habilite al sujeto para ello...”. Cordero, Luis, *Lecciones de Derecho Administrativo*. Santiago. Thomson Reuters, 2015, p. 76.

En nuestro ordenamiento constitucional rige el principio de subsidiariedad del Estado, conforme al cual los privados tienen la libertad para desarrollar actividades económicas, cumpliendo con las normas legales que las regulan (art. 19 N° 21 CPR). Aquellas normas regulatorias de la actividad económica deben ser interpretadas, conforme a dicho principio, de manera que no perturben u obstaculicen dicha actividad (art. 19 N° 26 CPR). Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

“la regulación legal...no puede llegar a obstaculizar e impedir la ejecución de actos lícitos amparados por el derecho a desarrollar cualquier actividad económica. Esta idea ha sido destacada por Jose Luis Cea, señalando que “(...) es nítido que la Constitución quiere fomentar o promover la iniciativa privada, objetivo que sería irrealizable si el legislador estuviera facultado para dictar normas entrabantes”.⁴

Así, la potestad debe ser interpretada siempre a la luz de la competencia, es decir de acuerdo al ámbito específico de actuación del órgano administrativo, la que se encuentra, por cierto, acotada por el legislador.

Ese ámbito de actuación debe siempre estar dado por el objeto o finalidad del órgano administrativo, y aquel se encuentra generalmente establecido en la ley que crea dicho órgano. Así ocurre con CCHEN, que es creada mediante la Ley 16.319, en la que se establece con claridad cuál es su función u “objeto”. Dice el art. 3° de la referida ley:

“Artículo 3° El objeto de la Comisión será atender los problemas relacionados con la producción, adquisición, transferencia, transporte y uso pacífico de la energía atómica y de los materiales fértiles, fisionables y radioactivos.”

Como se lee claramente de la norma transcrita, el “objeto” – y por ende el ámbito de actuación- de CCHEN es “atender los problemas relacionados con la producción, adquisición, transferencia, transporte y uso pacífico” de los materiales y elementos señalados en el artículo 2° de la citada ley, entre ellos, el litio. Lo importante de esta disposición son los verbos que utiliza, porque ellos determinan los ámbitos en los que CCHEN puede intervenir.

Teniendo claro el ámbito de actuación del órgano administrativo, debemos revisar cual es la potestad asignada por la ley. Ella se encuentra expresamente establecida en el art. 8° de la citada ley, que señala:

⁴ STC RoJ N° 2644-2015, considerando 17°.

“Artículo 8°. Por exigirlo el interés nacional, los materiales atómicos naturales y el litio extraídos, y los concentrados, derivados y compuestos de aquéllos y éste, no podrán ser objeto de ninguna clase de actos jurídicos sino cuando ellos se ejecuten o celebren por la Comisión Chilena de Energía Nuclear, con ésta o con su autorización previa. Si la Comisión estimare conveniente otorgar la autorización, determinará a la vez las condiciones en que ella se concede. Salvo por causa prevista en el acto de otorgamiento, dicha autorización no podrá ser modificada o extinguida por la Comisión ni renunciada por el interesado.”

De acuerdo a la norma citada, se concede la potestad a CCHEN para autorizar los actos jurídicos relativos a los materiales atómicos naturales y el litio, de forma previa, pudiendo establecer las condiciones en que ella se concede. Dichas condiciones deben ser establecidas por CCHEN actuando dentro de su competencia. La pregunta entonces es si las condiciones 1.19 y 1.20 de la Resolución que ha establecido CCHEN en su calidad de órgano que autoriza los actos jurídicos relativos al litio, de conformidad al art. 8° de la Ley 16.319, son compatibles con las facultades que le son propias. Nuestra respuesta es negativa.

En efecto, respecto a la condición establecida en el numeral 1.20 de la Resolución, dicha exigencia no se aviene con el ámbito de competencia de CCHEN, excediéndolo, por cuanto el interés de terceros en la propiedad accionaria de SQM o de su matriz no puede relacionarse ni siquiera de manera indirecta con el mandato del artículo 8° en relación al artículo 3° de la Ley 16.319. Ello es aún más patente tratándose de materias relacionadas con la libre competencia, las cuales han sido encomendadas a una institucionalidad propia y específica.

En efecto, el impacto o eventual afectación a la libre competencia derivado de cambios en la propiedad accionaria de SQM o su matriz, en nada influyen con la producción, adquisición, transferencia y transporte del litio. Ello no quiere decir que SQM, su matriz o quienes se encuentren interesados en adquirir una cierta participación accionaria, no deban cumplir con dichas normas reguladoras, sino que éstas son de competencia y fiscalización de otros órganos del Estado (vgr. el Tribunal de la Libre Competencia, la Fiscalía Nacional Económica y/o la Comisión para el Mercado Financiero), de manera que CCHEN no puede contemplar exigencias en esta materia para otorgar su autorización. Lo anterior es de suma relevancia pues, de acuerdo al art. 5 de la Ley 18.575, los órganos del Estado *“deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de acciones”*. De esta manera, CCHEN no puede actuar en el ámbito de actuación o competencia de otros órganos del Estado.

Respecto a la condición establecida en el numeral 1.19 de la Resolución, el razonamiento es semejante y debe ser rechazado por dos razones. Primero, porque no existe interpretación posible de las competencias de CCHEN en el contexto del cumplimiento de sus funciones, bajo las cuales esta pueda imponer a SQM un deber de notificación para "su revisión y resolución" acerca de la transferencia parcial o total de acciones a cualquier persona natural o jurídica, sea que pertenezca o no a un país que se encuentre vetado por resolución de las Naciones Unidas. Segundo, porque se trata de una condición desproporcionada que escapa completamente al control de nuestra representada: en el hipotético evento que un accionista de SQM decidiera vender acciones en el mercado -cuestión que por cierto no está prohibida-, SQM no tendría capacidad alguna de anticipar o controlar quienes adquirirán las mismas. Lo anterior es aún más complejo tratándose de los distribuidores de SQM, ya que ésta, se vería expuesta a un incumplimiento que tal vez nunca conozca por no tener ni control ni -necesariamente- conocimiento, de quien podría llegar a adquirir una participación social o accionaria en dichos distribuidores. La condición así redactada, hace que en la práctica para SQM sea inviable vender sus productos mediante distribuidores, lo cual afecta no sólo su negocio, sino también su derecho a decidir cómo quiere desarrollarlo.

1.3.2. Segundo límite: status de los materiales de interés nuclear (litio) y la intensidad de las condiciones a fijar

El Decreto Ley N° 1557 de 1976, modificatorio de la Ley 16.319 incorporó una distinción relevante en dicha norma. Por un lado, estableció los materiales atómicos o nucleares naturales y, por el otro, los materiales de interés nuclear. Entre estos últimos se encuentra el litio.

El artículo 3° de la Ley 16.319 fija la competencia de CCHEN en el cumplimiento de su objeto, precisando su deber de:

"d) Fomentar, realizar o investigar, según corresponda y con arreglo a la legislación vigente, la exploración, la explotación y el beneficio de materiales atómicos naturales, el comercio de dichos materiales ya extraídos y de sus concentrados, derivados y compuestos, el acopio de materiales de interés nuclear, y la producción y utilización, con fines pacíficos, de la energía nuclear en todas sus formas, tales como su aplicación a fines médicos, industriales o agrícolas y la generación de energía eléctrica y térmica".

Se trata entonces de una distinción relevante puesto que otorga un estatus distinto a los materiales de interés nuclear -menos estricto- que aquel que establece respecto de los materiales atómicos naturales. Este estatus distinto, limita ciertamente a CCHEN en el ejercicio de sus competencias autorizatorias: deben serlo con una menor intensidad

regulatoria *vis a vis* el estatuto más restrictivo que el legislador otorga a los materiales atómicos o nucleares naturales. En efecto, cuando el Decreto Ley N° 2286 de 1979 incluye el litio en el artículo 8° de la Ley 16.319 lo hace bajo este contexto, sin que el decreto ley referido modifique la distinción entre ambos tipos de materiales.

1.4. CCHEN Debe Limitarse a Actuar Dentro de su Competencia y No Puede Invasión Competencias de Otros Órganos Públicos

Junto con el deber de someter su accionar a los artículos 6° y 7°, que delimita con claridad su apego al principio de supremacía constitucional y de competencia en su actuación, la Ley 18.575 establece una serie de limitaciones bajo las cuales se enmarca el actuar administrativo. El artículo 2° del referido cuerpo legal reitera los lineamientos constitucionales antes descritos.⁵

Pero junto con ello, una serie de preceptos buscan evitar el desborde de los distintos órganos estatales que intervienen en un determinado asunto, evitando duplicidades y que se lesione el principio de coordinación administrativa (art. 5 inc. 2 Ley 18.575).⁶ Por lo demás, en esta materia, Contraloría General de la República, resolviendo una reconsideración de CCHEN, ha remarcado la obligación de ésta y otros órganos administrativos a observar dicho principio de coordinación.⁷

Asimismo, los órganos públicos deben mantenerse con estricto apego a su campo de competencia y propendiendo a la coordinación, y la eficiencia y eficacia en sus actuaciones (art. 3°, inc. 2 Ley 18.575).⁸

En este contexto, la actuación de CCHEN, debe apearse estrictamente en el ejercicio de sus potestades autorizatorias, al marco que rige su actuación y bajo los límites que han sido descritos en esta presentación. Ello implica a su vez, no invadir la competencia de otros órganos estatales, por ejemplo, los de CORFO en materia de negociación contractual, los del

⁵ Artículo 2°: "Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes".

⁶ Artículo 5, inciso segundo: "Los órganos de la Administración del Estado deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones".

⁷ En efecto, en Dictamen N° 60.358-2016, de 16 de agosto de 2016, sostuvo la necesidad de relacionarse entre los Ministerios de Energía (al cual está adscrito CCHEN, siendo el Ministro de la cartera su superior jerárquico) y el Ministerio de Salud, debiendo "ponderar la adopción de las medidas necesarias para adecuar los decretos... de modo de resguardar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, de evitar los conflictos de competencia que se suscitan en la materia y hacer efectivo el principio de coordinación que acorde al inciso segundo del artículo 5° de la ley N° 18.575 rige a los órganos de la Administración del Estado, el cual les impone la obligación de actuar coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones".

⁸ Artículo 3°, inciso segundo. "La Administración del Estado deberá observar los principios de... eficiencia, eficacia, coordinación...".

Tribunal de la Libre Competencia o de la Fiscalía Nacional Económica, en materias de libre competencia o los de la Comisión para el Mercado Financiero, en materia de adquisición de control u obtención de influencia decisiva en una sociedad⁹.

II. NUMERALES 1.4, 1.5, 1.10, 1.11 LETRA E), 1.13, 1.18, Y 3 LETRA C) DE LA RESOLUCIÓN

- (i) *“1.4. Antes del 31 de diciembre del año 2018, SQM deberá presentar a CCHEN estudios consistentes y complementarios con los estudios de reservas de las pertenencias mineras OMA que realizará el Comité de Minería No Metálica y/o CORFO”.*

A este respecto, conviene tener presente que SQM ya entregó a CCHEN el informe “Evaluación de Recursos de Litio y Potasio en el Salar de Atacama” el día 30 de enero del 2017, de acuerdo a todos los requerimientos de CCHEN. Además, bajo la Resolución SQM tiene la obligación de realizar actualizaciones de dicho informe cada 5 años. Por otra parte, aún cuando se considerara que SQM debe presentar nuevamente el informe, ello supondría varios problemas prácticos como por ejemplo, el que SQM deba presentar estudios consistentes con un estudio que todavía no conoce y que por lo mismo, el plazo para presentar dicho informe, podría no ser suficiente o adecuado, si el estudio que realizará el Comité de Minería No Metálica fuere presentado pocos meses antes de la fecha que ha dispuesto CCHEN.

- (ii) *“1.5. SQM se obliga a asegurar reservas estratégicas, económicamente extraíbles, para el Estado de Chile de al menos 215.000 toneladas de LME para finales del periodo de autorización, refrendadas por la RCA vigente”.*

En este ámbito, por razones de certeza jurídica, sugerimos precisar que las reservas que nuestra representada se puede obligar a asegurar debieran estar en el área que le está permitido explotar conforme a la RCA que esté vigente, o aquellas RCAs que la puedan modificar, complementar o reemplazar.

- (iii) *“1.10. La caracterización química de las salmueras, para los efectos de control de litio neto extraído y cálculo de la eficiencia, será realizada sobre la base de tres muestras, cuyo procedimiento de toma de muestra y muestreo*

⁹ Por ejemplo, en Dictamen N° 72.927-2015, de 11 de septiembre de 2015, la Contraloría General de la República sostuvo que: *“Por las razones anotadas y en consideración al principio de juridicidad consagrados en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, y 2° de la ley N° 18.575, no corresponde que la CCFIEN dicte una norma de general aplicación que precise cuáles son las atribuciones con que cuentan tanto esa entidad como la autoridad sanitaria en las materias referidas, pues ello está fuera del ámbito de las facultades que el ordenamiento le confiere”.*

será efectuado por una persona independiente de SQM y CCHEN, una de ellas será analizada en los laboratorios de la Comisión, la otra en los laboratorios de SQM. De existir una discrepancia superior al 10% será analizada por un laboratorio independiente acordado previamente por las partes”.

Dado que la condición transcrita no deja en claro la periodicidad requerida para la realización de tales muestras, proponemos a usted la siguiente redacción:

1.10. CCHEN tendrá la facultad de realizar muestreos de salmuera extraída, cuando estime conveniente, con el objeto de verificar la caracterización química de las salmueras. Este control será realizado sobre la base de muestras por cada punto de control ambiental, cuyo procedimiento de toma de muestra será efectuado de acuerdo a los estándares de la industria, por una persona independiente de SQM y CCHEN, debiendo una de dichas muestras analizarse en los laboratorios de CCHEN y otra en los laboratorios de SQM. De existir discrepancias en la caracterización química superiores al 10%, la tercera muestra será analizada por un laboratorio independiente acordado previamente por las partes.

- (iv) *“1.11. La empresa deberá entregar, a más tardar al 31 de diciembre de 2023 y al 31 de diciembre de 2028 respectivamente, y a través de terceros independientes, validados por la Comisión, un estudio completo de las pertenencias en el Salar de Atacama, firmada por un QP, el cual deberá contener, a lo menos, lo siguiente: ... e) Con la información de las concentraciones de litio y potasio de los pozos y de las exploraciones ya efectuadas, confeccionar curvas de isopleyas y de distribución espacial de las concentraciones de Litio o los que la CCHEN solicite y calcular la concentración media ponderada de esos elementos en las pertenencias y...”.*

La información entregada por SQM debe limitarse al litio como se desprende correctamente de la primera frase de la letra e). SQM no tendría inconvenientes en entregar además información relativa al potasio. Por el contrario, las frases “o los que la CCHEN solicite” y “de esos elementos”, podrían mal interpretarse, en el sentido de que se consideren en el análisis, minerales adicionales al litio o al potasio, que no estén siendo medidos por SQM, de los que no se disponga o sea factible su medición, lo que estimamos debe ser descartado porque ello abarcaría materias que no son parte de la

competencia de CCHEN, de acuerdo a lo desarrollado en las secciones 1.2 y 1.4 de este escrito.

- (v) *“1.13. La venta o enajenación a cualquier título de salmueras de litio, cualquiera sea su concentración, requiere de una autorización excepcional del Consejo Directivo de CCHEN, por lo que será requisito elevar previamente una solicitud formal a CCHEN”.*

Considerando que, en los Contratos, en el espíritu de promover las iniciativas de I+D en torno al proceso extractivo del litio por parte de SQM, abriendo la posibilidad de introducir mejoras tecnológicas, medioambientales y de eficiencia al mismo, se consideró la posibilidad de que 50 toneladas de salmueras de litio pudieran ser enviadas por SQM en cada año como muestras para fines técnicos. En consecuencia, creemos necesario y así lo solicitamos, se considere autorizar el envío de dichas muestras, sin la necesidad de un permiso especial distinto del Procedimiento para las Solicitudes de Venta de Litio y su Control que se encuentre vigente, todo ello, en concordancia además con la cláusula 22 de la Modificación y fijación texto refundido y actualizado del contrato para proyecto en el salar de Atacama.

- (vi) *“1.18 La empresa se compromete a no exportar litio producido en Chile, en ninguna de sus formas químicas, a Estados que, en virtud de alguna medida adoptada, a través del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, estén privados de recibir bajo cualquier forma de transferencia, materiales de uso dual como es el litio. Esta misma restricción rige para las empresas filiales o relacionadas y distribuidoras que vendan litio a usuarios finales.”*

Dado que SQM no está en condiciones de garantizar el cumplimiento de los distribuidores que vendan litio a usuarios finales, pero sí puede requerir de dichos distribuidores que se obliguen a respetar tal condición, solicitamos modificar esta condición para que refleje tal circunstancia y SQM deba exigir en los contratos con los distribuidores que éstos se obliguen a implementar la restricción.

- (vii) *“3. De las sanciones... c) Sólo serán causales de extinción del presente acuerdo las faltas establecidas a continuación... La caducidad o revocación de la RCA que sustenta esta autorización, sin perjuicio de la autorización de ventas para los productos ya extraídos y producidos”.*

En este punto específico, de la letra c) de la condición 3, por razones de certeza jurídica, estimamos necesario aclarar que la RCA referida sea

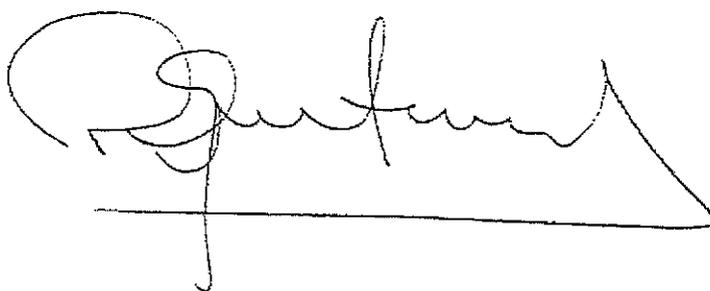
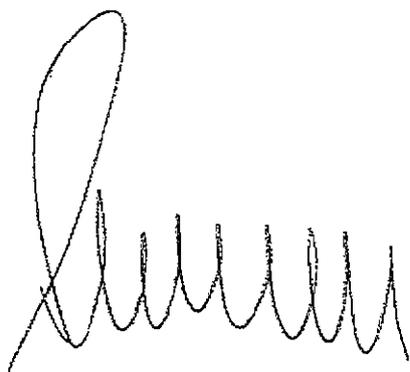
considerada la RCA actualmente o aquellas RCAs que la puedan modificar, complementar o reemplazar.

POR TANTO

PEDIMOS RESPETUOSAMENTE A USTED, tener por interpuesto el recurso de reposición administrativa, en contra de la Resolución Exenta Asesoría Jurídica N° 048/2018, de fecha 13 de marzo de 2018, en la cual se notifica el Acuerdo del Consejo Directivo N° 2287/2018, contenido en el mismo documento, acogerlo a tramitación, y en definitiva, enmiende el acto administrativo recurrido, eliminando las condiciones 1.19 y 1.20, y rectificando las condiciones 1.4, 1.5, 1.10, 1.11 letra e), 1.13, 1.18, y 3 letra c), en los términos expuestos, manteniendo a firme el resto de la autorización.

PRIMER OTROSÍ: En subsidio de lo anterior, esto es, para el improbable evento que usted no acoja el recurso de reposición interpuesto en lo principal de esta presentación, pedimos se sirva tener por interpuesto recurso jerárquico del artículo 53 de la LBPA, en contra de la Resolución Exenta Asesoría Jurídica N° 048/2018, de fecha 13 de marzo de 2018, en la cual se notifica el Acuerdo del Consejo Directivo N° 2287/2018, contenido en el mismo documento, ante el superior jerárquico en el Ministerio de Energía que corresponda, en razón de los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en lo principal de esta presentación, los que por motivos de economía procesal solicitamos se tengan por íntegramente reproducidos en esta parte, para que dicha autoridad enmiende con arreglo a derecho la resolución impugnada eliminando las condiciones 1.19 y 1.20 y rectificando las condiciones 1.4, 1.5, 1.10, 1.11 letra e), 1.13, 1.18, y 3 letra c), en los términos expuestos, manteniendo a firme el resto de la autorización.

SEGUNDO OTROSÍ: Solicitamos a usted tener por acompañada la copia de la escritura pública de fecha 26 de octubre de 2017, otorgada en la notaría de Santiago de doña María Soledad Santos Muñoz, en la cual consta nuestra personería para representar a SQM Salar S.A.



RESOLUCIÓN EXENTA ASESORÍA JURÍDICA N° 070/2018
Santiago, 26 de abril de 2018

VISTOS:

- a) Lo establecido en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República de Chile;
- b) Lo dispuesto en la Ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado;
- c) Lo dispuesto en la Ley N° 19.880, Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado;
- d) Lo establecido en la Ley N° 16.319, que Crea la Comisión Chilena de Energía Nuclear;
- e) Lo dispuesto en los artículos 1°, 2° literal c), 26°, 27°, 28°, 30° literal d) y 34° del decreto ley 1.557, de 1976, del Ministerio de Minería;
- f) Lo dispuesto en el decreto ley N° 2.886 de 1979;
- g) La Resolución Exenta N° 1056/2017, que delega facultades al Sr. Director Ejecutivo de la CCHEN; y
- h) La Resolución N° 1.600, de la Contraloría General de la República.

CONSIDERANDO:

1. Que, con fecha 08 de marzo de 2018, esta Comisión, mediante el Acuerdo de Consejo Directivo N° 2287/2017, autorizó a la empresa SQM Salar S.A. —en adelante la empresa o SQM—, cuota de extracción de litio desde Salar de Atacama para procesar y vender; poniendo así fin al procedimiento administrativo iniciado por dicha empresa con fecha 09 de enero de 2018.
2. Que, dicho Acuerdo de Consejo se encuentra contenido en la Resolución Exenta de Asesoría Jurídica de CCHEN N° 048/2018, de fecha 13 de marzo de 2018.
3. Que, con fecha 29 de marzo de 2018, y estando dentro del plazo legalmente establecido para ello, la empresa SQM, en lo principal, ha interpuesto recurso de reposición solicitando que se sirva a acoger a tramitación dicho recurso, darle la tramitación respectiva, y en definitiva conociendo de ella, ordene eliminar las condiciones establecidas en los numerales 1.19. y 1.20. de la Resolución, y rectificar o modificar las condiciones 1.4., 1.5., 1.10., 1.11. letra e), 1.13., 1.18., y 3 letra c) de la Resolución, en lo que se indica en cada caso de manera específica, manteniendo íntegramente la autorización y sus condiciones en todo aquello que no se impugna o se pide rectificar.
4. Que, los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho esgrimidos por la empresa son los siguientes:
 - a) Respecto los numerales 1.19. y 1.20., se establece que se trata de condiciones que no son posibles de cumplir por SQM y podrían generar incentivos en terceros para provocar la extinción de la autorización concedida en la Resolución, y por otra, no corresponde a las competencias atribuciones otorgadas bajo la Ley N° 16.319, que crea a las CCHEN.
 - b) A mayor ahondamiento, se establece que las condiciones citadas son contrarias a derecho por los siguientes motivos:

RESOLUCIÓN EXENTA ASESORÍA JURÍDICA N° 070/2018
Santiago, 26 de abril de 2018

- Plantean dificultades para comprender cuál es la acción que administrativamente se solicita por parte de la empresa, lo que redundaría en que se vuelvan impracticables.

En lo que respecta al numeral 1.20. busca precaver el hecho de que un tercero distinto de SQM, directa o indirectamente por sí o por medio de personas relacionadas persiga adquirir el control o una influencia decisiva en la misma, en los términos expresados por los artículos 97° y 99° de la ley N° 18.045, del Mercado de Valores. Se trata, en consecuencia de un estándar imposible de garantizar por parte de SQM, una condición suspensiva que escapa completamente el control de la empresa, la que, por lo demás acarrea la grave sanción de extinción de la autorización, de acuerdo lo establecido los numerales 2 y 3 de la Resolución. En efecto, que "persiga adquirir el control" o una "influencia decisiva", no sólo se refiere a acciones de terceros sobre las que SQM no tiene control, sino que además se extiende en las acciones infraccionales desde las simples intenciones, tratativas iniciales, o reuniones exploratorias hasta las acciones ya implícitas en el mercado, lo que es sencillamente imposible de prever mucho menos controlar.

Además de lo anterior, la autorización queda sujeta a la aprobación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, otorgada como resultado un procedimiento no contencioso, tratándose de una condición que debe ser objetada en un doble sentido: (i) el primero, porque el bien jurídico protegido por el decreto ley N° 211 ha sido entregada a una serie de órganos especializados, y en caso alguno a CCHEN, no pudiendo ésta arrogarse competencias en esta materia, ya que infringiría el principio de jurisdicción constitucional (artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental); y (ii) segundo, porque junto con ser contraria a derecho, es desproporcionada, puesto que su incumplimiento puede acarrear hasta la sanción de extinción de la autorización. La desproporcionalidad se vincula a la falta de racionalidad de la condición, la que escapa incluso al cumplimiento del estándar de máxima diligencia posible en la hipótesis planteada: la de informar o presentar los antecedentes ante la autoridad de libre competencia, cuestión que SQM ni siquiera puede hacer, puesto que podría no saber que un tercero busca perseguir adquirir el control o cuántos terceros lo buscan. Por el contrario, el estándar exigido es el de aprobación, que supera toda racionalidad y está completamente fuera de control de la empresa. Es esta desproporcionalidad la que podría llevar a la arbitrariedad de la condición. Existen diversas hipótesis bajo las cuales el Tribunal de la Libre Competencia podría no aprobar, sea por parámetros propios de la libre competencia (con tal independencia los bienes jurídicos que el ordenamiento prevé el cumplimiento de sus fines a CCHEN), por estimar del caso no referirse al tema, desestimar la legalidad, necesidad o mérito del procedimiento no contencioso, en suma, negra por cualquier razón la "aprobación" que la Resolución exige, extinguiendo de pleno derecho la autorización.

En el caso de la condición 1.19., se impone asimismo elementos que se escapan al debido comportamiento de SQM, y que, además la hacen difícilmente exigible: (i) es el caso de la frase "*En el caso de empresas filiales o relacionadas o distribuidoras de litio, SQM deberá establecer cláusulas*

RESOLUCIÓN EXENTA ASESORÍA JURÍDICA N° 070/2018

Santiago, 26 de abril de 2018

contractuales con dichas empresas con el objeto de que se cumple lo establecido en este precepto". Se establece una obligación genérica para la empresa que impacta no sólo en ella, sino que también en empresas relacionadas o distribuidoras, sobre lo cual ésta no tiene control. Por su parte, la referencia a "precepto" es confusa, ya que se podría dar entender la necesidad de notificar a la Comisión sobre, por ejemplo, la transferencia de acciones de SQM a personas que pertenezcan a un país que se encuentre vetado por Naciones Unidas o la transferencia de acciones de un distribuidor de la empresa a dichas personas. Si ello fuera así, se trataría de una condición que escapa completamente del control de la empresa y cuya infracción podría acarrear la extinción de la autorización; (ii) en efecto, esta condición establece la sanción especial de "caducidad de la actual autorización", la cual se trata de una sanción adicional a las contempladas en los numerales 2 y 3 (suspensión y extinción). De acuerdo al artículo 61° letra a) de la LBPA, los actos administrativos no podrán ser revocados por el órgano que los hubiere dictado "a) Cuando se trate de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente", que es lo que sucede en la especie. Por lo demás, CCHEN no está en su ley autorizada para imponer una sanción de esta magnitud, infringiéndose en consecuencia los principios de legalidad y tipicidad penal, contenidos en los artículos 19° N° 3, incisos sexto, octavo y noveno, de la Carta Fundamental.

- Escapan a la potestad de CCHEN, de acuerdo su objeto o función y al estatus de los materiales de interés nuclear que motivan la Resolución. La ley N° 16.319 nace a la vida del derecho en 1965. La redacción actual de su artículo 8°, el cual faculta a CCHEN para ejercer su potestad en la autorización de actos jurídicos relativos al litio, obedece una modificación introducida mediante decreto ley N° 2.886 de 1979, en virtud del cual los elementos que limitarían la potestad de la Comisión son, en primer lugar, su objeto o función, y, en segundo lugar, la distinción entre materiales atómicos y materiales de interés nuclear.

- i. En cuanto al objeto o la función del órgano administrativo, la Constitución establece como regla habilitante para la actuación de los órganos de la administración del Estado, el respeto por el principio de competencia, la previa investidura regular y las formas establecidas por la ley. Así lo contempla expresamente su artículo 7° el cual señala que "*Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia de la forma que prescriba la ley*". La referida regla constitucional es la base del Estado de derecho, y guía cualquier actuación de los órganos del Estado, so pena de que dicha actuación sea declarada nula.

Luego, en nuestro ordenamiento constitucional rige el principio de subsidiariedad del Estado, conforme al cual los privados tienen la libertad para desarrollar actividades económicas, cumpliendo con las normas legales que las regulan (artículo 19° N° 21 CPR). Aquellas normas regulatorias de la actividad económica deben ser

RESOLUCIÓN EXENTA ASESORÍA JURÍDICA N° 070/2018

Santiago, 26 de abril de 2018

interpretadas, conforme a dicho principio, de manera que no perturben u obstaculicen dicha actividad. Así, la potestad debe ser interpretada siempre la luz de la competencia, es decir de acuerdo al ámbito específico de actuación del órgano imitativo, la que se encuentra, por cierto acotada por el legislador. Ese ámbito de actuación debe siempre estar dado por el objeto final del órgano imitativo, ya que él se encuentra generalmente establecido en la ley que crea dicho órgano. Así ocurre con la CCHEN, donde el artículo 3 de la Ley N° 16.319 establece que *"El objeto de la comisión será atender los problemas relacionados con la producción, adquisición, transferencia, transporte y uso pacífico de la energía atómica y de los materiales fértiles fisiónables y radiactivos."*, leyéndose claramente de la norma transcrita que el objeto, y por ende el ámbito de actuación de la Comisión, es atender los problemas relacionados con la producción, adquisición, transferencia, transporte y uso pacífico de los materiales y elementos señalados en el artículo 2° de la citada ley, entre ellos, el litio. Lo importante de esta disposición son los verbos que utiliza, porque ellos determinan los ámbitos en los que CCHEN puede intervenir.

Analizado lo anterior se debe realizar cuál es la potestad asignada por ley a la Comisión, la que se encuentra expresamente establecida en el artículo 8° de la citada ley, la cual concede la potestad para autorizar los actos jurídicos relativos a los materiales atómicos naturales y el litio, de forma previa, pudiendo establecer las condiciones en que ella se concede. Dichas condiciones deben ser establecidas por la Comisión actuando dentro de su competencia. La pregunta entonces es y las condiciones 1.19. y 1.20. De la Resolución son compatibles con las facultades que le son propias. Nuestra respuesta es negativa.

En efecto, respecto la condición establecida en el numeral 1.20., dicha exigencia no se hablan con el ámbito de competencia de la Comisión, excediéndolo, por cuanto el interés de terceros en la propiedad accionaria de SQM o de su matriz no puede relacionarse ni siquiera de manera indirecta con el mandato del artículo 8° en relación al artículo 3° de la Ley N°16.319. Ello es aún más patente tratándose de materias relacionadas con la libre competencia, las cuales han sido encomendadas a una institucionalidad propia y específica.

El impacto eventual afectación a la libre competencia derivado de cambios en la propiedad accionaria de la empresa o de su matriz, en nada influyen con la producción, adquisición, transferencia transporte del litio. Ello no quiere decir que SQM , su matriz o quienes encuentran interesados en adquirir una cierta participación accionaria, no deban cumplir con dichas normas reguladoras, sino que éstas son de competencia fiscalización de otros órganos del Estado, de manera que CCHEN no puede contemplar exigencias en esta materia para otorgar su autorización. Lo anterior es de suma relevancia pues, de acuerdo al artículo 5° de la Ley N° 18.575, los órganos del Estado *"deberán cumplir su cometido coordinadamente y propender a la*

RESOLUCIÓN EXENTA ASESORÍA JURÍDICA N° 070/2018

Santiago, 26 de abril de 2018

unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de acciones". De esta manera, CCHEN no puede actuar en el ámbito de actuación o competencia de otros órganos del Estado.

Respecto a la condición establecida en el numeral 1.19. de la Resolución, el razonamiento semejante debe ser rechazado por dos razones. Primero, porque no existe interpretación posible de las competencias de la Comisión en el contexto del cumplimiento de sus funciones, bajo las cuales ésta pueda imponer a la empresa un deber de notificación para "su revisión y resolución" acerca de la transferencia parcial o total de acciones a cualquier persona natural o jurídica, sea que pertenezcan o un país que se encuentra vetado por resolución de las Naciones Unidas. Segundo, porque se trata de una condición desproporcionada que escapa completamente control de la empresa. La condición así redactada, hace que en la práctica para SQM sea inviable vender sus productos mediante distribuidores, lo cual afecta no sólo su negocio, sino también su derecho a decidir cómo quiere desarrollarlo.

- ii. En cuanto al estatus de los materiales de interés nuclear "el litio" y la intensidad de las condiciones a fijar, el decreto ley N° 1.557 de 1976, modificatorio de la Ley N° 16.319, incorporó una distinción relevante en dicha norma. Por un lado, estableció los materiales atómicos o nucleares naturales y, por el otro lado, los materiales de interés nuclear. Entre estos últimos se encuentra el litio.

El artículo 3° de la Ley N° 16.319 fija la competencia de la Comisión en el cumplimiento de su objeto, precisando su deber de: *"d) fomentar, realizar o investigar, según corresponda y con arreglo a la legislación vigente, la exploración, la explotación y el beneficio de materiales atómicos naturales, el comercio de dichos materiales que extraídos y de sus concentrados, derivados y compuestos, el acopio de materiales de interés nuclear, y la producción y utilización, con fines pacíficos, de la energía nuclear en todas sus formas, tales como su aplicación a fines médicos, industriales o agrícolas y la generación de energía eléctrica y térmica".* Se trata entonces de una distinción relevante puesto que otorga un estatus distinto a los materiales de interés nuclear que aquel que establece respecto de los materiales atómicos naturales. Este estatus distinto, limita ciertamente a la CCHEN en el ejercicio de sus competencias autorizatorias: deben hacerlo con una menor intensidad regulatoria *vis a vis* el estatus más estricto que el legislador otorga los materiales atómicos o nucleares naturales. En efecto, cuando el decreto ley N° 2.286 de 1979 incluye litio en el artículo 8° de la Ley N° 16.319 lo hace bajo este contexto, sin que el decreto ley referido modifique la distinción entre ambos tipos de materiales.

- CCHEN no puede invadir competencias de otros órganos públicos, evitando duplicidades y descoordinación en los términos de la Ley N° 18.575. Junto con

RESOLUCIÓN EXENTA ASESORÍA JURÍDICA N° 070/2018

Santiago, 26 de abril de 2018

el deber de someter su acción a los artículos 6° y 7°, que delimita con claridad su apego principio de supremacía constitucional y de competencia en su actuación, la Ley N° 18.575 establece una serie de limitaciones bajo las cuales se enmarca el actuar administrativo. El artículo 2° del referido cuerpo legal reitera los lineamientos constitucionales antes descritos.

Pero junto con ello, una serie de preceptos buscan evitar el desborde de los distintos órganos estatales que intervienen en un determinado asunto, evitando duplicidades y que se lesione el principio de coordinación administrativa (artículo 5°, inciso segundo, Ley N° 18.575). Por lo demás, en esta materia, la Contraloría General de la República, resolviendo una reconsideración de CCHEN, ha remarcado la obligación de ésta y otros órganos administrativos a observar dicho principio de coordinación.

Asimismo, los órganos públicos debe mantenerse con estricto apego a su campo de competencia y propendiendo a la coordinación, y la eficiencia y eficacia de sus actuaciones (artículo 3°, inciso segundo, Ley N° 18.575).

En este contexto, las actuaciones de la Comisión, deben apegarse estrictamente en el ejercicio de sus potestades autorizatorias, al marco que rige su oposición y bajo los límites que se han señalado. Ello implica a su vez, no invadir la competencia de otros órganos estatales, por ejemplo, CORFO en materia de negociación contractual, los del Tribunal de la Libre Competencia o de la Fiscalía Nacional Económica, en materias de libre competencia con los de la Comisión para el Mercado Financiero, en materia de adquisición de control u obtención de influencia decisiva en una sociedad.

c) Respecto los numerales 1.4., 1.5., 1.10., 1.11. letra e), 1.13., 1.18. y 3 letra c) de la Resolución, se establece lo siguiente:

i. *"1.4. Antes del 31 diciembre del año 2018, SQM deberá presentar a CCHEN estudios consistentes y complementarios con los estudios de reservas de las pertenencias mineras OMA que realizará el Comité de Minería no Metálica y/o CORFO".*

A este respecto, conviene tener presente que la empresa ya entregó a la Comisión el informe "Evaluación de Recursos del Litio y Potasio en el Salar de Atacama" el día 30 enero del 2017, de acuerdo a todos los requerimientos de CCHEN. Además, bajo la Resolución, SQM tiene la obligación de realizar actualizaciones de dicho informe cada cinco años. Por otra parte, aun cuando se considera que SQM debe presentar nuevamente el informe, ello supondría varios problemas prácticos como por ejemplo, el que la empresa debe presentar estudios consistentes con un estudio que todavía no conoce y que por lo mismo, el plazo para presentar dicho informe, podría no ser suficiente o adecuado, si el estudio que realizará el Comité de minería no metálica fue representado pocos meses antes de la fecha que ha dispuesto CCHEN.

ii. *"1.5. SQM se obliga a asegurar reservas estratégicas, económicamente extraíble es, para el Estado de Chile de al menos 215.000 toneladas de LME para finales del periodo de autorización, refrendadas por la RCA vigente".*

RESOLUCIÓN EXENTA ASESORÍA JURÍDICA N° 070/2018

Santiago, 26 de abril de 2018

En este ámbito, por razones de certeza jurídica, se sugiere precisar que las reservas que la empresa se debe obligar asegurar que están en el área que le está permitido explotar conforme a la RCA vigente, o aquellas RCAs que la pueda modificar, complementar o reemplazar.

- iii. *"1.10. La caracterización química de la salmuera es, para los efectos de control de litio neto extraído y cálculo de la eficiencia, será realizada sobre las bases de tres muestras, cuyo procedimiento de toma de muestra y muestreo será efectuado por una persona independiente de SQM y CCHEN, una de ellas será analizada en los laboratorios de la Comisión, la otra en los laboratorios de SQM. De existir una discrepancia superior al 10% será analizada por un laboratorio independiente acordado previamente por las partes".*

Dado que la condición transcrita no deja en claro la periodicidad requerida para la realización de tales muestras, la empresa propone la siguiente redacción: 1.10. CCHEN tendrá la facultad de realizar muestreos de salmuera extraída, cuando estime conveniente, con el objeto de verificar la caracterización química de las obras. Éste control será realizado sobre la base de muestras por cada punto de control ambiental, cuyo procedimiento de toma de muestras ser efectuado de acuerdo a los estándares de la industria, por una persona independiente de SQM y CCHEN, debiendo una de dichas muestras a realizarse en los laboratorios de CCHEN y otra en los laboratorios de SQM. De existir discrepancias en la caracterización química superior al 10%, la tercera muestra será realizada por un laboratorio independiente acordado previamente por las partes.

- iv. *"1.11. La empresa deberá entregar, a más tardar al 31 diciembre de 2023 y al 31 diciembre de 2028 respectivamente, y a través de terceros independientes, validados por la Comisión, un estudio completo de las pertenencias en el Salar de Atacama, firmada por un QP, el cual deberá contener, al menos, lo siguiente :...e) del con la información de las concentraciones de litio y potasio de los pozos y de las exploraciones ya efectuadas, confeccionar curva de isopleyas y de distribución espacial de las concentraciones de Litio o los que la CCHEN solicite y calcular la concentración media ponderada de esos elementos en las pertenencias y..."*

La información entregada por SQM debe limitarse al litio como se desprende correctamente de la primera frase de la letra e). SQM no tendría inconvenientes en entregar además información relativa al potasio. Por el contrario, las frases "o los que la CCHEN solicite" y "de esos elementos", podría malinterpretarse, en el sentido de que se consideren en el análisis, minerales adicionales al litio o al potasio, que no estén siendo medidos por SQM, de los que no se disponga o sea factible su medición, lo que estimamos debe ser descartado porque ello abarcaría materias que no son parte de la competencia de la Comisión.

- v. *"1.13. La de enajenación a cualquier título de salmuera litio, cualquiera sea su concentración, requiriendo autorización excepcional del Consejo Directivo de CCHEN, por lo que será requisito previamente una solicitud formal a CCHEN".*

RESOLUCIÓN EXENTA ASESORÍA JURÍDICA N° 070/2018

Santiago, 26 de abril de 2018

Considerando que, en los contratos, en el espíritu de promover las iniciativas de I+D en torno al proceso extractivo del litio por parte de SQM, abriendo la posibilidad de introducir mejoras tecnológicas, medioambientales y de eficiencia al mismo tiempo, se consideró la posibilidad de que 50 toneladas de salmuera del litio pudieran ser enviadas por SQM en cada año como muestra para fines técnicos. En consecuencia, se solicita se considere autorizar el envío de dichas muestras, sin la necesidad de permiso especial distinto del Procedimiento para las Solicitudes de Venta de Litio y su Control que se encuentra vigente, todo ello, en concordancia además con la cláusula 22 de la Modificación y el Fijación de Texto Refundido y el Actualizado del Contrato para Proyecto en el que Salar de Atacama.

- vi. *"1.18. La empresa se compromete a no exportar litio producido en Chile, en ninguna de sus formas químicas, a Estados que, en virtud de alguna medida adoptada, a través del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, estén privados de recibir bajo cualquier forma de transferencia, materiales de uso dual como es el litio. Esta misma restricción rige para las empresas filiales o relacionadas y distribuidoras que vendan litio a usuarios finales."*

Dado que SQM no está en condiciones de garantizar el cumplimiento de los distribuidores que vendan litio a usuarios finales, pero sí puede requerir de dichos distribuidores que se obliguen a respetar tal condición, se solicita modificar esta condición para que refleje tal circunstancia y SQM deba exigir en los contratos con los distribuidores que estos se obliguen a implementar la restricción.

- vii. *"3. De las sanciones... c) Sólo serán causales de extinción del presente acuerdo las faltas establecidas a continuación... La caducidad o revocación de la RCA que sustenta esta autorización, sin perjuicio de la autorización de ventas para los productos que extraídos y producidos"*.

Por razones de certeza jurídica, se estima necesario aclarar que la RCA referida sea considerada la RCA actualmente vigente o aquellas RCAs que la puedan modificar, complementar o reemplazar.

5. Que, en relación a lo establecido por la empresa en el presente recurso, en particular en lo que dice relación a cláusulas 1.19. y 1.20., al tenor de lo expresado en el artículo 8° de la Ley N°16.319, se ha de establecer que esta CCHEN posee pleno control respecto de los actos jurídicos que se celebren teniendo como objeto a los materiales atómicos naturales y al litio extraído, así como sus concentrados, derivados y compuestos.

Como es posible apreciar de la redacción de dicho artículo, ésta manifiestamente amplía con el objeto de regular cualquier tipo de acto jurídico que tenga relación con el litio y los materiales atómicos naturales, ya sea como un simple material extraído de la tierra, o bien en sus etapas posteriores de procesado. Así, es posible apreciar el claro interés del legislador por cubrir la totalidad de la producción, uso y destino del litio y los materiales atómicos naturales, no bastándole con regular la extracción del mineral o el título necesario para su explotación.

RESOLUCIÓN EXENTA ASESORÍA JURÍDICA N° 070/2018
Santiago, 26 de abril de 2018

En esa medida, estamos frente a una regulación sustancialmente diferente a la de los minerales denunciados y concesibles en la medida en que no se agota en su extracción, sino que extiende el control del Estado por medio de la CCHEN. Tanto es así, que incluso no basta con la autorización de un acto jurídico celebrado respecto de estos minerales sino que además extiende las facultades de control de la CCHEN a la determinación de las condiciones en las cuales ha de desarrollarse el acto autorizado. En otras palabras, la CCHEN posee facultades para controlar el qué hacer respecto del litio extraído y los materiales atómicos naturales, pero también el cómo hacer a su respecto.

Dicha norma es la piedra angular del control encargado a la CCHEN respecto de la explotación, producción, uso y destino de los materiales atómicos naturales y el litio extraído. De tal forma, la explotación y producción de productos derivados de estos materiales necesariamente habrá de desarrollarse o bien por la CCHEN (en el caso del litio reservado para el Estado) o bien en la forma que determine la Comisión mediando siempre su autorización, en el caso del litio explotado por particulares por pertenecer a propiedad minera mensurada o manifestada antes del decreto ley N° 2.886.

La extensión del control está claramente determinada por el concepto de "acto jurídico", siendo posible definirlo como una manifestación de voluntad hecha con el ánimo de crear, modificar o extinguir obligaciones y que produce los efectos queridos por su autor o las partes. En este sentido, todos los actos de comercio en la medida que crean o extinguen o modifican obligaciones son actos jurídicos, relevantes al derecho.

La normativa en comento refleja la concreción de los anhelos del legislador por una regulación integral del uso y destino de estos elementos, que permita resguardar el desarrollo de la tecnología nuclear en armonía con la salud y seguridad pública, el uso pacífico de los mismos.

6. Que, en cuanto a las cláusulas respecto de las cuales se solicita su eliminación, se ha de señalar lo siguiente:

- En lo que respecta a la cláusula 1.19., se trata de una condición impuesta dentro de las facultades de la CCHEN, buscando resguardar la seguridad pública y el interés nacional. Sin perjuicio de ello, a la luz de lo expuesto por SQM, es posible ver que la redacción de la cláusula en comento puede tornarse imposible de cumplir, no siendo ese el objeto, sino velar por el uso pacífico del litio.
- En cuanto a la cláusula 1.20., nuevamente se trata de una condición que a criterio de esta CCHEN busca que el litio, respecto del cual se le ha encomendado su debido resguardo, sea un elemento que propenda al desarrollo del país. No obstante ello, es posible establecer que la amplitud de las facultades de la Comisión al momento de establecer los límites y condiciones a aquellos que solicitan autorización para comercializar litio, pueden resultar también parte de la competencia de otros organismos de la administración del Estado, debiendo conjugarse el comentado deber de

RESOLUCIÓN EXENTA ASESORÍA JURÍDICA N° 070/2018

Santiago, 26 de abril de 2018

resguardo sobre este material con el actuar coordinado entre los diversos organismos.

7. Que, en cuanto a las cláusulas respecto los cuales se solicita su rectificación o modificación, se ha de señalar que la empresa, en virtud por lo expresado en el artículo 59° de la Ley N° 19.880, se encuentra facultada para ello y esta CCHEN, a su vez, en caso de estimarlo procedente, puede decretar la modificación del correspondiente acto administrativo, al estimar plausibles los argumentos esgrimidos por la recurrente.

RESUELVO:

- I. **EN LO PRINCIPAL** Téngase por interpuesto recurso de reposición y establézcase lo siguiente:
- a) Reemplace el numeral 1.4. del Acuerdo de Consejo Directivo CCHEN N° 2287/2018, por el que sigue a continuación: "La solicitante deberá presentar cada 5 años, una actualización del informe de "Evaluación de Recursos de Litio y Potasio en el Salar de Atacama". Para efectos del presente numeral, el plazo comenzará a correr a partir de la fecha de la Resolución Exenta que contenga el presente Acuerdo".
 - b) Reemplace el numeral 1.5. del Acuerdo de Consejo Directivo CCHEN N° 2287/2018, por el que sigue a continuación: "SQM se obliga a asegurar, respecto del área que le ha permitido explotar el contrato suscrito con CORFO y la RCA vigente o aquellas que la modifiquen, complementen o reemplacen, reservas estratégicas, económicamente extraíbles, para el Estado de Chile de al menos 215.000 toneladas de LME, para finales del periodo de autorización".
 - c) Reemplace el numeral 1.10. del Acuerdo de Consejo Directivo CCHEN N° 2287/2018, por el que sigue a continuación: "CCHEN tendrá la facultad de realizar muestreos de salmuera extraída, cuando estime conveniente, con el objeto de verificar la caracterización química de las salmueras, para los efectos de control del litio neto extraído y cálculo de la eficiencia. Dichos muestreos serán realizados sobre la base de tres muestras, cuyo procedimiento de toma de muestra y muestreo será efectuado por una persona independiente de SQM y CCHEN, donde una de ellas será analizada en los laboratorios de la Comisión y la otra en los laboratorios de SQM. De existir una discrepancia superior al 10% en las caracterizaciones químicas de la muestra, ésta será analizada por un laboratorio independiente acordado previamente entre las partes."
 - d) Reemplace el numeral 1.11. letra e) del Acuerdo de Consejo Directivo CCHEN N° 2287/2018, por el que sigue a continuación: "Con la información de las concentraciones de litio de los pozos y de las exploraciones ya efectuadas, confeccionar curvas de isopleyas y de distribución espacial de las concentraciones de Litio que la CCHEN solicite y calcular la concentración media ponderada de dicho elemento en las pertenencias, y"
 - e) Reemplace el numeral 1.13. del Acuerdo de Consejo Directivo CCHEN N° 2287/2018, por el que sigue a continuación: "La venta o enajenación a cualquier título de salmueras de litio, cualquiera sea su concentración, requiere de una

RESOLUCIÓN EXENTA ASESORÍA JURÍDICA N° 070/2018
Santiago, 26 de abril de 2018

autorización excepcional del Consejo Directivo de CCHEN, por lo que será requisito elevar previamente una solicitud formal a CCHEN. Se exceptúa de lo anterior, las muestras enviadas con fines de carácter técnico, las cuales no podrán superar las 50 toneladas en cada año calendario."

- f) Reemplace el numeral 1.18. del Acuerdo de Consejo Directivo CCHEN N° 2287/2018, por el que sigue a continuación: La empresa se compromete a no exportar litio producido en Chile, en ninguna de sus formas químicas, a Estados que, en virtud de alguna medida adoptada, a través del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, estén privados de recibir bajo cualquier forma de transferencia, materiales de uso dual como es el litio. Esta misma restricción rige para las empresas filiales o relacionadas que vendan litio a usuarios finales. En el caso de empresas distribuidoras, SQM deberá exigir el cumplimiento de la condición antedicha."
- g) Reemplace el numeral 1.19. del Acuerdo de Consejo Directivo CCHEN N° 2287/2018, por el que sigue a continuación: "La presente autorización se otorga sin perjuicio de todas y cada una de las otras autorizaciones que, conforme a la legislación vigente, deban obtenerse para la explotación de sales de litio, sus derivados o compuestos."
- h) Reemplace el numeral 1.20. del Acuerdo de Consejo Directivo CCHEN N° 2287/2018, por el que sigue a continuación: "En caso de que SQM tome conocimiento formal, mediante solicitud de traspaso de acciones de un cambio de propiedad accionaria relevante, de que cualquier persona de manera directa fuese a adquirir influencia decisiva en la empresa en los términos previstos en los artículos 97° y 99°, respectivamente, de la Ley N° 18.045, de Mercado de Valores, deberá informarlo en un término no superior a 10 días hábiles al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, para que éste ejerza las facultades legales que le competen en la materia".
- i) Reemplace el numeral 3, De las Sanciones, literal c), el punto "La caducidad o revocación de la RCA que sustenta esta autorización, sin perjuicio de la autorización de ventas para los productos ya extraídos y producidos.", por el que sigue a continuación: "La caducidad o revocación de la RCA, o aquella que la modifique, complemente o reemplace relativa a las pertenencias mineras sustentan esta autorización, sin perjuicio de la autorización de ventas para los productos ya extraídos y producidos."

En razón de lo anterior, procédase a modificar el Acuerdo de Consejo N°2287/2018 en los términos ya señalados y la Resolución Exenta de Asesoría Jurídica que lo contiene.

- II. **AL PRIMERO OTROSÍ. NO HA LUGAR** al recurso jerárquico interpuesto en virtud del artículo 53° de la Ley N°19.880, ello, toda vez que de acuerdo al principio de impugnabilidad contemplado en el artículo 10 de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley, y que siempre se podrá interponer el de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo y, cuando proceda, el recurso jerárquico. A este respecto, el artículo 59° inciso cuarto de la Ley N° 19.880, establece que: *"No procederá recurso jerárquico contra los actos del Presidente de la República, de los Ministros de Estado, de los alcaldes y los jefes*

RESOLUCIÓN EXENTA ASESORÍA JURÍDICA N° 070/2018
Santiago, 26 de abril de 2018

superiores de los servicios públicos descentralizados. En estos casos, el recurso de reposición agotará la vía administrativa."

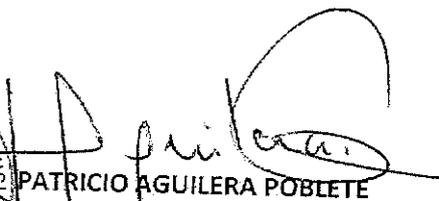
Por tanto, la procedencia del mencionado recurso —y tal como lo ha señalado la Contraloría General de la República en los dictámenes N°s. 30.095, de 1992; 35.342, de 1994, y 19.668, de 1999- se encuentra sujeta a la condición de que el órgano emisor del acto cuente con un superior jerárquico.

A raíz de lo señalado, se ha de precisar entonces que el recurso jerárquico no procede, entre otros, en contra de los actos de los jefes superiores de los servicios públicos descentralizados, y que en estos casos, el recurso de reposición agota la vía administrativa, lo cual corresponde al caso de esta CCHEN, la cual, en virtud de la Ley N° 16.319, es un órgano descentralizado y autónomo.

III. **AL SEGUNDO OTROSÍ.** Como se pide, téngase por acompañado.

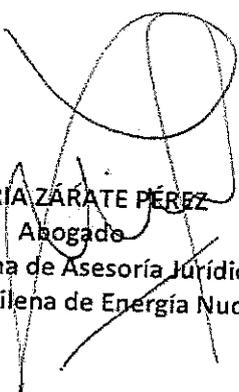
Anótese, notifíquese y archívese para la posterior revisión por la Contraloría General de la República




PATRICIO AGUILERA POBLETE
Director Ejecutivo
Comisión Chilena de Energía Nuclear

Lo que transcribo a Ud. para su conocimiento.




GLORIA ZÁRATE PÉREZ
Abogada
Jefe Oficina de Asesoría Jurídica
Comisión Chilena de Energía Nuclear

GZP/

DISTRIBUCIÓN:

1. SQM Salar S.A.
2. OAJ.
3. DIREJ.
4. Archivo Secretaría de Consejo.