

EN LO PRINCIPAL: formula descargos; EN EL PRIMER OTROSÍ: solicita apertura de un término probatorio y requiere diligencias probatorias; y, EN EL SEGUNDO OTROSÍ: acompaña documentos en la forma que indica.

SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE

JORGE A. FEMENÍAS S., abogado, en representación, según se encuentra acreditado en este procedimiento administrativo, de **“ANDACOLLO DE INVERSIONES LTDA.”** (**“Andacollo”, “Compañía” o “Empresa”**), en estos autos sobre procedimiento sancionatorio **Rol D-039-2019**, a la Superintendencia del Medio Ambiente (**“SMA”**) respetuosamente digo:

Encontrándome dentro de plazo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (**“LOSMA”**), opongo fundados descargos en contra de los cargos formulados a mi representada, contenidos en la **Resolución Exenta N°1/ROL D-039-2019**, de 25 de abril de 2019 (**“Formulación de Cargos” “Pliego de cargos” “Cargos” o “Res. Ex. N°1”**), de la SMA.

En esta presentación demostraremos que Andacollo no incurrió en ninguna infracción contemplada en la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (**“LOSMA”**), específicamente porque: **(§4.A)** la **“Planta de Recuperación de Plomo Los Alcones” (“Proyecto” o “Planta”)** no debió ni debe ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (**“SEIA”**), por ser un proyecto cuya operación comenzó antes de 1997; **(§4.B)** porque no es efectivo que Andacollo haya incurrido en las conductas que se le imputan en los cargos y carece de legitimación pasiva para ser emplazado en autos; **(§4.C)** porque en razón de los hechos constados en el expediente administrativo, no se producen los efectos que esta SMA imputa en los Cargos y demás actos administrativos que ha expedido, lo que incide determinadamente en la calificación jurídica de las infracciones imputadas; y, **(§4.D)** adicionalmente, demostraremos que este procedimiento infraccional adolece de severos vicios de ilegalidad que hacen imposible la aplicación de sanciones a la Compañía.

Para una mejor y más adecuada comprensión de las defensas opuestas en este escrito, a continuación, presentamos un índice de su contenido:

ÍNDICE

§1. Antecedentes del Proyecto y su historia	4
A. Origen y antigüedad de la Planta.....	4
B. Operación de la Planta por terceros.....	8
§2. Antecedentes del procedimiento sancionatorio	10
§3. Cargo formulado: Elementos del tipo infraccional imputado y de la “clasificación” jurídica de la supuesta infracción	11
§4. Descargos	13
A. Infracción al principio de legalidad: Alcones no es un proyecto que deba ingresar al SEIA.....	13
A.1. Historial de consultas de pertinencia y otras presentaciones efectuadas ante la Autoridad ambiental y sus resoluciones.....	13
A.2. Síntesis de los actos administrativos expedidos por el SEA con respecto al ingreso de la Planta al SEIA.....	16
A.3. Los antecedentes expuestos previamente demuestran la infracción al principio de legalidad por parte de la SMA	17
○ Infracción al artículo 2 g) g.2) del RSEIA	18
○ Infracción a los artículos 10 letra ñ de la LBGMA y 3 ñ.1. del RSEIA	19
○ Infracción al artículo 10 letra o de la LBGMA y o.9 del RSEIA	23
○ Imputaciones contrarias a derecho formuladas en los Cargos.....	23
○ Síntesis de los argumentos que demuestran la infracción a los artículos 10 letras ñ y o de la LBGMA y 3.ñ.1 y o.9 del RSEIA	27
A.4. Infracción al principio de tipicidad	28
B. Andacollo no incurrió en ninguna de las conductas que se imputan en los Cargos: Falta de legitimación pasiva de la Compañía e infracción al “principio de personalidad de las sanciones”	30
C. En cualquier caso: Los hechos constatados en el expediente administrativo no generaron los efectos indicados en los Cargos	34
C.1. No se generó ningún efecto adverso significativo sobre el aire:	35
C.2. No se generó ningún efecto adverso significativo sobre el agua:.....	36
C.3. No se generó ningún efecto adverso significativo sobre salud de la población debido a la cantidad de emisiones, efluentes o residuos:	36

C.4. No se generó ningún efecto adverso significativo sobre el suelo:.....	37
○ El Pliego de Cargos se basa sólo en suposiciones: infracción a la motivación de los actos administrativo y presunción de inocencia.....	40
○ Los informes de fiscalización exhiben resultados errados y alterados producto de deficiencias en las actividades de fiscalización y de la aplicación de las normas de referencia.....	41
D. Ilegalidades cometidas en la tramitación del procedimiento sancionatorio que obligan a pronunciar una resolución absoluta.....	46
D.1. Imputación de daño ambiental fuera del Pliego de Cargos: Infracción al principio de congruencia	46
○ El Pliego de Cargos	48
○ Afectación a la congruencia	50
D.2. Infracción al principio de culpabilidad.....	51
○ Ausencia total del análisis de este elemento e imposibilidad de formular un reproche de culpabilidad a Andacollo	51
○ Infracción a la “presunción inocencia” y a la garantía in dubio pro reo.....	54

§1. ANTECEDENTES DEL PROYECTO Y SU HISTORIA

A. Origen y antigüedad de la Planta

1. La planta recuperadora de metales Alcones (“**Planta**”) inició su operación a mediados de 1995, en un terreno ubicado al interior del Fundo Alcones en la comuna de Marchigüe. En 1996, la Planta adquiere la configuración que mantuvo hasta 2018 mediante la instalación y operación de tres hornos de fundición, con el objeto de ampliar su capacidad de proceso y recuperación metálica.

2. Dos de estos hornos eran horizontales de calentamiento interno, mientras que el tercero era un horno vertical de calentamiento exterior. De los tres, los de calentamiento horizontal han tenido mayor uso en el tiempo fundamentalmente por haber sido arrendados y operados por terceros desde hace varios años.

3. Todos los equipos instalados fueron adquiridos a terceros que ya los habían utilizado antes, por ello se han realizado frecuentes mantenciones y reparaciones e incluso renovaciones. En un principio los hornos contaron con un sistema de campana y conducción de gases, el que fue modificado paulatinamente hacia un sistema de abatimiento de gases mediante filtros de mangas a requerimiento de la autoridad sanitaria.

La modificación del sistema de captación de gases fue el principal cambio efectuado a los equipos hasta 2018, año en que se cambió el horno vertical por un horno horizontal de mayor capacidad, según señalaremos.

4. Las instalaciones y equipos para fundir y recuperar metales como el cobre, zinc, estaño y plomo preferentemente usaban los dos hornos horizontales que fueron instalados en 1995. El Horno Vertical Estático se utilizaba como apoyo ante mantenciones o para fundir y recuperar aluminio, zinc y plomo en forma esporádica.

5. El principal producto metálico recuperado por los arrendatarios que operaron la Planta fue el plomo, utilizando para ello “pasta de plomo”, la que es catalogada como “sustancia peligrosa” y no como “residuo peligroso”¹.

6. Con respecto a la capacidad instalada de producción por ciclo de fundición o “Batch” (haciendo presente que cada ciclo tiene una duración aproximada de 4 horas en razón del material que se fundía), desde 1996 y hasta 2018, la Planta tuvo la

¹ Ordinario N°691/2018 de la SEREMI de Salud VI Región que ratifica la calidad de “sustancia Peligrosa” de la Pasta Plomo.

siguiente capacidad: **(i)** el horno N°1 (Horno horizontal N°1) 1,5 toneladas por ciclo; **(ii)** el horno N°2 (Horno Horizontal N°2) entre 0,6 y 0,75 toneladas por ciclo; y, **(iii)** el horno N°3 (Horno vertical) tuvo una capacidad de 0,5 toneladas por ciclo.

7. En este escenario, **desde 1996 y hasta 2018, la capacidad instalada de producción de la Planta fue de 16,5 toneladas por ciclo y la producción efectiva era de 8,25, dado que el permiso sectorial autorizaba un funcionamiento sólo de 12 horas.** Así, la Planta producía 3 ciclos por día: Horno N°1 = 4,5 toneladas; Horno N°2 = 2,25; Horno N°3 = 1,5. En síntesis, **la producción efectiva era de 8,25 mientras que la capacidad instalada era de 16, 5** (si se consideraba una producción de 24 horas, lo que no se daba en la práctica).

8. Producto de requerimientos de los arrendatarios, y considerando que la autorización sectorial de los hornos (“Informe Sanitario”) sólo permitía operar la planta en horario diurno (12 horas), según se viene explicando, la Compañía gestionó la ampliación del funcionamiento de la Planta a horario diurno y nocturno. Ello ocurrió en 2017, concluyendo con la ampliación del Informe Sanitario (Resolución N° 11604/2017 SEREMI de Salud VI Región), lo que permitió el funcionamiento de la Planta en horarios diurno y nocturno, sin modificar o cambiar ningún elemento o instalación de la planta, y permitiéndole ahora operar a su máxima capacidad de producción o, dicho de otra forma, usando plenamente la capacidad instalada que tenía desde 1996.

9. Posteriormente, a fines de 2018, Andacollo presentó a la Dirección Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de la VI Región (“SEA VI”) una consulta de “Pertinencia”² respecto a reparaciones, mejoras y renovaciones de equipos que los arrendatarios solicitaron para mejorar las instalaciones y equipos de la planta. Entre dichos cambios, se reemplazó el horno vertical por uno horizontal.

10. Con esta renovación de equipos u hornos, se amplió la capacidad de fundición de la planta en **6 toneladas al día de material fundido**, lo que fue consecuencia del aumento de capacidad productiva del Horno 3 reemplazado. En efecto, el Horno N°3 pasó de 0,5 toneladas de producción de metal fundido por ciclo a 1,2 o 1,5.

11. Frente a ello, el SEA VI resolvió que los cambios y el aumento de capacidad instalada no ingresaban al SEIA³, DEBIDO A QUE LA CAPACIDAD INSTALADA ANTERIOR A 1997 - fecha en que comenzó a regir el primer reglamento del SEIA- ERA 16,5 TONELADAS Y EL

² Carta S/N de diciembre de 2018, presentada y formalizada en la oficina de partes del SEA VI el 2 de enero de 2019.

³ R.E N°94/2019 SEA VI.

AUMENTO ERA SÓLO DE 6 TONELADAS, lo que, en conformidad con el artículo 2 letra g) del D.S: N°40, de 30 de octubre de 2012, D. of. 12-08-2013, del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (“RSEIA”), no constituía un cambio de consideración al no tratarse de un proyecto o actividad listado en el artículo 3 del RSEIA.

12. En este sentido, **desde ya expresamos que la causal de ingreso establecida en el literal ñ.1 del artículo 3 del RSEIA no aplica a la Planta** porque, como se verá, dado que la Planta comenzó a operar en 1995, y el único cambio sustantivo se efectuó en 2018, mediante el reemplazo del Horno N°3 y el consecuente aumento de su capacidad instalada de producción en 6 toneladas, **la única obra, parte o actividad que se debe analizar para determinar su ingreso, es el remplazo del Horno N°3 y la nueva producción de éste, no pudiendo adicionar las 16,5 toneladas históricas a las nuevas 6 toneladas. En consecuencia, siendo el umbral de la norma 10 toneladas/día, y siendo sólo las 6 toneladas adicionadas en 2018 las que deben considerarse para análisis de la causal, éstas no son suficientes para gatillar el ingreso.**

Asimismo, como se demostrará, **la causal del literal o.9 no aplica por dos razones:**

(i) porque la pasta de plomo, principal insumo utilizado en la operación de la Planta no es un residuo peligroso tóxico agudo, ni otro tipo de residuo peligroso de conformidad con la NCh. 382. Of. 2004 y los artículos 12, 13 y 14 del Decreto Supremo N°148, de 2003 del Ministerio de Salud, sino una **sustancia peligrosa**, de conformidad con la Resolución Exenta N°408/2016 MINSAL que aprueba listado de sustancias peligrosas para la salud. En efecto, en ella se indica que **la Pasta de Plomo que contiene Sulfato de Plomo (CAS N° 69029-52-3) y Dióxido de plomo (CAS N° 1309-60-0) es una mezcla de sustancias peligrosas**^{4,5,6}; y,

⁴ El D.S 408/2016 del Ministerio de Salud, permite esclarecer con mayor precisión cuándo un elemento es residuo peligroso y cuándo una sustancia peligrosa. Particularmente, su artículo 2 que define los conceptos de “sustancias”, “mezclas” y “mezclas mono-constituidas” para el control de importación en relación con la Ley N°18.164 que establece Norma de Carácter Aduanero.

⁵ Asimismo, **refrendan la naturaleza de sustancia peligrosa de la pasta de plomo**, actos administrativos pronunciados en distintos procedimientos que podemos citar a modo ejemplar: (i) la hoja de seguridad presentada por la SEREMI de Salud V Región, mediante Ord. N° 1140/2011; y, (ii) el Ord. N° 691/2018, de la SEREMI de Salud VI.

⁶ En este sentido, por ejemplo, en el Ord. N°1140/2011 SEREMI Salud, es clara la exigencia por parte de la Autoridad sanitaria de la V Región **de almacenar la Pasta de Plomo como sustancia peligrosa** al indicar que “El sulfato de plomo obtenido en el proceso, se debe almacenar en acuerdo al DS 78. Por lo cual se debe presentar proyecto para esta bodega” (extracto de Ord. N°1140/2011 SEREMI Salud V Región).

(ii) pero todavía más, porque si en alguna oportunidad aislada y específica se fundieron residuos peligrosos, **ello estaba expresamente permitido por la Resolución Exenta N°323, de 19 de diciembre de 2017, del SEA VI**, que autorizó la utilización de residuos peligrosos en una cantidad igual o inferior a 950 kg/día. Ello, porque no es posible sumar los 950 k/g pretendidos a la producción histórica de la Planta anterior a la entrada en vigor del SEIA, y porque esa cantidad por sí sola no tipifica en el artículo 3 letra o.9 del RSEIA.

En consecuencia, y como se advierte, no puede configurarse la causal. Todo ello sin olvidar que, aunque se hubieren procesado residuos peligrosos desde el comienzo de la Planta, **la norma no resultaría aplicable porque su funcionamiento es anterior a la vigencia del SEIA.**

13. Es relevante recordar que la antigüedad de la Planta fue acreditada ante el SEA VI, mediante los documentos presentados el 19 de noviembre de 2015, al ingresar la carta de “Pertinencia” que fue resuelta mediante R.E N°261/2015 del SEA VI.

14. En efecto, en dicha oportunidad se acompañaron a ese Servicio los siguientes antecedentes en los que consta la antigüedad de la Planta y que se complementan con los que acompañamos en la carpeta denominada: Documento N°4 albergada en la nube de la plataforma Google Drive, al que conduce el *link* anterior:

a) Contrato de arriendo de 1 de octubre de 1995, donde se arrienda un terreno al interior del fundo Alcones de Marchigüe para que se instale la Planta recuperadora de metales o Planta de fundición y carta poder de 20 de octubre de 1995 y de 7 de febrero 1997, para realizar tramitaciones en Impuestos Internos.

b) Extracto de 14 de junio 1995, donde la Sociedad Recuperadora de Metales Alcones Ltda. o RALGOMET LTDA (nombre de fantasía) informa el aporte de cada uno de los socios, al efecto: maquinaria y equipo de fundición que son utilizados por la Planta de Fundición y permitieron su instalación.

c) Certificado del Departamento de Rentas de la Dirección de Administración y Finanzas de la Municipalidad de Marchigüe, 7 de enero 2009 que señala que “La

De igual forma, el Ordinario N° 691, de 26 de marzo de 2018, expresamente indica que **“Dado que la Pasta de Plomo será utilizada como insumo, esta debe ser almacenada como sustancia peligrosa, cumpliendo con lo establecido en Decreto Supremo N°43 de 2015, del Ministerio de Salud, que aprueba el Reglamento de Almacenamiento de Sustancias Peligrosas, y que debe ser transportado en concordancia con los requerimientos estipulados en Decreto Supremo N°298 de 1994, del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones”.**

empresa “Andacollo de Inversiones Ltda., Rut 79.933.390 – 2 cuenta con Patente Industrial, Rol N° 10004, rubro Fundición – Procesadora de Metales y Chatarras, desde el 14 de diciembre de 1995 a la fecha. Encontrándose sus Patentes al día”.

d) Form. 2 N°3043 de la Sección Rentas de la Municipalidad de Marchigüe, de 14 de diciembre de 1995, donde se constata el pago anual correspondiente a 1995 de las contribuciones por patentes Industrial dada la actividad de Procesadora de Metales y Chatarra de Andacollo de Inversiones Ltda. en el fundo de Alcones comuna de Marchigüe.

e) Planillas de pago de cotizaciones previsionales declaradas de los trabajadores de la Planta de Fundición de los años 1995 y 1996.

f) Liquidaciones y contratos de operarios de la Planta de fundición de los años 1996 y 1997.

g) Documentos, facturas y guías de despacho de compra de insumos para fundir y/o de equipos de fundición que son de los años 1995 y siguientes.

h) Documentos de ventas de productos fundidos metálicos de los años 1996 y siguientes.

i) Además, lo han reconocido el mismo Pliego de Cargos en su considerando 1°, que señala: *“La Planta de Fundición Alcones fue construida y habilitada entre los años 1995 y 1996”*.

B. Operación de la Planta por terceros

15. Como se indicó, Andacollo no operaba ni opera la Planta dado que arrendó sus instalaciones a diversos privados durante los últimos 20 años⁷. De esta forma, durante ese tiempo sólo tramitó y/o solicitó algunos permisos sectoriales con el objeto de que los terceros pudieran operarla debidamente, sin perjuicio de exigirles a esos terceros el cumplimiento de toda la normativa sectorial y la asunción de responsabilidad para el evento de que así no lo hicieran.

16. En este contexto, Andacollo presentó diversas consultas de pertinencia a la Autoridad. De las 5 consultas de pertinencia presentadas entre los años 2013 y 2018,

⁷ Copias de estos contratos, así como de otros antecedentes que acreditan la operación de la Planta por parte de terceros, se acompañan en el segundo otrosí de esta presentación.

en 3 se resolvió que las modificaciones propuestas no debían ingresar al Sistema⁸, misma conclusión a la que ya había arribado la CONAMA en el año 2006⁹, reafirmando el criterio de que la Planta comenzó su funcionamiento antes de la entrada en vigor del SEIA. Es decir, la Autoridad ambiental desde hace más de una década tenía pleno conocimiento de la existencia de la Planta, del año en que empezó a operar y de que las modificaciones propuestas no requerían de una evaluación ambiental.

17. A su turno, las dos resoluciones que indicaron que las modificaciones pretendidas a la Planta debían someterse a evaluación de impacto ambiental, **fueron aquellas en las que se preguntó por la utilización de residuos peligrosos como materia prima a fundir**. En este sentido, la Resolución Exenta N°125/2013 del SEA VI, indica que la fundición de borras de plomo y *scraps* de baterías sí requerirían evaluación ambiental por ser residuos peligrosos y tener magnitudes de material a fundir que hacían que esa actividad tipificara en los artículos 0.9 y ñ.1 del D.S 95/2001 del MINSEGPRES.

18. La misma conclusión indicó el SEA VI mediante la Resolución Exenta N°68/2014 del SEA VI, que resolvió que la utilización en el proceso de fundición de baterías libres de electrolitos debía evaluarse, y la Resolución Exenta N°000116/2014 (que resolvió el Recurso de Reconsideración a la “Pertinencia” resuelta mediante la Resolución Exenta 68/2014).

19. Con ello, el SEA VI establece que la modificación pretendida ingresaría al SEIA debido a que **se comenzarían a utilizar residuos peligrosos** sobre los valores indicados en el artículo 3 del RSEIA, lo que desde luego **no se hizo debido al acto de juicio de la Autoridad**. En este sentido, por ejemplo, los *scraps* de baterías que se encontraron enterrados en la fiscalización de la SMA (cfr. considerando 27, letra d, p. 8 de los Cargos), corresponden a residuos utilizados desde antes de la entrada en vigor del SEIA. Estas circunstancias, **ratifican que las instalaciones de la Planta y el uso de sustancias o residuos peligrosos en las mismas cantidades que se venían utilizando desde 1995 no requiere de ingreso al SEIA.**

⁸ A pesar de que la SMA reconoció sólo 2, aduciendo erróneamente que, a la fecha de la formulación de cargos, la última de las pertinencias “*aún está pendiente de resolución por parte del SEA de O’Higgins*”, la resolución de no ingreso del Proyecto había sido emitida semanas antes por dicha autoridad (Cfr. con el considerando 25° de los Cargos, y con la pág. 1 de la Resolución Exenta 94/2019 del SEA O’Higgins).

⁹ Oficio Ordinario N°1343, de 1 de diciembre de 2006.

§2. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO

1. Mediante Resolución Exenta N°1, de 25 de abril de 2019, la SMA inició un procedimiento sancionatorio en contra de Andacollo, formulándole cargos en los que imputa a la Compañía sólo una infracción, en virtud de lo dispuesto en el artículo 35 letra b) de la LOSMA, y calificándola jurídicamente como “gravísima”, únicamente sobre la base de lo dispuesto en el artículo 36 N°1 letra f) del mismo cuerpo legal.

Posteriormente, el 20 de mayo de 2019, y a pesar de no ser ni ejecutor del Proyecto ni el operador de la Planta por más de quince años, sino sólo el arrendador de las instalaciones donde funciona, Andacollo presentó un programa de cumplimiento ofreciendo medidas para corregir cualquier situación ocasionada por los operadores de la Planta, en el marco de su decisión de comenzar a operarla previa evaluación ambiental de las instalaciones existentes y de las mejoras que se pretendía introducir.

2. Mediante Resolución Exenta N°4, de 10 de junio de 2019, la SMA ordenó incorporar observaciones al programa de cumplimiento. Esas observaciones fueron acogidas íntegramente e incorporadas en su totalidad por Andacollo a su programa de cumplimiento refundido, presentado a la Superintendencia el 22 de julio de 2019.

3. Luego, mediante la Resolución Exenta N°8, pronunciada cuatro meses después de la formulación de cargos y dos meses después de la presentación del programa de cumplimiento refundido, la Superintendencia incorporó al procedimiento un nuevo Informe de Fiscalización Ambiental, individualizado como DFZ-2019-982-VI-SRCA (“IFA” o “Informe de fiscalización”), otorgando traslado a esta parte, el que fue respondido mediante escrito de 12 septiembre de 2019.

4. Sobre la base de los antecedentes contenidos en el nuevo Informe de fiscalización, que no fueron comunicados en el Pliego de Cargos y, por lo tanto, respecto de los cuales Andacollo no pudo ejercer su derecho a defensa conforme a la ritualidad legal de los procedimientos sancionatorios ambientales (art. 49 de la LOSMA), la SMA rechazó ilegalmente, mediante la Resolución Exenta N°9 (“Res. 9”), el PdCR presentado por la Compañía. La mentada resolución fue impugnada mediante recurso de reposición, y jerárquico en subsidio, presentado por la Empresa el 28 de noviembre de 2019.

5. El recurso de reposición fue rechazado por la SMA mediante la Resolución Exenta N°12 (“Res. 12”), quien fundó su decisión en la mera reiteración de las ideas sostenidas para rechazar primigeniamente el PdC. Esas ideas y fundamentos, sin embargo, no encuentran sustento legal ni jurídico alguno, siendo algunas creadas ex

nihilo por la misma Superintendencia, manteniendo con ello la ilegalidad del rechazo del PdC presentado por el Titular.

6. El recurso jerárquico fue rechazado mediante la Res. N°2071, de 16 de octubre de 2020, notificada a esta parte el 10 de noviembre del año en curso, sobre la base de que, a su juicio, no procede el recurso jerárquico en esta sede.

7. Finalmente, las resoluciones 9, 12 y 2071 fueron objeto de impugnación ante el Segundo Tribunal Ambiental, mediante un reclamo de ilegalidad, ingresado el 10 de noviembre de 2020, el que se encuentra actualmente en tramitación y en el que se solicitó se ordenara la suspensión de este procedimiento sancionatorio.

§3. CARGO FORMULADO: ELEMENTOS DEL TIPO INFRAACCIONAL IMPUTADO Y DE LA “CLASIFICACIÓN” JURÍDICA DE LA SUPUESTA INFRACCIÓN

1. Hecho infraccional imputado: La SMA estimó que el hecho constitutivo de infracción ejecutado por Andacollo fue la: *“Producción, reutilización, almacenamiento, tratamiento, y eliminación final de sustancias tóxicas y/o residuos peligrosos provenientes de baterías de plomo en desuso, sin contar con Resolución de Calificación Ambiental que lo habilite a ello y generando efectos adversos a la salud de la población y a uno o más componentes ambientales”*.

2. Supuesta normativa infringida: A juicio de esta Autoridad administrativa, este hecho infringe las siguientes normas:

- Artículo 8° inciso 1 de la Ley N°19.300 (“**LBGMA**”): *“Los proyectos o actividades señalados en el artículo 10 sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido en la presente ley.”*

- Artículo 10 letra ñ) y o) de la LBGMA: *“Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes (...):*

- Artículo 3 letras ñ.1 y o.9 del RSEIA: *“Tipos de proyectos o actividades. Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto o ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, son los siguientes: (...)*

ñ.1) Producción, disposición o reutilización de sustancias tóxicas que se realice durante un semestre o más, en una cantidad igual o superior a diez mil kilogramos diarios (10.000 kg/día).

Capacidad de almacenamiento de sustancias tóxicas en una cantidad igual o superior a treinta mil kilogramos (30.000 kg).

Se entenderá por sustancias tóxicas en general, aquellas señaladas en la Clase 6, División 6.1 de la NCh 382. Of 2004, o aquella que la reemplace. Los residuos se considerarán sustancias tóxicas si se encuentran en alguna de las hipótesis de los artículos 12, 13 y 14 del Decreto Supremo N°148, de 2003, del Ministerio de Salud, o aquel que lo reemplace. Para efectos de su disposición o reutilización, deberá estarse a lo dispuesto en la letra o.9 de este artículo. (...).

o.9) Sistemas de tratamiento, disposición y/o eliminación de residuos peligrosos con una capacidad de veinticinco kilos día (25 kg/día) para aquellos que estén dentro de la categoría “tóxicos agudos” según DS 148/2003 Ministerio de Salud; y de mil kilos día (1000 kg/día) para otros residuos peligrosos”.

- Artículo 11° inciso primero LBGMA: *“Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si se generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias:*

a) Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos;

b) Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos suelo, agua y aire”.

3. Naturaleza jurídica de la presunta infracción: Para esta SMA, la conducta tipificaría como una infracción en los términos del artículo 35 letra b) de la LOSMA, esto es: *“La ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella”.*

4. Calificación jurídica de la infracción (clasificación): Finalmente, la SMA resolvió “clasificar” (SIC)¹⁰ la infracción como gravísima, en los siguientes términos: *“Clasificar, sobre la base de los antecedentes que constan al momento de la emisión del presente acto, la infracción N°1 como gravísima, en virtud de la letra f) del numeral 1) del artículo 36 de la LOSMA, la que prescribe que son infracciones gravísimas los hechos, actos u omisiones que involucren la ejecución de proyectos o actividades del artículo 10 de la ley N°19.300 al margen del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y se constate en ellos alguno de los efectos, características o circunstancias previstas en el artículo*

¹⁰ La SMA denomina “clasificación” de la infracción, a lo que en derecho administrativo sancionador se describe como “calificación jurídica” de la misma.

11 de dicha ley, lo anterior habida consideración de lo señalado en los considerandos 16 al 22 y 47 al 51 de la presente resolución”.

Este es el único cargo que se imputó a Andacollo; son las únicas normas, medidas o condiciones imputadas como infringidas, y la única forma en la que fue calificada jurídicamente la infracción. En consecuencia, son los únicos hechos, efectos y normas infringidas imputadas, en virtud de los cuales la Compañía pudo articular su defensa conforme a la ritualidad del procedimiento sancionatorio ambiental legalmente regulado.

§4. DESCARGOS

A. Infracción al principio de legalidad: Alcones no es un proyecto que deba ingresar al SEIA

1. Según se expuso en el §1, la Planta no debía ni debe ingresar al SEIA conforme a la legislación vigente, ya que se trata de un proyecto cuya operación comenzó con anterioridad a 1997, no alterando ni modificando su capacidad instalada y producción diaria sino hasta el año 2018, donde la Autoridad ambiental expresamente le indicó que dicha modificación no ingresaba al SEIA.

A.1. Historial de consultas de pertinencia y otras presentaciones efectuadas ante la Autoridad ambiental y sus resoluciones

2. En este sentido, el SEA VI¹¹, mediante Oficio Ordinario N°1343, de 1 de diciembre de 2006, resolvió expresamente que: *“de acuerdo a los antecedentes aportados por usted, la actividad realizada no ingresaría al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, por ser anterior a la fecha de entrada en vigencia del Reglamento...”*.

3. En idéntico sentido, la Autoridad ambiental, mediante Oficio Ordinario N°283, de 29 de abril de 2010, ante la consulta de pertinencia presentada por la Compañía, señaló que, debido a la potencia instalada, el uso de un combustible alternativo, el manejo de residuos sólidos y líquidos, así como por la inexistencia de construcciones nuevas, el **Proyecto Recuperación de Metales Alcones no debía ingresar al SEIA.**

4. El 10 de septiembre de 2013, se ingresó una nueva consulta de pertinencia, sometiendo a análisis un proyecto de recuperación de plomo metálico de borras

¹¹ Técnicamente su antecesora legal, la Comisión de Evaluación Ambiental de la VI Región.

plomadas provenientes de la minería y *scrap* de baterías (baterías trituradas sin carcasa más los bornes), a través de los hornos y del proceso de Fundición que serían de ciclos de dos horas.

En esta pertinencia, se señala que la capacidad de producción de estos insumos sería de 4,7 toneladas al día, la que se generaría en un total de 4 ciclos, dando una estimación de producción mensual de 117,5 toneladas al mes de lingotes de plomo. El abastecimiento sería de 27,7 toneladas semanales de borras. Mediante Resolución Exenta N°125, de 16 de septiembre de 2013, el SEA resolvió que esa actividad sí debía ingresar al SEIA en virtud de los artículos 0.9 y ñ.1 del RSEIA dada la reutilización habitual de sustancias tóxicas sobre los 200 kilos al mes. **Como resulta evidente, atendido lo resuelto por el SEA no se realizó esa modificación pretendida.**

5. Producto de la resolución indicada en el número anterior, el 16 de diciembre de 2013, se ingresó al SEIA la Declaración de impacto ambiental “*PLANTA DE RECUPERACION DE PLOMO ALCONES*” (“**DIA Recuperación**”) para fundir baterías descartadas. La declaración se basó en el proceso de fundición de residuos peligrosos o desechos de baterías, **pero en ningún momento describe la habilitación o construcción de la planta o los hornos.**

Al respecto, mediante resolución exenta N°182/2013, el SEA resolvió “*la información de la DIA presentada como expediente físico no es copia fiel de lo publicado en el expediente electrónico del e-SEIA*”, por lo que la DIA Recuperación “*no cumple con los requisitos establecidos en el inciso segundo del artículo 16 del Decreto Supremo N° 95/2001 MINSEGPRES, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, que indica que la Declaración de Impacto Ambiental deberá acompañarse de una reproducción en medios magnéticos o electrónicos, entendiéndose que ambos documentos deben ser copia fiel del documento físico*”.

6. El 15 de enero de 2014, se ingresó una nueva consulta de pertinencia en la que se pregunta por el tratamiento de 8 toneladas diarias de baterías descartadas libres de electrolitos para recuperar plomo metálico a través de hornos de fusión de plomo de tipo rotatorio horizontal. La operación diaria se realizaría en ciclos de 4 horas cada uno. La planta tendría una capacidad de producción diaria de 6,17 ton/día, otorgando un estimado mensual de 142 toneladas.

Frente a ello, el SEA VI resolvió, mediante la resolución exenta N°68, de 14 de abril de 2014, que esa actividad requeriría ingresar al SEIA por tipificar en el literal 0.9 del Art 3 del RSEIA. **Naturalmente, atendido lo resuelto por el SEA, no se realizó esa modificación pretendida.**

7. Debido a lo anterior, el 3 de julio de 2014, se ingresó una nueva Declaración de impacto Ambiental en la que se planteó que la Planta tendría la capacidad de tratar Residuos Peligrosos de baterías de 154 toneladas de plomo por mes. **Finalmente, Andacollo se desistió de ella lo que fue resuelto mediante resolución N°135/2014 del SEA VI¹².**

8. El 19 de noviembre de 2015, Andacollo presentó una nueva consulta de pertinencia, **donde se aclara y fundamenta la diferencia entre la Planta y su fecha de habilitación respecto a los materiales e insumos a utilizar en los procesos de fundición.** En esta pertinencia, se indicó además que se fundiría “Pasta de Plomo comercial” y no se utilizaría aceite quemado (Residuo Peligroso) para fundamentar adecuadamente la no tipificación de los literales o y ñ del Art 3 del RSEIA. Se mantendrían los 4 ciclos diarios en los dos hornos horizontales y uno vertical, y la producción mensual de 142 toneladas. Como antecedente adicional, se acompaña el Ordinario de la CONAMA 1343/2006 y contratos, facturas, liquidaciones de los años 1995 y 1996.

El 16 de diciembre de 2015 el SEA VI, [mediante resolución exenta N°261](#) señaló que el proyecto Operación de Planta de Fundición de Metales Alcones no requiere ingresar al SEIA¹³ en consideración a los vistos 1 al 7 de la misma resolución.

9. El 25 de abril de 2017, se presentó una nueva consulta de pertinencia respecto al uso de residuos peligrosos no superior a 950 kg/día en la fundición. Frente a ello, inicialmente el SEA VI, mediante Resolución Exenta 203/2017, señaló que ese cambio ingresaba al SEIA ya que a los 950 Kg/día de lo consultado, sumadas las cantidades de residuos peligrosos que indica puede fundir la planta, superaba las cantidades del Art 3 literal o.9 y ñ.1. **Frente a ello, la Compañía presento recursos de reposición y jerárquico.**

Finalmente, y resolviendo la reposición, el SEA VI, mediante [Resolución Exenta 323/2017](#), acogió el recurso **indicando que la Planta no requiere su ingreso obligatorio al SEIA, ya que sólo fundiría 950 kg/día de residuos peligrosos, cantidad que no era posible sumar a las que ocasionalmente y desde 1995 la Planta pudo haber procesado.**

10. Para concluir este relato hacemos presente que el 22 de diciembre de 2018 se ingresó la última consulta de pertinencia, denominada “Reparación y renovación de

¹² Resolución N°135/2014 del SEA VI, de 17 de julio de 2014

¹³ Resolución Exenta N°261/2015, de 16 de diciembre de 2015.

infraestructura y equipos de la Planta de Fundición de Metales Alcones”, en la que se informa el funcionamiento de 24 hrs. y la producción que tienen los hornos horizontales 1 y 2 funcionando durante ese tiempo, adicionando la que tendría el nuevo horno horizontal N°3.

Mediante [Resolución Exenta N°94](#), de 12 de abril de 2019, el SEA VI resuelve el no ingreso a evaluación de la pertinencia anteriormente indicada¹⁴.

A.2. Síntesis de los actos administrativos expedidos por el SEA con respecto al ingreso de la Planta al SEIA

11. La Autoridad ambiental resolvió las consultas de pertinencia de la siguiente forma:

a. Oficio ORD. N°1343, de 1 de diciembre de 2006: La CONAMA resolvió que las actividades consultadas no ingresaban al SEIA.

b. Oficio ORD. N°283, de 29 de abril de 2010: La CONAMA resolvió que las actividades consultadas no ingresaban al SEIA.

c. Resolución Exenta N°125, de 16 de septiembre de 2013: El SEA VI indica que las actividades consultadas ingresaban al SEIA, **razón por la que la Compañía no las implementó.**

d. Resolución Exenta N°182, de 17 de diciembre de 2013: El SEA VI declara inadmisibles las DIA presentadas por falta de información relevante. **Naturalmente, no se realizaron las actividades que contenía ese proyecto.**

e. Resolución Exenta N°68, de 14 de abril de 2014: El SEA VI indica que las actividades consultadas ingresaban al SEIA, **razón por la que la Compañía no las implementó.**

f. Resolución Exenta N°135, de 17 de julio de 2014: El SEA VI tiene por desistida la DIA presentada por la Empresa.

g. Resolución Exenta N°261, de 16 de diciembre de 2015: El SEA VI resolvió que las actividades consultadas no ingresaban al SEIA.

¹⁴ Resolución Exenta N°94, de 12 de abril de 2019, del SEA VI Región.

h. Resolución Exenta N°323, de 19 de diciembre de 2017: El SEA VI, resuelve el recurso de reposición presentado por Andacollo, disponiendo que la producción de 950 kg / día de residuos peligrosos no ingresa al SEIA, por tratarse de cantidades inferiores a las establecidas en el RSEIA, y por no ser posible adicionar las cantidades históricas que producía la Planta desde 1995.

i. Resolución Exenta N°94, de 12 de abril de 2019: El SEA VI resolvió que las actividades consultadas no ingresaban al SEIA.

12. En síntesis, se presentaron **7** pertinencias, de las cuales **5** fueron resueltas en el sentido de indicar que las actividades no ingresaban al SEIA; **2** fueron resueltas desfavorablemente, razón por la que la Compañía no implementó las medidas.

Asimismo, se presentaron 2 DIA, las que finalmente no concluyeron con una RCA.

En este estado de cosas, la Autoridad ambiental reconoció tres elementos determinantes para este procedimiento: (i) **la Planta es anterior a 1997 y, por lo tanto, sus actividades no debían ingresar al SEIA;** (ii) **las mejoras que se pretendieron incorporar y que el SEA indicó que ingresaban al Sistema no fueron ejecutadas;** y, (iii) **las mejoras que fueron implementadas no debían ingresar al SEIA en conformidad al criterio del SEA VI. Entre ellas, destacan los casos en que el SEA indica que no es posible adicionar las obras o actividades pasadas de la Planta a las nuevas que se pretendía implementar, porque ello infringiría el art. 2 letra g. g.2 del RSEIA.**

A.3. Los antecedentes expuestos previamente demuestran la infracción al principio de legalidad por parte de la SMA

13. El principio de legalidad impone el respeto a una serie de garantías formales, tales como la garantía criminal, penal, de ejecución y procesal o jurisdiccional, las que, *mutatis mutandi*, son plenamente aplicables al derecho administrativo sancionador con matices¹⁵. De este principio de legalidad derivan, además, una serie de corolarios, tales como el principio de tipicidad, la reserva de ley, la irretroactividad de las leyes, el principio de taxatividad y la prohibición de analogía¹⁶.

¹⁵ GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Íñigo, *Derecho Administrativo Sancionador: Parte General*, 4° Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2017, p. 131.

¹⁶ *Ibidem*, p. 132.

14. En este procedimiento administrativo se vulneró flagrantemente el **principio de tipicidad**, a partir del **equivoco de considerar que un proyecto excluido expresamente de ingresar al SEIA se encuentra en una hipótesis de elusión en los términos del artículo 35 letra b de la LOSMA.**

15. En efecto, cuando esta SMA interpretó que el Proyecto debía ingresar al SEIA, efectuó una errada aplicación e interpretación de diversas normas legales y reglamentarias conforme pasamos a exponernos:

- o *Infracción al artículo 2 g) g.2) del RSEIA*

16. La norma en comento determina cuándo estamos en presencia de hipótesis de modificación de un proyecto o actividad efectuando una distinción fundamental entre: **(i) los proyectos que se iniciaron en forma previa a la entrada en vigor de reglamento del SEIA; y, (ii) los que comenzaron en forma posterior a este hito.**

17. En este escenario, la regla contenida en esa norma es la siguiente:

(i) Proyectos que se iniciaron en forma previa al RSEIA: Ingresan al SEIA aquellas partes, obras o acciones (sumadas entre ellas) tendientes a intervenir el proyecto o actividad de manera posterior a la entrada en vigor del SEIA que no han sido calificados ambientalmente y que constituyen un proyecto o actividad listado en el artículo 3 del RSEIA. **Esto es, simplificando al máximo la regla: Sólo se debe sumar todo lo posterior al año 1997, sin considerar aquellas partes, obras o actividades del proyecto anteriores a ese año.**

(ii) Proyectos que se iniciaron en forma posterior al RSEIA, pero igualmente no han sido evaluados: En este caso, las partes, obras o actividades que se pretenden implementar se deberán sumar a las partes, obras o actividades desarrolladas de forma posterior a la entrada en vigor del Sistema, y que no fueron evaluadas. Así, **ingresaran al SEIA si la sumatoria de todas ellas constituye un proyecto o actividad listado en el artículo 3 del RSEIA.**

¿Qué ocurre en el caso de autos? O ¿cómo infringió esta norma la SMA al formular los Cargos?: Como se explicó detalladamente en §1 y en este capítulo, la Planta **comenzó su funcionamiento en 1995, y hasta el año 2018 no se le efectuó ninguna modificación sustantiva. Asimismo, la única modificación de relevancia se realizó en 2018, previa determinación del SEA VI de que dicho cambio -el remplazo del Horno N°3 y el consecuente aumento de la capacidad de fusión en 6 toneladas no**

INGRESABA AL SEIA POR NO CONSTITUIR, POR SÍ SÓLO, UN PROYECTO O ACTIVIDAD LISTADO EN EL ARTÍCULO 3 DEL RSEIA.

18. En síntesis, por disponerlo expresamente el artículo 2. g. g.2. del RSEIA, la Planta no debía ingresar al SEIA porque era anterior a 1997; y, asimismo, la modificación en virtud de la cual se aumentó la capacidad de fusión tampoco debía ser evaluada, **porque considerada aisladamente -como mandata la norma- no tipifica en uno de los proyectos o actividades listado en el artículo 3 del RSEIA.** Esto último, como veremos a continuación, porque no le resulta aplicable lo dispuesto en los literales ñ1. y o.9. del RSEIA.

o *Infracción a los artículos 10 letra ñ de la LBGMA y 3 ñ.1. del RSEIA*

19. Para comprender cabalmente cómo esta SMA infringió estas reglas jurídicas al formular cargos a Andacollo, “disgregaremos” el tipo normativo contemplado en el literal ñ.1. del artículo 3 del RSEIA. Esto, además, nos permitirá demostrar con mayor contundencia la infracción al artículo 2.g. g.2. que veníamos analizando.

20. Sin perjuicio de ello, **el elemento central de cualquier análisis que se haga sobre las actividades de la Planta es que ésta inició su funcionamiento en 1995 y hasta 2018 no se le introdujo ningún cambio relevante, y por lo tanto todas las actividades ejecutadas en los tres hornos no ingresaban al SEIA por ser anteriores a su entrada en vigor con prescindencia de si tipificaban o no en el actual RSEIA.**

En este sentido, las únicas actividades que podrían, en abstracto, ser cuestionadas son las que se desarrollaban en el Horno N°3 incorporado en 2018, sin que puedan, como se pretende en los Cargos, sumarse las actividades anteriores ya que ello implicaría una vulneración del artículo 2.g. g.2 del propio RSEIA.

En este sentido, las 16,5 toneladas diarias de capacidad instalada máxima de la Planta, vigente desde 1995, no puede ser considerada para determinar si aplican o no los literales ñ.1 y 0.9 del artículo 3 del RSEIA.

Ñ.1. INCISO 1°:

- Actividades que ingresan: Producción, disposición o reutilización. Al respecto, la Planta efectúa la reutilización de pasta de plomo, tal como señala el considerando 1° del Pliego de Cargos. **No obstante, realiza esta actividad desde 1995**, razón por la que no es aplicable a su respecto este tipo normativo, **sino sólo en cuanto al procesamiento de la pasta de plomo en el Horno N°3 a partir de 2018.**

- Naturaleza de la sustancia: Sustancias tóxicas. En conformidad con la NCh. 382. Of. 2004 y con los artículos 12, 13 y 14 del Decreto Supremo N°148, de 2003, del Ministerio de Salud, la pasta de plomo, sustancia que habitual y predominantemente se procesaba en la Planta, podría ser considerada una sustancia tóxica (así como, los *scraps* de baterías que se procesaron en los años 90 o en alguna ocasión puntual y excepcional).

Sin perjuicio de lo anterior, debemos recordar, una vez más, que todas las sustancias que se vienen procesando desde 1995 y hasta 2018 no pueden ser consideradas para construir una hipótesis de elusión de la Planta -como pretende esta SMA-, de tal suerte **que sólo pueden considerarse, para este análisis, las sustancias que se procesan en el Horno N°3 a partir de 2018.**

No obstante, también cabe recordar que la Resolución Exenta N°323/2017 del SEA VI, autorizó el procesamiento de residuos peligrosos -como lo serían los *scraps* de baterías o éstas mismas- en cantidades iguales o inferiores a 950 kg/día, por lo que, **si en algún momento aislado y particular se procesó este tipo de insumo, ello igualmente se encontraba amparado en un pronunciamiento de la Autoridad ambiental.**

Así, la naturaleza de las sustancias procesadas carece de importancia en esta sede, porque son las mismas que se procesan desde antes de la entrada en vigor del SEIA.

- Temporalidad: Un semestre o más. La fundición de la pasta de plomo efectivamente se desarrolla por más de un semestre.
- Cantidades / día: 10.000 kg (10 toneladas) / día. Aquí se presenta el principal y más determinante yerro de esta SMA al imputar, en conformidad a esta norma, una elusión al SEIA por parte de Andacollo.

En efecto, recordemos algunos puntos capitales:

(i) la Planta comenzó su operación en 1995;

(ii) la capacidad de producción máxima de la Planta (capacidad máxima instalada) fue, desde sus inicios, de **16,5 toneladas al día**;

(iii) consecuencia de lo anterior, la producción de 16,5 toneladas diarias no debe ni debía ingresar al SEIA, **por ser una actividad ejecutada desde antes de la entrada en vigor del SEIA;**

(iv) la única modificación sustantiva de la Planta posterior a la entrada en vigor del SEIA, fue el remplazo del Horno N°3, y su consecuente aumento de producción diaria en **6 toneladas, lo que ocurrió en 2018;**

(v) de conformidad con el artículo 2.g. g.2., para determinar si una modificación de proyecto o actividad ingresa al SEIA, tratándose de proyectos anteriores a la entrada en vigor del Sistema, **sólo se debe considerar la sumatoria de las nuevas partes, obras y acciones, sin contemplar las anteriores a 1997;** y,

(vi) como consecuencia de todo lo anterior, las **NUEVAS 6 TONELADAS DE PRODUCCIÓN DIARIAS DE LA PLANTA, NO CONFIGURAN UNA PARTE, OBRA O ACTIVIDAD QUE POR SÍ SOLA DEBA INGRESAR AL SEIA PORQUE NO TIPIFICAN EN EL ARTÍCULO 3 Ñ.1. (INCISO 1°) DEL RSEIA, YA QUE ESA NORMA, REQUIERE UNA PRODUCCIÓN DE 10 TONELADAS.**

Ñ.1. INCISO 2°

- **Actividades que ingresan:** Capacidad de almacenamiento. La Planta tiene una capacidad de almacenamiento que **desde su inicio en 1995 y hasta 2018 no se modificó.**
- **Naturaleza de la sustancia:** En conformidad con la NCh. 382. Of 2004 y con los artículos 12, 13 y 14 del Decreto Supremo N°148, de 2003, del Ministerio de Salud, la pasta de plomo, sustancia que se procesa en la Planta puede ser considerada una sustancia tóxica.
- **Cantidades / día:** 30.000 kg (30 toneladas) al día. Nuevamente, en este punto se encuentra la principal confusión de esta SMA, así como la circunstancia fáctica que la lleva incurrir en una infracción de ley al formular cargos a Andacollo, aduciendo una presunta elusión por haber infringido esta norma.

En efecto, la capacidad de almacenamiento de la Planta **desde 1995 y hasta la fecha no se ha modificado.** A partir de 2018, con respecto al Horno N°3, **se aumentó la capacidad de producción, pero no la de almacenamiento de la Planta, la que se mantuvo invariable.**

Con respecto a lo que ocurrió con posterioridad a 2018, y que es lo único que debe considerarse a efectos de evaluar el ingreso de la Planta al Sistema, **su capacidad de almacenamiento histórica permitía sobradamente recibir los nuevos residuos;** pero, incluso si se quisiera pensar que la recepción de los 950 kg/día de residuos requeriría un aumento de capacidad, dichos residuos sólo daría origen a un volumen mensual de 28,5 toneladas, por lo que igualmente se está bajo el umbral de las 30 que permite la norma. **En todo caso, como consta de todos los documentos acompañados, jamás se fundieron 950kg/ día de residuos, y si alguna vez se procesó algo, fue una circunstancia puntual y aislada.**

Finalmente, esta capacidad histórica fue reconocida y ratificada por las autoridades ambientales y sanitarias de la VI Región, por ejemplo, en el [Ordinario N° 691/2018](#)¹⁷, donde determina la calidad de “sustancia peligrosa” de la pasta plomo y valida lo señalado en la R.E N°261/ N° 203/2017 y N°323/2017 del SEA VI respecto a que el proyecto por ser anterior al SEIA, tiene cantidades de materias primas que puede almacenar y procesar que no requieren de su evaluación ambiental para desarrollarse.

ES FUNDAMENTAL Y DECISIVO RECORDAR A ESTA SMA QUE TODO AQUELLO QUE ES ANTERIOR A LA ENTRADA EN VIGOR DEL SEIA NO PUEDE SER ADICIONADO A LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS A UN PROYECTO POR PROSCRIBIRLO EXPRESAMENTE EL ARTÍCULO 2.G. G.2. DEL RSEIA. LO ÚNICO QUE SE DEBE CONSIDERAR ES LO POSTERIOR A 1997.

En este sentido, las imputaciones del considerando 43° del Pliego de Cargos, carecen de todo valor, por cuanto se sostiene que: *“Que, en relación a la tabla anterior, a pesar de existir discrepancia en la información entregada por el titular, es posible constatar que la cantidad de materia prima comprada por el titular, en los meses de noviembre y diciembre de 2017, correspondió a 83,3 y 35,5 toneladas respectivamente, y suponiendo que se trataría de una sustancia peligrosa, se superaría la capacidad de almacenamiento de 30.000 Kg (30Ton) de sustancias tóxicas, de acuerdo con lo establecido en el literal ñ.1) inciso 2 del D.S. 40/2012 del Ministerio del Medio Ambiente (en adelante e indistintamente “MMA”).”*(énfasis agregado)

Como se advierte, esta propia SMA reconoce que analiza datos de 2017, esto es, cuando ni siquiera se había remplazado el Horno N°3, y en tal sentido **compara la capacidad de almacenamiento histórica de la Planta -que no requería evaluación y que se mantuvo invariable desde su inicio- con el actual RSEIA, lo que demuestra una vez más una flagrante infracción al artículo 2.g. g.2. del mismo Reglamento.**

¹⁷ Ord. N° 691/2018, de la SEREMI de Salud VI Región que ratifica la calidad de “sustancia Peligrosa” de la Pasta Plomo.

- *Infracción al artículo 10 letra o de la LBGMA y o.9 del RSEIA*

21. Con respecto a esta norma, utilizaremos la misma metodología y sistemática de análisis que usamos previamente.

- Actividades que ingresan: Tratamiento, disposición y eliminación. Al respecto la Planta efectúa el tratamiento de pasta de plomo.

- Naturaleza de la sustancia: Residuos peligrosos “tóxicos agudos” u otros residuos peligrosos. Nuevamente aquí se presentan dos errores severos en el Pliego de Cargos: **(i) la pasta de plomo no es un residuo peligroso tóxico agudo ni otro tipo de residuo peligroso, sino una sustancia peligrosa, como se demostró previamente en el §1 párrafo 12;** **(ii) la norma no resulta aplicable a las actividades efectuadas entre 1995 y 2018 porque su funcionamiento es anterior a la vigencia del SEIA; y, (iii) que respecto a lo ocurrido posterior a 2018, donde sólo se podría considerar las actividades del nuevo Horno N°3, la Resolución Exenta N°323/2017 autorizó expresamente a producir 950 kg/día de residuos peligrosos, lo que en todo caso nunca ocurrió o, de haber ocurrido, fue una situación puntal y específica que en ningún caso llegó a esas cantidades.** En todo caso, la operación del Horno N°3 desde 2018 fue muy breve debido a la paralización de la Seremi de Salud de la VI Región.

- Cantidades / día: 25 kg (0,03 toneladas) / día para los residuos tóxico-agudos; y, 1000 kg (1 tonelada) / día para los otros residuos peligrosos. **Sin perjuicio de que este literal no resulta aplicable a la Planta por todos los motivos ya expuestos, nuevamente debemos destacar que las únicas cantidades de producción que podrían ser consideradas para este análisis, son las que efectivamente se generaron en el Horno N°3 a partir de 2018, donde no se procesaron jamás residuos peligrosos en el breve tiempo que duró. En consecuencia, aunque se quisiera torcer el tenor literal del artículo 2.g. g.2. del RSEIA, incluso así la Planta no tipificaría en esta hipótesis porque la “nueva” producción fue menor a 1.000 kg / día.**

- *Imputaciones contrarias a derecho formuladas en los Cargos*

22. A continuación, se analizarán todas aquellas imputaciones contenidas en el Pliego de Cargos que controvertimos por no ajustarse a la realidad, o por ser contrarias a derecho, destacadas en aquellas partes que resulte pertinente:

- **Considerando 8°:** “Que, con fecha 17 de marzo de 2015, esta Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante “SMA”) recibió el Ord. N° 583 de la Secretaría regional Ministerial de Salud de la Región de O'Higgins (en adelante e indistintamente “SEREMI de Salud”), en virtud del que denuncia a la Fundición de Plomo ubicada en el Fundo Alcones, sin número de la comuna

de Marchigue, ya que dicha instalación realiza eliminación y tratamiento de residuos peligrosos sin contar con autorización para ello. En fiscalización de fecha 21 de febrero de 2015, la SEREMI de Salud constata que un horno rotatorio se encuentra en pleno funcionamiento, en proceso de fundición de plaquetas de baterías usadas, consideradas residuos peligrosos en conformidad al D.S. N° 148/03 del Ministerio de Salud, y dónde el combustible utilizado para alimentar el horno consiste en una mezcla de petróleo y aceites usados, el cual también es un residuo peligroso y no cuenta con autorización sanitaria para su tratamiento y disposición final. Asimismo se constata el almacenamiento de distintos residuos peligrosos sin ninguna protección para el control de derrames. Finalmente, agregan que mediante la Resolución Exenta N° 125-2013 de fecha 16 de septiembre de 2013, el SEA de O'Higgins, resuelve que el proyecto "Plata de Recuperación de Plomo Los Alcones", requiere ingresar al SEIA de forma obligatoria, debido a que el proyecto tipifica los literales "o" y "A" del artículo 10 de la Ley 19.300."

- **Considerando 9°:** *"Que, con fecha 17 de agosto de 2015, mediante la Resolución Exenta N° 13.364 la SEREMI de Salud de la Región de O'Higgins, clausuró la Planta Fundición Alcones por considerarla un riesgo para la salud pública y de sus trabajadores, además, de ser un sitio de eliminación de residuos peligrosos (residuos de plomo) no contando con las autorizaciones sanitarias y ambientales correspondientes para su funcionamiento."*
- **Considerando 10°:** *"Que, luego con fecha 19 de noviembre de 2015 la empresa presenta una nueva consulta de pertinencia, en virtud de la que declara por primera vez que si bien la planta trata 62.000 kilos de plomo diarios, no debe ingresar al SEIA por haber sido construida entre 1995 y 1996, anterior a la vigencia del SEIA en conformidad al art. 3° transitorio de la Ley 19.300. Descripción que discrepa con todo lo informado en sus consultas de pertinencia anteriores, así como en las DIAs presentadas, ya que la empresa siempre había informado que la planta no se encontraba construida."*
- **Considerando 14°:** *"Que, con fecha 20 de diciembre de 2016, la SEREMI de Salud de O'Higgins otorga a la empresa el Informe Sanitario favorable N° 1606424101, donde se acredita el cumplimiento de los requisitos sanitarios, de seguridad de la instalación de "Fundición Procesadora de Metales". Posteriormente, el titular solicitó a la autoridad sanitaria regional, el cambio de horario de trabajo establecido en Informe Sanitario de diurno, por horario diurno y nocturno, es decir, poder funcionar las 24 horas, y la Seremi de Salud de O'Higgins, resolvió mediante la Resolución Exenta N° 11604/2017 de fecha 06 de diciembre de 2017. Al respecto es importante destacar que "al aumentar el horario de trabajo, aumenta la cantidad de "Materia Prima" fundida por día, y considerando que el Titular, argumenta que la planta de fundición Alcones, enmarca su funcionamiento en la consulta de pertinencia resuelta mediante Resolución Exenta N°261/2015, indicando que, el proyecto No requiere ingresar al SEIA en forma obligatoria, sin embargo, en los antecedentes presentados por el titular en esa oportunidad no indicó que el proyecto se realizaría en un horario de 24 horas, por lo que el análisis de pertinencia realizado por el SEA fue bajo condiciones diferentes, por lo que existirá un cambio al proyecto presentado"*

- **Considerando 25°:** *“Que, la consulta de pertinencia anterior aún se encuentra pendiente de resolución por parte del SEA de O'Higgins, no obstante en el sitio web oficial de dicho organismo consta el Ordinario N° 393 de la SEREMI de Salud de la Región de O'Higgins, de fecha 26 de febrero de 2019, en virtud del que se establece que: “(...) una vez analizado el tenor del documento (...) considera que lo propuesto por el titular del proyecto, requiere someterse a evaluación en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, a fin de evaluar de manera precisa y oportuna los impactos Sanitario-Ambientales, que podría conllevar el emplazamiento de este nuevo dispositivo térmico, en el sector Alcones S/N, comuna de Marchigue”*
- **Considerando 39°:** *“Que, en conformidad a lo dispuesto en el Informe DFZ 2019 “(...) Al contrastar lo constatado en terreno, y lo indicado por el titular sobre la operatividad actual de los equipos de fusión (2 hornos rotatorios, 1 horno vertical), existen discrepancias de dicha información, no pudiendo asegurar qué equipos se encuentran actualmente operativos, sin embargo, se puede afirmar que, la capacidad de fusión instalada en la Planta de Fundición Alcones, corresponde a 2 hornos rotatorios de capacidad de fusión de 1,5 y 0,5 toneladas por ciclo respectivamente y 1 horno vertical de 0,3 toneladas por ciclo, lo que da un total de 2,3 toneladas de capacidad de fusión diaria por ciclo, considerando que cada ciclo es de 4 horas y el horario de funcionamiento de la planta es de 24 horas (de acuerdo a R.E N* 11604/2017, de la Seremi de Salud), lo que da un total de ciclos diarios, es posible determinar que la capacidad máxima de fusión diaria corresponde a 13,8 toneladas/día (2,3 toneladas por ciclo * 6 ciclos al día) de “materia 12 prima” fundida (...)”.*
- **Considerando 40°:** *“Que, considerando que la capacidad máxima corresponda a 13,8 toneladas día, supera con creces la capacidad de 1.000 Kg/día (1 Ton/día) para el tratamiento o eliminación de residuos peligrosos, establecido en el literal 0.9) del D.S N°40/2012 del MMA, e incluso los 10.000 kg/día que exige el literal ñ.1 para la producción, disposición, o reutilización de sustancias tóxicas que se realice durante un semestre o más”.*
- **Considerando 43°:** *“Que, en relación a la tabla anterior, a pesar de existir discrepancia en la información entregada por el titular, es posible constatar que la cantidad de materia prima comprada por el titular, en los meses de noviembre y diciembre de 2017, correspondió a 83,3 y 35,5 toneladas respectivamente, y suponiendo que se trataría de una sustancia peligrosa, se superaría la capacidad de almacenamiento de 30.000 Kg (30 Ton) de sustancias tóxicas, de acuerdo a lo establecido en el literal A.1) inciso 2” del D.S 40/2012 del Ministerio del Medio Ambiente (en adelante e indistintamente “MMA”).*
- **Considerando 44°:** *“Que, respecto a las cantidades en kilogramos día de la “materia prima” fundida, solicitados por esta Superintendencia en la inspección de marzo de 2018, el titular hizo entrega de planillas con registros de la cantidad diaria de “materia prima” procesada, correspondiente al mes de septiembre de 2017 a febrero de 2018, de dicha información es posible constatar que la cantidad diaria de “materia prima” fundida, fluctúa entre los 1,5 a 1,8 Ton/ día, superando la capacidad de 1.000 Kg/día (1 ton/día) para el*

tratamiento, disposición y/o eliminación de "Otros residuos peligrosos", de acuerdo a lo establecido en el literal 0.9) del D.S 40/2012 del MMA.

- **Considerando 47°:** "Que, habida consideración de estos antecedentes, es posible constatar que la empresa desde el año 2013, ha estado en pleno conocimiento que su capacidad instalada supera la capacidad de producción, disposición o reutilización de sustancias tóxicas que se realice durante un semestre o más, en una cantidad igual o superior a diez mil kilogramos diarios (10.000 kg/día) de acuerdo a lo establecido en el literal ñ.1) del D.S 40/2012 del MMA, si se tratara de sustancias peligrosas, y que supera la capacidad de 1.000 Kg/día (1 ton/día) para la eliminación o tratamiento de "Otros residuos peligrosos", de acuerdo a lo establecido en el literal 0.9) del D.S 40/2012 del MMA, considerando a la "materia prima" como residuo proveniente de baterías de plomo de desuso.

- **Considerando 48°:** "En cuanto a los efectos, es posible sostener que la Planta Fundición Alcones se encuentra generando los efectos del artículo 11 letra a) de la Ley 19.300, esto es "Riesgo para la salud de la población debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones, o residuos", toda vez que es de público y notorio conocimiento la noticia publicada en el Diario El Epígrafe con fecha 20 de febrero de 2019, en la que se declara por parte del SEREMI de Salud de la VI Región Rafael Borgoño lo siguiente: "Tenemos información que seis trabajadores tendrían más de 40 microgramos por 100 ml de plomo en sangre, por lo que excede el límite de la tolerancia biológica, por lo mismo levantamos un acta y se prohibió el funcionamiento de la fundición que cuenta con tres hornos"

- **Considerando 49°:** "Que, asimismo es dable suponer que la instalación se encuentra generando además los efectos del artículo 11 letra b) de la Ley 19.300: "Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos suelo, agua y aire", toda vez que durante la fiscalización realizada por esta SMA con fecha 14 de marzo de 2018, se constató la presencia de partes de baterías de plomo enterradas en suelo descubierto, sin ningún tipo de tratamiento o manejo, no siendo posible determinar la cantidad de residuos peligrosos dispuestos, tal como se aprecia en las siguientes fotografías (...)"

- **Considerando 51°:** "Que, lo anterior, sumado a las cantidades de "pasta plomo" que presumiblemente produce la instalación y almacena sin los resguardos exigidos por la ley, así como también el extenso tiempo de funcionamiento durante el cual se encuentra operando, tiempo que según las declaraciones de la propia Empresa en sus últimas consultas de pertinencia ingresadas al SEA, correspondería en sus inicios a mediados del año 1995, y habida consideración de las numerosas oportunidades en que el propio SEA de O'Higgins resuelve el ingreso obligatorio a evaluación ambiental, así como también las denuncias recibidas en las que se afirman los efectos descritos en el considerando N° 17 de la presente resolución, es dable suponer la configuración de efectos adversos al medio ambiente y a uno o más de sus componentes."

- *Síntesis de los argumentos que demuestran la infracción a los artículos 10 letras ñ y o de la LBGMA y 3.ñ.1 y o.9 del RSEIA*

23. En síntesis, hemos demostrado contundentemente que:

- La Planta comenzó su ejecución en 1995, esto es, con anterioridad a la entrada en vigor del SEIA.
- La capacidad instalada máxima de la Planta siempre fue de 16,5 toneladas de producción diaria, y su capacidad de almacenamiento superaba con creces las 30 toneladas, siendo en todo caso irrelevante este número precisamente por ser anteriores a 1997
- La Planta no sufrió ninguna modificación sustantiva hasta 2018, oportunidad en que se reemplazó el Horno N°3 y se aumentó su capacidad de producción, pero se mantuvo invariable la capacidad de almacenamiento. Asimismo, la capacidad de almacenamiento no se modificó por la autorización de 2017 para producir 950 kg/día de residuos peligrosos. **No obstante, incluso haciendo un ejercicio teórico y considerando que ingresaron todos los días del mes los 950 kg y que nunca se procesó nada, esa “nueva” capacidad de almacenamiento sólo sería de 28,5 toneladas mensuales, por lo que la Planta seguiría sin tipificar en la hipótesis de ingreso del artículo ñ.1 inciso 2°.**
- El reemplazo del Horno N°3 y el aumento de la capacidad de producción en 6 toneladas fue consultado al SEA VI a través de una pertinencia, frente a la que la Autoridad ambiental resolvió que **ello no constituía un cambio de consideración y que por lo tanto no debía ingresar al SEIA, ya que no tipificaba ni en las letras ñ.1 ni o.9 del artículo 3 del RSEIA.**
- En conformidad al artículo 2.g. g.2. del RSEIA, respecto de aquellos proyectos anteriores a la entrada en vigor del SEIA, sólo deberán considerar, a efectos de determinar su ingreso al Sistema, las partes, obras o acciones posteriores a 1997.
- **En el caso de la Planta, según se dijo, ésta comenzó a operar en 1995, y el único cambio sustantivo se efectuó en 2018, mediante el reemplazo del Horno N°3 y el consecuente aumento de su capacidad instalada de producción en 6 toneladas. Debido a ello, la única obra, parte o actividad que se debe analizar para determinar su ingreso, es el remplazo del Horno N°3 y la nueva producción de éste, no pudiendo adicionar las 16,5 toneladas históricas a las nuevas 6 toneladas.**

- En el Pliego de Cargos, esta SMA, precisamente, considera la capacidad instalada histórica de producción de la Planta para imputar una infracción de elusión al SEIA, **lo que constituye una vulneración flagrante al principio de legalidad y muy especialmente al principio de tipicidad, que deviene en una formulación de cargos ilegal.**

- Los severos errores jurídicos del Pliego de Cargos quedan aún más en evidencia, si se considera que esta circunstancia fue numerosas veces puesta en conocimiento de esta SMA, **y que, además, EL ÚNICO ÓRGANO TÉCNICO CON LA POTESTAD PARA DETERMINAR SI UN PROYECTO INGRESA AL SEIA, ESTO ES, EL SEA, RESOLVIÓ EN REITERADAS OCASIONES QUE LA ACTIVIDAD DESARROLLADA EN LA PLANTA, POR SER ANTERIOR A 1997, NO DEBE INGRESAR AL SEIA y que LAS MODIFICACIONES QUE SE LE EFECTUARON TAMPOCO INGRESAN POR NO CONFIGURARSE LA HIPÓTESIS DEL ARTÍCULO 2 G. G.2. DEL RSEIA.**

En consecuencia, la infracción al principio de tipicidad es palmaria, **ya que se estimó constitutivo de infracción una conducta no descrita -y aún más, plenamente validada- por la ley.**

A.4. Infracción al principio de tipicidad

24. La garantía criminal expresada bajo la fórmula *nullum crimen sine lege*, impide sancionar un comportamiento si no está descrito previamente en la ley. Esta garantía criminal es la que, aplicada al derecho administrativo sancionador, se denomina garantía material de tipicidad¹⁸, y supone que tanto los comportamientos prohibidos, o preceptuados, como las sanciones a imponer sean descritos clara e inequívocamente, de forma que no se genere inseguridad jurídica¹⁹.

25. En la especie, el tipo infraccional imputado a mi representada está contenido en el artículo 35 letra b) de la LOSMA, el que indica que constituye una infracción “la ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella”. En palabras sencillas, se trata de una hipótesis de “elusión del SEIA”.

26. Del tenor de la norma se desprende que, para que se configure la hipótesis de elusión, se requiere copulativamente que el supuesto infractor: **(i)** haya ejecutado un proyecto o desarrollado una actividad; **(ii)** que la ley le exija contar con una Resolución

¹⁸ GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Íñigo, Ob. Cit., p. 130-131.

¹⁹ Ibidem, p. 159.

de Calificación Ambiental para ejecutar dicho proyecto o desarrollar esa actividad; y, **(iii)** que no se cuente con ella.

En el caso de autos, según se demostró latamente, **Andacollo no tenía el deber de contar con una RCA**, porque el Proyecto es anterior a 1997 y la única modificación de relevancia efectuada en 2018 fue declarada por el SEA VI como exenta de ingreso, y por lo tanto legalmente no requiere contar con una RCA, conforme lo resolvió la Autoridad ambiental en diversas ocasiones.

27. Como esta SMA conoce perfectamente, la LBGMA prescribe, en su artículo primero transitorio, que *“El sistema de evaluación de impacto ambiental que regula el Párrafo 2° del Título II de esta ley, entrará en vigencia una vez publicado en el Diario Oficial el reglamento a que se refiere el artículo 13.”*

28. El SEIA no entró en vigor en forma inmediata junto a la LBGMA, **sino hasta la publicación en el Diario Oficial del primer RSEIA, el 13 abril de 1997.**

Dicha situación es la que esta SMA reconoce como **vigencia indirecta**, lo que significa que la entrada en vigor de una norma –como las que contemplaban el SEIA– dependerá de la entrada en vigor de un reglamento que las haga operativas y ejecutables²⁰.

29. De ello se deriva que los proyectos iniciados con anterioridad al 13 de abril de 1997, fecha en que entró efectivamente en vigencia el SEIA, **no debían someterse a evaluación ambiental, ni consecuentemente estaban obligados a obtener una RCA.**

Al no existir el deber de contar con una RCA, simplemente no puede configurarse una hipótesis de elusión, **ya que dicho tipo infraccional supone que la ley exija una RCA para el proyecto o actividad en concreto que se ejecuta o desarrolla.**

30. Tratándose de los Cargos, es paradójico que el **primer considerando es el que reconoce que la Planta fue construida y habilitada entre los años 1995 y 1996**, es decir, antes de la entrada en vigor del SEIA²¹.

²⁰ Esta idea aparece del Instructivo que establece criterios para la aplicación de la Ley N°20.417, que rediseña la institucionalidad ambiental, expedido mediante Oficio Ordinario N°100292 de 25 de enero de 2010, de la Ministra Presidenta y del Director Ejecutivo de CONAMA. Disponible en <https://bit.ly/2qYysmj>

²¹ Resulta aún más paradójico la siguiente situación: cá incluso se ocupa un hecho (el ser de 1995) para decir que se agrava la situación porque se estarían produciendo más efectos, pero antes nos cuestionaban si efectivamente la planta operaba desde 1995 "porque cambiamos la versión"

Aún más paradójica resulta que la Superintendencia utilice la circunstancia de haber sido construida la Planta en 1995 en forma ambivalente, pero en todo caso para agravar las imputaciones en contra de la Compañía. En efecto: primero la SMA reconoce, en el considerando 1° del Pliego de Cargos, la existencia de la Planta en 1995; luego, en el considerando 10°, insinúa que Andacollo “cambió su versión de lo informado” porque “siempre había informado que la planta no se encontraba construida” a tal fecha, dando a entender que la Planta no es anterior a la vigencia del RSEIA; sin embargo más adelante, en el considerando 51°, “supone” la configuración de efectos adversos al medio ambiente por haberse construido la Planta hace más de dos décadas.

31. En síntesis: La circunstancia de que la Planta se haya construido y haya comenzado a operar antes de 1997, y de que no exista ninguna modificación posterior que la haga tipificar en las hipótesis del artículo 3 del RSEIA, impide que los hechos que en el caso de autos exista una conducta que coincida con el tipo infraccional del artículo 35 letra b) de la LOSMA.

B. Andacollo no incurrió en ninguna de las conductas que se imputan en los Cargos: Falta de legitimación pasiva de la Compañía e infracción al “principio de personalidad de las sanciones”

32. Sin perjuicio de todo lo expuesto en los párrafos precedentes, como se relató en el §2, Andacollo es el mero propietario de las instalaciones de la Planta, las que arrendó desde un inicio a distintos ejecutores.

En tal sentido, enfatizamos que Andacollo sólo tramitó los permisos y autorizaciones sectoriales, y eran los arrendatarios quienes operaban la Planta y hacían uso de ella. Esta circunstancia se acredita con los siguientes antecedentes:

- Documento "*Descargos Salud 2012*", 24 de octubre de 2012, mediante el que Andacollo opone descargos en el sumario sanitario RUS 371/2012, sosteniendo que era la empresa "Minera Valle Alegre" quien operaba la fundición el año 2012, y en consecuencia ella la responsable de lo observado por la SEREMI de Salud. Estos descargos fueron considerados en la [Resolución Exenta 0150/2014](#), 9 de enero de 2014, de la SEREMI de Salud donde acepta que es Minera Valle Central la trasgresora de la normativa sectorial y absuelve a Andacollo²².

²² Resolución Exenta 0150/2014, 9 de enero de 2014, de la SEREMI de Salud VI Región.

- Por último, recientemente la Seremi de Salud de la VI Región, en expediente de sumario sanitario N° 196EXP337, y mediante [Resolución N°20061223](#), de 20 de mayo de 2020, absolvió a Andacollo de toda responsabilidad en el caso en comento debido a que *“no le corresponde responsabilidad sanitaria en los hechos constatados, toda vez que los trabajadores afectados no eran de su dependencia sino que de la empresa Fundación Alcones SpA, por lo que tratándose las obligaciones establecidas en el artículo 115 de aquellas que le asisten al empleador se absolverá a la sumariada de responsabilidad sanitaria en los hechos contenidos en este procedimiento.”*²³

33. En los capítulos I-III del Pliego de Cargos se exponen, como sustento de la pretensión persecutora de la SMA, una serie de hechos que, sobre la base de conjeturas, presunciones y meras suposiciones, la llevan a concluir que fueron ejecutados por Andacollo.

34. Dichas conjeturas del Pliego de Cargos, transcritas literalmente en el §4.C.4 de estos descargos, evidencian, como se tratará, que la SMA “supone”, “infiere” y “presume” circunstancias a fin de configurar sus imputaciones en contra de Andacollo.

35. En efecto: la SMA concluyó que Andacollo era quien cometió la supuesta infracción **con base en meras presunciones**. Sin embargo, **insistimos categóricamente en que ello no es correcto**, ya que la Empresa no opera ni operó la Planta y, por lo tanto, no pudo haber cometido los hechos que la SMA estima son constitutivos de infracción.

36. En efecto, Andacollo **no produjo, reutilizó, almacenó, trató o eliminó sustancias tóxicas y/o residuos peligrosos provenientes de baterías de plomo en desuso, ni mucho menos lo hizo generando efectos adversos a la salud de la población y a uno o más de sus componentes**. La Empresa sólo arrendó la Planta para que los arrendatarios la operaran, desde luego, con total y estricto apego a la normativa vigente, como consta de los contratos en los que le impuso tales obligaciones y que fueron acompañados a este proceso en los PdC y PdCR.

37. En este sentido, y estando en el marco de un procedimiento sancionatorio en el que rige en plenitud el principio de tipicidad y donde no procede la interpretación extensiva ni la aplicación de la analogía, no es posible imputar a Andacollo una conducta que **positiva y efectivamente no realizó jamás**. De lo contrario existiría una vulneración flagrante al principio de personalidad de las penas.

²³ Resolución N°20061223, de 20 de mayo de 2020, de la SEREMI de Salud VI Región.

38. Esta circunstancia fue expuesta por la Compañía en reiteradas ocasiones a lo largo de este procedimiento administrativo²⁴, e incluso antes de él, a esta y otras autoridades con competencia ambiental. Así lo constató también la SMA en inspecciones realizadas antes y después de haberse iniciado este procedimiento administrativo, en los años 2018 y 2019.

39. Al no operar la Planta, la Compañía no pudo haber producido, reutilizado, almacenado, tratado o eliminado sustancias tóxicas y/o residuos peligrosos, que son los hechos que esta SMA le imputa.

40. Así, tratándose de un procedimiento administrativo sancionador en que el estándar de prueba exigido es la “**constatación más allá de toda duda razonable del hecho imputado**”, las meras observaciones e inferencias de la SMA no permiten, en caso alguno, imputar a la Empresa la autoría de ello. Lo anterior especialmente si se considera, y es importante insistir en ello, que Andacollo sólo es el propietario de unas instalaciones que fueron arrendadas a terceros quienes estuvieron por más de 20 años a cargo de su operador.

41. En síntesis, **como Andacollo no operó la Planta, no puede ser legitimado pasivo de los cargos que se le imputan.**

42. La legitimación pasiva en un procedimiento sancionatorio se vincula a que “el demandado debe ser la persona a quien conforme a la ley corresponde contradecir la pretensión del demandante, o frente a la cual permite la ley que se declare la relación sustancial objeto de la demanda”²⁵.

43. Son justamente esas condiciones particulares contempladas por ley, requeridas para que una persona goce de legitimación pasiva en un procedimiento, las que no detenta Andacollo. Y esa falta de condiciones es la que permite afirmar que la Compañía carece de legitimación pasiva. En efecto:

²⁴ Cfr. **(i)** Programa de Cumplimiento de 20 de mayo de 2019, p. 1; **(ii)** Recurso de reposición de 24 de junio de 2019, p. 3; **(iii)** Escrito de presentación de Programa de Cumplimiento refundido, de 22 de julio de 2019, p. 3; **(iv)** Programa de Cumplimiento refundido, de 22 de julio de 2019, p. 2, 4 y 5; **(v)** Escrito de 2 de agosto de 2019, por el que Andacollo responde traslado respecto del Memorandum N°13 de Salud, p. 1-6; **(vi)** Escrito Téngase presente, de 6 de septiembre de 2019, p. 2, 7 y 10; **(vii)** Escrito responde traslado, de 12 de septiembre de 2019, p. 4; **(viii)** Recurso de reposición, de 28 de noviembre de 2019, p. 1 y 32; y **(ix)** Escrito Téngase presente, de 12 de mayo de 2020, p. 1.

²⁵ MATURANA, Cristián, *Nociones sobre Disposiciones comunes a todo procedimiento*, Santiago, Separata de estudio, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2000.

- Toda la normativa supuestamente infringida, descrita en el numeral 2 letra b) de estos descargos, discurre sobre la base de que el infractor haya **ejecutado y desarrollado** una serie de actividades determinadas. Que el imputado lo haya hecho es la “condición especial” que lo legitimaría pasivamente en el procedimiento.
- La ejecución de un proyecto supone, de conformidad con el artículo 2 letra c) del RSEIA, la “*Realización de obras o acciones contenidas en un proyecto o actividad tendientes a materializar una o más de sus fases*”, **lo que, como majaderamente hemos dicho, la Empresa no efectuó en caso alguno dado que ella no operaba la planta, siendo sólo el arrendador de unas instalaciones.**
- Por lo tanto, Andacollo no produjo, almacenó, transportó o dispuso sustancias tóxicas ni residuos peligrosos.
- Sumado a lo anterior, si bien Andacollo es propietario de las instalaciones, equipos y bodegas de la Planta, incluido los permisos asociados, al estar estas dependencias arrendadas, no se pudo hacer uso de ellas para almacenar sustancias o residuos.
- La existencia de carcasas de baterías enterradas no responde a una actividad realizada por Andacollo, **y, en todo caso, su existencia se debe a la operación de la Planta por parte de los arrendatarios desde 1995, esto es, desde antes de la entrada en vigor del SEIA. Con todo, si alguna vez se fundieron *scrap* de baterías en forma posterior a 2018, esa actividad se encontraba amparada por la Resolución Exenta N°323/2017 del SEA VI.**
- En cualquier caso, corresponderá a la SMA acreditar más allá de toda duda razonable que no fueron los arrendatarios quien efectuó las conductas que imputa y que las ejecutó Andacollo, lo que hasta la fecha no se ha probado bajo respecto alguno en este procedimiento sancionatorio.

44. En síntesis, Andacollo carece de legitimación pasiva, pues los cargos que se le imputan necesariamente requieren que el sujeto pasivo sea aquel que ejecutó las actividades constitutivas de infracción, **en circunstancias que la Compañía no lo hizo.**

45. Como es evidente, el efecto propio de la falta de legitimación activa y/o pasiva es el mismo, y necesariamente consiste en el rechazo íntegro de la acción o pretensión del ente persecutor; en la especie, consiste en la imposibilidad de continuar un procedimiento sancionatorio en contra de quien no corresponde jurídicamente; y, consecuentemente, en la imposibilidad de imponerle una sanción.

46. Nuestra Corte Suprema así lo ha resuelto elocuentemente en un caso que, *mutatis mutandi*, resulta aplicable a este procedimiento:

“... Al respecto cabe destacar, que reiterada jurisprudencia y la mayoría de la doctrina sobre la materia concuerdan en que la legitimación es un presupuesto procesal de la sentencia, que los propios jueces del fondo pueden relevar de oficio, aunque la parte no haya señalado alegación pertinente al efecto... No habiendo el demandante acreditado la legitimación pasiva de los demandados – presupuesto de eficacia para que la sentencia pudiese acoger su pretensión –, dicha circunstancia ha debido necesaria e inevitablemente conducir al rechazo de la acción.”^{26, 27}

47. Debido a todo lo anterior, dado que jurídicamente Andacollo no pudo incurrir en la conducta infraccional, ni mucho menos que pueda acreditarse su responsabilidad a partir de los antecedentes que constan en el expediente sancionatorio, la Compañía no debió ser imputada ni mucho menos podrá ser sancionada en este procedimiento administrativo.

C. En cualquier caso: Los hechos constatados en el expediente administrativo no generaron los efectos indicados en los Cargos

48. Los cargos están compuestos, necesaria e inseparablemente, de hechos, normativa infringida, calificación jurídica y efectos. De acuerdo con ello y lo exclusivamente imputado a Andacollo en el Pliego de Cargos, **reiteramos que la Empresa no ejecutó ninguna actividad, pero, además, demostraremos que las actividades desarrolladas en la Planta por los arrendatarios no generaron ninguno de los efectos mencionados en el artículo 11 de la Ley N°19.300.**

En efecto, la operación de la Planta **no generó ningún efecto significativamente adverso sobre el medio ambiente o uno o más de sus componentes**, según se demostró en este procedimiento, especialmente conforme a los antecedentes que se acompañaron en el PdC, PdCR, **y en los escritos de 30 de agosto y 12 de septiembre de 2019; y, 12 de mayo de 2020.** Concretamente: **(i) el informe de efectos respecto del agua, suelo y aire, que da cuenta que salvo para la componente suelo acotada a la zona industrial y cercana a ella, en ninguno de dichos componentes ambientales se tiene la presencia de agentes potencialmente contaminantes sobre el máximo permisible por**

²⁶ Ídem.

²⁷ En igual sentido, véase Excm. Corte Suprema, 26 de abril de 2006, Causa Rol N°5242-2003 caratulada “Christian Mosso y Cía Ltda. con Cooperativa Rural Eléctrica Llanquihue Ltda.” [en línea] disponible en www.legalpublishing.cl. N° Legal Publishing: 34280.

la norma respectiva nacional o de referencia; (ii) el informe de efectos sobre el componente salud de la población, que da cuenta que los niveles de plomo en la sangre de las personas muestreadas se encuentran dentro de los límites permisibles por la normativa; (iii) el documento “Informe Fotográfico de los puntos muestreados por la Superintendencia del Medio Ambiente según Informe Técnico de Fiscalización Ambiental DFZ-2019-982-VI-SRCA”, que da cuenta de los lugares en los cuales la SMA tomó las muestras para la elaboración del IFA; (iv) el informe “Estudio de Análisis de Suelo. Proyecto Fundición de Plomo Alcones”, elaborado por la consultora AMB, que analiza los puntos muestreados con una metodología adecuada; y, (iv) el Informe de análisis y evaluación de los criterios aplicados por la SMA para determinar que existe Daño Ambiental en la Fundición Alcones, que da cuenta de que las imputaciones de daño ambiental en contra de Andacollo carecen de todo sustento técnico y jurídico.

C.1. No se generó ningún efecto adverso significativo sobre el aire:

49. Lo primero que se debe señalar es que en el Pliego de Cargos no se formula ninguna imputación sobre una afectación a la calidad del aire.

50. Sin perjuicio de ello, durante este procedimiento sancionatorio, siguiendo las directrices y requerimientos que esta SMA entregó en la reunión de asistencia al cumplimiento sostenida con la Fiscal Instructora, Estefanía Vásquez, el 26 de junio de 2019, igualmente se realizaron modelaciones y estudios acotados a la realidad de la Planta (paralización).

51. Así, se demostró que no se puede imputar una afectación al aire por cuanto los estudios elaborados por la ETFA Algoritmos y Mediciones SpA (“**Algoritmos**”) dieron cuenta de que Los valores de concentración de 24 horas de material particulado respirable MP-10 y MP-2,5 no superaron el valor de referencia de la norma diaria ni de la norma anual, agregando que al compararse de manera referencial los valores medidos con la normativa aplicable, se concluyó que las concentraciones de dióxido de azufre SO₂, monóxido de Carbono CO y dióxido de nitrógeno NO₂, no sobrepasaban el valor límite establecido por las normas primarias respectivas. Finalmente, señaló que no se registraron concentraciones de Plomo y Cadmio (Cfr. Punto 7, p.59 del Informe de efectos elaborado por Algoritmos).

52. Adicionalmente, no existe ninguna afectación significativa a la calidad del aire producto de las emisiones de la Planta, dada las características topográficas, forestales y climáticas con influencia costera que tiene la localidad de Alcones, sumado a la baja actividad industrial y a la presencia del sistema de abatimiento de gases con el que cuentan sus hornos.

53. Todavía más se debe recordar que la Compañía paralizó voluntariamente las operaciones de la Planta desde que se le notificó de Cargos, sin perjuicio de las resoluciones de la SEREMI de Salud dictadas en el mismo sentido, por lo que ésta no se encuentra en funcionamiento desde hace más de 18 meses.

C.2. No se generó ningún efecto adverso significativo sobre el agua:

54. Nuevamente debemos comenzar señalando que en el Pliego de Cargos no se señala ni imputa ninguna afectación a este componente.

55. Sin perjuicio de ello, en el marco del programa de cumplimiento presentado por la Compañía, se acompañó el “Informe de Campaña de Monitoreo de Calidad del Aire, Suelo y Agua Fundación Alcones”, en el que expresamente se indica que al comparar los resultados de las muestras de aguas subterráneas (pozos y norias) y de aguas superficiales (vertiente y tranque), con los valores de referencia de las normas que la ETFA estima aplicables, se observa que los parámetros Cadmio, Zinc, Cobre y Plomo se encuentran bajo de los límites de referencia (Cfr. Punto 6.3 del Informe de Resultados Campaña de Calidad Agua, Suelo y Aire, preparado por Algoritmos).

56. En este sentido, los muestreos realizados a pozos y a la laguna cercana a la Planta permiten demostrar que se cumple con las normas calidad para el componente. Asimismo, el agua presente en el sector continúa prestando todos sus servicios ecosistémicos, favoreciendo la flora y fauna del lugar y la habitabilidad de las viviendas cercanas. Lo anterior, por cierto, ha sido constatado por la SMA y la autoridad sanitaria en las múltiples visitas realizadas al sector.

C.3. No se generó ningún efecto adverso significativo sobre salud de la población debido a la cantidad de emisiones, efluentes o residuos:

57. Existe un error severo en pretender que la operación de la Planta causó efectos adversos sobre la salud de la población **debido** a la cantidad emisiones, efluentes o residuos, por cuanto las únicas afectaciones que existieron fueron puntuales a un grupo de trabajadores de una empresa ajena a Andacollo, los que, al parecer, no desarrollaron sus labores cumpliendo con sus deberes de seguridad y no fueron supervisados debidamente por su empleador. **En este sentido, la afectación de un número pequeño de trabajadores, por lamentable que sea, no puede ser Comprensivo como una afectación a la salud de la población. Asimismo, tampoco existe una relación causal entre las emisiones de la Planta y la afectación de su salud, ya que esto último se debe a conductas propias de los trabajadores.**

58. Asimismo, esta SMA desconoce:

- Que dichos trabajadores no tienen ningún vínculo, ni laboral, ni civil con la Compañía, y, por lo tanto, **Andacollo no tenía cómo practicarles exámenes ni mucho menos obligarlos a efectuarlos.**
- Que dichos trabajadores, en el marco de la regulación laboral y de salud que regía su vínculo con sus empleadores, **sí se sometieron a exámenes médicos y a un programa de salud para eliminar o minimizar los efectos que pudieron sufrir en su salud, conforme consta de los certificados acompañados en el programa de cumplimiento como anexo N°1.**
- Aún más, se desconoce que la Compañía acompañó al Procedimiento, mediante presentación de 30 de agosto, un informe de descarte de efectos en la salud de la población circundante a la Planta que concluye que las **personas que voluntariamente se sometieron a exámenes médicos no tienen presencia de plomo en la sangre en niveles superiores a los regulados por la normativa pertinente.**

En síntesis, una vez más se demuestra que **se descartó la presencia de plomo respecto de las personas que residen en zonas circundantes a la ubicación de la Planta y por lo tanto no existe ninguna afectación a la salud de la población producto de las emisiones de ésta.**

C.4. No se generó ningún efecto adverso significativo sobre el suelo:

59. Con respecto a la supuesta afectación del suelo, comenzamos por mencionar que en nuestro escrito “tégase presente,” acompañado el 6 de mayo de 2020, en el marco del recurso jerárquico presentado en contra de la Res. Exe. 9 y 12, se demostró fehacientemente que no existió ninguna afectación al componente suelo y se hicieron presente los errores metodológicos en los que incurrió esta SMA.

Para tales efectos, esta parte acompañó los siguientes documentos que reiteramos en esta ocasión: **(i)** [Anexo N°1 “Informe Fotográfico de los puntos muestreados por la Superintendencia del Medio Ambiente según Informe Técnico de Fiscalización Ambiental DFZ-2019-982-VI-SRCA”](#); **(ii)** [Anexo N° 2, “Estudio de Análisis de Suelo. Proyecto Fundición de Plomo Alcones”](#), elaborado por la consultora AMB; y, **(iii)** [Versión N°3 del Informe de análisis y evaluación de los criterios aplicados por la SMA para determinar que existe Daño Ambiental en la Fundición Alcones.](#)

60. Sin perjuicio de ello, analizaremos esta imputación en lo sucesivo. Al respecto, se han formulado dos esferas de imputaciones: Una supuesta afectación del componente (i, ii); y, un supuesto daño ambiental. En efecto:

a. En los Cargos exclusivamente se imputa:

i. En el considerando 27°:

*“e. Se constató un estanque de 7.000 L con petróleo (fotografía N*6), el cual es utilizado como combustible para la operación del horno de fundición. Dicha instalación presenta un pretil de contención con presencia de petróleo derramado en su interior y en el suelo desnudo colindante se visualizan derrames de petróleo (fotografía N* 16).*

f. Se constató al momento de la inspección que existen en distintos puntos del predio de la Planta de fundición, tanto en el patio como los galpones, la presencia de diversos residuos tales como; chatarra, cenizas, tambores con cenizas, tambores con líquidos, escorias, bins, sacos con residuos, maderas (fotografías de la 17 a la 22), cuyo origen no queda claro, debido a que el Sr. Jaime Pinto desconocía su procedencia y el origen de estos, observándose desorden, falta de limpieza, pudiendo dificultar el desplazamiento de los trabajadores, tanto en las tareas normales como en situaciones de emergencia, de acuerdo a lo dispuesto en el D.S N 594/99, Reglamento sobre condiciones sanitarias y ambientales básicas en los lugares de trabajo del MINSAL y código Sanitario (...)”*

g. (...) Respecto a las baterías enterradas en el patio de la fundición, el Sr. Gonzalo Izquierdo, representante legal de Andacollo de Inversiones Ltda., indicó, mediante carta ingresada a esta Superintendencia, con fecha 21 de marzo de 2018, señalado que, “Estos residuos fueron botados y/o abandonados por anteriores arrendatarios de la fundición (año 1997 a 2015) producto del uso de baterías en desuso entre otros insumos en el proceso de fundición de plomo. Actualmente, si bien se pueden utilizar residuos peligrosos en el proceso de fundición, sólo se utiliza pasta de plomo”. Por lo tanto, se presume que por un periodo de 8 años se enterraron baterías de plomo catalogadas como residuos peligrosos, de acuerdo al D.S N 148/03 del Minsal, y a la fecha (enero 2019) no han sido removidas y el lugar no ha sido saneado, por lo que se desconoce cuál es la real afectación sobre la calidad del suelo de esa superficie y las aguas que pudieran existir en el sector.*

ii. A su turno, se indica en los considerandos 49° a 51°:

“49º Que, asimismo es dable suponer que la instalación se encuentra generando además los efectos del artículo 11 letra b) de la Ley 19.300: "Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos suelo, agua y aire", toda vez que durante la fiscalización realizada por esta SMA con fecha 14 de marzo de 2018, se constató la presencia de partes de baterías de plomo enterradas en suelo descubierto, sin ningún tipo de tratamiento o manejo, no siendo posible determinar la cantidad de residuos peligrosos dispuestos, tal como se aprecia en las siguientes fotografías”:

“50º Que, además DFZ constató en su fiscalización almacenamiento de "materia prima", en suelo desnudo, no reuniendo las condiciones estructurales y sanitarias para el almacenamiento de una sustancia peligrosa, con clasificación de riesgo clase 6.1, escoria a granel acumulada en suelo desnudo (Fotografía N° 3), así como también derrame de petróleo en suelo desnudo en el área de la instalación donde se ubica el estanque de 7 .000 L con petróleo (Fotografía N° 5), y un área de 100 m2 aproximadamente con acopio de maxisacos con "cenizas de bronce", a la intemperie expuestos a la lluvia y sol (Fotografía N° 4), tal como se aprecia en las siguientes imágenes”:

“51 º Que, lo anterior, sumado a las cantidades de "pasta plomo" que presumiblemente produce la instalación y almacena sin los resguardos exigidos por la ley, así como también el extenso tiempo de funcionamiento durante el cual se encuentra operando, tiempo que según las declaraciones de la propia Empresa en sus últimas consultas de pertinencia ingresadas al SEA, correspondería en sus inicios a mediados del año 1995, y habida consideración de las numerosas oportunidades en que el propio SEA de O'Higgins resuelve el ingreso obligatorio a evaluación ambiental, así como también las denuncias recibidas en las que se afirman los efectos descritos en el considerando N° 17 de la presente resolución, es dable suponer la configuración de efectos adversos al medio ambiente y a uno o más de sus componentes”.

b. Fuera del Pliego de Cargos, sin embargo, y específicamente en la Res. 9, se imputa la generación de un supuesto daño ambiental sin fundamento alguno, como demostraremos a continuación. Todo esto basado en el IFA o Informe de fiscalización de 6 de agosto de 2019, que, como veremos, adolece de severos yerros metodológicos que impiden obtener conclusiones ajustadas a la realidad del suelo de la Planta.

61. Frente a este escenario, existen tres grandes consideraciones: **(i)** El Pliego de Cargos se basa única y exclusivamente en suposiciones; **(ii)** Los informes de fiscalización dan cuenta de actividades en las que se infringieron las metodologías de análisis, se

aplicaron norma de referencia de forma deficiente, y en definitiva se exponen datos alterados; y, (iii) se efectúa una imputación de daño ambiental sobre la base de una severa confusión entre los conceptos de contaminación, contaminante, impacto significativamente adverso, y daño ambiental.

- *El Pliego de Cargos se basa sólo en suposiciones: infracción a la motivación de los actos administrativo y presunción de inocencia*

62. La Superintendencia presume circunstancias e infiere conclusiones en diversos considerandos del Pliego de Cargos:

- **Considerando 27°, letra g):** “(...) Por lo tanto, se presume que por un periodo de 8 años se enterraron baterías de plomo catalogadas como residuos peligrosos, de acuerdo al D.S N°148/03 del Minsal, y a la fecha (enero de 2019) no han sido removidas (...)”.
- **Considerando 46°:** “Que, considerando la información señalada en la tabla y en el documento antes mencionado, donde señala respecto del horno N°3 “La capacidad de este horno es de 2,5 toneladas de plomo metálico en 24 horas”, y que “A partir del conocimiento histórico del proceso de este tipo de Horno se postula el desarrollo de cinco ciclos de producción en veinticuatro horas”, es posible inferir que la empresa siempre ha tenido una capacidad de producción instalada de al menos 14,95 toneladas diarias y 299 toneladas mensuales, considerando una jornada semanal de lunes a viernes.
- **Considerando 47°:** “Que, habida consideración de estos antecedentes, es posible constatar que la empresa desde el año 2013, ha estado en pleno conocimiento que su capacidad instalada supera la capacidad de producción, disposición o reutilización de sustancias tóxicas que se realice durante un semestre o más, en una cantidad igual o superior a diez mil kilogramos diarios (10.000 kg/día) de acuerdo a lo establecido en el literal ñ.1) del D.S 40/2012 del MMA, si se tratara de sustancias peligrosas, y que supera la capacidad de 1.000 Kg/día (1 ton/día) para la eliminación o tratamiento de “Otros residuos peligrosos”, de acuerdo a lo establecido en el literal 0.9) del D.S 40/2012del MMA, considerando a la “materia prima” como residuo proveniente de baterías de plomo de desuso.
- **Considerando 48°:** “En cuanto a los efectos, es posible sostener que la Planta Fundición Alcones se encuentra generando los efectos del artículo 11 letra a) de la Ley 19.300, esto es “Riesgo para la salud de la población debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones, o residuos”, toda vez que es de público y notorio conocimiento la noticia publicada en el Diario El Epígrafe con fecha 20 de febrero de 2019, en la que se declara por parte del SEREMI de Salud de la VI Región Rafael Borgoño lo siguiente: “Tenemos información que seis trabajadores tendrían más de 40 microgramos por 100 ml de plomo en sangre, por lo que excede el límite de la tolerancia biológica, por lo mismo levantamos un acta y se prohibió el funcionamiento de la fundición que cuenta con tres hornos”

- **Considerando 51°:** *“Que, lo anterior, sumado a las cantidades de “pasta plomo” que presumiblemente produce la instalación y almacena sin los resguardos exigidos por la ley, así como también el extenso tiempo de funcionamiento durante el cual se encuentra operando, tiempo que según las declaraciones de la propia Empresa en sus últimas consultas de pertinencia ingresadas al SEA, correspondería en sus inicios a mediados del año 1995, y habida consideración de las numerosas oportunidades en que el propio SEA de O'Higgins resuelve el ingreso obligatorio a evaluación ambiental, así como también las denuncias recibidas en las que se afirman los efectos descritos en el considerando N° 17 de la presente resolución, es dable suponer la configuración de efectos adversos al medio ambiente y a uno o más de sus componentes”.*

- Las suposiciones, presunciones e inferencias de este tipo, así como conclusiones sin demostración científica de método, constan también en otras piezas de este procedimiento administrativo, tal como ocurrió en el Informe de Fiscalización (cfr. p 46, párrafo 3 y 4). Así mismo ocurre en la Res. 9 donde se da por sentada la existencia de daño ambiental (Cfr. considerando 24° Res. 9), en circunstancias que esta Superintendencia sabe que existe un procedimiento específico para establecer si ello es cierto.

63. Respecto a estas conjeturas cabe preguntarse: ¿es realmente una presunción, inferencia o deducción de la SMA, basada en constataciones que ella misma hace, un estándar que permita realizar imputaciones de la magnitud de las acusadas a Andacollo? ¿Son las conjeturas un medio válido y suficiente para tener por producidos algunos de los efectos imputados por esta autoridad? Y más aún, ¿no debiesen interpretarse todos los antecedentes tenidos a la vista por la SMA, como fundantes de la presunción de inocencia de Andacollo hasta que la misma SMA logre acreditar lo contrario?

En ese sentido estimamos, más bien, que **las conclusiones de esta Superintendencia son un pronóstico**. Y, como todo pronóstico, existe la probabilidad de que ocurra y posibilidad de que nada de lo pronosticado acontezca. **Lo cierto es que demostrar que lo pronosticado efectivamente ocurrió, con bases científicas y técnicas, es una carga procesal que pesa sobre esta autoridad**, a pesar de todos los esfuerzos desplegados por Andacollo para descartar lo presagiado. Para ello basta pensar análogamente en lo absurdo que resultaría si, en un procedimiento penal, fuera el imputado quien debiese demostrar que *no* cometió el delito inculpado.

- *Los informes de fiscalización exhiben resultados errados y alterados producto de deficiencias en las actividades de fiscalización y de la aplicación de las normas de referencia*

64. La División de Sanción y Cumplimiento de esta SMA (“**DSyC**”) rechazó el PdCR sobre la base de los resultados consignados en el Informe de Fiscalización DFZ-2019-982-VI-SRCA, (“**IFA**” o “**Informe de fiscalización**”), incorporado a este procedimiento mediante la Resolución Exenta N°8, pronunciada cuatro meses después de la formulación de cargos y dos meses después de la presentación del programa de cumplimiento refundido. Este IFA daría cuenta de presencia de Plomo en el componente suelo, en valores superiores a los estándares internacionales, lo que a juicio de la SMA sería constitutivo de daño ambiental y haría improcedente la aprobación de un Programa de Cumplimiento (Cfr. considerandos 47° a 62° de la Res. Ex. N° 9, que rechazó el PdC presentado por Andacollo).

65. Sin perjuicio de la ilegalidad del criterio de la SMA en cuanto a estimar que no procede la aprobación de un PdC en caso de imputarse daño ambiental, según veremos en el acápite siguiente, incluso si estimásemos en abstracto que ello es procedente, **lo cierto es que en el caso de Andacollo ello no hubiera sido posible toda vez que la metodología empleada para la elaboración del IFA y las conclusiones en él consignadas son erradas y no permiten pretender la existencia de un presunto daño ambiental**. En efecto, según fue expuesto en presentación de 12 de mayo de 2020, los principales errores cometidos el IFA fueron:

a. **Se tomaron muestras de elementos que no son suelo.** Los funcionarios de esta SMA tomaron muestras del material depositado sobre: **(i)** el piso de concreto al interior de galpones; **(ii)** insumos mineros ensacados; **(iii)** residuos y escoria a granel; y, **(iv)** patio de maniobras de la fundición, indicando que estas muestras corresponden al componente “suelo” lo que no es efectivo. Solo algunas muestras fueron tomadas efectivamente en “suelo”. Lo anterior puede verificarse con el análisis de las coordenadas de cada punto muestreado, consignadas en el Informe de fiscalización.

b. **Se infiere la existencia de un daño ambiental del recurso suelo sin efectuar un análisis técnico y jurídico que permita aseverarlo.** En sintonía con lo expuesto en la letra a), esta conclusión de la DSyC se fundamenta en un número de muestras que no corresponden al “suelo”; y, peor aún, cuyos valores fueron comparados con normas que no aplican para los terrenos rurales del sector de Alcones, los que fueron objeto de un cambio de uso para fines industriales, no son presentan cultivos y corresponden a “suelos clase VI”, en conformidad con la Resolución N°177, de 8 de marzo de 2011 del Servicio Agrícola y Ganadero, conforme lo acredita el “Informe Estudio de Análisis de Suelo. Proyecto Fundición de Plomo Alcones”, elaborado por AMB Consultores y que acompañamos con esta presentación.

c. **No se evaluaron y muestrearon los diferentes estratos del suelo, ni tampoco se analizó la extensión de la superficie con presencia de plomo, para determinar la existencia del presunto daño ambiental.**

d. **Se utilizaron normas o guías de referencia que no guardan relación con las características y usos silvoagropecuarios del sector donde está emplazada la planta de metales. Según se dijo, el suelo tiene una clasificación clase VI, es decir, no permite como condición natural el cultivo agrícola.**

66. Para comprobar los asertos anteriores, Andacollo realizó en terreno un completo análisis del procedimiento empleado por la SMA, los resultados y de las conclusiones consignadas en el IFA. Para ello, en primer lugar, Andacollo capturó mediante fotografías georreferenciadas los puntos muestreados por la SMA, cuestión que dio lugar al documento “Informe fotográfico de los puntos muestreados por la Superintendencia del Medio Ambiente, según Informe Técnico de Fiscalización Ambiental DFZ-2019-982-VISRCA”, acompañado a este expediente el día 12 de mayo de 2020, mediante la presentación “Téngase presente al resolver recurso jerárquico” (“**Téngase presente**”).

67. Luego de haber analizado los datos de las muestras obtenidas por la SMA, según procedencia u origen de muestra, la Compañía encargó a un laboratorio ETFA un muestreo y un re-muestreo del “suelo”, en los mismos puntos utilizados por la SMA. El resultado de este estudio se acompañó en el Téngase presente como anexo “[Estudio de Análisis de Suelo. Proyecto Fundición de Plomo Alcones](#)”, elaborado por AMB Consultores.

68. Finalmente, Andacollo encargó la realización de un análisis de los procedimientos utilizados por la SMA, así como de la procedencia y aplicación de la normativa de referencia utilizada para calificar el supuesto daño ambiental. El resultado de este encargo se acompañó en el Téngase presente como Anexo 3: “[Informe de análisis y evaluación de los criterios aplicados por la SMA para determinar que existe daño ambiental en la Fundición Alcones](#)”, elaborado por la ETFA AMB Consultores.

69. Las conclusiones de los análisis e informes mencionados son las que exponemos a continuación:

a) El IFA considera muestras que no son de suelo

Para acreditar esto, se presentó el documento denominado: Anexo N°1 [“Informe Fotográfico de los puntos muestreados por la Superintendencia del Medio Ambiente según Informe Técnico de Fiscalización Ambiental DFZ-2019-982-VI-SRCA”](#). En él se presentó la ubicación georreferenciada y tipo de elemento muestreado por esta SMA, según las coordenadas sindicadas en el IFA, según las cuales se pudo constatar que diversos elementos no corresponden al componente “suelo”.

Así, es el propio IFA el que da cuenta del error o confusión en el uso de los datos, toda vez que -tal como ocurre en su página 18- se habla de muestras de suelo para señalar su relación respecto a las guías y normas de referencia, en circunstancias que, en el párrafo siguiente, se indica “La muestra que presentó la mayor concentración de plomo en el suelo (87.176 mg/Kg), corresponde a la extraída del interior del galpón 2, superando la concentración límite de la norma Canadá en un 14.000% y en un 16.000% la norma Holanda.” (énfasis agregado).

Esto da cuenta de que las muestras no fueron tomadas del “suelo”, sino del interior de uno de los galpones de la fundición y cuyo piso es de concreto.

b) Imputación de daño ambiental sin fundamentos técnicos y jurídicos

Para demostrar que la imputación de daño ambiental carece de sustento técnico y jurídico, fundamentalmente porque para la elaboración del IFA no se aplicó una matriz de muestreo y un número estadístico representativo de presencia de plomo en el componente “suelo”, se acompañó el [Anexo 3: Informe de análisis y evaluación de los criterios aplicados por la SMA para determinar que existe Daño Ambiental en la Fundición Alcones](#).

c) Ausencia de evaluación de los estratos del suelo y de la extensión de la superficie

Para demostrar que la DSyC no analizó los valores de las muestras que corresponden exclusivamente al suelo, ni la superficie afectada, y asumió o infirió un daño ambiental sin evaluar y muestrear los diferentes estratos del suelo y la extensión de la presencia del plomo, según los parámetros exigidos por la Guía Metodológica para la Gestión de Suelos con Potencial Presencia de Contaminantes, del Ministerio del Medio Ambiente, y las guías de referencia, nos remitimos expresamente al IFA.

En efecto, utilizándose los mismos datos obtenidos y sindicados por la SMA en el IFA, es posible concluir que las muestras no son representativas del componente suelo y de la extensión de la superficie de la planta, dado que las únicas muestras del

IFA que efectivamente fueron tomadas del suelo -excluyendo por lo tanto las que no-, son sólo superficialmente y no en sus diferentes horizontes (profundidades).

Así, el criterio que aplicó la DSyC, sobre la base de sus resultados obtenidos y que constan en el proceso sancionatorio, utilizan un valor que consiste en el promedio de todos los datos obtenidos de los muestreos realizados, pero no considera: **(i)** el uso de suelo; **(ii)** el tipo de muestra; y, **(iii)** la característica de la muestra y la representatividad de ésta. **Por esa razón, la SMA obtuvo un resultado que sólo indica concentración promedio de plomo en muestras tomadas en el sector de la Planta y sus alrededores, pero que no corresponden a suelo y no responden a la realidad del suelo de la fundición.**

Si se analizan los resultados de las muestras de suelo, en especial del suelo de las superficies no intervenidas o afectadas por las instalaciones de la Planta y el sector de acumulación de chatarra, **los valores promedio de concentración de plomo en la “superficie” son de 41,1 mg/kg según tabla N°2 del IFA; de 183 mg/kg según tabla N°1 - preparada según los datos aportados en el IFA y acompañada en la página 6 del Téngase presente-; y, de 267,2 mg/Kg según informe de la consultora Algoritmo;** permitiendo con ello indicar que:

a. **Los suelos de característica rural aledaños o contiguos a la planta presentan concentraciones de plomo menores a los 300 mg/kg, los cuales decrecen en su concentración a medida que se alejan de la fundición a valores incluso inferiores a 70 mg/kg.** Las concentraciones mayores están claramente circunscritas a la superficie de la planta y a la zona de acumulación de chatarra y residuos.

b. **El IFA fue elaborado sin información de presencia de plomo en todos los horizontes o componentes del suelo ni a distintas profundidades éste, lo que implica que los resultados obtenidos son básicamente de elementos superficiales del suelo, pero no del suelo mismo como indican las guías y normas de referencia (Guía Metodológica para la Gestión de Suelos con Potencial Presencia de Contaminantes y Guía Holandesa).**

c. **Las concentraciones de plomo según el criterio utilizado en las tablas acompañadas en el Téngase presente -basadas en los datos proporcionados por la SMA en el IFA- permiten indicar que, al categorizar las muestras, los resultados son diferentes a los arribados por la DSyC dado que dichas muestras, trabajadas en grupo, generan poblaciones muestréales que son estadísticamente diferentes, al tratarse de muestras de diferente origen.** Luego, dado que la DSyC no trabajó con categorías de datos según lo exigido por la norma o guía de referencia, sus conclusiones no se

adecuan a la realidad del sector considerado como un todo, ni respecto a la situación general del “suelo” sobre el cual se asevera que hay daño.

Así, al trabajar estadísticamente con grupos conformados por variables comunes -como lo sería el origen de la muestra (suelo, suelo rural, suelo industrial, residuos, etc.)- se puede concluir que la presencia de plomo en las instalaciones de la planta y del sector de acopio de chatarras, es diferente en su origen y extensión respecto a los terrenos aledaños o rurales.

d. Los niveles de plomo de mayor concentración se encuentran circunscritos al terreno industrial y al terreno de acumulación de chatarras y residuos, los que son aledaños a la Planta. A medida que las muestras se alejan de estas instalaciones, la presencia de plomo en la superficie de los terrenos disminuye rápidamente.

D. **Ilegalidades cometidas en la tramitación del procedimiento sancionatorio que obligan a pronunciar una resolución absoluta**

70. Para el improbable caso que esta Superintendencia estime insuficientes los argumentos expuestos, e incluso si llegara a la desacertada conclusión de que la Compañía tiene alguna responsabilidad en la operación de la Planta, Andacollo no podría ser sancionado ya que el procedimiento sancionatorio adolece de severos vicios que vulneraron irremediablemente garantías básicas del derecho administrativo sancionador.

71. Entre esos vicios se manifiestan como los más determinantes: **(i)** la infracción al principio de congruencia; y, **(ii)** la vulneración del principio de culpabilidad y consecuentemente a la presunción de inocencia. Todo ello, por cierto, ocasionó una alteración de la ritualidad del proceso y una infracción al artículo 7 de la Constitución Política de la República y una serie de normas de la LOSMA.

D.1. Imputación de daño ambiental fuera del Pliego de Cargos: Infracción al principio de congruencia

72. Según se expuso, el único cargo formulado en el Pliego fue: “Producción, reutilización, almacenamiento, tratamiento, y eliminación final de sustancias tóxicas y/o residuos peligrosos provenientes de baterías en desuso, sin contar con Resolución de Calificación que lo habilite a ello y generando efectos adversos a la salud de la población y a uno o más componentes ambientales” (Cfr. Resuelvo I del Pliego de Cargos).

73. Como normativa infringida, la Superintendencia sólo identificó como normativa infringida los artículos 8, 10 letra ñ) y 10 letra o) de la LBGMA, así como el artículo 3 letra ñ.1) y letra o.9) del RSEIA. Asimismo, sólo estimó que se producían los efectos de las letras a) y b) del artículo 11 de la LBGMA.

74. Como consecuencia de lo anterior, la SMA resolvió *“CLASIFICAR, sobre la base de los antecedentes que constan al momento de la emisión del presente acto, la infracción N°1 como gravísima, en virtud de la letra f) del numeral 1 del artículo 36 de la LO-SMA la que prescribe que son infracciones gravísimas los hechos, actos u omisiones que involucren la ejecución de proyectos o actividades del artículo 10 de la ley N2 19.300 al margen del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y se constate en ellos alguno de los efectos, características o circunstancias previstas en el artículo 11 de dicha ley, lo anterior habida consideración de lo señalado en los considerandos 16 al 22 y 47 al 51 de la presente resolución”* (Cfr. Resuelvo II del Pliego de Cargos).

75. En consecuencia, bajo respecto alguno se imputó una hipótesis de daño ambiental a Andacollo, ni mucho menos se calificó jurídicamente la infracción como *gravísima* sobre la base de ese suceso.

76. No obstante, mediante la RE N°9, basada en las conclusiones del IFA, esta SMA imputó la comisión de un supuesto daño ambiental a la Compañía, y, es más, utilizó dicho argumento para rechazar ilegalmente el programa de cumplimiento que ésta presentó.

77. Este comportamiento de la Autoridad devino en una flagrante infracción al principio de congruencia conforme analizaremos a continuación.

78. La congruencia, es definida como “Conveniencia, coherencia, relación lógica”, y más específicamente en lo que nos importa, como “2. f. *Der. Conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones de las partes formuladas en el juicio (...)*”²⁸.

79. Así, el principio de congruencia impule al juez o a la autoridad administrativa a mantener la debida coherencia y relación lógica entre la pretensión procesal y lo finalmente resuelto, limitando el contenido de esta, de manera que sólo podrá referirse a los hechos y calificaciones imputados al inicio del procedimiento.

²⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, disponible en <https://dle.rae.es/?w=congruencia>, [consulta 16 de diciembre de 2019].

80. Nuestra jurisprudencia ambiental, citando a CORDERO VEGA, ha sostenido que "(...) debe existir una conformidad entre el inicio del procedimiento y la resolución final, de modo que no se resuelvan, en definitiva, cuestiones ajenas a las que constan en el procedimiento o a lo solicitado por los interesados". Además, importa que la Administración no puede "[...] dejar al interesado en una situación desmejorada o peor a aquella en la que se presentó al inicio del procedimiento"²⁹.

81. En un procedimiento administrativo como el de autos, el inicio y término están marcados dos hitos: la formulación de cargos y la resolución absolutoria o sancionatoria.

o *El Pliego de Cargos*

82. Como se ha dicho, "la formulación de cargos viene a satisfacer el derecho del imputado o inculcado a conocer la acusación administrativa, al otorgarle todos los antecedentes que fundan la acusación administrativa, esto es: **(i) una descripción clara y precisa de los hechos que fundan los cargos y la fecha de su verificación; (ii) las normas infringidas; y, (iii) la sanción asignada.** Lo anterior permite al presunto infractor o inculcado defenderse de las acusaciones o cargos formulados por la autoridad administrativa o el fiscal sumariante, al fijarse de manera estricta e inmodificable, salvo una formulación de cargos, el objeto del procedimiento sancionador"³⁰ (énfasis agregados).

83. En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 49 de la LOSMA dispone: "*La instrucción del procedimiento sancionatorio se realizará por un funcionario de la Superintendencia que recibirá el nombre de instructor y se iniciará con una formulación precisa de los cargos que se notificarán al presunto infractor...*"

"La formulación de cargos señalará una descripción clara y precisa de los hechos que se estimen constitutivos de la infracción y la fecha de su verificación, la norma, medidas o condiciones eventualmente infringidas y la disposición que establece la infracción y sanción asignada" (énfasis agregados)

84. Es la formulación de cargos la que da inicio al procedimiento y la que debe dibujar claramente el escenario en que se desenvolverá el mismo. En ello ha sido enfática también nuestra Contraloría General de la República, al dictaminar que:

²⁹ Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, considerando 40°, de 21 de agosto de 2018, causa Rol R-160-2017.

³⁰ ZÚÑIGA, Francisco y OSORIO, Cristóbal, "Los criterios unificadores de la Corte Suprema en el procedimiento administrativo sancionador", en Estudios Constitucionales, vol.14, N°2, (2016), p.464.

"La reiterada jurisprudencia administrativa de este Ente Contralor, contenida, entre otros, en los Dictámenes N°s. 26.917 y 50.898, ambos de 2006, expresa que en los procedimientos sancionatorios los cargos deben indicarse en forma concreta, explicitando claramente la actuación anómala o los hechos constitutivos de la o las infracciones en que ha incurrido el afectado, lo contrario le impide a aquél ejercer adecuadamente su derecho a defensa"³¹ (énfasis agregado).

85. Refiriéndose a la coherencia, la doctrina sostiene que: "respecto a la segunda afirmación, la coherencia entre los cargos formulados y el acto administrativo de término del procedimiento sancionador, la Corte Suprema también ha establecido que ninguna persona puede ser sancionada sobre hechos o normas no descritos o enunciados en la formulación de cargos, exigiendo una congruencia entre la formulación de cargos y la sanción administrativa"³². Todo esto porque, señala, "El examen de competencia y coherencia en la formulación de cargos nos permite asegurar que la jurisprudencia está garantizando la imparcialidad y objetividad en la sustanciación del proceso y en la fijación exacta del objeto del procedimiento sancionador que asegure una adecuada defensa de los inculpados"³³.

86. Sobre el particular, resulta relevante la jurisprudencia administrativa sentada por esta SMA en su resolución exenta N° 765, de 29 de julio de 2013, donde dispone:

*"61º Que, la formulación precisa de los cargos dispuesta en el artículo 49 de la Ley Orgánica de esta superintendencia, es condición esencial para que el sujeto fiscalizado pueda ejercer su derecho a defensa jurídica eficazmente, garantizando así un procedimiento equitativo. Lo anterior, se ve reflejado a su vez, en el citado artículo 54, que dispone la congruencia que debe existir entre **los hechos y circunstancias que sirvieron de base para la formulación de cargos y aquellos que se tuvieron en consideración para aplicar la sanción**. De este modo, **los elementos esenciales** que se deben tener presente por este Superintendente al momento de dictar la resolución final **deben ser los mismos que se tuvieron en consideración para la formulación de cargos, no pudiendo en consecuencia, sancionar por hechos diversos***

*En consecuencia, lo que **no está expresamente incluido en la formulación de cargos será una cuestión ajena a la causa y no puede ni debe ser considerado en perjuicio del infractor** y, por lo tanto, la resolución final de*

³¹ Dictamen N°49.341/2009, de 7 de septiembre de 2009.

³² ZÚÑIGA, Francisco y OSORIO, Cristóbal (2016), ob. cit., p. 466.

³³ Ibidem, p. 467.

este Superintendente no puede exceder el contenido de la formulación de cargos, lo que importa plena observancia de lo que se denomina la congruencia entre formulación de cargos, dictamen y la resolución final” (énfasis agregados).”

87. Al respecto, como esta propia SMA lo resuelve en el considerando 65 de la Resolución Exenta N°9 dictada en este procedimiento: **“... un cargo imputado en la formulación de cargos está integrado necesaria e inseparablemente por dos elementos: el hecho imputado (acción u omisión precisa) y los efectos que éste acarrea, el que debe clasificarse según lo dispone el artículo 36 N°1,2 o 3 de la LO-SMA”.**

88. En concreto, esta Autoridad tiene muy claro que la imputación de los efectos del presunto hecho infraccional debe formar parte del Pliego de Cargos y no de otra resolución pronunciada en el expediente sancionatorio. **Esto, en el caso de autos, es precisamente lo que vulneró esta SMA al incorporar la existencia de un presunto daño ambiental en una resolución ajena a los cargos imputados y que fue pronunciada, de hecho, 7 meses después.**

89. Como consta en este procedimiento sancionatorio, esta SMA no formuló ningún cargo cuyos efectos hayan sido la producción de daño ambiental, **ni tampoco calificó jurídicamente la infracción imputada a Andacollo como gravísima o grave en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 1 a) o 2 a)**, incorporando dicha consideración mediante la Resolución Exenta N°9, por medio de la cual rechazó el PdC presentado por la Empresa, vulnerando con ello la congruencia y las garantías del debido proceso de mi representada, particularmente su derecho a defensa.

○ *Afectación a la congruencia*

90. Al obrar de esta forma, la SMA vulneró: **(i)** las garantías que fluyen del principio del debido proceso; y, **(ii)** los principios que informan el derecho administrativo sancionador, especialmente el principio de congruencia.

91. En este mismo sentido lo resolvió el Segundo Tribunal Ambiental, en la sentencia pronunciada en la causa Rol N° R- 76-2015, al prescribir: **“Quincuagésimo cuarto. Que, a juicio del Tribunal en este punto, es necesario tener presente lo dispuesto en el artículo 54 inciso final de la LOSMA, que dispone que “Ninguna persona podrá ser sancionada por hechos que no hubiesen sido materia de cargos”. Por aplicación de la norma, debe concluirse que si la presencia de fisuras o aberturas en los portones de ingreso del galpón SAC no fue detectada según indica la SMA en las inspecciones a terreno efectuadas con ocasión de las actividades de fiscalización, por lo que no fue**

materia de cargos en el proceso sancionatorio Rol F 68-2014, la reclamada no podía sancionar por tal motivo. Por consiguiente, si no hubo cargos ni sanción a dicho respecto, el programa de cumplimiento no podía abordarlo. En efecto, de la revisión del referido programa, no cabe más que concluir que la existencia de fisuras o aberturas en el galpón SAC no fue materia de acciones y metas específicas destinadas a subsanar una eventual falta de hermeticidad de dicho galpón. Por tanto, **la alegación genérica de la reclamante en torno a que la infracción imputada en el segundo proceso sancionatorio estaba cubierta en cuanto a su origen, remedio y clasificación en el programa de cumplimiento del primer proceso, no es efectiva.**” (énfasis agregados).

92. En este procedimiento, la Resolución Exenta N°9 reconoce expresamente, **en sus considerandos 57 a 60,** que esta SMA sólo se formó convicción del supuesto daño ambiental mediante el informe de fiscalización IFA N°982/2019, **el que fue notificado a mi representada el 3 de septiembre del año 2019,** esto es, 4 meses después de la formulación de cargos y casi 2 meses después de la presentación de nuestro programa de cumplimiento refundido, **por lo que es evidente que dicha imputación no forma parte del Pliego de Cargos y en tal sentido no debió ser considerada por esta SMA para el rechazo del programa de cumplimiento, ni tampoco podrá ser considerada en la resolución final.**

93. Por ello, resulta insostenible pretender que Andacollo deba defenderse de hechos o circunstancias que no fueron parte de los Cargos, y **que esta SMA estime que se han resguardado sus derechos y el debido proceso por la sola circunstancia de haber inventado una nueva etapa de descargos dentro del procedimiento sancionatorio otorgando un plazo de 15 días para presentar defensas y alegaciones sobre esta nueva imputación,** como se sostiene en el considerando 61 de la Resolución Exenta N°9, sin haber reformulado los cargos que es lo que en derecho corresponde.

D.2. Infracción al principio de culpabilidad

- o *Ausencia total del análisis de este elemento e imposibilidad de formular un reproche de culpabilidad a Andacollo*

94. A pesar de ser una cuestión de Perogrullo, valga comenzar recordando que en todo proceso sancionatorio la Autoridad se encuentra obligada, por imposición de los mandatos de nuestra CPR y de la LBPA, a acreditar la culpabilidad de los sujetos a quienes imputa la comisión de una infracción, para poder aplicarles una sanción. Este

es uno de los principios más básicos del Derecho administrativo sancionador, denominado *principio de culpabilidad*.³⁴

95. Así, “no cabe en ningún caso imponer una sanción administrativa, a quien no pueda dirigírsele un reproche personal por la ejecución de la conducta prohibida”³⁵, por lo que sólo puede predicarse responsabilidad por un injusto administrativo a quien teniendo capacidad para comprender la antijuridicidad de su actuar y de adecuar su comportamiento a las disposiciones legales, actúa, no obstante, en contra de las prescripciones del ordenamiento jurídico.³⁶

96. Lo anterior, a su vez, supone que deben concurrir todos los componentes subjetivos de la culpabilidad respecto de todos los resultados que originan el castigo, ya que sólo de este modo se cuenta con la seguridad de que las personas respondan por lo que efectivamente estuvo dentro de sus posibilidades de previsión al momento de actuar.³⁷

97. **En este procedimiento existe una absoluta y total ausencia de análisis de este presupuesto en el Pliego de Cargos, lo que da cuenta de un severo yerro jurídico que necesariamente deberá llevar al Superintendente del Medio Ambiente a absolver de los Cargos a Andacollo.** En efecto, sin haberse efectuado ningún análisis de culpabilidad sobre el presunto comportamiento de la Compañía, mal podría efectuarse en su contra un reproche de su intencionalidad, imprudencia o ausencia de debido cuidado³⁸, y en tal sentido resulta imposible aplicarle una sanción.

En efecto, sin haber efectuado ese análisis en el Pliego de Cargos, ¿cómo podría esta SMA, sin infringir el principio de congruencia, efectuar el examen del artículo 40 letra d) de la LOSMA? Sin haberse efectuado un examen de “*la intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma*”, ¿cómo podría esta SMA determinar la concurrencia de

³⁴ En otras palabras, la comisión de un hecho tipificado como contravencional genera responsabilidad a su autor en la medida en que sea atribuible a título de culpa o dolo”. OSSA ARBELÁEZ, Jaime, *Derecho Administrativo Sancionador. Una aproximación dogmática*, Segunda Edición, Legis, Bogota, 2009, p., 351.

³⁵ VERGARA BLANCO, Alejandro, “Esquema de los principios del Derecho Administrativo Sancionador”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Año 11, N°2, (2004), pp. 137-147.

³⁶ ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, “Aplicación de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad en la infracción administrativa”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 24, Julio, (2011), pp. 63-78.

³⁷ ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La responsabilidad de los Directores de Sociedades Anónimas. Responsabilidad civil y penal administrativa*, Ediciones UC, Santiago, 2013, p. 344.

³⁸ NAVARRO BELTRÁN, Enrique, “La potestad sancionadora administrativa y la jurisprudencia constitucional”, en Jaime Arancibia y Pablo Alarcón (editores), *Sanciones Administrativas X Jornadas de Derecho Administrativo Asociación de Derecho Administrativo (ADA)*, Thomson Reuters, Santiago, 2014, p. 27

circunstancias modificatorias de la presunta responsabilidad que pretende imputar a Andacollo? Si en los Cargos no se formularon imputaciones en este sentido, ¿cómo podría Andacollo defenderse de ello? En síntesis, la severa omisión en la que incurre esta Autoridad al formular los Cargos a la Compañía no podrá tener otra consecuencia que su irredargüible absolución.

98. Pero la circunstancia de que la SMA omitiera analizar este elemento respecto de las acciones que imputa a Andacollo, no parecer ser una cuestión casual o un mero olvido, al contrario: **se trata de una consecuencia inevitable ya que: ¿CÓMO PODRÍA IMPUTARSE CULPABILIDAD EN EL ACTUAR DE ANDACOLLO, O INCLUSO DE LOS OPERADORES DE LA PLANTA, SI EL SEA DETERMINÓ QUE LOS CAMBIOS QUE SE INTRODUJERON Y QUE FUERON POSTERIORES A 1997, NO CONSTITUÍAN CAMBIOS DE CONSIDERACIÓN QUE DEBÍAN SER EVALUADOS EN EL MARCO DEL SEIA?**

99. Desde luego que nada de ello es posible ni tampoco sostenible en sana lógica jurídica.

100. Como se ha dicho, "al día de hoy, una de las ideas menos cuestionadas del Derecho sancionador lo constituye la proscripción de la sanción a comportamientos en los que **no concurre dolo o culpa**. Esto es lo que conocemos como el principio de imputación subjetiva".³⁹ (énfasis agregado).

101. Así lo confirma la doctrina especializada, explicando que "para imponer sanciones administrativas se exige que la conducta ilícita haya sido cometida voluntariamente y con culpabilidad, es decir, o con dolo o con negligencia. Exactamente igual que en derecho penal".⁴⁰

102. En síntesis, al no haberse analizado de qué forma concurre dicho presupuesto respecto de Andacollo en la supuesta comisión de las infracciones imputadas, pero aún más, siendo imposible predicar un reproche de culpabilidad a la compañía por las actividades que efectivamente realizó, **no se puede imponer una sanción administrativa ambiental en su contra, puesto que la SMA no ha justificado, más allá de toda duda razonable, que el actuar de nuestra representada es susceptible de un reproche jurídico subjetivo**.

³⁹ GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General.*, 3ª Edición, Navarra, 2013, p. 374.

⁴⁰ REBOLLO PUIG, Manuel, *et al.*, "Panorama del Derecho administrativo sancionador en España", en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 7, Nº. 1, (2005), p. 37.

- *Infracción a la “presunción inocencia” y a la garantía in dubio pro reo*

103. Una consecuencia directa de la infracción al principio de culpabilidad denunciado es la **vulneración de la presunción de inocencia que ampara a la Compañía.**

104. Se advierte en diversos pasajes del Pliego de Cargos (específicamente en los considerandos 27 a 50) que la SMA justifica sus asertos sin acreditarlos fehacientemente y que los imputa sobre la base de **presunciones e inducciones** de gabinete a raíz de hechos aislados en la Fiscalización.

105. Como se indicó previamente, la SMA afirma que la Compañía **habría** desarrollado tal o cual conducta y que éstas **implicarían** tales o cuales efectos, o que estos se pueden **inferir** de tal o cual antecedente. Es decir, la Autoridad imputó una infracción a mi representada sobre la base de suposiciones o presunciones que obtiene a partir de **otros hechos** constatados en la Fiscalización.

En efecto, por sorprendente que parezca, se justifican las supuestas infracciones que cometió Andacollo, con asertos como: *“Considerando 27 letra g) (...) Por lo tanto, se presume que por un periodo de 8 años se enterraron baterías de plomo catalogadas como residuos peligrosos (...)”* frente a lo que nos preguntamos **¿qué puede probar una descripción como esta? ¿Realmente la Administración puede derribar la presunción de inocencia sobre la base de meras especulaciones? ¿por qué se enterraron por 8 años, por qué ello no pudo ocurrir en 1995, por ejemplo?**

106. Relacionado a lo anterior, la SMA sostiene, por ejemplo, que:

- Considerando 46°: *“Que, considerando la información señalada en la tabla y en el documento antes mencionado (...), es posible inferir que la empresa siempre ha tenido una capacidad de producción instalada de al menos 14,95 toneladas diarias y 299 toneladas mensuales (...)”.*
- Considerando 49°: *“Que, asimismo es dable suponer que la instalación se encuentra generando además los efectos del artículo 11 letra b) de la Ley 19.300 (...)”.*

107. Todo lo anterior lleva a preguntarse **¿qué antecedentes obran en el proceso que permita afirmar tan livianamente que se produjeron circunstancias como las previstas en artículo 11 de la LBGMA? O ¿cuáles son los antecedentes que permitirían aseverar, si hipotéticamente todo ello fuera cierto, que fue Andacollo quien los**

produjo? Máxime si esta parte demostró que no operaba la Planta y descartó la producción de los efectos imputados por no ser efectivos, por haberse aplicado mal las metodologías en las muestras o bien por haberse empleado mal las normas y estándares de referencia.

108. Ello, en un sistema de derecho administrativo sancionador *post Beccariano*, resulta intolerable por cuanto como se ha resuelto elocuentemente en España por el Tribunal Constitucional, “...*toda resolución sancionatoria, sea penal o administrativa, requiere a la par certeza de los hechos imputados, obtenida mediante prueba de cargo, y certeza del juicio de culpabilidad sobre esos mismos hechos, de manera que el art. 24.2 de la Constitución rechaza tanto la responsabilidad presunta y objetiva como la inversión de la carga de prueba en relación con el presupuesto fáctico de la sanción*”.⁴¹

109. Como enseña NOGUEIRA ALCALÁ “La presunción de inocencia es así el derecho que tienen todas las personas a que se considere *a priori* como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiriera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinada por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas en el proceso penal en forma restrictiva, para evitar el daño de personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales, además del daño moral que eventualmente se les pueda producir”.⁴²

110. Agregando que “Sin embargo, a pesar de su falta de texto expreso, su existencia y validez ha sido ampliamente reconocida por los Tribunales superiores de justicia y por el Tribunal Constitucional...”⁴³

**** * * * * *

POR TANTO, en mérito de lo expuesto previamente y sobre la base de las normas legales aplicables,

A ESTA SUPERINTENDENCIA RESPETUOSAMENTE PEDIMOS: Tener por opuestos descargos en contra de las imputaciones formuladas a Andacollo mediante la Resolución Exenta N°1/D-039-2019; y, en mérito de éstos, ordenar que se absuelva a la Empresa del cargo

⁴¹ STC 76/1990, de 26 de abril (RTC 1990, 76), F.8° B).

⁴² NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “*Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia*”, p.221-241. Disponible en <https://bit.ly/2EvD0Ub>.

⁴³ Ídem.

imputado o, en subsidio de lo anterior, se recalifique (reclasifique) la infracción imputada en él como leve, aplicándose la sanción de grado mínimo establecida, esto es, amonestación escrita.

PRIMER OTROSÍ: En mérito de lo dispuesto en el artículo 50 de la LOSMA, solicito al señor Superintendente abrir un término probatorio de 30 días para acreditar todos los supuestos de hecho en que se fundan estos descargos, así como, para ofrecer la prueba pertinente que demuestre la improcedencia de los hechos imputados a Andacollo en el Pliego de Cargos, especialmente aquellos que permitan desvirtuar la presunción legal que reviste a los hechos constatados por funcionarios de la SMA y que, según se ha dicho en este escrito, no son efectivos.

Desde ya solicitamos las siguientes medidas y diligencias probatorias:

- 1) Se oficie a la Dirección Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de la VI Región, para que acompañe a este procedimiento sancionatorio el Ordinario N°1343, de 1 de diciembre de 2006.
- 2) Se oficie a la Dirección Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de la VI Región, para que acompañe a este procedimiento sancionatorio los documentos que Andacollo presentó adjuntos a su consulta de pertinencia de noviembre de 2015, resuelta por la Autoridad mediante R.E N°261/2015 del SEA VI.
- 3) Se oficie a la SEREMI de Salud V Región para que acompañe a este procedimiento la hoja de seguridad presentada por esa autoridad, mediante Ord. N° 1140/2011, la que refrenda la naturaleza de sustancia peligrosa de la pasta de plomo.

SEGUNDO OTROSÍ: sírvase esta Superintendencia del Medio Ambiente, tener por acompañados mediante su inserción con vínculo directo a una carpeta de la plataforma Google Drive, los siguientes documentos:

- 1) **Documento N°1:** Carpeta que contiene las siguientes resoluciones del SEA VI: **(i)** Resolución Exenta N°94, de 12 de abril de 2019, que resuelve el no ingreso a evaluación del proyecto “Reparación y renovación de infraestructura”; **(ii)** Resolución Exenta N°323, de 19 de diciembre de 2017, del SEA VI, que autorizó la utilización de residuos peligrosos en una cantidad igual o inferior a 950 kg/día; **(iii)** Resolución Exenta N°261/2015, de 16 de diciembre de 2015, que resolvió que el proyecto Operación de Planta de Fundición de Metales Alcones no requiere ingresar al SEIA; **(iv)** Resolución Exenta N°000116/2014 (que resolvió el Recurso de Reconsideración a la “Pertinencia” resuelta mediante la Resolución Exenta 68/2014; **(v)** Resolución Exenta 203/2017; y,

(vi) Ordinario N°283, de 29 de abril de 2010, de la COREMA Región de O'Higgins.

2) **Documentos N°2:** Carpeta que contiene los siguientes Informes técnicos: (i) "Informe Fotográfico de los puntos muestreados por la Superintendencia del Medio Ambiente según Informe Técnico de Fiscalización Ambiental DFZ-2019-982-VI-SRCA", que da cuenta de los lugares en los cuales la SMA tomó las muestras para la elaboración del IFA; (ii) el informe "Estudio de Análisis de Suelo. Proyecto Fundición de Plomo Alcones", elaborado por la consultora AMB, que analiza los puntos muestreados con una metodología adecuada; y, (iii) el Informe de análisis y evaluación de los criterios aplicados por la SMA para determinar que existe Daño Ambiental en la Fundición Alcones, que da cuenta de que las imputaciones de daño ambiental en contra de Andacollo carecen de todo sustento técnico y jurídico.

3) **Documentos N°3:** Carpeta que contiene documentos de autoridades sanitarias: (i) Resolución N° 11604/2017 SEREMI de Salud VI Región, que permitió el funcionamiento de la Planta en horarios diurno y nocturno, sin modificar o cambiar ningún elemento o instalación de la planta; (ii) Resolución Exenta N°408/2016 MINSAL que aprueba listado de sustancias peligrosas para la salud; (iii) el Ord. N° 691/2018, de la SEREMI de Salud VI, que refrenda la naturaleza de sustancia peligrosa de la pasta de plomo; (iv) Resolución Exenta N°150/2014, de 9 de enero de 2014, en virtud de la cual la SEREMI Salud VI que acoge el recurso extraordinario de revisión interpuesto por Andacollo, y la absuelve del sumario sanitario, por no ser ella quien operaba la Planta; y, (v) Resolución N°20061223, de 20 de mayo de 2020, de la SEREMI de Salud VI Región, que absolvió a Andacollo de responsabilidad en sumario sanitario por no tratarse de trabajadores de su dependencia.

4) **Documento N°4:** Carpeta que contiene los antecedentes que acreditan la antigüedad de la planta: (i) Form. 2 N°3043 de la Sección Rentas de la Municipalidad de Marchigüe, de 14 de diciembre de 1995, donde se constata el pago anual correspondiente a 1995 de las contribuciones por patentes Industrial dada la actividad de Procesadora de Metales y Chatarra de Andacollo de Inversiones Ltda. en el fundo de Alcones comuna de Marchigüe; (ii) Documentos, facturas y guías de despacho de compra de insumos para fundir y/o de equipos de fundición correspondiente a los años 1995 y 1997; (iii) Certificado expedido por la I. Municipalidad de Marchigüe que acredita que la Planta cuenta con su patente municipal desde el 14 de diciembre de 1995; y, (iv) Comprobante de pago de patente municipal de 14 de diciembre de 1995.

