

EN LO PRINCIPAL: Descargos. **OTROSÍ:** Acompaña documentos.

SUPERINTENDENCIA DE MEDIO AMBIENTE

Andrés Otayza Montagnon, abogado, en representación de **FERRIQ SpA**, ambos ya individualizados, domiciliados para estos efectos en Avenida Vitacura # 5093, Oficina 405, comuna de Vitacura, Santiago; en el marco del procedimiento sancionatorio seguido bajo el **Rol D-169-2021**, iniciado respecto a FERRIQ SpA y otros, y dentro del plazo conferido, vengo en presentar los descargos que a continuación se exponen, de conformidad al artículo 49 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante e indistintamente también, “Ley Orgánica de la SMA” o “LOSMA”), los cuales se encuentran contenidos en la Resolución Exenta 1/ROL-D-169-2021, de fecha 28 de julio de 2021, de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante e indistintamente también, la “Superintendencia” o la “SMA”).

I. ANTECEDENTES

Con fecha 11 de diciembre de 2014 se constituye la sociedad FERRIQ SpA.

El objeto de la sociedad es la compra, venta, leasing y comercialización en general de todo tipo de equipos, máquinas, herramientas, maquinarias y vehículos necesarios para la extracción, procesamiento, selección, producción, elaboración, transporte, disposición, y/o instalación de áridos y de toda especie de insumos y materias primas de obras civiles y de construcción el arriendo de todo tipo de maquinarias, equipos y vehículos; excavaciones y movimientos de tierra y toda actividad relacionada con el rubro de la construcción entre otras.

En el caso particular, mi representada presta servicios de arriendo de maquinaria y equipos de apoyo a actividades de procesamiento de áridos.

II. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LOS DESCARGOS

1. Con fecha 28 de julio de 2021, fue emitida por el Fiscal Instructor de la Superintendencia del Medio Ambiente, don Mauro Lara Huerta, la Res. Ex. N°1, que

formuló cargos a FERRIQ SpA y otros, en el marco del procedimiento sancionatorio seguido bajo el Rol D-169-2021.

2. Dicha resolución, en su Resuelvo N°VII, estableció un plazo de 15 días hábiles, contados desde la notificación de la resolución, para que FERRIQ SpA presentara descargos respecto de la Resolución. Adicionalmente, mi representada solicitó una ampliación de dicho plazo, por 7 días adicionales, a contar del vencimiento del plazo original, la cual fue otorgada mediante la Res. Ex. N°2/Rol D-169- 2021 de 30 de agosto de 2021, otorgando entonces un plazo total de 7 días hábiles.

3. Dado que la Res. Ex. N°2 fue notificada por medio de correo electrónico con fecha 30 de agosto de 2021 a mi representada, tal como consta en el expediente, dicho plazo de 7 días hábiles vence el día 8 de septiembre del presente año.

4. Por tanto, estos descargos se formulan dentro de plazo legal y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 49 de la LOSMA.

III. DESCARGOS

1. A continuación, se presentan los descargos para cada uno de los cargos formulados a mi representada:

A. CARGO 1: “Ejecutar un proyecto de extracción industrial de áridos eludiendo el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, desde un pozo o cantera, sin contar con una Resolución de Calificación Ambiental que lo autorice”.

1. Como ya se dijo, la Sociedad FERRIQ SpA **realiza exclusivamente actividades de arriendo de maquinarias y equipos como cargadores frontales y excavadoras para el movimiento y carga de material integral y de áridos, camiones, así como de bateas y tolvas para el flete de material integral y de áridos**, actividades que ejecuta para INCOFERRIQ S.A., en la propiedad Rol 01045-00006 denominada Fundo Los Pidenes. Dentro de las actividades realizadas por mi representada nunca se ha contemplado, ni realizado la extracción de áridos, su negocio se constituye del arriendo de maquinaria y equipos que apoyan las actividades de procesamiento de material integral y comercialización del producto final que realiza INCOFERRIQ S.A..

2. Respecto a la pertinencia de ingresar al SEIA de la actividad realizada por mi representada, es la actividad de **extracción de áridos** la que constituye la tipología que hace obligatorio el ingreso al SEIA, tal como se describe en el D.S. N° 40/2012, MMA, Reglamento del SEIA:

“Artículo 3.- Tipos de proyectos o actividades. Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, son los siguientes:

*i) Proyectos de desarrollo minero, incluidos los de carbón, petróleo y gas, comprendiendo las prospecciones, explotaciones, plantas procesadoras y disposición de residuos y estériles, **así como la extracción industrial de áridos, turba o greda.***

*i.5. Se entenderá que los proyectos o actividades de **extracción de áridos o greda** son de dimensiones industriales cuando:*

*i.5.1 **Tratándose de extracciones en pozos o canteras, la extracción de áridos y/o greda sea igual o superior a diez mil metros cúbicos mensuales (10.000 m³/mes), o a cien mil metros cúbicos (100.000 m³) totales de material removido durante la vida útil del proyecto o actividad, o abarca una superficie total igual o mayor a cinco hectáreas (5 ha)** [Énfasis agregado].*

3. Por tanto, la norma es clara en definir que **la tipología de ingreso al SEIA corresponde a la extracción de áridos y no al arrendamiento de equipos y maquinarias al servicio de actividades de procesamiento, última actividad, que tampoco corresponde a la tipología de ingreso al SEIA.**

3. A mayor abundamiento, se acompaña en el presente escrito un dossier por concepto de arriendo de equipos y maquinarias desde el año 2018 hasta el año 2020, las que demuestran que la única actividad que desarrolla FERRIQ SpA es la de arriendo de equipos y maquinarias. Lo anterior determina claramente que FERRIQ SpA en ningún momento quiso realzar las actividades de explotación del predio para la extracción de material para procesamiento de áridos.

4. Por tanto, en base a los antecedentes expuestos se solicita absolver a FERRIQ SpA del cargo de elusión al SEIA, puesto que no ha realizado ni realiza actividades de extracción de áridos, no cumpliendo con los requisitos de la tipología del Art. 3, letra i.5 del D.S. N° 40/2012, MMA, Reglamento del SEIA.

IV. NO CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DEL MONTO DE LA SANCIÓN Y EXISTENCIA DE CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 40 DE LA LOSMA

1. Sin perjuicio que como se ha acreditado, mi representada ha actuado siempre dentro del marco legal, no existiendo reproches que hacer a su respecto, en el caso improbable en que la SMA estime que respecto de algún punto debe aplicar una sanción, para efectos de determinar la sanción específica aplicable a un caso concreto, el artículo 40 de la LOSMA indica una serie de circunstancias que pueden ser utilizadas por la SMA para aumentarla o para disminuirla.

2. A continuación, analizaremos la aplicación de ellas a FERRIQ SpA.

A. LA IMPORTANCIA DEL DAÑO CAUSADO O DEL PELIGRO OCASIONADO

1. El artículo 40 letra a) de la LOSMA, establece que para la determinación de las sanciones se deberá “considerar la importancia del daño causado o del peligro ocasionado”, estableciendo dos circunstancias distintas correspondientes a:

(i) Por un lado, la ocurrencia de un daño entendido en sentido amplio, lo que exigiría la producción de un resultado, o bien, la aptitud para producir un resultado; y,

(ii) Por otro lado, una hipótesis de peligro concreto de lesión del bien jurídico protegido.

2. En este sentido, el Segundo Tribunal Ambiental, en la sentencia Rol N°R-128- 2016, de fecha 31 de marzo de 2017, indicó que:

“Vigésimo octavo: Que, en este orden de cosas, se debe recordar que “De acuerdo al texto de la letra a) del artículo 40, existen dos hipótesis que permiten configurarla. La primera de ellas, es de resultado, que exige la concurrencia de un daño; mientras que la segunda, es una hipótesis de peligro concreto, de ahí que el precepto hable de

“peligro ocasionado”, es decir, requiere que se haya presentado un riesgo de lesión, más no la producción de la misma [...]” (Segundo Tribunal Ambiental, sentencia Rol N°33-2014 c. Sexagésimo tercero).

3. Dicho lo anterior, el principio de presunción de inocencia es reconocido en materia de Derecho Administrativo Sancionador. En relación a este, la doctrina ha señalado que *“nuestro Tribunal Constitucional expresamente ha reconocido el principio de presunción de inocencia en materia de procedimientos administrativos sancionadores, no sólo a partir de la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal y la consagración de la dignidad de la persona como valor supremo, sino también el derecho a la defensa efectiva en el marco de un procedimiento justo y racional, en los términos que ampara su artículo 19”*¹.

4. De acuerdo al principio de presunción de inocencia, la carga de la prueba de la culpabilidad del regulado le corresponde a la Administración. Por esto, para la determinación de la sanción específica al caso concreto, en relación a esta causal, se deberá probar el daño, o bien, la puesta en peligro concreto del bien jurídico protegido.

5. En consecuencia, es posible advertir que la Res. Ex. N°/D-169-2021, que Formula Cargos, no acredita un resultado dañoso para la salud de la población o el medio ambiente por la eventual comisión de las infracciones imputadas.

6. En cuanto a la hipotética afectación del cauce del río Mapocho, estos sólo podrían producirse como efecto de la actividad de extracción de áridos (cuestión que no se ha acreditado), actividad que no es realizada por mi representada, tal como se explicó en los descargos del Cargo N°1.

7. De acuerdo con lo señalado en el documento SMA Bases Metodológicas para determinación de sanciones, se puede determinar la existencia de un “daño” únicamente “frente a la constatación de afectación a la salud de las personas y/o menoscabo al medio ambiente”². En este caso, la Formulación de Cargos no constató ningún tipo de daño o afectación. Por otro lado, las mismas Bases Metodológicas,

¹ CORDERO, Eduardo: Los Principios que Rigen la Potestad Sancionadora de la Administración en el Derecho Chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLII (Valparaíso, Chile, 2014, 1er Semestre), pág. 434.

² SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE: Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales, 2017, pág. 33.

respecto al “peligro ocasionado”, señalan que, de acuerdo a la definición adoptada por el Servicio de Evaluación Ambiental, este corresponde a la “capacidad intrínseca de una sustancia, agente, objeto o situación de causar un efecto adverso sobre un receptor”³ diferenciándolo del concepto de riesgo, definido como la “probabilidad de ocurrencia del efecto adverso sobre el receptor”.

8. Luego, señala respecto al concepto de peligro concreto, que *“se encuentra asociado a la necesidad de analizar el riesgo en cada caso, en base a la identificación de uno o más receptores que pueden haber estado expuesto al peligro ocasionado por la infracción, lo que será determinado en conformidad a las circunstancias y antecedentes del caso en específico”*⁴ [Énfasis agregado].

9. De acuerdo con lo señalado en puntos anteriores, no es efectivo que se hayan configurado los hechos señalados en el Cargo N°1 respecto a FERRIQ SpA, toda vez que mi representada no se encuentra en la obligación de ingresar su actividad de arriendo de maquinarias y equipos al SEIA.

B. NÚMERO DE PERSONAS CUYA SALUD PUDO AFECTARSE POR LA INFRACCIÓN

1. De acuerdo a lo señalado en las Bases Metodológicas, esta circunstancia se encuentra determinada por *“la existencia de un número de personas cuya salud pudo haber sido afectada, debido a un riesgo que se haya ocasionado por la o las infracciones cometidas”*⁵

2. En ninguna de las secciones de la Formulación de Cargos se señala que los hechos infraccionales ahí constatados puedan generar, eventualmente, afectación a la salud de la población.

³ Ibid., pág. 33.

⁴ Ibid., pág. 33.

⁵ SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE: Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales, 2017, pág. 35

3. Por lo anteriormente expuesto, debe considerarse para la determinación de la sanción, el hecho de que no existen personas cuya salud pudiera verse afectada por los hechos constatados en el presente procedimiento sancionatorio.

C. EL BENEFICIO ECONÓMICO OBTENIDO

1. De acuerdo a lo establecido en las Bases Metodológicas, este corresponde al *“beneficio que el infractor obtiene por el hecho de lograr un aumento en sus ganancias en un determinado periodo de tiempo, el cual no hubiese tenido lugar en ausencia de la infracción, o hubiese tenido lugar en otro momento del tiempo. Estas ganancias se denominan ganancias ilícitas (...)”*.

2. De esta manera, incurrir en los hechos que motivan la formulación de cargos del presente procedimiento administrativo, no ha traído beneficio económico alguno para FERRIQ SpA.

D. LA INTENCIONALIDAD EN LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN Y EL GRADO DE PARTICIPACIÓN EN EL HECHO, ACCIÓN U OMISIÓN CONSTITUTIVA DE LA MISMA

1. Esta circunstancia, establecida en la letra d) del artículo 40 de la LOSMA, establece dos aspectos para la determinación de la sanción en un caso específico: (i) la intencionalidad en la comisión de la infracción; y, (ii) el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.

2. La “intencionalidad” se vincula a la existencia de dolo en la comisión de las infracciones imputadas. Si bien, en derecho administrativo sancionador este elemento no es necesario para la configuración de la infracción imputada -sino sólo es necesaria la culpa infraccional-, sí lo es para ajustar la sanción específica de acuerdo al principio de culpabilidad⁶.

3. Por otra parte, dada la dificultad, reconocida por la SMA, para acreditar dolo en la comisión de infracciones ambientales, para determinar su configuración se acudirá principalmente a la prueba indirecta o circunstancial, la que podrá dar luces sobre las decisiones adoptadas por el infractor (especialmente, cuán informadas fueron las decisiones tomadas), y también su adecuación con la normativa. En este sentido,

⁶Ibid.,pág.38.

cuando una infracción haya sido cometida sólo con culpa y negligencia y no dolo, no se considerará el elemento de intencionalidad, dado que éste es considerado -cuando corresponde- para agravar el monto de la sanción⁷.

4. En este sentido, de los antecedentes analizados es posible concluir que la conducta de FERRIQ SpA no es, y no ha sido en ningún momento, dolosa.

5. En primer lugar, tal como ya se ha señalado en varias secciones de esta presentación, mi representada ha acreditado que la actividad de arriendo de equipos y maquinaria para el procesamiento de áridos no corresponde a aquellas que deben ingresar al SEIA, por no cumplir los requisitos del Art. 3, letra i.5 del D.S. N° 40/2012, MMA, Reglamento del SEIA.

8. En definitiva, no habiendo actuado FERRIQ SpA de mala fe a la hora de incurrir en las conductas que por este procedimiento han sido motivadoras de cargos formulados por la SMA, debe ponderarse su comportamiento en forma benévola a la hora de resolver sobre las sanciones que se impondrán a nuestra representada por los eventuales incumplimientos en que se haya incurrido.

E. COOPERACIÓN EFICAZ

1. FERRIQ SpA ha cooperado eficazmente durante todo el procedimiento sancionatorio que motiva esta presentación.

2. En virtud de lo expuesto, la SMA debe tener en consideración el carácter activo, cooperativo y propositivo que ha tenido FERRIQ SpA a lo largo del procedimiento sancionatorio, debiendo, en consecuencia, considerar esta situación al momento de establecer la sanción.

F. VULNERACIÓN O DETRIMENTO DE ÁREAS SILVESTRES PROTEGIDAS DEL ESTADO

⁷Ibid.,pág.39.

1. Finalmente, se debe considerar que respecto a los hechos indicados en la Formulación de Cargos, no se ha visto afectada ningún área silvestre protegida del Estado. En efecto, no existe ninguna de dichas áreas en las cercanías del Proyecto.

2. En esta línea, como ya se indicó al principio de esta presentación, el Proyecto se ubica en predio Los Pidenes, Kilómetro 4 del Camino de Rinconada, comuna de Maipú, no encontrándose en o próximo a ninguna área silvestre protegida del Estado.

POR TANTO,

SÍRVASE SEÑOR SUPERINTENDENTE DE MEDIO AMBIENTE, tener por presentados los descargos y acogerlos en todas sus partes, absolviendo a FERRIQ SpA. En subsidio, se solicita recalificar las infracciones de graves a leves, teniendo presente la inexistencia de un eventual daño ambiental que pueda ser generado por mi representada.

OTROSÍ: Sírvase señor Superintendente, tener por acompañados los siguientes documentos, en formato digital.

1. En relación al Cargo N°1:

Documentos (matriz Excel), con la sistematización de las de órdenes de compra por arriendo de maquinaria y equipos desde el año 2018 a 2020.