

EN LO PRINCIPAL, formula descargos. **PRIMER OTROSÍ**, se tenga presente.
SEGUNDO OTROSÍ, personería.



SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE

Fiscal Instructora Sra. Romina Chávez Fica

Jorge Lagos Rodríguez, en representación de la **Corporación Nacional del Cobre de Chile** (en adelante, "Codelco"), División Ventanas, en el procedimiento administrativo sancionatorio Rol de expediente D-18-2016, que se instruye en virtud de los cargos formulados mediante Resolución Exenta N° 1 de fecha 6 de mayo de 2016, respetuosamente digo:

Que en este acto, encontrándome dentro de plazo y para el evento que el Programa de Cumplimiento presentado por esta parte en virtud del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "LOSMA") fuere rechazado, vengo en formular descargos de conformidad a lo previsto en el párrafo 3° del Título III del referido cuerpo legal, respecto de la totalidad de los cargos formulados a excepción del cargo N° 7, según se expondrá a continuación.

Respecto del cargo N° 7 "Entregar sólo una vez al año el análisis de abundancia y concentración de cobre en el organismo intermareal *Emerita análoga*, durante los años 2013 y 2014", no se presentan descargos, toda vez que se ha constatado que por un error involuntario de interpretación, efectivamente se incurrió en la omisión imputada a mi representada, sin perjuicio que con posterioridad a los hechos constatados, se ha dado estricto y oportuno a dicha exigencia. En consecuencia, se solicita tenernos por allanados a este cargo, aplicando a su respecto las circunstancias atenuantes que en derecho correspondan, atendido que no se ha causado daño o peligro, que no existe beneficio económico ni afectación de la salud de las personas, que no ha existido intencionalidad

en la comisión de la infracción, y que, inmediatamente después de constatada la omisión, se ha regularizado el cumplimiento de la obligación mencionada.

I

PLAZO DE FORMULACIÓN DE LOS DESCARGOS

La Resolución Exenta N° 1, ya citada, fue notificada con fecha 6 de mayo de 2016.

Habiéndose requerido ampliación de plazo con fecha 24 de mayo de 2016, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 26 de la ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (en adelante, "LPA"), se accedió a tal solicitud con fecha 26 de mayo del presente, por un término adicional de 7 días hábiles.

En atención a todo lo cual estos descargos han sido ingresados dentro de plazo.

II

SÍNTESIS DE LA ESTRUCTURA DE LA DEFENSA QUE SE DESARROLLARÁ EN ESTA PRESENTACIÓN

1. Atendida la naturaleza de este procedimiento, nos referiremos primero a los ya bien conocidos principios y reglas que rigen a su respecto, para reafirmar el marco en que se desenvuelve el derecho administrativo sancionador, y cómo este ha sido aplicado al caso.
2. En consideración a esa base jurídica, evidenciaremos que en este procedimiento no se cumplen los presupuestos de legalidad que le son exigibles. En ese contexto nos ocuparemos del contenido y alcance de la formulación de cargos, toda vez que, entre

otros vicios esenciales, éstos no cumplen con los requisitos cardinales que demanda el artículo 49 de la LOSMA.

3. Particularmente, señalaremos que dicha formulación no logra superar el estándar de suficiencia, pues no cuenta con la exhaustividad necesaria a la hora de describir los hechos que se atribuyen como ilícitos a mi representada, de forma tal que carece de una identificación específica, concreta, precisa, certera y bastante de los mismos.
4. Asimismo, indicaremos que al momento de formular determinados cargos, la autoridad ha efectuado una interpretación extensiva y errada respecto del alcance de las conductas supuestamente exigidas a mi representada, lo que sucede, entre otras materias, con la forma de valorar situaciones que se apartan del tenor literal de las respectivas resoluciones de calificación ambiental.
5. Para todo ello, efectuaremos un análisis pormenorizado de los 13 cargos formulados, para desvirtuar cada una de las supuestas infracciones, bien por ausencia de conducta infraccional (al haber operado dentro del marco que establece el sistema jurídico ambiental); bien por deficiencia en la configuración del cargo formulado.
6. En suma, expondremos que el núcleo esencial de las conductas exigidas no coinciden con los hechos en que se fundan los cargos, y en consecuencia la tipificación infraccional de los hechos es errada. Todo ello, según se tratará separadamente para cada cargo formulado.
7. Finalmente, analizaremos la calificación efectuada respecto a las infracciones imputadas, por cuanto en atención a lo dispuesto por las letras c) y e) del numeral 2 del artículo 36 de la LOSMA, no concurre ninguno de los supuestos para que las conductas asociadas a los cargos N° 1, 2, 5 y 11, sean catalogadas como graves.

III

CONSIDERACIONES GENERALES RESPECTO A LA NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO

Es doctrina debidamente asentada aquella según la cual los procedimientos administrativos sancionatorios -como lo es el que ahora instruye la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "SMA")-, constituyen una manifestación del *ius puniendi* del Estado. Esta construcción acarrea una serie de relevantes consecuencias, entre las que podemos destacar la necesaria aplicación de ciertos principios del derecho penal en el tipo de procesos que ahora se analiza.

Asimismo, dada su naturaleza de procedimiento administrativo, le atañen las exigencias relativas a un proceso racional y justo, garantizadas en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República; como también le son aplicables los principios que rigen a los actos administrativos y que han sido positivamente consagrados en la LPA; con todo el contenido conceptual que ello trae aparejado.

Tales presupuestos jurídicos han sido latamente reconocidos en nuestra jurisprudencia administrativa y judicial, tal como pasamos a revisar enseguida.

A) La potestad sancionatoria como manifestación del *ius puniendi* del Estado, y los principios que en consecuencia resultan aplicables.

A) La **Contraloría General de la República** ha señalado reiteradamente, que "*la potestad sancionatoria del Estado (...), es junto a la potestad punitiva penal, una de las manifestaciones del *ius puniendi* general del Estado, razón por la cual ha entendido también que los principios del derecho penal son aplicables al derecho sancionador disciplinario...*"¹.

B) El **Tribunal Constitucional** ha resuelto también, de manera temprana, que en nuestro ordenamiento jurídico "*los principios inspiradores del orden penal*

¹ Dictamen N° 14.571, de 2005. Reiterado en los Dictámenes 31.239, de 2005, 30.070, de 2008, 34.407, de 2008, 62.188, de 2009, 24.094, de 2010, entre varios otros.

contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado”².

En esa misma línea, estableció que: “sustantiva y procesalmente, el artículo 19 N° 3 de la Constitución tiene que ser entendido y aplicado con significado amplio y no estricto ni restrictivo, porque sólo así es posible cumplir, cabalmente, cuanto exige la serie de principios fundamentales analizados en los considerandos precedentes. Consecuentemente, cabe concluir que dentro de los parámetros de razonabilidad y legitimidad a que se hizo referencia, lo cierto e indudable es que la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos fundamentales, como asimismo, las concreciones de ese principio que aparecen en los incisos siguientes del mismo numeral, deben ser entendidas en su acepción amplia, sin reducirlas por efecto de interpretaciones exegéticas, o sobre la base de distinciones ajenas al espíritu garantista de los derechos esenciales que se halla, nítida y reiteradamente, proclamado en la Carta Fundamental vigente.”³.

En dicha oportunidad agregó que “los principios del artículo 19 N° 3 de la Constitución, en la amplitud y generalidad ya realizada, se aplican, en lo concerniente al fondo o sustancia de toda diligencia, trámite o procedimiento, cualquiera sea el órgano estatal involucrado, trátase de actuaciones judiciales, actos jurisdiccionales o decisiones administrativas en que sea, o pueda ser, afectado el principio de legalidad contemplado en la Constitución, o los derechos asegurados en el artículo 19 N° 3 de ella, comenzando con la igual protección de la ley en el ejercicio de los atributos fundamentales. Además y de los mismos razonamientos se sigue que los principios contenidos en aquella disposición constitucional rigen lo relativo al proceso racional y justo, cualquiera sea la naturaleza, el órgano o el

² Rol N° 244, de 1996, Considerando 9°. En el mismo sentido, Rol N° 479, de 2006, Rol N° 480, de 2006, Rol N° 1413, de 2010, Rol N° 1518, de 2010, y Rol N° 2381, de 2013.

³ Rol N° 437, de 2005, Considerando Decimo Sexto.

procedimiento de que se trate, incluyendo los de índole administrativa, especialmente cuando se ejerce la potestad sancionadora o infraccional.”⁴.

El Tribunal Constitucional ha confirmado dicho criterio, al resolver que: “Aun cuando las sanciones administrativas y las penas difieren en algunos aspectos, ambas pertenecen a una misma actividad sancionadora del Estado el llamado *ius puniendi* y están, con matices, sujetas al estatuto constitucional establecido en el numeral 3 del artículo 19.”⁵

También ha expresado que “A la imposición de sanciones administrativas, pues, necesariamente debe anteceder una serie concatenada de trámites, tan esenciales como un acta o acusación o formulación de cargos precisa y sostenida en una investigación previa, su comunicación al presunto infractor y la oportunidad para que éste pueda plantear defensas o alegaciones y rendir pruebas.”⁶

C) Por último, la **Excelentísima Corte Suprema** se ha pronunciado en el mismo sentido que lo han hecho la Contraloría General de la República y el Tribunal Constitucional, señalando que “*el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal, tienen un origen común, a saber, el ius puniendi del Estado, lo que tiene como consecuencia la posibilidad de aplicar de manera supletoria en la esfera de las sanciones administrativas, principios propios del Derecho Penal.*”⁷

D) Como consecuencia de lo expuesto, el ejercicio de la potestad punitiva del Estado debe sujetarse a los principios del derecho penal mínimos establecidos en garantía del interés público y de los ciudadanos, entre ellos, los principios de reserva o legalidad, imparcialidad y publicidad, la presunción de inocencia, las reglas de la carga de la prueba, el derecho a la defensa, proporcionalidad, la libertad probatoria, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho de contradicción, la prohibición del non bis in ídem y de la analogía *in malam partem*, entre otros.

⁴ Íd., Considerando Decimo Séptimo.

⁵ Rol N° 480, de 2006, Considerando 5.

⁶ Rol N° 2682, de 2014, Considerando Decimosegundo.

⁷ Corte Suprema, Rol N° 4627-2008, 11 de mayo de 2010.

B) Los principios establecidos en la ley N° 19.880.

Para el legislador es de tal relevancia la materia que venimos analizando, que en la LPA se cristalizaron una serie de principios que deben observar las entidades públicas en el ejercicio de sus funciones.

Entre ellos, podemos dar cuenta de los principios de contradictoriedad y de igualdad (Artículo 10, LPA), de imparcialidad (Artículo 11, LPA), de impugnabilidad (Artículo 15, LPA) y de transparencia y publicidad (Artículo 16, LPA). A su vez, además estableció como causales del recurso extraordinario de revisión respecto de los actos firmes, tanto la falta de un debido emplazamiento, como el manifiesto error de hecho determinante (Artículo 60, letras a) y b), LPA).

En dicho marco, resulta fundamental que en el procedimiento exista una determinación precisa, clara, individualizada y concreta de los hechos que se asocian al comportamiento que se reprocha. Esto significa la necesidad de establecer con exactitud y sin asomo de duda alguna, las circunstancias en que se sucedieron los hechos en los que se sostiene la decisión de la autoridad y su relación con los deberes supuestamente incumplidos.

En virtud de estos principios que citamos, pesa sobre la Administración el deber de actuar en concordancia con la probidad e imparcialidad desde el inicio de un procedimiento hasta su conclusión. En virtud del principio de razonabilidad, la Autoridad pública se encuentra obligada a fundamentar sus actos administrativos, ya sean normados o discrecionales, señalando con la debida precisión los antecedentes fácticos y normativos que le sirven de base para su dictación.

En el señalado sentido, en relación al contenido y motivación de los actos que emite la Superintendencia del Medio Ambiente, la jurisprudencia administrativa también es clara y contundente en establecer estrictos parámetros de juridicidad.

Así, el Dictamen N° 6.190, de 2014, resuelve que *“se advierte que la normativa entrega a la anotada Superintendencia cierto margen de apreciación para definir si desarrolla*

o no determinadas actividades fiscalizadoras, como asimismo para determinar si da o no inicio a un procedimiento sancionatorio”, agregando que “cabe prevenir, en concordancia con lo manifestado por la jurisprudencia administrativa contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 44.459, de 2010; 61.517, de 2012 y 33.452, de 2013, de este Ente Fiscalizador, que es indispensable que los actos de los órganos de la Administración del Estado -carácter que, por cierto, reviste la SMA- tengan una motivación y un fundamento racional, ya que, conforme al principio de juridicidad, es importante constatar que éstos no obedecen al mero capricho de la autoridad, sino que a criterios efectivos que le otorgan legitimidad”, dado lo cual “la decisión que adopte la referida Superintendencia en relación a desempeñar o no actividades de fiscalización, o bien en orden a instruir o no un procedimiento sancionatorio, requiere tener un sustento racional.”.

Siguiendo el mismo criterio, por Dictamen N° 4.547, de 2015, se estableció que “*la preceptiva entrega a la SMA cierto margen de apreciación para definir si desarrolla o no determinadas actividades fiscalizadoras, como asimismo, para discernir si da o no inicio a un procedimiento sancionatorio, decisión que, en todo caso, es exigible que tenga una motivación y un fundamento racional.*”.

C) Las exigencias establecidas en la Ley Orgánica de la SMA en materia de formulación de cargos.

Vale tener presente que de manera plenamente concordante con el sistema jurídico sancionador, el artículo 49, inciso 2º de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Medio Ambiente, dispone que *la formulación de cargos señalará una descripción clara y precisa de los hechos que se estimen constitutivos de infracción y la fecha de su verificación, medidas o condiciones eventualmente infringidas (...).*

Todo ello se vincula con lo dispuesto por el artículo 51 de la LOSMA, en cuanto dispone que los medios probatorios se apreciarán conforme a la sana crítica, sistema de valoración que en su sustento conceptual va indisolublemente unido a la lógica y a la razonabilidad que le sirve de sustento, y por ende, demandan el desarrollo de un proceso racional y justo (debido proceso).

Consideramos relevante manifestar que la formulación de cargos importa una delimitación del espacio en que se desenvolverá el ejercicio de la potestad sancionatoria a lo largo del procedimiento, y por consiguiente y de suyo fija el marco bajo el cual la defensa del supuesto infractor debe ejercer los derechos que le franquea la ley.

De ahí que si la formulación de cargos no logra superar el estándar de suficiencia – como acaece en varios cargos de los señalados en la Resolución Exenta N° 1 -, y no cuenta con la exhaustividad necesaria a la hora de describir los hechos que se atribuyen como ilícitos a mi representada, y por ende carece de una identificación específica, concreta, precisa, certera y bastante de los mismos, ello afecta el adecuado ejercicio de los derechos que le asisten a mi representada en el marco de la puesta en práctica del debido proceso. En suma, carece de la tipificación esencial que se le demanda a este tipo de actuación.

De esta forma, estas obligaciones que recaen sobre la SMA, deben ser comprendidas a la luz de los principios, jurisprudencia y disposiciones legales y constitucionales que hemos revisado en este capítulo.

D) Consecuencias.

En atención a lo expuesto, en síntesis, estimamos que en materia sancionatoria la consideración de los hechos y la interpretación de las normas son expresión directa de la potestad punitiva del Estado, cuyo ejercicio legítimo debe sujetarse a los principios mínimos establecidos en garantía del interés público y de los ciudadanos, entre ellos, los principios de reserva o legalidad, imparcialidad y publicidad, la presunción de inocencia, las reglas de la carga de la prueba, proporcionalidad, interpretación estricta, el derecho a la defensa, la libertad probatoria, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho de contradicción, la prohibición del non bis in ídem y de la analogía *in malam partem*, entre otros.

Así, en concreto y como materialización de lo anterior, si la configuración de los hechos debe ser la base de los cargos que se plantean, y éstos, de los eventuales incumplimientos y posibles responsabilidades, resulta fundamental que en el inicio del procedimiento

exista una determinación precisa, clara, individualizada y concreta de los hechos que se asocian al comportamiento que se le reprocha al sujeto pasivo de aquél, de suerte tal que los cargos que se formulen sean consecuencia directa de los mismos, todo lo cual permitirá, al mismo tiempo, configurar los posibles incumplimientos y determinar el marco bajo el cual la defensa del imputado se desarrollará.

IV

CONSIDERACIONES JURÍDICAS RESPECTO A LA EJECUCIÓN DE PROYECTOS CON RESOLUCIÓN DE CALIFICACIÓN AMBIENTAL FAVORABLE

En esta sección abordaremos elementos que a nuestro juicio deben tenerse presente en lo que concierne a las resoluciones de calificación ambiental.

Creemos necesario expresar que en caso que la construcción, ejecución, operación y/o cierre de un proyecto no se ajuste completa y literalmente al contenido de una determinada resolución de calificación ambiental, **ello no implica necesariamente la configuración de un incumplimiento a dicha autorización, como tampoco de la normativa ambiental que ordena su sujeción estricta.**

Ello, pues la obligación según la cual una actividad debe ajustarse estrictamente al contenido establecido en la resolución de calificación ambiental (de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 24 de la ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente), forma parte del sistema jurídico ambiental, marco dentro del cual **no es posible sostener que cualquier alteración a lo señalado en una RCA implique infracción de la misma.**

En efecto, de acuerdo a los artículos 8° y 10 de la Ley N° 19.300, el sistema jurídico ambiental sólo exige evaluación ambiental previa para aquellos proyectos o actividades, y sus modificaciones, “susceptibles de causar impacto ambiental”, de modo que existe un

universo de actividades, proyectos y modificaciones a los proyectos que conforme a la ley, pueden desarrollarse sin necesidad de una resolución de calificación ambiental. De ello se sigue, ineludiblemente, que el titular está facultado por la ley para introducir ciertas modificaciones “no susceptibles de causar impacto ambiental” a sus proyectos o actividades ya calificados ambientalmente, modificaciones que al no requerir evaluación ambiental, no estarán reflejadas en la respectiva resolución de calificación ambiental, pero que no por ello constituyen una infracción a la misma.

Lo afirmado posee sustento lógico y normativo, en cuanto la ley contempla y admite la figura de la modificación de proyecto, reconociendo un ámbito en que el titular respectivo puede incorporar modificaciones de acuerdo a requerimientos técnicos y comerciales de la ingeniería y la ejecución del proyecto sin necesidad de evaluación ambiental, mientras estos no constituyan “cambios de consideración” a lo aprobado ambientalmente, a la luz de los criterios contemplados en el artículo 2 letra g) del decreto N° 40, de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, “RSEIA”).

De esta forma, **aquellas modificaciones que no sean de consideración pueden ejecutarse sin previa evaluación ambiental y sin previa formulación de una consulta de pertinencia**, y por tanto su realización no implica incumplimiento de la normativa ambiental, como tampoco de la licencia ambiental que ampara la operación de un determinado proyecto.

En ese sentido, en caso que un titular desee modificar su proyecto, no existe obligación legal o reglamentaria de realizar una consulta de pertinencia a la autoridad ambiental para que ésta se pronuncie sobre cada cambio que se ejecute, **toda vez que el artículo 26 del RSEIA, en lo que al titular concierne, establece una facultad y no una obligación** a la hora de formular peticiones de pertinencia.

A mayor abundamiento, ante la práctica usual de los órganos sectoriales de requerir permanentemente una resolución de la autoridad administrativa sobre la pertinencia de ingreso de cualquier proyecto o actividad, la Dirección Ejecutiva del SEA emitió un instructivo señalando que “*la solicitud de pronunciamiento o consulta de pertinencia de*

ingreso al SEIA, no constituye un requisito previo necesario para el otorgamiento de un permiso sectorial, sino que más bien constituye un trámite efectuado por los proponentes, de carácter voluntario y previo al eventual sometimiento de un proyecto o actividad, o de su modificación, al SEIA”, según consta en oficio Ordinario N° 142.090, de 2014.

Para presentar con mayor claridad este punto, es ilustrativo y pertinente tener a la vista un reciente fallo emanado del Tribunal Constitucional, que viene a confirmar de modo definitivo el criterio antes planteado⁸.

Señala el Tribunal Constitucional que la parte considerativa de la resolución de calificación ambiental *“describe el proyecto y ciertos aspectos de su operación como fundamento de la calificación ambiental favorable”*. Agrega que la *“descripción del proyecto, como es pertinente en esta sección del acto resolutivo, se dirige a exponer las condiciones que justifican el otorgamiento de tal calificación”*. Enseguida indica que la *“estructura y contenido de los considerandos es explicativo y su forma no tiene el propósito de constituir o configurar obligaciones impuestas al titular de la RCA.”*. (El subrayado es propio).

Por cierto, previene que *“si bien es posible deducir o inferir desde tales considerandos exigencias que debiesen regir la operación del proyecto, es manifiesto que su naturaleza impide convertirlos en obligaciones de las que dependa la vigencia de la RCA favorable. A modo de ejemplo, es posible comprobar que las consideraciones incluyen información sobre: la ubicación exacta del proyecto (...), la superficie a utilizar en sus diferentes unidades (...), las vías de acceso al centro de manejo de residuos orgánicos (...), características de los camiones que utilizará el proyecto para el transporte de materias primas (...), flujo vehicular (...), paso por sectores poblados (considerando 3.4.3), transporte de materias primas (...), etc.”*.

Y concluye: *“La detallada y correcta descripción técnica de cada aspecto del proyecto no puede convertirse en vinculante para el titular de la RCA sin la necesaria valoración”*

⁸ Rol N° 2.666, de 2015, Considerando Trigésimoprimerro.

de la relevancia de cada ítem para el cumplimiento de la legislación y ordenamiento jurídico ambiental y sin establecer su forzosa relación con instrumentos de control y sanción. Sin esta valoración previa y conocida de las obligaciones que recaerán sobre el titular del proyecto o actividad, la discrecionalidad para aplicar las sanciones previstas en el inciso primero del artículo único de la Ley N° 20.473 excede el campo admisible para la Carta Fundamental.”. (El subrayado es propio).

En suma, la infracción ambiental se configurará si estamos en presencia de una vulneración a una condición, norma o medida asociada a un proyecto, pero no así respecto de alguna asimetría entre la construcción, ejecución y/o cierre del proyecto y la licencia ambiental, cuando dicha asimetría no posea el carácter de un cambio de consideración que haya debido ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

V

LOS DESCARGOS

A) PRIMER GRUPO DE INFRACCIONES: INCUMPLIMIENTOS DE LAS CONDICIONES, NORMAS Y MEDIDAS ESTABLECIDAS EN LAS RESOLUCIONES DE CALIFICACIÓN AMBIENTAL (ARTÍCULO 35, LETRA A), DE LA LOSMA).

A lo largo de esta sección, sostendremos que la SMA no ejerció razonablemente su potestad al momento de formular cargos, pues para hacerlo lo hizo sin precisión ni claridad; calificó de condiciones y medidas elementos que en función de las RCA respectivas, no lo son; estimó erradamente aspectos reseñados en la RCA como parte del proyecto que se calificaba, en circunstancias que hacen referencia a situaciones preexistentes y que no formaron parte de la autorización ambiental; y consideró la ejecución de manera distinta de determinados proyectos, sin valorar la consecuencia jurídica esencial en cuanto no se trataba de cambios de consideración.

1. Cargo N° 1: “Hechos constitutivos de infracción: No convertir a gas natural la totalidad de los procesos y equipos señalados en la RCA N° 48/1998”.

a. Cuestión previa.

Según se expresa en el punto 2.3 del Informe Técnico de la Declaración de Impacto Ambiental, así como en el número 1.2 de esta última, a consecuencia de *“la llegada del gas natural al país y a la región, Enami-Ventanas quiere efectuar la conversión a gas natural de los procesos y equipos de combustión del Complejo y reemplazar así el uso de los combustibles utilizados actualmente (fuel oil 6 y 2, y gas licuado), por un combustible de mejor calidad y menor emisión. Sin perjuicio de lo anterior, el proyecto comprende mantener los quemadores actuales y líneas de abastecimiento de los combustibles utilizados actualmente, con el objeto que puedan ser utilizados como respaldo en situaciones de emergencia que impidan el abastecimiento del gas natural.”*

La SMA ha imputado un incumplimiento a las condiciones, normas y medidas establecidas en la RCA N° 48/1998. No obstante, es preciso recordar que dicha licencia ambiental se otorgó en el marco de un proyecto que, si bien propendía a disminuir la carga de emisiones a la atmósfera (cuestión que en todo caso no ha cambiado a raíz de la operación incompleta a gas natural, según se acreditará a lo largo de este proceso), no se encontraba adscrito al cumplimiento de obligaciones que demandaran la ejecución imperativa del mismo. En consecuencia, el titular del proyecto podía llevar adelante o no, la actividad así calificada.

Asimismo, lo que parece entender la SMA es que al obtener una RCA como la de la especie, el titular se encuentra obligado a ejecutar el proyecto objeto de calificación ambiental, en términos tales que si no lo hace, o lo hace parcialmente, importa ello una vulneración a dicho acto administrativo. Ello no es así, pues no hay norma alguna en la ley, en el reglamento, ni menos en la licencia ambiental, que contenga una obligación, medida o condición como la descrita. Luego, en nuestro concepto no

hay ninguna conducta antijurídica susceptible de reproche en lo que concierne a mí representada.

En consecuencia, es inconcuso que no se está aquí ante una medida, norma o condición vulnerada por el titular del Proyecto, pues, se reitera, el hecho de haber supuestamente decidido no convertir los componentes respectivos a gas natural, responde al hecho de haber decidido no llevar adelante en su totalidad el Proyecto.

Es importante hacer presente en todo caso que igualmente se alcanzó el objetivo del proyecto, toda vez que efectivamente se disminuyeron las emisiones a la atmósfera, por cuanto la conversión de energía generada por combustible hidrocarburo pasó a gas natural en alrededor de un 95%. Así, la no conversión total, debido a imposibilidades técnicas, en el Convertidor Teniente (en adelante, "CT") y los Quemadores Auxiliares del Horno Eléctrico (en adelante, "HE"), no ha significado mayores emisiones a las inicialmente estimadas para el proyecto, presentando una baja incidencia en las emisiones generales del Complejo.

De esta forma, es claro que los supuestos fácticos relacionados al Proyecto no se apegan a este marco conceptual, por lo que no resulta admisible (atendido que en el derecho administrativo sancionador las conductas exigibles y las sanciones son de derecho estricto), que se impute tal incumplimiento a Codelco, desnaturalizando el alcance de la infracción contenida en el artículo 35 letra a) de la LOSMA.

b. La situación del proyecto.

Codelco es Titular del proyecto "Conversión a gas natural de los procesos de Fundición y Refinería Ventanas de ENAMI (V Región)", el que fue aprobado mediante Resolución Exenta N° 48, de fecha 16 de marzo de 1998. De acuerdo a la referida licencia ambiental, el proyecto contempló la conversión natural de los procesos y equipos de combustión del Complejo, para reemplazar así el uso de los combustibles utilizados (fuel oil N° 6 y N°2, y gas licuado), por un combustible de mejor calidad, procurando disminuir el nivel de emisiones.

Este proyecto ingresó al SEIA, de acuerdo a lo establecido el artículo 10 letra k) de la ley 19.300, y en el artículo 3, letra k) del entonces vigente reglamento del SEIA.

Se debe tener presente que el Proyecto no consideró una conversión total de los equipos, según se da cuenta en el Informe Técnico de la Evaluación, de fecha 19 de febrero de 1998, el cual indica que *“el proyecto comprende mantener los quemadores actuales y líneas de abastecimiento de los combustibles utilizados como respaldo en situaciones de emergencia que impidan el abastecimiento a gas natural”*.

Ahora bien, en virtud de la imposibilidad técnica de convertir totalmente a gas natural algunos equipos – materia que se puso en conocimiento de la autoridad ambiental en diciembre de 2011 -, el CT y el HE utilizan combustible derivado del petróleo exclusivamente como soporte parcial de las operaciones, en limitados períodos asociados a las interrupciones de operación para las mantenciones programadas y calentamientos. En el caso del CT, el proceso de fusión es completamente autógeno, siendo las propias reacciones de oxidación las que proveen la energía para la fusión de concentrado. En cuanto al HE, la energía consumida en el proceso de limpieza de escorias es provista por un traforectificador de 9 MVA. .

En otro orden de ideas, es importante destacar que el uso de petróleo durante los calentamientos programados de los equipos o desbalance térmico de ellos, como su utilización durante determinadas etapas de la puesta en marcha, no constituye un cambio de consideración al proyecto. El respectivo análisis de pertinencia de ingreso al SEIA, de carácter interno, fue informado a la SMA a través la plataforma de seguimiento regulada por Resolución Exenta N° 844, mediante la carta GSAE – CJV N° 096 – 130/15. En esta comunicación se informó la actualización del proyecto “Conversión a gas natural de los procesos de Fundición y Refinería Ventanas de ENAMI (V Región)”, que incluye la transformación completa a gas natural y la condición de operación con petróleo en condiciones especiales, incluyendo los fundamentos del análisis de pertinencia respectivo.

c. Vicios en la formulación del cargo.

El cargo carece de la claridad y precisión con que deben construirse los reproches realizados en el marco de un procedimiento sancionatorio, y a su vez, incurre en imprecisiones insubsanables, según pasamos a señalar:

c.1 No se señala cómo se habría generado la conducta vulneratoria, toda vez que no se da cuenta de cuáles equipos y procesos en particular son los que se encuentran en el supuesto estado infraccional, desde qué momento, o de qué forma se habría vulnerado la RCA, limitándose a realizar una acusación genérica y carente de vinculación circunstanciada de los hechos.

c.2 Dicho ello, como se expuso en el Capítulo III de esta presentación, en esta clase de procedimientos sancionatorios rigen tanto los principios del derecho penal como los propios de los procedimientos administrativos, incluido el de razonabilidad, lo que implica que la autoridad debe ejercer su competencia con estricto apego a dichos principios.

Cabe reiterar que dentro de los supuestos mínimos y elementales para la correcta construcción de un reproche administrativo, que le permita bastarse a sí mismo, se encuentran tres elementos: el tiempo, el modo y el lugar, siendo claro que en este cargo no se cumple con rigor tales aspectos, en cuanto al tiempo, toda vez que no se invoca espacio temporal alguno; y el modo, por cuanto no se precisa de qué forma se habría llegado a configurar la infracción, a qué equipos se refiere, a qué fase de la operación, etc.

Así, es claro que el cargo es erróneo, impreciso e inexacto en su formulación, lo que atenta contra el correcto ejercicio del derecho a defensa de esta parte y contra el mandato establecido en el artículo 49 de la LOSMA. A su vez, en virtud del principio de razonabilidad, la Autoridad pública se encuentra obligada a fundamentar sus actos administrativos, ya sean normados o discrecionales, señalando con la debida precisión los antecedentes fácticos y normativos que le sirven de base para su

dictación, razón por la cual el cargo forzosamente debe ser levantado, absolviendo a Codelco del mismo.

d. Errónea configuración jurídica de la conducta reprochada. Ausencia de infracción.

En adición a lo señalado, cabe agregar que la SMA ha incurrido en un error conceptual, pues los hechos que se imputan no corresponden a una infracción de las obligaciones ambientales del proyecto.

d.1 Tal como desarrollamos en el Capítulo IV de estos descargos, el sistema jurídico ambiental ha previsto que los proyectos puedan ser modificados sin un ingreso previo al SEIA, mientras no se trate de cambios de consideración. Y sin necesidad de consultarlos previamente al SEA. De manera que la existencia de modificaciones a un proyecto o actividad que no estén reflejadas o incorporadas a la RCA no puede constituir una infracción, a menos que dichas modificaciones constituyan cambios de consideración que hubieren requerido evaluación ambiental previa.

No obstante, la SMA, si bien imputa a mi representada el eventual incumplimiento de las condiciones o de las normas o de las medidas establecidas en la RCA, haciendo una alusión genérica al artículo 35 letra a) de la LOSMA, en los hechos está objetando una modificación del proyecto calificado en la RCA, que consiste en la no conversión a gas de la totalidad de los equipos y procesos, de modo que en realidad, sugiere una supuesta elusión de ingreso al SEIA. Esto, atendido lo ya explicado en la letra a) precedente.

Tal falta de definición y claridad resulta de toda relevancia, toda vez que, en la práctica, parecemos estar en presencia de una imputación por elusión de ingreso al SEIA, aun cuando se haya hecho referencia al precitado artículo 35 letra a), ya que no se advierte de qué forma el mantener el uso de combustible fósil para determinadas etapas de la operación de tres equipos, sea una vulneración a una medida, norma o condición de la RCA (sobre este punto nos remitimos a lo señalado en la letra a) precedente).

Con todo, asumiendo que implícitamente el real reproche diga relación con que Codelco realizó modificaciones en su proyecto sin ingresar al SEIA, para la correcta configuración de la infracción por elusión, la SMA debió direccionar el presente procedimiento sancionatorio en tal sentido, requiriendo el informe del Servicio de Evaluación Ambiental. No obstante, la SMA ha errado en la aplicación de las normas y el sistema previsto al efecto.

A mayor abundamiento, es posible señalar que de acuerdo al análisis que ha realizado mi representada, y que fue remitido oportunamente a la SMA, la forma de operar los equipos que aún usan en algunas de sus fases combustible fósil, no genera impactos significativos. Así, en realidad, estamos en presencia de una modificación a la configuración original del proyecto, que no constituye un cambio de consideración, por lo cual no requería de ingreso al SEIA.

Sobre esta materia, es pertinente destacar que los niveles de emisiones proyectados, se encuentran muy por debajo de lo previsto por el proyecto aprobado mediante la RCA N° 48/1998, como se acreditará en la oportunidad procesal pertinente.

d.2 De esta manera, la SMA ha errado en configurar el tipo infraccional, toda vez que, en caso de estimar que la modificación al proyecto requería ingresar al SEIA, debió abrir un procedimiento sancionatorio por elusión, previo informe en tal sentido del SEA; además, como hemos expuesto, no es efectivo que se haya configurado un incumplimiento a las condiciones, normas y/o medidas de la RCA, pues ninguno de tales elementos se encuentran comprometidos por la no conversión total de los dos equipos antes referidos, lo que es especialmente claro cuando es posible constatar que no hay variables ambientales afectadas y que es un hecho que no se han sobrepasado las emisiones estimadas por el proyecto aprobado mediante la licencia ambiental invocada por la SMA.

2. Cargo N° 2: “No contar con sistema de captación, lavado y extracción de gases de neblina ácida en la Planta de Tratamiento del Electrolito, de conformidad con lo establecido en la RCA N° 462/2008”

a. Antecedentes preliminares.

La refinería electrolítica, en su proceso de refinación de cobre, requiere mantener controladas las impurezas contenidas en los ánodos de cobre. Para tal efecto, hasta el año 2011 se utilizó el proceso de purificación del electrolito, mediante un proceso secuencial de electro-obtención en celdas.

Este proceso constaba de 3 etapas, las cuales se denominaban descubrización normal, descubrización parcial y descubrización total, que se diferenciaban en base a la concentración residual de cobre en cada etapa. Cabe señalar que la cantidad total de celdas electrolíticas destinadas a este proceso, era inferior al 2% del total de celdas de la Refinería, que es eminentemente un proceso de Electrorefinación. Los procesos de descubrización normal, descubrización parcial y descubrización total se encuentran descritos en la página 7 de la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto “Optimización Celdas Electrolíticas Refinería Ventanas”, al que se refiere la RCA N° 462/2008.

En la descubrización total, dado que la concentración final de cobre podía alcanzar valores menores a 0,5 gpl, bajo ciertas circunstancias, existía la probabilidad de generar neblina ácida con contenidos de gas arsina (AsH_3). Por ello, en esta etapa de proceso en particular, se monitoreaba permanentemente el potencial electroquímico del proceso, el cual se encontraba enlazado con la corriente aplicada, de manera de evitar la generación y evolución del gas arsina, cortando en forma automática el suministro de energía al proceso si fuere necesario.

Sin perjuicio de lo anterior y ante esta posibilidad de generación de neblina ácida con eventual contenido de gas arsina, se instaló un sistema de captación de gases mediante campanas y un sistema de lavado de gases, destinado a abatir las emisiones de neblina ácida, en caso de generarse, lo que se encuentra descrito en la página 42

de la DIA del proyecto y en la respuesta a la pregunta 12 de la Descripción de Proyecto de la Adenda.

Con la finalidad de eliminar los riesgos antes mencionados y aprovechando sinergias corporativas con la División El Teniente, se estableció un acuerdo para el tratamiento del electrolito en las instalaciones de esa División. Esta medida permitió eliminar las etapas de descubrización parcial y total, dejando solamente la etapa de descubrización normal en la División Ventanas. Por esta razón, a partir de 2011 y conforme RCA 789/2011 del proyecto “Transporte de Electrolito de Refinería”, la totalidad del electrolito de la División Ventanas se envía para su tratamiento en instalaciones externas.

La etapa de descubrización normal se realizaba en algunas celdas ubicadas al interior de la nave de refinería, como se explica en la página 7 de la DIA del proyecto, y para cada uno de los seis circuitos. La modificación realizada permitió trasladar las celdas de descubrización normal desde el interior de la nave al sector que anteriormente era utilizado por la etapa de descubrización total, desapareciendo completamente el riesgo de generación de neblina ácida con eventual contenido de arsina. Esta área se ubica adyacente a la nave de electorefinación propiamente tal y dispone de ventilación al estar al exterior del edificio principal de la refinería.

La generación de vapores ácidos es una situación habitual en el proceso de electro-obtención, situación cuyo efecto en las personas se controla mediante equipos de protección personal (respirador con filtro químico), conforme las disposiciones del D.S. N° 594/99 del Ministerio de Salud, Reglamento Sobre Condiciones Sanitarias y Ambientales Básicas en los Lugares de Trabajo.

Como se explica además en el análisis de pertinencia enviado previamente a la Superintendencia del Medio Ambiente en respuesta a una solicitud de información, la eliminación de las campanas se justifica porque al suprimirse el proceso de descubrización total, respecto del cual se había establecido la medida de control, se eliminó el riesgo de generación de neblina ácida con eventual contenido de gas arsina, que era el objetivo del sistema de campanas y lavador de gases.

Por otro lado, resulta necesario indicar que el circuito de descubrización descrito en la RCA N° 462/2008 se relaciona con la Planta de Tratamiento del Electrolito (en adelante, "PTE"), en cuanto ésta última forma parte de la descripción de la "situación actual" referida en la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto "Optimización de Celdas Electrolíticas", pero no es un elemento que en sí mismo haya sido evaluado y aprobado al efecto en dicha calificación ambiental. Es por ello que la RCA indicó expresamente que no se contemplaban modificaciones respecto de la situación actual, que incluía el referido circuito de descubrización (Considerando 3.3.3.2 letra h).

En consideración a lo anterior, es posible indicar que el reemplazo del proceso de descubrización total (indicado en la RCA N° 462/2008) por el de electro-obtención no constituyó un proyecto o actividad que debiese ingresar al SEIA, unido a la consideración que esta modificación se vincula con proyecto o actividades que cuentan con licencias ambientales, como lo son la del proyecto "Optimización de Celdas Electrolíticas", aprobado mediante la RCA N° 462/2008, y la RCA N° 789/2011, que aprobó la DIA del proyecto "Transporte de Electrolito de Refinería".

A su vez, se ha establecido técnicamente que no se generaban nuevos impactos ambientales, siendo, todo el proceso descrito, una serie de mejoras ambientales al funcionamiento del complejo, que no implican intervención de nuevas superficies y tampoco un aumento en los límites de emisión aplicables a la Fundición y Refinería Ventanas. A mayor abundamiento, implicó una disminución de las emisiones, residuos y efluentes generados.

b. Vicios en la formulación del cargo.

Al igual como hemos advertido respecto del Cargo N° 1, como primer antecedente y fundamento para que la SMA proceda a levantar el cargo formulado y absolver a Codelco del mismo, éste carece de la claridad y precisión con que deben construirse los reproches realizados en el marco de un procedimiento sancionatorio, y a su vez, incurre en imprecisiones insubsanables. Ello, según pasamos a señalar:

b.1 Así, en primer lugar, el cargo indica que Codelco no cuenta con un sistema de captación, lavado y extracción de neblina ácida en la PTE, en circunstancias que es un relato totalmente parcial de los antecedentes de hecho, por cuanto, como le consta a la autoridad fiscalizadora, tales instalaciones fueron retiradas de acuerdo al estado del proyecto, en el cual se eliminó el proceso que daba origen a la referida emisión de neblina ácida que las campanas estaban llamadas a controlar, lo cual difiere sustantivamente del escenario fáctico que plantea en el reproche administrativo, y que por lo demás, se aleja del tenor de los hechos constatados en los procesos de inspección.

b.2 Dicho ello, como revisamos en el Capítulo III de estos descargos, en esta clase de procedimientos sancionatorios rigen los principios del derecho penal y de razonabilidad propios de los procedimientos administrativos, lo que implica que la autoridad debe ejercer su autoridad con estricto apego a los principios que los gobiernan.

Cabe reiterar que dentro de los supuestos mínimos y elementales para la correcta construcción de un reproche administrativo, que le permita bastarse a sí mismo, se encuentran tres elementos: el tiempo, el modo y el lugar, siendo claro que en este cargo no se cumple con rigor tales aspectos, en cuanto al tiempo y al modo, ya que no se señala la época de la infracción, lo que es natural desde que tampoco se ha desarrollado el modo en qué ésta habría sido cometida, ya que la SMA omite indicar con detalle y precisión la forma en que se desarrollaron los hechos, reduciendo la supuesta conducta infraccional de forma tal que se distorsionan los antecedentes.

Así, es claro que el cargo es erróneo, impreciso e inexacto en su formulación, lo que atenta contra el correcto ejercicio del derecho a defensa de esta parte y contra el mandato establecido en el artículo 49 de la LOSMA. A su vez, en virtud del principio de razonabilidad, la agencia pública se encuentra obligada a fundamentar sus actos administrativos, ya sean normados o discrecionales, señalando con la debida precisión los antecedentes fácticos y normativos que le sirven de base para su

dictación, razón por la cual el cargo forzosamente debe ser levantado, absolviendo a Codelco del mismo.

c. Errónea configuración jurídica de la conducta reprochada. Ausencia de infracción.

En adición a lo señalado, cabe agregar que la SMA ha incurrido en un error conceptual, pues los hechos que se imputan no corresponden a una infracción a las obligaciones ambientales del proyecto, tal como expusimos respecto al cargo N° 1, desde dos puntos de vista:

c.1 Como desarrollamos en el Capítulo IV de estos descargos, el sistema jurídico ambiental ha previsto que los proyectos puedan ser modificados sin un ingreso previo al SEIA, mientras no se trate de cambios de consideración.

No obstante, la SMA no ha señalado con claridad si lo que se imputa a mi representada es precisamente una elusión de ingreso al SEIA, o si la infracción reprochada se trata de un eventual incumplimiento de las condiciones o de las normas o de las medidas establecidas en la RCA, haciendo una alusión genérica al artículo 35 letra a) de la LOSMA.

Tal falta de definición y de claridad resulta de toda relevancia, toda vez que, en la práctica, parecemos estar en presencia de una imputación por elusión de ingreso al SEIA, aun cuando se haya hecho referencia al precitado artículo 35 letra a), ya que no se advierte de qué forma la eliminación del sistema de captación, lavado y gases de neblina ácida, sea una vulneración a una medida, norma o condición, en particular si dicha neblina es un aspecto que no se encuentra presente a raíz de los nuevos sistemas de operación y la eliminación del proceso que le daba origen; y más aún cuando estamos en presencia de un elemento del Complejo que no fue parte de la evaluación ambiental del proyecto que fue calificado ambientalmente favorable mediante la RCA N° 462/2008, toda vez que, tal como indicamos, sólo fue contemplada en dicho proceso de manera descriptiva (sobre este aspecto nos detendremos más adelante en el punto c.2).

Con todo, asumiendo que implícitamente el real reproche dice relación con que Codelco realizó modificaciones en su proyecto sin ingresar al SEIA, para la correcta configuración de la infracción por elusión la SMA debió direccionar el presente procedimiento sancionatorio en tal sentido, requiriendo el informe del Servicio de Evaluación Ambiental. No obstante, la SMA ha errado en la aplicación de las normas y el sistema previsto al efecto.

A mayor abundamiento, y como fluye claramente de los antecedentes expuestos anteriormente, es posible afirmar que la eliminación del sistema de captación, lavado y extracción antes indicado, no implica cambios de consideración que hayan debido ser ingresados al SEIA, al no configurarse ninguno de los criterios normativos establecidos al efecto por el Reglamento del SEIA.

c.2 Como señalamos, la SMA ha imputado a esta parte un incumplimiento a las condiciones, normas y medidas establecidas en la RCA N° 462/2008. No obstante, es preciso recordar que dicha licencia ambiental se otorgó en el marco de un proyecto que sólo contempló a la Planta de Tratamiento del Electrolito dentro de su línea descriptiva, más no como un componente evaluado o una medida del mismo.

Es necesario reiterar que no se trata de una condición de funcionamiento del proyecto, toda vez que éste ni siquiera formó parte del mismo.

Con todo, conforme se colige de la calificación de la infracción imputada que se aprecia en la formulación de cargos, a juicio de la SMA estaríamos en presencia de una medida incumplida.

De esta forma, es claro que los supuestos fácticos relacionados al Proyecto no se apegan a este marco, por lo que no resulta admisible, atendido que en el derecho administrativo sancionador las conductas exigibles y las sanciones son de derecho estricto, que se impute tal incumplimiento a Codelco, desnaturalizando el alcance de la infracción contenida en el artículo 35 letra a) de la LOSMA.

c.3 De esta manera, la SMA ha errado en configurar el tipo infraccional, toda vez que, en caso de estimar que la modificación al proyecto requería ingresar al SEIA, debió abrir un procedimiento sancionatorio por elusión, previo informe en tal sentido del SEA, pero no atribuir un supuesto incumplimiento a las condiciones, normas y medidas de la RCA, toda vez que claramente ello no es efectivo. Por otro lado, si la SMA estimaba que la infracción cometida decía relación con el incumplimiento de una medida, no podía sino concluir que la infracción no pudo configurarse, atendido que el proceso que daba origen al impacto que se quería mitigar, había sido eliminado.

3. Cargo N° 3: “Generar una cantidad de laminilla de plomo mayor a la autorizada ambientalmente durante 2013, 2014 y 2015”.

a. Antecedentes preliminares.

Con relación a este cargo, es necesario señalar que la generación de laminilla de plomo no formó parte de la autorización ambiental contenida en la RCA correspondiente. En efecto, la laminilla refiere a un aspecto de la situación existente de la Refinería Electrolítica, antes de la evaluación del proyecto contenido en la RCA 462/2008, y por lo tanto no es un elemento que se adscribiera al proyecto que fue sometido al SEIA. Por ende, una modificación o cambio referido a dicho residuo, mal puede configurar una situación infraccional en lo que concierne a dicha licencia ambiental.

b. Vicios en la formulación del cargo.

El cargo carece de la claridad y precisión con que deben construirse los reproches realizados en el marco de un procedimiento sancionatorio, y a su vez, incurre en imprecisiones insubsanables. Ello, ya que indica que Codelco generó una cantidad de laminilla de plomo mayor a la autorizada ambientalmente, pero sin señalar o precisar cuál habría sido la cantidad generada, o de qué forma o en qué medida la generación de dicho residuo superó lo existente a la época de la emisión de la RCA N° 462/2008.

Dicho ello, como revisamos en el Capítulo III de estos descargos, en esta clase de procedimientos sancionatorios rigen los principios del derecho penal y de razonabilidad propios de los procedimientos administrativos, lo que implica que la autoridad debe ejercer su autoridad con estricto apego a los principios que los gobiernan.

Cabe reiterar que dentro de los supuestos mínimos y elementales para la correcta construcción de un reproche administrativo, que le permita bastarse a sí mismo, se encuentran tres elementos: el tiempo, el modo y el lugar, siendo claro que en este cargo no se cumple con rigor tales aspectos, en cuanto al modo, ya que la SMA omite indicar con detalle y precisión la forma en que se desarrollaron los hechos.

Así, es claro que el cargo es erróneo, impreciso e inexacto en su formulación, lo que atenta contra el correcto ejercicio del derecho a defensa de esta parte y contra el mandato establecido en el artículo 49 de la LOSMA. A su vez, en virtud del principio de razonabilidad, la agencia pública se encuentra obligada a fundamentar sus actos administrativos, ya sean normados o discrecionales, señalando con la debida precisión los antecedentes fácticos y normativos que le sirven de base para su dictación, razón por la cual el cargo forzosamente debe ser levantado, absolviendo a Codelco del mismo.

c. Errónea configuración jurídica de la conducta reprochada. Ausencia de infracción.

En adición a lo señalado, cabe agregar que la SMA ha incurrido en un error conceptual, pues, incluso si llegásemos a estimar que la RCA N° 462/2008 estableció los niveles de generación de laminilla de plomo que se dicen superados, igualmente la generación de tal residuo en la cantidad que lo ha hecho Codelco no corresponde a una infracción a las obligaciones ambientales del proyecto.

c.1 Como desarrollamos en el Capítulo IV de estos descargos, el sistema jurídico ambiental ha previsto que los proyectos puedan ser modificados sin un ingreso previo al SEIA, mientras no se trate de cambios de consideración.

No obstante, la SMA no ha señalado con claridad si es ello lo que se imputa (elusión de ingreso al SEIA), o si la infracción reprochada se trata de un eventual incumplimiento de las condiciones o de las normas o de las medidas establecidas en la RCA, haciendo una alusión genérica al artículo 35 letra a) de la LOSMA.

Tal falta de definición y de claridad resulta de toda relevancia, toda vez que, en la práctica, parecemos estar en presencia de una imputación por elusión de ingreso al SEIA, aun cuando se haya hecho referencia al precitado artículo 35 letra a), ya que, como señalamos anteriormente, la laminilla refiere a un aspecto de la situación existente de la Refinería Electrolítica, antes de la evaluación del proyecto contenido en la RCA 462/2008.

Con todo, asumiendo que implícitamente el real reproche dice relación con que Codelco realizó modificaciones en su proyecto sin ingresar al SEIA, para la correcta configuración de la infracción por elusión la SMA debió direccionar el presente procedimiento sancionatorio en tal sentido, requiriendo el informe del Servicio de Evaluación Ambiental. No obstante, la SMA ha errado en la aplicación de las normas y el sistema previsto al efecto.

A mayor abundamiento, y como fluye claramente de los antecedentes expuestos anteriormente, es posible afirmar que la generación de laminilla en los niveles detectados, no implica un cambio de consideración que haya debido ser evaluado en el SEIA.

c.2 De esta manera, la SMA ha errado en configurar el tipo infraccional, toda vez que, en caso de estimar que la modificación al proyecto requería ingresar al SEIA, debió abrir un procedimiento sancionatorio por elusión, previo informe en tal sentido del SEA, pero no atribuir un supuesto incumplimiento a las condiciones, normas y medidas de la RCA, toda vez que ello no es efectivo.

Por lo demás, cabe destacar que la pretendida mayor generación de laminilla de plomo se encuentra por debajo de los umbrales que le llevarían a ingresar al SEIA, y que tampoco existen impactos adicionales, por cuanto este material se ha dispuesto

en lugares debidamente autorizados, de acuerdo a lo previsto en el plan de manejo de residuos peligrosos de la División y en la resolución que autoriza su acopio temporal.

4. Cargo N° 4: “Producir cobre electrolítico en una cantidad mayor a la evaluada ambientalmente, durante los años 2013 y 2014”.

a. Antecedentes preliminares.

El proyecto de optimización de las celdas electrolíticas evaluado ambientalmente, consistió en agregar cuatro electrodos más en cada una de las celdas electrolíticas de la refinería Ventanas, mediante la disminución de la separación entre electrodos iguales, de 105 a 100 mm. De esta manera se lograba optimizar el consumo de energía eléctrica (Kw. por tonelada de cobre depositado), aumentando la producción de cobre electrolítico producido desde 388.000 a 400.000 t/año de cobre (12.000 ton/año de cobre electrolítico).

Con posterioridad, Codelco implementó un mejoramiento de la eficiencia y productividad de la refinería, sin efectuar modificaciones del proceso ni incorporar nuevos grupos de celdas o equipos productivos. Este mejoramiento permite un aumento gradual de la producción de cobre electrolítico, desde 400.000 a aproximadamente 435.000 ton/año en 2021. Para alcanzar el nuevo nivel de producción se utilizan las instalaciones y equipos existentes al interior de la nave electrolítica, operando a una mayor densidad de corriente y mejorando la eficiencia del proceso.

Cabe señalar, que el mejoramiento de la eficiencia y productividad de la refinería fue informado a la SMA a través la plataforma de seguimiento regulada por Resolución Exenta N° 844, mediante la carta GSAE -062 – 2015. En ese análisis de pertinencia de ingreso al SEIA, de carácter interno, se informó la actualización y optimización del proyecto “Optimización de Celdas Electrolíticas”, que incluye el aumento paulatino de la capacidad de producción de cobre electrolítico desde las 400.000 ton/año autorizadas en la RCA N° 462/2008 a 435.000 ton/año esperadas para el año 2021, concluyendo que las modificaciones del proyecto no son susceptibles de

generar impactos ambientales adversos adicionales a los ya evaluados, por lo cual no constituyen cambios de consideración al proyecto.

b. Vicios en la formulación del cargo.

Al igual como hemos advertido respecto de los cargos anteriores, como primer antecedente y fundamento para que la SMA proceda a levantar el cargo formulado y absolver a Codelco del mismo, planteamos que éste carece de la claridad y precisión con que deben construirse los reproches realizados en el marco de un procedimiento sancionatorio, y a su vez, incurre en imprecisiones insubsanables, toda vez que no señala el elemento más relevante en atención a la naturaleza de la imputación que se acusa, ya que ni siquiera se indica cuáles habrían sido las cantidades en qué se habría superado el supuesto límite anual.

Dicho ello, como revisamos en el Capítulo III de estos descargos, reiteramos que en esta clase de procedimientos sancionatorios rigen tanto los principios del derecho penal, como los propios de los procedimientos administrativos, entre ellos, el de razonabilidad, por lo que los organismos de la Administración del Estado deben ejercer su autoridad con estricto apego a ellos..

Cabe reiterar que dentro de los supuestos mínimos y elementales para la correcta construcción de un reproche administrativo, que le permita bastarse a sí mismo, se encuentran tres elementos: el tiempo, el modo y el lugar, siendo claro que en este cargo tales aspectos no se cumplen con rigor, específicamente en cuanto al modo, ya que no se señala en qué cantidad se habrían superado los valores indicados en la RCA.

Así, es claro que el cargo es impreciso e inexacto en su formulación, lo que atenta contra el correcto ejercicio del derecho a defensa de esta parte y contra el mandato establecido en el artículo 49 de la LOSMA. A su vez, en virtud del principio de razonabilidad, la agencia pública se encuentra obligada a fundamentar sus actos administrativos, ya sean normados o discrecionales, señalando con la debida precisión, los antecedentes fácticos y normativos que le sirven de base para su

dictación, elemento claramente omitido en la Resolución de formulación de cargos, razón por la cual el cargo forzosamente debe ser levantado, absolviendo a Codelco del mismo.

c. Errónea configuración jurídica de la conducta reprochada. Ausencia de infracción.

En adición a lo señalado, cabe agregar que la SMA ha incurrido en un error conceptual, pues los hechos que se imputan no corresponden a una infracción a las obligaciones ambientales del proyecto, tal como expusimos respecto de los Cargos N° 1, N° 2 y N° 3, desde dos puntos de vista:

c.1 Como desarrollamos en el Capítulo IV de estos descargos, el sistema jurídico ambiental ha previsto que los proyectos puedan ser modificados sin un ingreso previo al SEIA, mientras no se trate de cambios de consideración.

No obstante, la SMA, si bien imputa a mi representada el supuesto incumplimiento de las condiciones, normas o medidas establecidas en la RCA, haciendo una alusión genérica al artículo 35 letra a) de la LOSMA, también parece imputar una elusión de ingreso al SEIA. Esto, atendido lo ya explicado en la letra a) precedente.

En efecto, una modificación del proyecto calificado ambientalmente, como es el caso del mejoramiento de la eficiencia y productividad de las celdas electrolíticas que ha derivado en un aumento discreto de la producción de cobre electrolítico, sólo podría configurar un incumplimiento de condiciones, normas y medidas de la RCA cuando tal modificación constituya un cambio de consideración que no ha sido evaluado ambientalmente debiendo serlo. En caso contrario, si tal modificación no es un cambio de consideración, su implementación resulta totalmente lícita al titular sin necesidad de evaluación previa, y por lo tanto, no puede configurar una infracción a las disposiciones de la RCA.

De lo anterior se sigue que la supuesta infracción imputada a mi representada sólo podría existir en caso de elusión del SEIA, esto es, en caso que la modificación

introducida al proyecto debía haberse evaluado ambientalmente por constituir un cambio de consideración. Entonces, asumiendo que la SMA no ha pretendido reprochar a mi representada una conducta lícita –introducir una modificación de proyecto que no es cambio de consideración y que por tanto no requiere evaluación o modificación de la RCA-, podemos inferir que el reproche consiste en la elusión del SEIA o la falta de evaluación de dicha modificación.

La falta de definición y de claridad anotada resulta de toda relevancia, toda vez que, en la práctica, parecemos estar en presencia de una imputación por elusión de ingreso al SEIA, aun cuando se haya hecho referencia al precitado artículo 35 letra a), ya que no se advierte de qué forma el aumento en la producción de cobre electrolítico derivada de un aumento de eficiencia en los procesos de la refinería pueda configurar una vulneración a una medida, norma o condición de la RCA (sobre este punto nos detendremos más adelante en el punto c.2).

Con todo, asumiendo que implícitamente el real reproche dice relación con que Codelco realizó modificaciones en su proyecto sin ingresar al SEIA, para la correcta configuración de la infracción por elusión, la SMA debió direccionar el presente procedimiento sancionatorio en tal sentido, es decir, requiriendo el informe del Servicio de Evaluación Ambiental y especificando la infracción imputada. No obstante, la SMA ha errado en la aplicación de las normas y el sistema previsto al efecto.

A mayor abundamiento, y como fluye claramente de los antecedentes expuestos anteriormente, es posible afirmar que un aumento de producción de cobre electrolítico fruto de la sola optimización de los procesos y sin generar mayores o nuevas cargas ambientales, ni requerir de nuevas instalaciones, etc., no implica cambios de consideración que hayan debido ser ingresados al SEIA.

c.2 Como señalamos, la SMA ha imputado a esta parte un incumplimiento a las condiciones, normas y medidas establecidas en la RCA N° 462/2008. No obstante, es preciso hacer presente que las toneladas de cobre electrolítico que se generarán del proceso de operación del proyecto autorizado en dicha licencia ambiental no deben

considerarse como una limitante o restricción al mismo, toda vez que dicha cantidad no es una norma, condición o medida.

Sobre este punto, cabe recordar lo expuesto anteriormente en el Capítulo IV de estos descargos, en cuanto a que el Tribunal Constitucional ha resuelto que la: “*descripción del proyecto, como es pertinente en esta sección del acto resolutivo, se dirige a exponer las condiciones que justifican el otorgamiento de tal calificación*” y que la “*estructura y contenido de los considerandos es explicativo y su forma no tiene el propósito de constituir o configurar obligaciones impuestas al titular de la RCA*”. Aseverando que: “*La detallada y correcta descripción técnica de cada aspecto del proyecto no puede convertirse en vinculante para el titular de la RCA sin la necesaria valoración de la relevancia de cada ítem para el cumplimiento de la legislación y ordenamiento jurídico ambiental*”.

De esta forma, no resulta jurídicamente sostenible imputar como infracción el alcanzar una mayor producción que, en términos sencillos, sólo posee como antecedente un mejoramiento en la eficiencia de los procesos y, como contrapartida, ningún efecto ambiental negativo.

Identificar el dato aparejado a la producción con una condición de operación, implica tergiversar los alcances de esta última, pues si bien existen numerosas variables ambientales que se vinculan con dicho antecedente (la producción proyectada), la circunstancia de superar dicho número sin que medie un incremento de los factores ambientales o el incumplimiento de alguna medida o norma, a todas luces no es una infracción a la RCA.

c.3 De esta manera, la SMA ha errado en configurar el tipo infraccional, toda vez que, en caso de estimar que la modificación al proyecto requería ingresar al SEIA, debió abrir un procedimiento sancionatorio por elusión, previo informe en tal sentido del SEA, pero no atribuir un supuesto incumplimiento a las condiciones, normas y medidas de la RCA, toda vez que claramente ello no es efectivo.

5. Cargo N° 5: “No ejecutar el procedimiento de rescate de fauna silvestre, según se constata por la presencia de aves muertas en el humedal Campiche, en inspección ambiental realizada en mayo de 2013”.

a. Vicios en la formulación del cargo.

El cargo carece de la claridad y precisión con que deben construirse los reproches realizados en el marco de un procedimiento sancionatorio, y a su vez, incurre en imprecisiones insubsanables, toda vez que no se indica de qué forma se habría incumplido en concreto el plan de rescate supuestamente infringido, ya que la presencia de aves muertas no escapa a los escenarios previstos en tal instrumento. En concreto, no se logra comprender si el cargo es porque no se aplicó el procedimiento al estar muertos los individuos mencionados, o bien, porque no se aplicó un procedimiento de rescate ante el peligro en que se encontraba éstos.

Dicho ello, como revisamos en el Capítulo III de estos descargos, en esta clase de procedimientos sancionatorios rigen tanto los principios del derecho penal, como los propios de los procedimientos administrativos, incluido el de razonabilidad, lo que implica que la autoridad debe ejercer sus competencias con estricto apego a los mencionados principios.

Cabe reiterar que dentro de los supuestos mínimos y elementales para la correcta construcción de un reproche administrativo, que le permita bastarse a sí mismo, se encuentran tres elementos: el tiempo, el modo y el lugar, siendo claro que en este cargo tales aspectos no se cumplen con rigor, particularmente en cuanto al modo, ya que no se señala de qué forma se habría incumplido el procedimiento de rescate.

Así, es claro que el cargo es impreciso e inexacto en su formulación, lo que atenta contra el correcto ejercicio del derecho a defensa de esta parte y contra el mandato establecido en el artículo 49 de la LOSMA. A su vez, en virtud del principio de Razonabilidad, la Autoridad pública se encuentra obligada a fundamentar sus actos administrativos, ya sean normados o discrecionales, señalando con la debida precisión, los antecedentes fácticos y normativos que le sirven de base para su

dictación, razón por la cual el cargo forzosamente debe ser levantado, absolviendo a Codelco del mismo.

b. Errónea configuración jurídica de la conducta reprochada. Ausencia de infracción.

Como señalamos, el cargo imputado no señala de qué manera se incumplió el procedimiento de rescate, toda vez que la sola presencia de aves muertas no significa que no se hayan ejecutado las acciones previstas en el procedimiento de rescate. Ello, dado que el procedimiento de rescate aplica tanto para animales silvestres en evidente peligro, como también para animales muertos. Por lo tanto, si bien el procedimiento tiene por fin último la protección de la vida silvestre en la zona, la existencia de animales muertos no implica que no se haya ejecutado el procedimiento.

Lo anterior, teniendo presente que ante el avistamiento de animales muertos por causas evidentemente externas a la División, a quien corresponde el retiro y transporte hasta el botadero municipal es a la Municipalidad de Puchuncaví o de Quintero, teniendo el titular sólo la obligación de dar aviso a la Municipalidad respectiva. Así lo establece expresamente el capítulo de la “Propuesta de Procedimiento Rescate de Especies en Peligro Codelco-Ventanas” en el cual se señala: *“En caso de encontrarse un animal muerto por causas evidentes externas a la División como traumatismo por atropello u otro similar; se dará aviso a la Municipalidad de Puchuncaví o de Quintero, ya que existe un servicio establecido en el código sanitario de retiro y transporte de animales muertos hasta el botadero municipal (ver Anexo 1)”*.

A mayor abundamiento, cabe recordar que el régimen de imputación de responsabilidad en materia infraccional administrativa es de tipo subjetivo, que requiere culpa o dolo por parte del denunciado, en atención a lo cual no se configura responsabilidad si la conducta es concordante con la diligencia exigible.

Pues bien, teniendo presente lo anterior, resulta necesario señalar que el procedimiento de rescate no contempla actividades de vigilancia específicas para este fin, sino que aplica ante el avistamiento de animales silvestres en peligro inminente o muertos por parte de cualquier trabajador de Codelco. Es decir, en rigor, se trata de un procedimiento reactivo, que se ejecuta ante la eventualidad del avistamiento de un animal silvestre en peligro o muerto. Por lo tanto, la infracción del procedimiento exige no sólo la presencia de aves muertas, sino la falta de implementación de la medida contemplada ante el avistamiento de dichas aves, cuestión que no ha sido imputada por la SMA y que al no existir, impide la configuración de la pretendida infracción.

Por último, conviene señalar que el Procedimiento de Rescate tuvo su origen en una observación del SAG en el sentido que se debe contemplar un proceso ante *“cualquier acción o actividad derivada de contingencias o emergencias, que resulten en el daño o muerte de especímenes de fauna protegida por la legislación vigente”*. Lo cual significa dos cosas:

Primero, que la muerte o daño debe tener origen en una situación de contingencia o emergencia, cuestión que no indica la SMA al momento de formular el cargo; y segundo, que debe tratarse de fauna protegida por la legislación vigente, a cuyo respecto la SMA no señala el tipo de especie ni si es o no de aquellas protegidas por la legislación vigente.

6. Cargo N° 6: “Almacenamiento de tambores con barros anódicos en un patio interior de la Planta de Metales Nobles, el cual no constituye una bodega acondicionada para el almacenamiento de sustancias peligrosas”.

a. Vicios en la formulación del cargo.

El cargo carece de la claridad y precisión con las que deben construirse los reproches realizados en el marco de un procedimiento sancionatorio, y a su vez, incurre en imprecisiones insubsanables, toda vez que no señala de qué forma se habría cometido la infracción, en cuanto a qué cantidad de tambores, como tampoco en qué

período ello habría tenido lugar, lo que, atendida la naturaleza de las sustancias almacenadas, es de gran relevancia, conforme señalaremos más adelante.

Dicho ello, como revisamos en el Capítulo III de estos descargos, en esta clase de procedimientos sancionatorios rigen tanto los principios del derecho penal como los propios de los procedimientos administrativos, incluido el de razonabilidad, lo que implica que la autoridad debe ejercer su competencia con estricto apego a los mismos.

Cabe reiterar que dentro de los supuestos mínimos y elementales para la correcta construcción de un reproche administrativo, que le permita bastarse a sí mismo, se encuentran tres elementos: el tiempo, el modo y el lugar, siendo claro que en este cargo tales aspectos no se cumplen con rigor, específicamente en cuanto al modo y al tiempo, ya que no se señala en la cantidad de tambores almacenados o el período en que tal situación habría tenido lugar.

Por otra parte, resulta necesario reiterar que la Resolución Exenta N° 1 de 2016 de la SMA, de ninguna manera señala de qué forma se estaría incumpliendo la RCA N° 27/2013, toda vez que sólo se limita a señalar el almacenamiento de los tambores en un patio interior de la Planta de Metales Nobles que no constituye una bodega acondicionada para el almacenamiento de sustancias peligrosas; sin embargo, no establece de qué manera no se cumple con las condiciones de almacenamiento necesarias, careciendo de la precisión y claridad exigidos para el ejercicio de la potestad sancionadora.

Así, es claro que el cargo es impreciso e inexacto en su formulación, lo que atenta contra el correcto ejercicio del derecho a defensa de esta parte y contra el mandato establecido en el artículo 49 de la LOSMA. A su vez, en virtud del principio de razonabilidad, la agencia pública se encuentra obligada a fundamentar sus actos administrativos, ya sean normados o discrecionales, señalando con la debida precisión los antecedentes fácticos y normativos que le sirven de base para su dictación, razón por la cual el cargo forzosamente debe ser levantado, absolviendo a Codelco del mismo.

b. Errónea configuración jurídica de la conducta reprochada. Ausencia de infracción.

En adición a lo señalado, cabe agregar que la SMA ha incurrido en un error conceptual, pues los hechos que se imputan no corresponden a una infracción a las obligaciones ambientales del proyecto, ya que para fundar la formulación del cargo, la SMA cita el considerando N° 3.4.2.2. de la RCA N° 27/2013.

Pues bien, al respecto cabe tener presente lo dispuesto por el artículo 15 del Decreto Supremo N° 78, de 2009, del Ministerio de Salud, el cual dispone: *“Podrán almacenarse sustancias peligrosas en bodegas comunes, cuando la cantidad total sea como máximo 12 toneladas...”*.

Conforme a lo anterior, resulta necesario señalar que la cantidad de tambores con barras anódicos a la espera de ser transportados es considerablemente menor a las 12 toneladas - como queda de manifiesto en el respectivo informe de fiscalización que señala que existen almacenados una cantidad de 14 pallets con 4 tambores de 136 kilos cada uno -, por lo que no resulta exigible que en tal lugar de acopio temporal se establezca una bodega de sustancias peligrosas.

Para ilustrar lo expuesto, resulta necesario reiterar que los tambores con barras anódicos son almacenados de manera transitoria y por un breve período de tiempo en el señalado patio al interior de la Planta de Metales Nobles, situación que fue comprobada durante la fiscalización efectuada los días 1 y 2 de julio de 2015, según consta del respectivo informe de Fiscalización, el cual señala expresamente que *“dos veces por semana se llevan los tambores embalados a la bodega CAT (Centro de Acopio Temporal)”*, que es el lugar precisamente establecido para tales fines, conforme se contempla en la RCA N° 27/2013, en relación con la consulta de pertinencia de ingreso al SEIA *“Almacenamiento Transitorio de Barras Anódicos”*, sancionada mediante la resolución N° 308, de 2013, del SEA Región de Valparaíso.

Así, no existiendo la obligación de contar con una bodega de sustancias peligrosas, dado el volumen de barros anódicos asociados a la forma de operar, no existe infracción que pueda ser imputable a Codelco.

7. Cargo N° 8: “No ejecutar la totalidad de los compromisos relacionados con el cierre del proyecto “Planta Piloto Tratamiento de Polvos de Electrofiltros Fundición”.

a. Antecedentes preliminares.

Codelco ha implementado, en relación a la Planta Piloto, medidas de cierre principalmente relacionadas con la adecuada disposición de residuos y sustancias químicas, y con la detención y segregación de algunos sistemas. No obstante, todavía no se han ejecutado ciertas actividades, toda vez que se encuentran asociadas y contempladas en el plan de cierre de la División Ventanas, aprobado mediante resolución N° 725/2009, actualizado de conformidad a la ley N° 20.551, mediante plan aprobado por Resolución N° 756/2015, ambas del Servicio Nacional de Geología y Minería (en adelante, “SERNAGEOMIN”).

Por otro lado, el cese de la operación de la Planta fue comunicada por Codelco al SEA de la Región de Valparaíso mediante carta de 14 junio de 2011, complementándose dicha información mediante carta de 23 de noviembre de 2012, en la que específicamente se indica que dicha instalación dejó de operar en junio de 2006 y que se encuentra aprobado el señalado plan de cierre, que aplica al efecto.

b. Vicios en la formulación del cargo.

El cargo carece de la claridad y precisión con que deben construirse los reproches realizados en el marco de un procedimiento sancionatorio, y a su vez, incurre en imprecisiones insubsanables, toda vez que no señala de qué forma se habría cometido la infracción, en cuanto a qué actividades en concreto serían las que supuestamente han sido incumplidas o en qué momento ellas deberían haber sido ejecutadas, dejando el escenario fáctico en la total indeterminación.

Dicho ello, como revisamos en el Capítulo III de estos descargos, en esta clase de procedimientos sancionatorios rigen tanto los principios del derecho penal, como los propios de los procedimientos administrativos, incluido el de razonabilidad, lo que implica que el órgano fiscalizador debe ejercer su autoridad con estricto apego a dichos principios.

Cabe reiterar que dentro de los supuestos mínimos y elementales para la correcta construcción de un reproche administrativo, que le permita bastarse a sí mismo, se encuentran tres elementos: el tiempo, el modo y el lugar, siendo claro que en este cargo tales aspectos no se cumplen con rigor, en particular en cuanto al modo y al tiempo, ya que no se hace alusión a qué compromisos de cierre están incumplidos, como tampoco en qué momento la SMA estima que tales actividades deberían haber sido realizadas, elementos que se erigen como presupuestos mínimos para poder elaborar una defensa correctamente fundamentada.

Así, es claro que el cargo es impreciso e inexacto en su formulación, lo que atenta contra el correcto ejercicio del derecho a defensa de esta parte y contra el mandato establecido en el artículo 49 de la LOSMA. A su vez, en virtud del principio de razonabilidad, la agencia pública se encuentra obligada a fundamentar sus actos administrativos, ya sean normados o discrecionales, señalando con la debida precisión los antecedentes fácticos y normativos que le sirven de base para su dictación, razón por la cual el cargo forzosamente debe ser levantado, absolviendo a Codelco del mismo.

c. Errónea configuración jurídica de la conducta reprochada. Ausencia de infracción.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe tener presente que para fundar su acusación la SMA cita parte del considerando 3.4 de la RCA N° 105/2005, reproduciendo las acciones que contempla el plan de cierre de la planta piloto. Sin embargo, omite citar aquella parte relativa a los plazos involucrados las actividades de cierre y a la posibilidad de utilizar dichos equipos e instalaciones en otras actividades.

Así, el Considerando 3.4 establece: *“Al final de la vida útil de la planta piloto (2 años), el titular decidirá su continuidad. Una vez determinado su término, ya sea ésta al cabo de los dos años o posteriormente, se realizará la etapa de cierre de la faena. Esta fase considerará el uso de los equipos e instalaciones en otras actividades internas; de no ser posible su reutilización se procederá a la venta de galpones y máquinas y al control de los residuos posterior al cierre (de existir éstos)...”*.

Conforme a lo anterior, una vez determinado que se procederá al cierre de la planta piloto, no se contempló en la RCA un cronograma o plazos específicos para la realización de las actividades contempladas en el plan de cierre, siendo éste cuerpo, que se encuentra bajo la competencia de del SERNAGEOMIN, el que regula en específico la materia.

En este sentido, cabe reiterar que el plan de cierre de la División Ventanas, incluyendo la Planta Piloto, se encuentra aprobado mediante las referidas resoluciones N° 725/2009 y N° 759/2015, como también que en su oportunidad se informó al SEA de la Región de Valparaíso el cese del funcionamiento de la planta.

Por tanto, y siendo claro que la SMA no ha dado cuenta de infracciones concretas y específicas, que permitan relacionar el referido plan de cierre con las obligaciones contempladas en la RCA, queda de manifiesto que el titular no se encuentra en estado de incumplimiento a las obligaciones impuestas por el considerando 3.4 de la RCA N° 105/2005.

8. Cargo N° 9: “No ejecutar la totalidad de los compromisos relacionados con el cierre del proyecto “Quinto Horno Deselenización Planta de Metales Nobles de Ventanas”.

a. Ilegalidad en la acusación administrativa.

El presente cargo carece de la claridad y precisión con que deben construirse los reproches realizados en el marco de un procedimiento sancionatorio, y a su vez,

incurre en imprecisiones insubsanables, toda vez que, al igual que en el cargo N° 8, no se señala de qué forma se habría cometido la infracción, en cuanto a qué actividades en concreto serían las que supuestamente han sido incumplidas o en qué momento ellas deberían haber sido ejecutadas, dejando el escenario fáctico en la total indeterminación.

Dicho ello, como revisamos en el Capítulo III de estos descargos, en esta clase de procedimientos sancionatorios rigen tanto los principios del derecho penal, como los propios de los procedimientos administrativos, incluido el de razonabilidad, lo que implica que la autoridad debe ejercer su competencia con estricto apego a los mencionados principios.

Cabe reiterar que dentro de los supuestos mínimos y elementales para la correcta construcción de un reproche administrativo, que le permita bastarse a sí mismo, se encuentran tres elementos: el tiempo, el modo y el lugar, siendo claro que en este cargo no se cumplen con rigor tales aspectos, particularmente en cuanto al modo y al tiempo, ya que no se hace alusión a qué compromisos de cierre están incumplidos, como tampoco a cuál es el momento en que la SMA estima que tales actividades deberían haber sido realizadas, elementos que se erigen como presupuestos mínimos para poder elaborar una defensa correctamente fundamentada.

Así, es claro que el cargo es impreciso e inexacto en su formulación, lo que atenta contra el correcto ejercicio del derecho a defensa de esta parte y contra el mandato establecido en el artículo 49 de la LOSMA. A su vez, en virtud del principio de razonabilidad, la agencia pública se encuentra obligada a fundamentar sus actos administrativos, ya sean normados o discrecionales, señalando con la debida precisión los antecedentes fácticos y normativos que le sirven de base para su dictación, razón por la cual el cargo forzosamente debe ser levantado, absolviendo a Codelco del mismo.

b. Errónea configuración jurídica de la conducta reprochada. Ausencia de infracción.

Para fundar el cargo, la SMA cita los considerando 3.11.2 y 3.11.5 de la RCA N° 157/2007, sin embargo, omite hacer referencia al considerando relativo a los plazos y a la posibilidad que tiene el titular de decidir utilizar las instalaciones en otras actividades.

En concreto, el considerando 3.11.1. señala: *“El Titular ha señalado que la vida útil del proyecto será de 25 años, al cabo de los cuales se determinará la factibilidad de continuar con su operación. Sin embargo, en caso que se decidiese llevar a cabo la fase de cierre del proyecto se considerará el uso de las instalaciones en otras actividades, la venta o traslado de galpones y maquinaria, y el control de los residuos en forma posterior al cierre, en caso que existiesen”.*

De esta manera, debe tenerse presente, por una parte, que el plan de cierre del Complejo Ventanas de Codelco se encuentra aprobado mediante resolución N° 725/2009, actualizado de conformidad a la ley N° 20.551, mediante plan aprobado por Resolución N° 756/2015, ambas del SERNAGEOMIN, regulando en detalle esta materia.

Por otra parte, es pertinente destacar que en la RCA no existe un plazo determinado dentro del cual se debe dar inicio al plan de abandono, ya que el propio considerando 3.11.5. citado por la SMA, establece como único plazo, la presentación de una propuesta de plan de abandono con al menos 6 meses anticipación a su ejecución. Dicho considerando se encuentra expresado en los siguientes términos:

“3.11.5. Independientemente de lo señalado antes [presentación de un plan de cierre al SERNAGEOMIN], ante un eventual abandono del proyecto, por cualquier motivo, con al menos seis meses de anticipación a su ejecución, el titular presentará a la COREMA Región de Valparaíso, para su autorización, una propuesta de plan de abandono del proyecto, que especificará el destino de las instalaciones e insumos excedentes, e identificará los residuos que se

generarán, su manejo y disposición final, entre otros temas ambientales que correspondiesen en ese momento”.

En conclusión, no existe infracción a la RCA derivada de la no ejecución de las acciones que contempla la etapa de cierre del proyecto, toda vez que no se establece un plazo determinado para ello y en atención a que dicha materia se encuentra regulada en el plan de cierre aprobado por el SERNAGEOMIN. A su vez, podemos destacar que, aun cuando se haya hecho alusión al considerando N° 3.11.5 de la licencia ambiental, los cargos no han sido formulados en cuanto a una eventual falta o incumplimiento de presentación a la COREMA (actual SEA) del señalado plan de abandono del proyecto.

B) SEGUNDO GRUPO DE INFRACCIONES: INCUMPLIMIENTOS DE LAS NORMAS E INSTRUCCIONES GENERALES QUE LA SUPERINTENDECIA IMPARTA EN EJERCICIO DE LAS ATRIBUCIONES QUE LE CONFIERE LA LEY (ARTÍCULO 35, LETRA E), DE LA LOSMA).

9. Cargo N° 10: “El muestreo de granulometría en sedimentos, incluido en los Informes del Programa de Vigilancia Ambiental de la Bahía de Quintero fue efectuado por una entidad sin acreditación, certificación y/o autorización vigente para estos efectos”.

a. Errónea configuración jurídica de la conducta reprochada. Ausencia de infracción.

Los hechos infraccionales que fundamentan el cargo se expresan en el considerando 24.5, el cual señala que el Informe Campaña Invernal del programa de PVA N° 41 (junio 2013), no adjunta documentación que dé cuenta de la acreditación, certificación o autorización vigente de la entidad que realizó el muestreo de concentración de cobre y granulometría de sedimentos, pero es factible afirmar que no configuran infracción administrativa desde dos perspectivas:

a.1 Imposibilidad de cumplimiento. La SMA ha estimado que la falta de certificación del laboratorio infringe la resolución exenta N° 37/2013 y con ello los considerandos 5 y 14 de la RCA N° 161/2004. Sin embargo a la fecha en que se realizaron los referidos análisis, no existía ningún laboratorio acreditado para realizar tales análisis, ya sea ante un organismo de la Administración del Estado o en el Sistema Nacional de Acreditación, tal como se demostrará a lo largo de este procedimiento.

Siendo así, resultaba imposible para Codelco acompañar la certificación de un laboratorio cuando no existe tal, aplicando plenamente el adagio jurídico de que “*a lo imposible nadie está obligado*”.

Al respecto, cabe tener presente lo señalado en el Capítulo III precedente, en cuanto a que el régimen de responsabilidad en materia infraccional administrativa, es un régimen subjetivo que requiere culpa o dolo por parte del denunciado, en el cual no se configura responsabilidad en caso que el imputado acredite el cumplimiento de la debida diligencia exigible, por ausencia del elemento subjetivo de la conducta.

Cabe recordar que la Excelentísima Corte Suprema ha establecido que en nuestra legislación el sistema de responsabilidad es subjetivo y deriva del dolo o culpa, por lo que la responsabilidad objetiva o por el resultado dañoso, requiere de disposición legal expresa que la contemple, supuesto este último que no existe en este caso⁹. Por lo tanto, al no existir culpa de Codelco en la falta de un laboratorio acreditado, tampoco existe una infracción que le pueda ser imputada.

a.2 Inexistencia del tipo infraccional. Aun no existiendo un laboratorio acreditado, y por tanto, no configurándose infracción debido a la imposibilidad de acompañar un certificado de acreditación, cabe tener presente que la Resolución Exenta N° 37 de 2013 de la SMA que dicta e instruye normas de carácter general sobre entidades de inspección ambiental y validez de reportes, señala expresamente:

⁹ Excelentísima Corte Suprema, sentencia de 5.09.2002, Rol N° 3.082-2002)

“Los reportes que requieran de muestreo, análisis y/o medición, que deban ser remitidos a la Superintendencia por parte de los sujetos fiscalizados, sea directamente o a través de terceros, para ser considerados válidos, deberán adjuntar la acreditación, certificación o autorización vigente ante un organismo de la administración del Estado o en el Sistema Nacional de Acreditación de la entidad que los ha generado”.

La citada norma establece los requisitos para la validez del reporte, mas no para el cumplimiento de la medida. Dicho en otras palabras, aun cuando se pudiera considerar inválido el contenido del reporte por no acompañar la certificación del laboratorio (situación que como se señaló en el punto anterior no es posible) ello no significa que se haya incumplido la medida establecida en el Programa de Vigilancia Ambiental de la Bahía de Quintero (en adelante, “PVA”).

Sobre esta materia debe recordarse que, de acuerdo a lo latamente desarrollado en el Capítulo III de estos descargos, los criterios y estándares aplicables a esta clase de procedimientos sancionatorios son de derecho estricto, gozando de plena vigencia el principio de tipicidad de la infracción, no pudiendo dársele notas extensivas a las conductas exigidas, como tampoco es admisible sancionar por analogía o por relación de conceptos.

Así, la obligación consistía en remitir los referidos reportes, conducta que sí fue cumplida por esta parte, más si se considera que no existía la posibilidad de presentar informes acreditados, por no haber a esa fecha, entidades que presten tal servicio a la fecha de haberse cometido la supuesta infracción.

10. Cargo N° 11: “No se acreditó la certificación de los laboratorios que realizaron el muestreo y análisis para determinar las emisiones de azufre en los informes mensuales remitidos en el marco del Plan de Descontaminación del Complejo Industrial Ventanas”.

Los hechos infraccionales que fundamentan el cargo se expresan en el considerando 26.2, el cual señala que Codelco no acreditó la certificación de los laboratorios que

realizaron el muestreo y análisis para determinar las emisiones de Azufre de acuerdo a lo instruido por la Resolución Exenta N° 37/2013 de la SMA para dar cumplimiento al artículo 4 del PDA. Sin embargo, al igual que en el cargo anterior, es procedente afirmar que no configuran infracción administrativa.

En efecto, y como se indicó, se ha estimado que la falta de certificación del laboratorio infringe la resolución exenta N° 37/2013 y con ello el Plan de Descontaminación del Complejo Industrial Ventanas (en adelante, "PDA"). No obstante, en atención a que no existe un laboratorio acreditado para realizar el muestreo y análisis de las emisiones de azufre, en este punto damos por reproducidos los argumentos expresados en la letra a.1) de los descargos del numeral 10 anterior, toda vez que la ausencia de culpa o dolo impide la configuración de responsabilidad.

Sobre esta materia debe recordarse que, de acuerdo a lo latamente desarrollado en el capítulo III de estos descargos, los criterios y estándares aplicables a esta clase de procedimientos sancionatorios son de derecho estricto, gozando de plena vigencia el principio de tipicidad de la infracción, no pudiendo dársele notas extensivas a las conductas exigidas, como tampoco sancionar por analogía o por relación de conceptos.

Así, la obligación consistía en remitir los referidos reportes, conducta que sí fue cumplida por esta parte, más si se considera que no existía la posibilidad de presentar informes acreditados, por no haber entidades que presten tal servicio.

C) TERCER GRUPO DE INFRACCIONES: INCUMPLIMIENTOS DE REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN FORMULADOS POR LA SUPERINTENCIA A LOS SUJETOS FISCALIZADOS (ARTÍCULO 35, LETRA J), DE LA LOSMA).

11. Cargo N° 12: "Entrega de información inconsistente respecto de la generación de residuos en respuestas a requerimientos de información, la que a su vez es inconsistente con datos reportados en otras instancias, tales como reportes de sustentabilidad".

a. Vicios en la formulación del cargo: El cargo carece de la claridad y precisión con que deben construirse los reproches realizados en el marco de un procedimiento sancionatorio, y a su vez, incurre en imprecisiones insubsanables, toda vez que no existe una descripción de los hechos que configurarían la infracción.

La SMA sólo se limita a señalar que existen inconsistencias en la información brindada por esta parte ante los requerimientos de información formalizados mediante las resoluciones exentas N° 398 y 1167, ambas de 2015, sin detallar en qué consisten ni dónde se producen. Ello es manifiesto al revisar el tenor del cargo, en cuanto la supuesta inconsistencia dice relación con “*datos reportados en otras instancias, tales como reportes de sustentabilidad*”, sin la mínima especificidad o contextualización necesarias para sopesar la acusación administrativa.

¿Es acaso que existe confusión, contradicción, inexactitudes, omisiones en la información proporcionada? De la formulación de cargos resulta imposible dar respuesta a estas interrogantes.

¿Es jurídicamente pertinente, para sustentar inconsistencia en esta materia, efectuar relaciones comparativas con instrumentos que en nada se relacionan con los instrumentos de gestión ambiental, como sucede con un Reporte de Sustentabilidad?

Dicho ello, como revisamos en el Capítulo III de estos descargos, en esta clase de procedimientos sancionatorios rigen los principios del derecho penal, además de los propios de los procedimientos administrativos, incluido el de razonabilidad, lo que implica que la SMA debe ejercer su autoridad con estricto apego a dichos principios.

Cabe reiterar que dentro de los supuestos mínimos y elementales para la correcta construcción de un reproche administrativo, que le permita bastarse a sí mismo, se encuentran tres elementos: el tiempo, el modo y el lugar, siendo claro que en este cargo tales aspectos no se cumplen con rigor, en particular en cuanto al modo y al tiempo, ya que el cargo imputado consiste en una infracción absolutamente genérica, respecto de la cual a esta parte le resulta imposible responder.

Así, es claro que el cargo es impreciso e inexacto en su formulación, lo que atenta contra el correcto ejercicio del derecho a defensa de esta parte y contra el mandato establecido en el artículo 49 de la LOSMA. A su vez, en virtud del principio de Razonabilidad, la Autoridad pública se encuentra obligada a fundamentar sus actos administrativos, ya sean normados o discrecionales, señalando con la debida precisión los antecedentes fácticos y normativos que le sirven de base para su dictación, razón por la cual el cargo forzosamente debe ser levantado, absolviendo a Codelco del mismo.

b. Errónea configuración jurídica de la conducta reprochada. Ausencia de infracción.

Por otro lado, es necesario hacer presente que la infracción contemplada en el artículo 35 letra j) de la LOSMA, establece como conducta reprochable: *“El incumplimiento de los requerimientos de información que la Superintendencia dirija a los sujetos fiscalizados, de conformidad a esta ley”*.

Del tenor de dicha disposición, podemos advertir que no concurren los supuestos que contempla la norma, toda vez que esta parte sí remitió la información que da cuenta de los residuos generados en el complejo Fundición y Refinería Ventanas, respecto de los años 2000 a 2014, razón por la cual, no es efectiva la acusación.

Desde luego, dicha obligación se podría entender insatisfecha si la respuesta entregada por las personas sujetas a la fiscalización de la SMA no fuere completa o no poseyera la seriedad y suficiencia pertinentes, toda vez que, de lo contrario, la función de control de la SMA se vería truncada.

Sin embargo, aquello no es predicable respecto de la respuesta de Codelco, lo que es claramente verificable, desde que lo imputado no dice relación con la calidad o suficiencia de la respuesta, como tampoco con que ella no se ajuste a los requerimientos, sino que, luego de una revisión y análisis de su contenido, la SMA estimó que existirían diferencias con datos contenidos en otros instrumentos (mas sin precisar en cuales).

De esta forma, es evidente que Codelco sí cumplió con su obligación de informar. Demostración palmaria de ello es que la SMA ha podido contar con antecedentes para efectuar cruces de datos y chequeos; por lo que en ningún caso es atribuible la infracción de desobedecer el requerimiento de información.

A mayor abundamiento, es necesario destacar que la SMA no imputó un cumplimiento imperfecto de la obligación, como tampoco desarrolló algún fundamento que permita sostener su acusación.

12. Cargo N° 13: “No entregar información en los términos prescritos en la Resolución Exenta N° 319 de 19 de abril de 2015 de la Superintendencia del Medio Ambiente, al no incluir los informes del laboratorio que realizó las mediciones”.

Sobre el particular, cabe tener presente el contenido y alcance de los principios de imparcialidad, proporcionalidad y razonabilidad que rigen a los órganos públicos, que como hemos visto, son plenamente aplicables a los actos de la SMA, toda vez que nos encontramos en presencia de un cargo que tiene su origen en un cumplimiento imperfecto al requerimiento de información formulado por la SMA, pero en ningún caso se aprecia un actuar negligente o una conducta que pretendiera desoír la resolución exenta N° 319/2015, de la SMA. .

Mediante ese acto se requirió un importante volumen de antecedentes, todos los cuales se procuró proveer oportunamente.

Con todo, es menester señalar que, si en el marco del proceso de fiscalización la SMA hubiese dado cuenta a Codelco de la falta de tal información – lo que era factible en atención a la cantidad y complejidad de lo requerido - esta parte la hubiese remitido al efecto.

Así, el correcto sentido que debe darse a lo dispuesto por la letra j) del artículo 35 de la LOSMA, es ser un mecanismo para garantizar la función de control de la SMA, en

caso que tal labor sea efectivamente embarazada, por ejemplo, en caso que los titulares de proyectos o actividades ignoren o tergiversen las solicitudes de la SMA.

En tal sentido, no es admisible que la atribución de requerir información se transforme en una herramienta para sancionar a los sujetos bajo su control, por el sólo hecho de no haber logrado ajustarse plenamente a lo dispuesto en una resolución de carácter exenta., en particular, cuando ello implica una desatención mínima en un universo mucho mayor, como ocurre en este caso, pues con ello se estaría desnaturalizando tal potestad; y más aún, cuando para obtener la información restante lo esperable y razonable sería emplear medios administrativos distintos y previos a una imputación en el marco de un procedimiento sancionatorio.

De esta forma, a la luz del principio de imparcialidad y considerando que el *ius puniendi* estatal debe ser aplicado como remedio de *ultima ratio*, es posible concluir que se advierte una falta de proporcionalidad entre el hecho que supuestamente constituye la infracción y la decisión administrativa de formular un cargo por ello, siendo procedente que se levante el cargo.

VII

SOBRE LA CALIFICACIÓN DE LAS SUPUESTAS INFRACCIONES

1. La calificación de las infracciones.

La SMA calificó como infracciones graves los cargos signados con los números 1, 2, 5 y 11. Lo anterior en conformidad a lo dispuesto por el artículo 36, número 2, letras c) y e) de la LOSMA el cual establece:

“Para los efectos del ejercicio de la potestad sancionadora que corresponde a la Superintendencia, las infracciones de su competencia se clasificarán en gravísimas, graves y leves.

2.- Son infracciones graves, los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente:

c) Afecten negativamente el cumplimiento de las metas, medidas y objetivos de un Plan de Prevención y/o de Descontaminación.

e) Incumplan gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva Resolución de Calificación Ambiental”.

2. Planteamiento general.

1. De la simple lectura de cada uno de los cargos enunciados, aparece que en ninguno de ellos existe una relación de cómo las supuestas infracciones han afectado negativamente el cumplimiento de las metas, medidas y objetivos de un Plan de Prevención y/o de Descontaminación, o de cómo incumplen gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad.
2. En lo que concierne a los cargos asociados a las RCA, es necesario señalar que la simple constatación de un hecho no basta para calificar una conducta como una infracción, ni menos para determinar su gravedad, debiendo analizarse de manera objetiva si existe incumplimiento de una medida y en dicho caso, el grado de éste.

Así lo ha señalado expresamente el Tribunal Ambiental conociendo de un recurso de reclamación, señalando: “Que –a juicio de este Tribunal- el criterio contenido en el artículo 36 N° 2 letra e) de la Ley Orgánica de la SMA, se relaciona específicamente con el incumplimiento objetivo de la medida, y no con el grado de intencionalidad con que el infractor la incumplió. En efecto, el incumplimiento de una medida es perfectamente graduable, pues se pueden presentar casos en que su entidad varíe, por ejemplo, porque no afectó su finalidad de eliminar, minimizar o compensar los efectos adversos de un proyecto, o porque afectándose su finalidad, esta no fue de relevancia, todo ello con independencia del grado de diligencia con que haya actuado el titular del proyecto”. (Considerando 80 de la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental de fecha 7 de mayo de 2015, rol R-38-2014).

Este mismo criterio lo vemos expresado en otra sentencia, en la cual se establece:

“... para verificar si se dan los supuestos del criterio contenido en la letra e) del precepto reproducido en el considerando anterior [artículo 36 N° 2, LOSMA] se debe contrastar en qué situación se encontraban las medidas comprometidas por el titular al momento de su incumplimiento,... comparación que -a entender de este Tribunal- debe ser de carácter objetiva. Lo anterior, permite determinar que, la oportunidad para realizar dicha comparación lo es al momento del incumplimiento de las medidas comprometidas; y por otro lado, que los efectos de la infracción por la que fue sancionada MLP, no serán relevantes para determinar la concurrencia del criterio de calificación aplicado por la SMA... Ello, por cuanto en este caso, dichos efectos deberán ser ponderados al momento de determinar la concurrencia de la circunstancia del artículo 40 letra a) de la Ley Orgánica de la SMA, esto es ‘la importancia del daño causado o del peligro ocasionado’...” (Considerando 46 de la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, de fecha 30 de julio de 2015, rol R-33-2014).

Conforme a lo anterior, no habiéndose acreditado, y en realidad, ni siquiera expuesto bajo qué razonamientos y de qué manera las infracciones que se le imputan a Codelco configuran un incumplimiento grave de las medidas impuestas por las respectivas RCA, es posible afirmar que no concurre ninguno de los requisitos que determinan la aplicación de esta circunstancia de gravedad.

3. La calificación de grave en el caso de los hechos asociados a las RCA.

Son dos supuestos los que, de cumplirse copulativamente, pueden llevar a la autoridad a estimar como grave las infracciones relacionadas con este tipo de actos administrativos.

En primer término, la existencia de medidas cuyo objeto, además, sea eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, lo que exige que el incumplimiento – grave – recaiga sobre las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad.

Si bien la SMA ha precisado que tales medidas refieren a todas aquellas que cumplen con dicho objeto – suprimir o eliminar efectos adversos, y por ende aplican para casos de Estudios y Declaraciones de Impacto Ambiental -, es evidente que ello supone que se está ante mecanismos que persiguen hacerse cargo de tales efectos, reconocidos éstos en el proceso de evaluación ambiental correspondiente, razón por la cual la misma autoridad ha establecido que es necesario que tales medidas “se encuentren determinadas de manera expresa y detallada en la RCA”¹⁰.

Ha añadido la SMA que el artículo 36 N° 2, letra e) de la LOSMA “comprende todas aquellas medidas que tienen por objeto reducir o eliminar los efectos adversos de un proyecto o actividad, ya sea que se trate de medidas de mitigación, compensación, reparación o de naturaleza compensatoria, mitigatoria o reparatoria. En razón de lo anterior, las medidas, deben ser necesariamente entendidas como todas aquellas que cumplen con aquella finalidad, toda vez que el legislador no distinguió específicamente a qué tipo de medidas era aplicable el literal e)”¹¹.

En segundo término, el estándar exigido para la calificación de una infracción como grave en lo que concierne a las resoluciones de calificación ambiental, supone un incumplimiento grave de las medidas..

Ha sido la propia SMA la que ha fijado el criterio para considerar que una determinada infracción se le atribuya el carácter de grave.

Así, ha sostenido que “respetando las reglas de interpretación (...), se debe recurrir a su significado natural y obvio”, a partir de lo cual indicó que “la Real Academia de la Lengua Española define la palabra “gravemente” como: “de manera grave”; y, a su vez, define “grave” como: “Grande, de mucha entidad o importancia.”¹².

¹⁰ Resolución Exenta N° 489, de 29.08.2014, Rol F-019-2013, caso Anglo American Sur S.A, considerando 33°. En el mismo sentido, Resolución Exenta N° 198, de 18.03.2015, caso SCM Minera Lumina Copper Chile, considerando 284.

¹¹ Resolución Exenta N° 198, de 18.03.2015, caso SCM Minera Lumina Copper Chile, considerando 284.

¹² Resolución Exenta N° 1339, de 27.11.2013, Rol F-007-2013, caso Enap Refinerías S.A., considerando 45-7-3.

En el mismo sentido, ha resuelto que debe atenderse a dos criterios para determinar la gravedad, a saber: *“(i) El grado de implementación de la medida, es decir, el porcentaje de avance en su implementación (...); (ii) La relevancia de la medida incumplida, en relación con el resto de las medidas que se hayan dispuesto en la RCA para hacerse cargo del correspondiente efecto o riesgo identificado en la evaluación.”*¹³.

En el caso de los cargos calificados como infracción grave en este caso, ninguno de los supuestos copulativos antes dichos se verifican.

- Porque ninguno de los hechos descritos en los cargos números 1, 2 y 5 refieren a medidas cuyo objeto, debidamente evaluado y especificado, haya sido el de hacerse cargo de efectos adversos identificados en la evaluación correspondiente.

Con relación a los cargos N° 1 y N° 2, respecto de los cuales la SMA aplica el artículo 36 N° 2 letra e) de la LOSMA, ni siquiera se advierte que digan relación con alguna medida.

En cuanto al primero de ellos, no es efectivo que la conversión a gas natural de determinados equipos fuera una medida de aquellas analizadas, toda vez que las que hubo y se contemplaron en la RCA, dicen relación con otros aspectos del proyecto, tales como aquellos relativos a la fase de construcción, por lo que la SMA yerra en atribuirle tal calificación.

A su vez, en relación al cargo N° 2, se incurre en un claro error, ya que la Planta de Tratamiento del Electrolito ni siquiera fue un elemento que fuera parte del proyecto calificado mediante la RCA N° 462/2008, y si se quiere considerar que lo fue, no podría señalarse que existe un incumplimiento grave de una medida, cuando el proceso al que ella se refería fue eliminado.

¹³ Resolución Exenta N° 489, de 29.08.2014, Rol F-019-2013, caso Anglo American Sur S.A, considerando 33°.

Conforme a lo anterior, dado que los cargos N° 1 y 2 no corresponden a incumplimientos de medidas, no resulta procedente calificar como graves las pretendidas infracciones, toda vez que no concurren los supuestos de hecho necesarios para la aplicación del criterio contenido en el artículo 36 N° 2 letra e) de la LOSMA.

Ahora bien, en relación con el cargo N° 5, no se advierte razonamiento alguno (toda vez que no se ha desarrollado argumentación al efecto en la resolución que formuló cargos) que permita concebir por qué estaríamos en presencia de incumplimiento grave a la medida destinada a minimizar o eliminar alguno de los efectos del proyecto.

Ello, porque la Resolución Exenta N° 1 de 2016 de la SMA, sólo se refiere a los efectos derivados del supuesto incumplimiento del Plan de Rescate (hallazgo de 5 aves muertas no rescatadas), circunstancia que, según la citada jurisprudencia del Tribunal Ambiental, no corresponde que sea utilizada para calificar la infracción a la luz del supuesto del artículo 36 N° 2 letra e) de la LOSMA, por cuanto para ello lo que rige es el grado de cumplimiento de las obligaciones asociadas a la medida, lo que se pondera, por ejemplo, en atención a su nivel de implementación, nada de lo cual fue considerado por la SMA.

- Porque, en todo caso, no hay gravedad.

En efecto, incluso si se considerasen como medidas tendientes a hacerse cargo de efectos adversos, y se estimase que fueron incumplidas, las señaladas conductas no cumplirían con el estándar de gravedad definido por la misma SMA, esto es, no se trataría de infracciones que revistan un carácter de magnitud significativo.

En tal sentido, no hay relevancia atribuible a las supuestas medidas, como, tampoco, efectos o resultados concretos e importantes que se hayan derivado de su supuesto incumplimiento.

4. La calificación de grave en el caso de los hechos asociados al Plan de Descontaminación del Complejo Industrial Ventanas.

Por último, en cuanto a la conducta asociada al cargo N° 11, no existe manera de concluir que la falta de certificación del laboratorio a cargo de tomar las muestras y realizar los análisis para medir las emisiones de azufre, pueda afectar negativamente el cumplimiento de las metas, medidas y objetivos del Plan de Descontaminación del Complejo Industrial Ventanas.

Lo anterior, toda vez que los muestreos sí han sido realizados, sí han sido remitidos mensualmente a la Comisión Conjunta del Servicio de Salud de Viña del Mar-Quillota y del Servicio Agrícola Ganadero de la V Región, y en cada uno de ellos se han cumplido los parámetros establecidos por el PDA. Asimismo, los resultados, valores o niveles vinculados a ellos no han sido reprochados por la SMA (o siquiera citados al efecto), siendo por tanto una calificación carente de sustento.

De esta forma, no existiendo emisiones de azufre superiores a lo establecido por el PDA, por el sólo hecho de no acompañarse la certificación de un laboratorio que no existe, no puede señalarse que se haya incurrido en una infracción grave, menos cuando no se ha acreditado por la SMA afectación alguna.

Por tanto, no existen antecedentes o consideraciones que admitan una calificación distinta a la de infracciones leves.

VIII

CONCLUSIONES

En atención a los antecedentes de hecho y consideraciones de derecho desarrolladas en los capítulos precedentes, es posible formular las siguientes conclusiones:

1. En relación a los cargos signados bajo los N^{os} 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9 y 12, es posible advertir que estos adolecen de un vicio insubsanable en su formulación, por cuanto carecen de la claridad y precisión que exige el artículo 49 de la LOSMA, siendo vagos e insuficientes en la relación de los hechos en que se sustenta el reproche administrativo.

Por este motivo, a la luz de los principios y disposiciones legales y constitucionales que gobiernan los procedimientos sancionatorios, aquellas imputaciones no puedan mantenerse, siendo procedente que se absuelva a Codelco de los mismos.

2. Además, en relación a los cargos signados bajo los N^{os} 1, 2, 3 y 4, la SMA imputa el incumplimiento de normas, medidas y/o condiciones ambientales, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 35 letra e) de la LOSMA, en circunstancias que los hechos que sustentan la imputación administrativa no dicen relación con alguna norma, condición o medida asociada a las licencias ambientales que rigen la construcción u operación de alguno de los componentes del complejo Ventanas.

De esta forma, según se desprende de la verdad material del expediente administrativo, la SMA procedió a reprochar a Codelco el haber desarrollado modificaciones a las configuraciones de ciertos elementos del complejo sin ingresar al SEIA, o bien, sin formular una consulta de pertinencia de ingreso al SEA. No obstante, por una parte, dichos cambios no son de consideración, motivo por el cual no correspondía ingresar al SEIA; y por otra, no existe obligación legal alguna que requiera formular consultas de pertinencia, sólo para obtener un pronunciamiento positivo de la autoridad en tal sentido.

Con todo, si la SMA así lo hubiese estimado, debió iniciar un procedimiento sancionatorio por elusión de ingreso al SELA, requiriendo el pronunciamiento respectivo del SEA. Por tanto, los cargos carecen de sustento jurídico, debiendo absolverse a Codelco de los mismos.

3. En relación a los cargos signados bajo los N^{os} 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12 y 13, la SMA ha formulado imputaciones que no se enmarcan dentro del catálogo de infracciones sancionables, bien porque las conductas exigidas por la SMA no se condicen con el marco legal y autorizador aplicable al proyecto; bien porque los hechos basales no se enmarcan dentro de los tipos infraccionales contemplados en los distintos literales del artículo 35 de la LOSMA.

Por tanto, los cargos carecen de sustento jurídico, debiendo absolverse a Codelco de los mismos.

4. En relación a los cargos signados bajo los N^{os} 10 y 11, además no es posible imputar responsabilidad alguna, en atención a que existe una imposibilidad objetiva de cumplir la obligación de la forma contemplada en la Resolución Exenta N^o 37, de 2013, de la SMA.

De esta forma, en ausencia de culpa o dolo, no es admisible el reproche administrativo formulado, debiendo absolverse a Codelco de los cargos.

5. Por último, cabe señalar que la calificación jurídica de las infracciones adolece de una severa falta de fundamentación, siendo imposible apreciar la motivación de esta decisión administrativa. Asimismo, la determinación de la SMA no se ajusta a los supuestos previstos por el artículo 36 de la LOSMA, errando en la forma de apreciar y aplicar las disposiciones atingentes.

Ello porque, en relación a los cargos N^{os} 1, 2 y 5, basta señalar que no estamos en presencia de una medida establecida para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, por lo que indefectiblemente la aplicación del literal e) del número 2 del referido artículo 36 no es pertinente. Por lo demás, la SMA no ha

aportado ningún antecedente o razonamiento que sustente la calificación de gravedad del supuesto incumplimiento.

Luego, en cuanto al cargo N° 11, no existe consideración alguna que permita sostener a la SMA que aquella supuesta infracción ha afectado negativamente el cumplimiento de las metas, medidas y objetivos del Plan de Descontaminación del Complejo Industrial Ventanas, siendo una aseveración que carece de justificación técnica y jurídica, vulnerando lo previsto por el literal c) del número 2 del precitado artículo 36.

En suma, en caso que la SMA mantuviese los cargos formulados en contra de Codelco, la única calificación admisible es la de infracciones leves, por no darse ninguno de los supuestos contemplados en los numerales 1 y 2 del artículo 36 de la LOSMA.

POR TANTO,

A UD. PIDO tener por formulados los descargos en tiempo y forma, para que, en caso que la Superintendencia del Medio Ambiente rechace el Programa de Cumplimiento presentado por esta parte, proceda a pronunciarse sobre el fondo de los mismos y en definitiva, se absuelva de las infracciones imputadas; y en subsidio, se solicita en los términos expuestos de esta presentación (i) la recalificación de la gravedad de las infracciones singularizadas bajo los N°s. 1, 2, 5 y 11 en la Resolución Exenta N° 1, de grave a leve; y (ii) aplicar una amonestación o la mínima sanción que en derecho corresponda.

PRIMER OTROSÍ: Se hace presente que nuestra compañía hará uso de los medios de prueba que franquea la ley durante la instrucción de este procedimiento sancionatorio, de modo de acreditar los hechos en los cuales fundamenta sus descargos.

Estos medios de prueba tendrán por objetivo acreditar las circunstancias objetivas de los supuestos de hecho de este procedimiento y las circunstancias subjetivas que configuran

las circunstancias alegadas. En ese marco, mi representada rendirá al menos las siguientes probanzas de carácter documental:

1. Presentar un informe técnico a cargo de un organismo o profesional de reconocido prestigio, para acreditar que pese a no operar utilizando gas natural, el funcionamiento de los equipos a que se refiere el Hecho N° 1 de la formulación de Cargos, no se verificaron mayores emisiones atmosféricas que las proyectadas.
2. Presentar un informe técnico a cargo de un organismo o profesional de reconocido prestigio, para acreditar que se suprimió el proceso de descubrización total.
3. Certificados SIDREP a través de los cuales se podrá acreditar que en razón de la cantidad y del destino de la laminilla de plomo, no sólo no se encuentra eximida de ingresar al SEIA, sino, además, no produce impactos ambientales incrementales.
4. Presentar un informe técnico a cargo de un organismo o profesional de reconocido prestigio, que valide el análisis de pertinencia realizado internamente en la División, para acreditar que la producción de cobre electrolítico por sobre 400 mil ton/año, no ha generado efectos ambientales.
5. Informes de novedades internos de la División Ventanas, en los que se acredita que el procedimiento de rescate ha sido implementado de forma permanente. Ello, en lo que concierne al Hecho N° 5 de la Formulación de Cargos.
6. Documento emitido por el Instituto Nacional de Normalización, para comprobar la inexistencia de entidades con acreditación, a la época en que se constataron los Hechos N°s. 10 y 11 de la Formulación de Cargos.
7. Informes semestrales de abundancia y concentración de cobre en el organismo intermareal *Emerita análoga* correspondientes al año 2015 y copia de los respaldos que acreditan su oportuna presentación a las autoridades competentes.

SEGUNDO OTROSÍ: Solicito tener presente que la personería para actuar en representación de la Corporación Nacional del Cobre de Chile en esta instancia, consta en instrumento que obra en poder de esta Superintendencia, y que fuera recientemente acompañado; razón por la cual, atendido lo dispuesto en el artículo 17 letra c) de la ley N° 19.880, me eximo de presentarlo en este acto.



10.502.232-8