

Santiago, cinco de octubre de dos mil dieciséis.

**VISTOS:**

El 28 de agosto de 2015 comparece Antofagasta Terminal Internacional S.A. (en adelante, indistintamente, "ATI", "la reclamante" o "el Titular"), representada por los abogados Guillermo Enrique Zavala Matulic y Juan José Eyzaguirre Lira, interponiendo -en virtud de lo dispuesto en los artículos 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante "LOSMA") y 17 N° 3 de la Ley N° 20.600 que Crea Los Tribunales Ambientales (en adelante, "Ley N° 20.600")- reclamación en contra de la Resolución Exenta N° 645, de 6 de agosto de 2015 (en adelante, indistintamente, "la resolución sancionatoria" o "la resolución reclamada"), dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, indistintamente, "la SMA", "la reclamada" o "la autoridad fiscalizadora"), en virtud de la cual se sancionó a ATI en el marco del procedimiento administrativo sancionatorio Rol F-006-2015. La reclamación fue admitida a trámite el 3 de septiembre de 2015, asignándosele el Rol R N° 76-2015, a fojas 29.

**I.- Antecedentes de la reclamación**

ATI se encuentra desarrollando, desde el año 2004, actividades de recepción, almacenamiento, operación y embarque de concentrados minerales en el Puerto de Antofagasta, mediante procesos de importación y exportación de los mismos, efectuados en torno al galpón "Terminal de Embarque de Graneles Minerales" (en adelante, "TEGM") y, a partir del año 2006, en el galpón "Sistema de Acopio de Concentrados" (en adelante, "SAC"). Para el desarrollo de dichas actividades, ATI es titular, entre otras, de dos Resoluciones de Calificación Ambiental.

Por una parte, el proyecto cuenta con la Resolución Exenta N° 131, de 2 de septiembre de 2003, de la Comisión Regional del Medio Ambiente de Antofagasta, que calificó favorablemente la

Declaración de Impacto Ambiental del proyecto "*Terminal de Embarque de Graneles Minerales-Puerto Antofagasta, II Región*" (en adelante, "RCA N° 131/2003"). Conforme a dicha RCA, el proyecto consiste en la recepción, almacenamiento temporal y embarque de graneles minerales (cobre, zinc y plomo) destinados a la exportación por vía marítima. En efecto, la recepción de los minerales se efectúa mediante camiones porteadores, los cuales ingresan los concentrados al galpón TEGM. En el interior del mismo, son acopiados mediante cargadores frontales, para luego ser embarcados a través de una secuencia de cintas transportadoras concatenadas que descargan el producto directamente a las bodegas de la nave de que se trate, situada en el sector de atraque. Conforme lo establece la RCA aludida, el galpón deberá ser hermético y funcionar bajo un régimen de presión negativa, provista por un sistema de aspiración que hace pasar el aire efluente por filtros de manga, para efectos de impedir la emisión a la atmósfera de concentrados.

Por otra parte, el proyecto cuenta con la Resolución Exenta N° 12, de 13 de enero de 2006, de la Comisión Regional del Medio Ambiente de Antofagasta, complementada por la Resolución Exenta N° 1334, de 30 de mayo de 2006, de la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, que en definitiva calificó favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto "*Sistema de Acopio de Concentrados-Puerto Antofagasta, II Región (SAC)*", (en adelante, "RCA N° 12/2006"). Tal como lo indica dicha RCA, el proyecto ligado al galpón SAC consiste en la recepción, vía marítima, de concentrado de cobre, el que es acopiado mediante camiones porteadores y cargadores frontales en el referido galpón, para luego ser retirado por vía terrestre. Conforme a la RCA el galpón SAC también tiene que ser hermético y funcionar bajo presión negativa y filtrado.

El 1 de diciembre de 2014 la SMA inició un procedimiento sancionatorio contra la actora, Rol F-068-2014, por infracciones a lo establecido en el artículo 35 letra a) de la LOSMA, por el incumplimiento de las condiciones, normas y

medidas establecidas en las RCA N° 131/2003 y RCA N° 12/2006. En ese contexto, la autoridad fiscalizadora formuló, mediante la Resolución Exenta N° 1/ Rol F-068-2014, los siguientes cargos: "A.1) Presencia de aberturas en varias partes de la correa transportadora de materiales CT2, lo que ocasiona fuga de material particulado en el traspaso de dichas correas; A.2) El interior del galpón de concentrados no se encuentra sellado herméticamente, producto de la existencia de orificios en techos y paredes del galpón, así como la inexistencia de cortina de PVC a la entrada de éste; A.3) Los vehículos de transporte de carga, en lugar de ser aspirados, son lavados en el exterior de los galpones, en un lugar que no se encuentra descrito en la RCA correspondiente; A.4) El desencarpado de los camiones con concentrado no se realiza al interior del galpón TEGM; A.5) El titular no ha cumplido con su obligación de realizar mediciones de eficiencia del sistema de filtros dos veces al año". Las cuatro primeras infracciones imputadas fueron clasificadas preliminarmente como graves, conforme a la letra e) del numeral 2 del artículo 36 de la LOSMA, al supuestamente incumplirse gravemente las medidas destinadas a eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto, de acuerdo a lo previsto en la RCA N° 131/2003 y la RCA N° 12/2006. El quinto cargo, que implicó un incumplimiento de la RCA N° 12/2006, fue clasificado preliminarmente como leve, conforme al numeral 3 del artículo 36 de la LOSMA.

El 7 de enero de 2015, ATI presentó ante la SMA un programa de cumplimiento.

El 3 de febrero de 2015, la SMA ordenó a través de la Resolución Exenta N° 79, la adopción de una medida provisional, de conformidad a lo establecido en la letra f) del artículo 48 de la LOSMA, consistente en efectuar la realización de una medición isocinética del sistema de filtros del galpón SAC, dentro de 7 días hábiles siguientes a la notificación de dicha resolución, conforme a las condiciones ahí expresadas. Se exigió, además, el informar a dicha autoridad, con una

anticipación no menor de 48 horas, el día y horario de su ejecución.

El 6 de febrero de 2015, la SMA aceptó con observaciones, mediante Resolución Exenta N° 5/Rol F-068-2014, el programa de cumplimiento presentado por ATI, otorgándole un plazo de 5 días hábiles para la presentación de un nuevo programa incorporando dichas observaciones. El 13 de febrero de 2015, ATI cumplió con lo ordenado y entregó el nuevo programa, siendo éste aprobado y corregido de oficio por la SMA el 6 de marzo de 2015, mediante Resolución Exenta N° 6/Rol F-068-2014. Lo anterior, determinó la suspensión del procedimiento sancionatorio.

El 6 de marzo de 2015, mediante Resolución Exenta N° 1/Rol F-006-2015, la SMA inició un nuevo procedimiento sancionatorio, Rol F-006-2015, por el incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las RCA N° 131/2003 y 12/2006, y de las obligaciones derivadas de la medida provisional prevista en el artículo 48 de la LOSMA, constituyendo infracciones a lo dispuesto en el artículo 35 letra a) y l) de la LOSMA, respectivamente. Al efecto, formuló los siguientes cargos: "i) Se produce emisión de polvo fugitivo desde el galpón TEGM, el que escapa por el portón de entrada de vehículos de dicho galpón; ii) En el galpón TEGM no existen sitios fijos que segreguen concentrados de cobre, zinc y plomo; iii) Durante la maniobra de carga de un buque con concentrado de zinc, se produce emisión de polvo fugitivo desde su bodega de carguío hacia la atmósfera; iv) El interior del galpón de concentrados SAC no se encuentra sellado herméticamente, producto de la existencia de fisuras o aberturas en los portones de ingreso; y v) El incumplimiento de lo dispuesto en la Resolución Exenta N° 79, de 3 de febrero de 2015, por la no realización de la medición de eficiencia del sistema de filtros en la oportunidad y conforme a las condiciones requeridas".

El 6 de agosto de 2015, mediante Resolución Exenta N° 645, la SMA resolvió el procedimiento sancionatorio Rol F-006-2015,

dando por configuradas las infracciones antes señaladas, y clasificándolas todas como graves. Respecto de las infracciones N° i) y iii), la gravedad imputada se debió a que la SMA estimó que los incumplimientos detectados generaron un riesgo significativo para la salud de la población, conforme a lo dispuesto en la letra b) del numeral 2 del artículo 36 de la LOSMA. En cuanto a las infracciones N° ii) y iv), éstas se clasificaron como graves dado que ATI habría incumplido las medidas destinadas a eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto, de acuerdo a lo establecido en la letra e) del numeral 2 del artículo 36 de la LOSMA. Finalmente, respecto de la infracción N° v), la gravedad se debió al no acatamiento de las instrucciones, requerimientos y medidas urgentes dispuestas por la SMA, según lo señalado en la letra f) del numeral 2 del artículo 36 de la LOSMA.

Frente a la anterior, y en aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, la SMA resolvió sancionar a ATI al pago de 5 multas, que en total ascendieron a la suma de 1.583 Unidades Tributarias Anuales. La resolución dispuso adicionalmente la medida de limpieza de la zona urbana aledaña al Puerto de Antofagasta, debiendo acreditarse su cumplimiento mediante la presentación de un informe, dentro del plazo de 30 días corridos desde la notificación de la resolución.

## II.- De la reclamación judicial y el informe

El 28 de agosto de 2015, ATI interpuso ante el Tribunal una reclamación impugnando la Resolución Exenta N° 645, solicitando que se acoja en todas sus partes y que se deje sin efecto la resolución recurrida, y que se declare:

1. Que lo actuado por la Superintendencia fue contrario a derecho, por lo que solicita que el procedimiento administrativo sancionatorio Rol F-006-2015 sea "invalidado y dejado sin efecto o en el estado de permitir su acumulación con el anterior"; o permitir a la autoridad reformular los cargos en el primer procedimiento sancionatorio; o bien

disponer la "comunicación de los hechos conexos" entre ambos procedimientos.

2. En subsidio de lo anterior, solicita invalidar la resolución de la SMA que dio por acreditadas la comisión de las infracciones que fueron motivo de cargos en el segundo procedimiento sancionatorio "por cuanto no existen elementos de prueba que permitan su confirmación como infracciones ambientales, ni antecedentes que permitan confirmar los riesgos que la SMA ha determinado".

3. Pide además se deje sin efecto la medida ordenada en la resolución impugnada, consistente en el barrido de calles, "puesto que la SMA carece de competencia para dictarla en la resolución final del procedimiento sancionador".

4. Subsidiariamente, pide "bajar en forma sustancial el monto de las multas aplicadas puesto que los mismos no guardan armonía con el mérito del procedimiento sancionador".

Por su parte, el 14 de septiembre de 2015, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley N° 20.600, el Superintendente del Medio Ambiente se apersonó en el procedimiento, designando abogado patrocinante y solicitando ampliación del plazo para informar (fojas 36), lo que le fue concedido por el Tribunal mediante resolución de 16 de septiembre (fojas 38). Posteriormente, el 17 de septiembre de 2015, la reclamada evacuó el informe, solicitando se rechace, en todas sus partes la acción interpuesta, y se declare que la Resolución Exenta N° 695 es legal, y que fue dictada conforme a la normativa vigente, con expresa condena en costas (fojas 41), acompañando copia del expediente administrativo del procedimiento administrativo sancionatorio Rol F-006-2015.

Conforme a los fundamentos de la reclamación y, las alegaciones y defensas contenidas en el informe de la reclamada, los puntos de la controversia en autos, son los siguientes:

**1. En relación a la configuración de las infracciones**

**a. Argumentaciones generales para todos los cargos**

La reclamante hace descansar su pretensión en los siguientes argumentos.

**i) Afectación del derecho a defensa y del principio de coordinación administrativa**

ATI alega que los hechos materia de cargos en el segundo procedimiento administrativo sancionatorio no son separables del primero, por lo que las infracciones imputadas en la resolución reclamada eran subsanables mediante el programa de cumplimiento aprobado. A su juicio, la SMA no debería haber iniciado el procedimiento sancionatorio Rol F-006-2015, o al menos debió acumularlo al primero, en cumplimiento del artículo 33 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, "Ley N° 19.880"). Frente a lo anterior, la SMA habría vulnerado consecuentemente su derecho a defensa, dejándole a ATI como única vía posible la presentación de descargos. A su vez no habría existido, en su opinión, la debida coordinación administrativa dentro de la misma autoridad fiscalizadora, todo lo cual habría redundado en que la resolución sancionatoria habría carecido de la debida motivación.

En contrapartida, la SMA rechaza dicha alegación explicando que el objetivo principal de un programa de cumplimiento es el asegurar la observancia de las obligaciones ambientales infringidas por el titular, con el objetivo final de velar por la protección del medio ambiente y la salud de las personas. Por tanto, la presentación de dicho instrumento no podría ser vista como un derecho incondicional del titular. Luego, añade que, conforme al artículo 42 de la LOSMA, no podrán presentar un nuevo programa de cumplimiento aquellos infractores que hubiesen presentado uno con anterioridad por infracciones

graves. Dado que, ese sería precisamente el caso de ATI, la SMA estaría imposibilitada legalmente para autorizar un nuevo programa de cumplimiento. Asimismo, alega que la acumulación del segundo procedimiento administrativo sancionatorio al primero no sería posible, ya que a su entender los procedimientos estaban en situaciones procesales distintas y en estados disímiles y contradictorios, además de ser la acumulación una facultad -y no una obligación- de la Administración. No obstante ello, explica que el derecho a defensa de la reclamante en el procedimiento administrativo sancionatorio habría sido asegurado en todo momento, ya que ella habría podido formular descargos; ya que se le habría dado la oportunidad de formular observaciones y alegaciones al Informe Complementario de Fiscalización Ambiental; y dado que siempre habría tenido la posibilidad de presentar alegaciones hasta la dictación del dictamen final.

**ii) Existencia de identidad de las infracciones y vigencia de los plazos del programa de cumplimiento**

La reclamante alega que ambos procesos sancionatorios estarían íntimamente relacionados, ya que los hechos fiscalizados guardarían "*identidad sustancial o íntima conexión*", por lo que la distinción hecha por la SMA en cuanto a que el primer proceso de fiscalización se habría referido a las condiciones de la infraestructura y, el segundo, a su funcionamiento, sería artificiosa. Por lo tanto, estima que se le estaría sancionando por hechos derivados de los cargos formulados en el primer proceso sancionatorio, encontrándose además dentro del plazo otorgado en éste para implementar una solución.

La SMA, por su parte, en este punto solamente abordó lo relacionado con la identidad de fundamentos jurídicos, señalando que ésta se produciría solamente entre los cargos A.2. del procedimiento Rol F-068-2014 y el cargo i) del procedimiento Rol F-006-2015, pero que, al no haber identidad de hechos, ello no habría vulnerado el principio *non bis in idem*.

**b. Argumentaciones respecto de los cargos específicos**

**i) Cargo N° i)**

La reclamante alega que la SMA habría sancionado sobre la base del incumplimiento del mismo considerando de la RCA N° 131/2003 que utilizó para formular el cargo N° A.2 en el procedimiento sancionatorio Rol F-068-2014. Luego, añade que los plazos impuestos por la autoridad fiscalizadora para demostrar el cumplimiento de las medidas comprometidas en el programa de cumplimiento del primer proceso sancionatorio se habrían encontrado pendientes a la fecha de la segunda formulación de cargos, por lo que no tendría lógica haber iniciado el segundo proceso. Estima finalmente que, aun cuando existiesen inconvenientes en el portón del galpón, aquello no se habría traducido en un efecto cuantificable sobre el medio ambiente o la salud de las personas. Por lo tanto, concluye que el cargo imputado debiese desestimarse, y dejarse sin efecto la sanción aplicada.

La SMA responde dichas alegaciones señalando que, si bien se detectaron fisuras en el galpón TEGM en el primer procedimiento sancionatorio, no se pudo constatar la fuga de material particulado en ese momento, ya que carecían de la tecnología necesaria para hacerlo. Dicha fuga habría sido recién detectada en el año 2015, lo que habría comprobado que el sistema de presión negativa no estaba funcionando correctamente. Por tanto, al haberse determinado que se estarían generando emisiones de metales pesados desde el galpón TEGM, la SMA concluyó que ATI estaría contribuyendo a la contaminación de Antofagasta, generando en consecuencia un *"riesgo significativo para la salud de la población"* de dicha ciudad. Ello, a su entender, justificaría la existencia de un segundo proceso sancionatorio, distinto del primero, no habiendo identidad de hechos entre ambos. Finalmente, en cuanto al hecho que el presente cargo habría sido incluido en el programa de cumplimiento del primer proceso sancionatorio, habiendo plazo pendiente para acreditar su cumplimiento, la SMA responde que

si bien pudo ser un error incluir en dicho programa una situación detectada y relacionada con el procedimiento Rol F-006-2015 -acreditar la presión negativa del galpón TEGM-, ello no conllevaría la nulidad del procedimiento ni de la resolución sancionatoria impugnada. En cuanto a la cuantificación de las emisiones, señala que dicho tema es tratado en el apartado correspondiente al cargo iii).

**ii) Cargo N° ii)**

En este punto la reclamante sostiene que, dado que ATI no acopia plomo actualmente en sus bodegas, no sería necesario destinar sectores aislados para dicho mineral respecto del cobre y zinc. A su juicio, la SMA le estaría exigiendo el probar un hecho negativo, el no acopio de plomo, siendo que es ella la que debería haber probado que ATI estaba acopiando dicho mineral sin separarlos de los otros dos. Agrega que dicho acopio no se realiza por una decisión de la SEREMI de Salud de la Región de Antofagasta, por ende ajena a su voluntad, por lo que carecería de fundamento material la implementación de la referida segregación, además de no tener consecuencias ambientales. Termina señalando que si una actividad señalada en una RCA no se está desarrollando, no sería necesario modificar dicho instrumento en consecuencia. Por tanto, concluye que no procedería aplicar una sanción respecto del presente cargo.

Por su parte, la reclamada hace presente que ATI reconoce tácitamente que no efectuó la referida segregación, lo que permitiría por sí mismo configurar la infracción. Luego, en cuanto al acopio de plomo, la SMA añade que si bien es cierto que no hay evidencia que acredite que ATI acopia actualmente dicho mineral en el galpón TEGM, ello no implica que no lo haya hecho en el pasado, especialmente si la propia RCA así lo dispone, la que no habría sido modificada. Agrega, además que la decisión de la SEREMI de Salud, invocada por ATI, no es susceptible de modificar lo dispuesto por la RCA, ya que lo dispuesto por la SEREMI de Salud, es aplicable al transporte

## SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

de concentrados y no al proceso de acopio de los mismos. Finalmente, recuerda que existen estudios que indican la presencia de altas concentraciones de plomo, cobre, zinc y arsénico en la ciudad, las que se presentan en mayores niveles en el Puerto de Antofagasta, disminuyendo progresivamente a medida que se internan en la ciudad.

**iii) Cargo N° iii)**

La reclamante reconoce explícitamente la existencia de emisiones de polvo fugitivo durante la maniobra de un buque con concentrado de zinc, pero alega que aquello no podría configurar una infracción, o generar por sí solo un impacto ambiental no previsto, ya que las RCA del proyecto jamás habrían dispuesto que no existiría emisión alguna de polvo fugitivo. Además, agrega que la infracción se habría supuestamente configurado con la mera apreciación de un funcionario de la SMA, lo que habría implicado que careció de la debida motivación. Luego, sostiene que lo que realmente importaría para la configuración de la infracción sería que el hecho constitutivo de ella hubiese tenido "*significancia ambiental*", debiendo acreditarse un impacto ambiental concreto, lo que a su juicio no se habría verificado. Finalmente, aduce que las presunciones no aplicarían en el ámbito administrativo sancionador, ya que no estando plenamente acreditado un hecho, debiera primar el principio de inocencia y pro administrado. Por todo lo anterior, señala que el hecho imputado no podría ser considerado como una infracción.

La SMA explica que, para que el hecho no hubiese sido imputado como impacto ambiental no previsto, ATI debió, durante la evaluación ambiental, haber advertido al Servicio de Evaluación Ambiental (en adelante, "SEA") respecto de la dificultad de controlar las emisiones atmosféricas durante el embarque de graneles minerales, y haber propuesto medidas de mitigación adecuadas. Asimismo, una vez aprobado ambientalmente el proyecto, agrega que debería haber informado igualmente a dicha autoridad la existencia de las referidas emisiones, solicitando

La modificación de la RCA con el fin de introducir medidas adecuadas, lo que no se habría efectuado. Luego, asegura que existirían antecedentes suficientes que acreditarían la existencia de emisiones, siendo la apreciación del funcionario de la SMA sólo una de ellas, la que constaría en el acta de fiscalización correspondiente. Agrega a dicho respecto que, dado que la referida acta goza de presunción de veracidad, los hechos constatados en ella deberían haber sido desvirtuados por ATI, lo que no habría ocurrido. Luego, en cuanto a la significancia del impacto ambiental, la SMA asegura que la documentación acompañada a la resolución sancionatoria daría cuenta de forma inequívoca de su significancia, así como de la relación de causalidad que existiría entre las emisiones constatadas y la presencia de contaminantes en la ciudad de Antofagasta, todo lo cual habría producido un riesgo significativo a la salud de la población. Añade que nada de aquello habría sido controvertido por la reclamante.

**iv) Cargo N° iv)**

ATI alega en este punto que en el primer proceso sancionatorio, a pesar de haberse revisado exhaustivamente el galpón SAC, no se habría objetado el funcionamiento de éste o de sus puertas. Por lo tanto, al haberse implementado en dicho procedimiento un programa de cumplimiento, que estaba vigente y con plazos corriendo el día de la segunda formulación de cargos, era a través de dicho programa donde se habrían debido superar los hechos que en este cargo se imputaron. Por tanto, concluye que no podría mantenerse la sanción a dicho respecto.

La SMA contesta que el primer proceso sancionatorio no contempló acciones en relación a las aberturas de los portones de ingreso del galpón SAC, ya que éstas fueron detectadas recién el año 2015. Hace presente además que la existencia de un programa de cumplimiento no implicaría que, si el titular comete la misma infracción en el futuro, ésta quedaría cubierta por dicho programa. Señala que *"Para que una situación esté cubierta en cuanto a su origen, remedio y calificación por un*

*programa de cumplimiento, es necesario que la situación específica esté contemplada pormenorizadamente en dicho programa, y además que esa situación haya sido detectada con ocasión de las fiscalizaciones que dieron origen al procedimiento en el que se dictó, puesto que si luego de su ejecución la empresa comete la misma infracción en el futuro, perfectamente puede iniciarse un nuevo procedimiento sancionatorio".*

**v) Cargo N° v)**

La reclamante argumenta en este punto que la medida provisional impuesta por la SMA, mediante la Resolución Exenta N° 79, habría quedado "*suspendida conjuntamente con la suspensión del procedimiento sancionatorio*" mediante la aprobación del programa de cumplimiento. Además, el no haber cumplido la medida provisional, no habría importado perjuicios para nadie, ya que si hubiese sido necesario su cumplimiento, la SMA no habría denegado el aumento de plazo solicitado por ATI para su desarrollo y cumplimiento. Finalmente, asegura que la medida habría sido subsanada mediante la acción N° 1 del objetivo específico N° 5 del programa de cumplimiento. Por tanto, concluye que el cargo es contrario a derecho y debe ser dejado sin efecto por el Tribunal.

La SMA responde, en contrapartida, que la medida decretada era una medida provisional que debía haber sido cumplida de manera independiente al primer procedimiento administrativo sancionatorio, ya que era adicional a las mediciones dispuestas con ocasión de la RCA N° 12/2006. Solamente estas últimas habrían sido, a su juicio, subsanadas mediante la acción N° 1 del objetivo específico N° 5 del programa de cumplimiento. Además, agrega que ella habría dado por incumplida la medida con anterioridad a la aprobación del programa de cumplimiento. Añade, finalmente, que la solicitud de ampliación de plazos habría sido denegada porque ATI habría esgrimido motivos distintos a la imposibilidad de realizar la medición exigida.

REPUBLICA DE CHILE  
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

## 2. En relación a la clasificación de las infracciones

## a. Cargo N° i) y iii)

ATI alega que la clasificación como grave de ambas infracciones, por la existencia de hechos, actos u omisiones que habrían generado un riesgo significativo para la salud de la población, se habría basado únicamente en supuestos, ya que la SMA habría carecido de antecedentes que permitieran cuantificar la fuga eventual de polvo fugitivo, elemento sin el cual no se podría acreditar un riesgo para la salud de la población. Agrega, además que no habría habido elementos que dieran cuenta, por una parte, que la población se vio expuesta a contaminación, ni por otra, que fundaran la significancia del riesgo. Por lo tanto, la gravedad de ambos cargos no se encontraría, a su juicio, acreditada.

La SMA explica que la existencia de riesgos para la salud de la población se encontraría acreditada siguiendo los parámetros brindados por la *"Guía de Evaluación de Impacto Ambiental. Riesgo para la Salud de la Población"*, elaborada por el SEA. A dicho respecto, la SMA explica que se habría configurado una ruta de exposición completa de los contaminantes plomo, cobre, zinc y arsénico, y que no sería necesario cuantificar las emisiones para configurarla. En cuanto a la significancia, añade que se habría utilizado el método de caracterización del riesgo propuesto por la Organización Panamericana de la Salud, que busca determinar si el cociente de peligro resultante de la dosis de exposición al contaminante es mayor al valor uno. Dicho método la habría llevado a concluir que, debido a la presencia de cobre y plomo en el suelo y en polvo sedimentable, existiría la posibilidad de que se generen efectos adversos en la población infantil que vive en la zona cercana al puerto, lo que habría acreditado un riesgo significativo para la salud de la población. Frente a lo anterior, concluye que la determinación de la existencia de un riesgo significativo se encontraría debidamente fundamentada.

**b. Cargo N° ii) y iv)**

En cuanto al cargo N° ii), ATI alega que la clasificación definida por la SMA se basaría en suposiciones, y carecería de una adecuada fundamentación.

Por su parte, la SMA asegura que la clasificación estaría debidamente motivada, y que lo que realmente ella determinó - a propósito de la configuración de la infracción- fue que existían las condiciones necesarias para que se produjeran fugas de material particulado desde el galpón TEGM, debido a la falta de segregación de concentrados al interior del mismo.

En cuanto a la infracción N° iv), el argumento de la parte reclamante es similar, esto es, que la SMA se habría basado en suposiciones.

La SMA, en cambio, explica que la gravedad de la infracción estaría acreditada sobre la base del incumplimiento de una medida destinada a mitigar o eliminar un efecto negativo del proyecto, lo que habría adquirido aún mayor relevancia al no estar manteniéndose la presión negativa al interior del galpón SAC en todo momento.

**c. Cargo N° v)**

ATI estima que dicho cargo no podría ser clasificado como grave, ya que el procedimiento en donde se dispuso la medida provisional se encontraba suspendido, y por ende la medida también. Por lo tanto, si la medida estaba suspendida, no procedería catalogar su incumplimiento como una infracción grave.

La SMA, en contrapartida, señala que, dado que la reclamante no estaba efectuando de forma periódica las mediciones destinadas a verificar el estándar de eficiencia del sistema de filtros de aire, lo que era esencial para asegurar que los galpones estuvieran manteniendo la presión negativa exigida,

era fundamental "que la empresa efectuara una medición de eficiencia del sistema dentro de un plazo muy acotado, la cual por lo demás, al estar dispuesto mediante una resolución que ordenaba una medida provisional, constituiría una medición adicional a lo dispuesto en la RCA N° 12/2006. Finalmente, la urgencia de la medida está dada por la necesidad que existía de controlar el sistema de filtros en cuanto se detectó que la empresa no estaba efectuando mediciones de eficiencia". Sería el no acatamiento de dicha medida urgente lo que habría determinado la clasificación de la infracción como grave.

**3. En relación a la concurrencia y aplicación de la circunstancia de la letra d) del artículo 40 de la LOSMA**

La reclamante alega que la intencionalidad en la comisión de las infracciones como un factor que aumenta la sanción operaría solamente si hubo un actuar doloso del sancionado, no bastando el mero conocimiento de los hechos infraccionales, ya que de lo contrario dicha circunstancia debería ser aplicada siempre. Dado que, en el presente caso, no existirían antecedentes que acrediten un actuar doloso de ATI, sería inadmisibles el considerar el mero conocimiento de los hechos infraccionales como una circunstancia que acredite la intencionalidad.

La SMA, por su parte, explica que para que se aplique dicha circunstancia es necesario que el titular tenga un conocimiento preciso de sus obligaciones, conductas infraccionales y de los alcances jurídicos de sus incumplimientos, debiendo acreditarse su calidad de sujeto calificado. ATI, dado que tenía pleno conocimiento de las obligaciones que le eran exigibles, era un sujeto calificado, lo que explicaría el mayor reproche que la SMA le haría en cada una de las infracciones.

**4. En relación a la medida de limpieza de la zona urbana aledaña al Puerto de Antofagasta**

ATI reclama que la medida decretada no tendría un fundamento jurídico, dado que no existiría la norma que autorice su

imposición. Adicionalmente alegó que se trataría solamente de un riesgo. A consecuencia de lo anterior, ATI asegura que la SMA también carecería de competencia para aprobar el informe que dé cuenta de la ejecución de la medida de aspirado en la zona ordenada. Por tanto, concluye que la medida fue contraria a derecho, y debiera ser dejada sin efecto por el Tribunal.

La SMA responde que la fuente legal de la medida sería la facultad que le otorga la LOSMA, en el artículo 3 letra g) y h), para decretar medidas urgentes y transitorias en caso de daños inminentes y graves para el medio ambiente, las que podrían adoptarse en situaciones de daño y de riesgo. Por tanto, concluye que la SMA perfectamente podría decretar dicha medida, además de aprobar el informe exigido.

### **III.- De la continuación del procedimiento ante el Tribunal**

Recibido el informe de la reclamada, el Tribunal ordenó traer, con fecha 22 de septiembre de 2015, los autos en relación (fojas 54).

El día 29 de septiembre de 2015, Guillermo Enrique Zavala Matulic, en representación legal de ATI, solicitó la diligencia de exhibición de los documentos que componen el proceso sancionatorio administrativo Rol F-068-2014, y pidió tener por acompañados una serie de documentos, con citación (fojas 67). El Tribunal tuvo por acompañado el mismo día dichos documentos, y no dio lugar a la exhibición de documentos en la forma pedida, pero ofició a la SMA para que acompañara copia autenticada y completa de dicho expediente (fojas 70), lo que fue cumplido el 10 de octubre de 2015 (fojas 75).

El 26 de octubre de 2015 se dejó constancia que el Ministro Sr. Sebastián Valdés de Ferrari declaró su inhabilidad voluntaria para intervenir en la presente causa (fojas 80), sin perjuicio de considerar que los hechos y circunstancias señalados no configuran causal legal de inhabilidad.

El 27 de octubre de 2015, se efectuó la vista de la causa, en la que alegaron los abogados Juan José Eyzaguirre Lira, por la reclamante, y Emanuel Ibarra Soto, por la reclamada. A fojas 83 se certificó que la causa quedó en estudio a contar de la referida fecha.

Luego de la vista de la causa, se decretaron con fecha 8 de marzo de 2016, las siguientes medidas para mejor resolver:

1- La inspección personal del Tribunal a las dependencias de ATI y sus alrededores, la que se llevó a cabo el día jueves 17 de marzo de 2016 por los Ministros Sr. Rafael Asenjo Zegers, Presidente, Sr. Juan Escudero Ortúzar y Sra. Ximena Insunza Corvalán, y cuya acta de inspección consta a fojas 95 del expediente de autos.

2- Oficio a la Secretaría Regional Ministerial del Medio Ambiente de la Región de Antofagasta para que informe los datos disponibles a la fecha, desde el año 2000 o anteriores, sobre la calidad del aire obtenidos en las estaciones de monitoreo "Oncológico", "Rendic" y "Playa Blanca", respecto de Material Particulado MP-10; Plomo; Arsénico; Zinc; Cobre; Azufre y Material Particulado Sedimentable (MPS), medida que fue cumplida el 30 de mayo de 2016.

3- Oficio a la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región de Antofagasta para que remita los resultados de muestreos de plomo en suelo en la ruta desde el recinto de Portezuelo y el Puerto de Antofagasta realizados por dicha repartición, conforme a lo mencionado en los vistos de la Resolución N° 2.599, de 28 de julio de 2010, así como los resultados de los monitoreos realizados de las rutas utilizadas para el transporte de concentrados de minerales de plomo y zinc, desde el año 2010 en adelante, conforme a lo señalado en la parte resolutive de la mencionada resolución. Dicha medida fue cumplida el 5 de abril de 2016.

El 26 de Septiembre la causa quedó en estado de acuerdo, según consta en resolución que rola a fojas 121.

**CONSIDERANDO:**

**Primero.** Que, el desarrollo de la parte considerativa de la sentencia se estructurará sobre la base de las controversias esenciales planteadas en autos, de acuerdo con el siguiente esquema:

I.- Configuración de las infracciones

a. Argumentaciones generales para todos los cargos

b. Argumentaciones específicas respecto de los cargos específicos

i) Cargo N° i)

ii) Cargo N° ii)

iii) Cargo N° iii)

iv) Cargo N° iv)

v) Cargo N° v)

II.- Clasificación de las infracciones

a. Cargo N° i) y iii)

b. Cargo N° ii) y iv)

c. Cargo N° v)

III.- Concurrencia y aplicación de la circunstancia de la letra d) del artículo 40 de la LOSMA

IV.- Medida de limpieza de la zona urbana aledaña al Puerto de Antofagasta

**I. Configuración de las infracciones**

**a. Argumentaciones generales para todos los cargos**

**Segundo.** Que, en primer lugar, ATI alega que la SMA, mientras mantenía un procedimiento administrativo sancionatorio suspendido mediante un programa de cumplimiento, habría iniciado uno nuevo por hechos similares. A su juicio, "es el mismo organismo que mientras mantenía un procedimiento de fiscalización y sancionatorio en curso en cuyo marco se había aprobado un programa de cumplimiento, realiza nuevas fiscalizaciones y origina un nuevo procedimiento

*sancionatorio, pero lo realiza tratando de dar una apariencia de legalidad: el mismo día que aprueba un programa de cumplimiento, formula nuevos cargos, todos asociados a la misma situación de supuesta generación de emisiones fugitivas" (fojas 7). A su entender, la SMA, en aplicación de los principios de celeridad y economía procedimental, no debería haber iniciado un segundo procedimiento de sanción, o a lo menos debería haberlo acumulado al primero. Dicha acumulación - en aplicación del artículo 33 de la Ley N° 19.880 - habría sido obligatoria, no siendo discrecional para la SMA el definir si acumula o no.*

**Tercero.** Que, al haber formulado dos procesos sancionatorios diversos, se le "privó de superar" -en el procedimiento sancionatorio reclamado- las nuevas imputaciones mediante un programa de cumplimiento, vulnerando además la exigencia de haberlas puesto en conocimiento de ATI, conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 41 de la Ley N° 19.880, y por ende "quedándole como único camino procedimental el de presentar descargos" (fojas 7 y 8). Ello habría implicado la vulneración de sus derechos constitucionales, como el derecho a la defensa, a un debido proceso, y a la presunción de inocencia. Agrega a dicho respecto que, como consecuencia de lo anterior, dentro de la SMA no habría habido la "debida coordinación en el ejercicio de sus potestades fiscalizadoras" (fojas 9), lo que se evidenciaría en la falta de coherencia entre los propios funcionarios fiscalizadores de dicha entidad.

**Cuarto.** Que, por otra parte, ATI estima que la distinción hecha por la SMA, en cuanto a que el primer proceso de fiscalización se habría referido a las condiciones de la infraestructura y, el segundo, a su funcionamiento, sería artificiosa. Argumenta a dicho respecto que "[...] los hechos fiscalizados y que se han concretizado en cargos guardan identidad sustancial o íntima conexión puesto que versan no sólo sobre las mismas RCA fiscalizadas, sino que también sobre el mismo componente ambiental protegido y también los cargos son de identidades comparables e iguales en el fondo" (fojas 12), por lo que "las situaciones están íntimamente vinculadas y no pueden ser separadas" (fojas 13). Por tanto, esgrime que

se le estaría sancionando nuevamente por situaciones derivadas de los mismos cargos formulados en el proceso sancionatorio Rol F-68-2014, y, lo que estima de la mayor gravedad, encontrándose dentro del plazo otorgado por el programa de cumplimiento aprobado en dicho proceso para *"implementar una solución autorizada técnicamente por la autoridad competente"* (fojas 14). Todo ello redundaría en la falta de motivación de la resolución sancionatoria.

**Quinto.** Que, al informar la SMA señaló que, a pesar de que existiría una evidente relación entre los procedimientos F-068-2014 y F-006-2015, *"[...] las infracciones que se constatan en cada uno de ellos son distintas y admiten un tratamiento jurídico separado, con procesos diferentes, como ha sido el caso"* (fojas 44). Señala que *"[...] la identidad de fundamentos jurídicos"* sólo se produce entre los cargos A.2. del procedimiento Rol F-068-2014, y el cargo i) del procedimiento Rol F-006-2015, no obstante, *"[...] como no existe identidad de hechos, no se vulnera el principio non bis in ídem"* (fojas 44 vta.). Agrega que tampoco se vulneraría tal principio en los demás cargos formulados en el segundo proceso sancionatorio, lo que habría sido a su juicio justificado latamente en los considerandos 110 a 117 de la resolución reclamada. Finalmente, junto con reafirmar que el artículo 33 de la Ley N° 19.880 otorgaría a la Administración una facultad discrecional para acumular procedimientos administrativos diversos, explica que la acumulación no se habría dispuesto debido a que los procedimientos se habrían encontrado en situaciones procesales totalmente distintas y en estados disímiles y contradictorios.

**Sexto.** Que, en cuanto a la supuesta privación del ejercicio del derecho a la defensa de ATI a presentar un programa de cumplimiento, la SMA explica que el objetivo primordial de dichos programas sería el incentivar que el supuesto infractor supere -de la manera más expedita posible y bajo la aprobación y vigilancia de la autoridad administrativa- un incumplimiento, todo ello con el fin último de asegurar la protección del medio ambiente y la salud de las personas. Por lo tanto, a su juicio *"[...] no es posible deducir de la regulación de la LOSMA la*

*existencia de un derecho incondicional a presentar programas de cumplimiento (esto es, un derecho para cuyo ejercicio basta la sola voluntad de su titular), ni menos que una facultad así forme parte del derecho a defensa de todo regulado"* (fojas 43).

**Séptimo.** Que, en el caso concreto, la SMA explica que ATI habría presentado un programa de cumplimiento en el procedimiento sancionatorio Rol F-068-2014, con el fin de subsanar una serie de infracciones graves, por lo que habría sido la propia LOSMA -conforme a lo establecido en su artículo 42- la que le habría impedido presentar un segundo programa de cumplimiento por nuevas infracciones graves. A mayor abundamiento, asegura que el derecho a defensa de la reclamante habría sido garantizado en todo momento, respetándose las garantías de un racional y justo procedimiento, y cuya expresión sería el principio de contradictoriedad. Indica al respecto que "*[...] la empresa formuló descargos, y además, mediante la Resolución Exenta N° 2/Rol F-006-2015, se dio traslado a la empresa para que formule sus observaciones y alegaciones al 'Informe Complementario de Fiscalización Ambiental' [...] Por último, previo a la emisión del dictamen, la empresa tuvo la oportunidad de presentar alegaciones, las cuales debían ser consideradas y ponderadas por esta SMA en el caso que se hubieran presentado"* (fojas 44). Por lo tanto, concluye que no se vulneraron los derechos de ATI en el procedimiento administrativo sancionatorio.

**Octavo.** Que, a la luz de las alegaciones de las partes, el Tribunal revisará en primer lugar, si el procedimiento sancionador privó a la reclamante del ejercicio de sus derechos, particularmente, por no haber decretado la acumulación de los procedimientos sancionadores, vulnerándose de esa manera la debida coordinación administrativa al interior de la SMA. Que en segundo lugar, se analizará si en el caso de autos existió identidad de infracciones entre ambos procesos sancionatorios y, en consecuencia, si se respetó la vigencia de los plazos del programa de cumplimiento al que se encuentra sujeto ATI.

**Noveno.** Que, en primer lugar, la reclamante señala que la SMA "[...] debió acumular este nuevo procedimiento al más antiguo como ordena el artículo 33 de la Ley N° 19.880", y que esta falta de acumulación los privó, de su derecho "[...] a que el Programa de Cumplimiento cubriera expresamente estos hechos que la autoridad califica de infracciones". En definitiva, "la privación de la acumulación o derechamente de la reformulación de los cargos en el procedimiento anterior [...] y que permitían a ATI ejercer su derecho de defensa en los términos más favorables [...] se constituye en una circunstancia que priva de sus derechos a ATI".

**Décimo.** Que, cabe tener presente, que la acumulación de procedimientos administrativos es una facultad y no una obligación de la autoridad administrativa, conforme así lo dispone el artículo 33 de la Ley N° 19.880 que al efecto dispone: "El órgano administrativo que inicia o tramita un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros más antiguos con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, o su desacumulación" (destacado del Tribunal). Así, como criterio de referencia conviene tener presente la jurisprudencia española recaída en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo, cuyo artículo 73 regula la acumulación de procedimientos. En efecto, "[...]reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado que la decisión sobre acumulación es puramente discrecional (SSTS de 12 de marzo de 1974 [RJ 1974, 1357], 16 de mayo de 1984 [RTC 1984, 2894], 13 de abril de 1985, 25 de abril de 1985 y 13 de mayo de 1985 [RJ 1985, 1760, 1954 y 2347], entre otras)" (AYALA MUÑOZ, José María, et. al., Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo, THOMSON-Aranzadi, 2008, p. 504).

**Undécimo.** Que, asimismo, la reclamante señala que se habría vulnerado su derecho a la defensa, a un debido proceso, a la presunción de inocencia, a su derecho consagrado en el artículo 41 de la Ley N° 19.880, y a la debida coordinación en el ejercicio de las facultades fiscalizadoras de la SMA. En este

contexto, se constata que la reclamante efectúa una alegación genérica de presunta vulneración del debido proceso, sin precisar la configuración de un vicio concreto del procedimiento que permita desvirtuar la legalidad del mismo. En efecto, revisado el expediente administrativo, el Tribunal constata que sus derechos fueron debidamente resguardados, por cuanto la reclamante efectuó sus descargos y ejerció todos los derechos que la ley le confiere. En razón de lo expuesto, la pretensión de ilegalidad en lo relativo a este aspecto, será desestimada.

**Duodécimo.** Que, en segundo lugar, es necesario determinar si existe identidad de infracciones entre el primer y el segundo procedimiento sancionatorio, lo que permitirá establecer si se respetó o no la vigencia de los plazos del programa de cumplimiento al que se encuentra sujeto ATI. Para responder a esta interrogante, es necesario identificar cuáles son los cargos de ambos procesos que permitirían configurar una eventual "identidad de infracciones".

**Decimotercero.** Que, el cargo A.1 del primer proceso sancionatorio (F-068-2014) es susceptible de ser relacionado con el cargo iii) del proceso sancionatorio F-006-2015, dado que ambos se refieren al proceso de descarga de concentrado de minerales mediante correas transportadoras desde el galpón TEGM a las naves desde donde se exportará dicho material. Respecto del primer proceso sancionatorio, el cargo imputado fue "[...] la presencia de aberturas en varias partes de la correa transportadora de materiales CT2, lo que ocasiona fuga de material particulado en el traspaso de dichas correas", lo que habría transgredido los considerandos segundo, sexto y noveno de la RCA N° 131/2003, que en términos generales se refieren a la necesidad de cubrir las correas transportadoras y traspasos. Por tanto, fue la presencia de aberturas en varias partes de la correa de materiales CT2 lo que habría fundado el cargo en cuestión, habiéndose incumplido en consecuencia el artículo 35 letra a) de la LOSMA, siendo la fuga de material particulado una consecuencia de aquél.

**Decimocuarto.** Que, en cuanto al segundo proceso sancionatorio, el cargo iii) estableció que "*[...] durante la maniobra de carga de un barco con concentrado de zinc se produce emisión de polvo fugitivo desde su bodega de carguío hacia la atmósfera*". La infracción imputada se habría producido por el incumplimiento del numeral tercero de la parte resolutive de la RCA N° 131/2003, que dice relación con la obligación del titular de informar a la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Antofagasta la ocurrencia de impactos ambientales no previstos en la Declaración de Impacto Ambiental, además de la necesidad de tomar acciones para controlarlas y mitigarlas.

**Decimoquinto.** Que, por tanto, a juicio del Tribunal, si bien ambas infracciones se relacionan con el proceso de exportación de concentrado minero, los hechos y el fundamento jurídico que dieron lugar a los procesos sancionatorios son distintos. En el caso de la infracción A.1 del primer proceso, éstos dicen relación con eventuales incumplimientos del deber de cubrir las correas transportadoras y traspasos, lo que habría vulnerado los considerandos citados de la RCA N° 131/2003. Por el contrario, respecto del cargo iii) del segundo proceso, los hechos constituyen incumplimientos ligados a la ocurrencia de impactos ambientales no previstos en la descarga a las bodegas de la nave, lo que habría vulnerado el numeral tercero de la parte resolutive de la misma RCA. Por ende, a juicio de estos sentenciadores, tratándose de infracciones distintas debido a la diversa configuración de los hechos y de los fundamentos jurídicos, como lo señala correctamente la SMA en su informe, éstas pueden ser abordadas en procedimientos sancionatorios distintos.

**Decimosexto.** Que, en relación al cargo A.2 del primer proceso sancionatorio y el cargo i) del segundo proceso, se puede establecer que ambos cargos se relacionan con eventuales incumplimientos verificados en las puertas del galpón TEGM, pero las infracciones imputadas en uno y otro caso responden a hechos distintos. En el cargo A.2 se estableció que "*[...] el interior del galpón de concentrados TEGM no se encuentra sellado herméticamente, producto de la existencia de orificios*

en techos y paredes del galpón, así como la inexistencia de cortina de PVC a la entrada de éste". Conforme señala la SMA, ATI habría infringido el artículo 35 letra a) de la LOSMA, al vulnerar, por una parte, el párrafo 4 del considerando 6.4.1 de la RCA N° 131/2003, que se refiere al control de material particulado generado en el galpón TEGM mediante el sistema de presión negativa, y, por otra, el considerando 6.4.7 de la misma, que aborda el control de dicho material mediante una serie de medidas que asegura la hermeticidad del galpón.

**Decimoséptimo.** Que, en el caso del cargo i), en cambio, se refirió al hecho de que "se produce emisión de polvo fugitivo desde el galpón TEGM, el que escapa por el portón de entrada de vehículos de dicho galpón", por lo que la infracción se habría producido también por el incumplimiento del párrafo 4 del considerando 6.4.1 de la RCA N° 131/2003, así como el del inciso 1 del considerando 6 de la misma RCA, el que indica que la bodega TEGM funcionará bajo el concepto de presión negativa. De tales considerandos se desprende que el deber jurídico exigible era tanto la hermeticidad del galpón TEGM, como mantener en funcionamiento el sistema de presión negativa. Ambas, en conjunto, previenen la emisión de material particulado al ambiente.

**Decimooctavo.** Que, por tanto, dado que el cargo A.2 del primer proceso sancionatorio se refirió a la falta de hermeticidad del galpón TEGM, y el cargo i) del segundo proceso sancionatorio, en cambio, a la ausencia de presión negativa de dicho galpón -lo que habría provocado emisiones de material particulado a la atmósfera desde su portón de entrada-, ello permite concluir que se trata de cargos distintos. Reafirma dicha conclusión el hecho de que los defectos en la hermeticidad no implican necesariamente la ausencia de presión negativa, ya que ella podría ser compensada por una mayor presión. En contrapartida, la ausencia de dicha presión tampoco implica necesariamente la falta de hermeticidad imputada. Por tanto, a juicio de estos sentenciadores, ambos hechos pueden ser abordados en procedimientos administrativos sancionatorios diversos. Conforme a los antecedentes expuestos, se concluye

que se trata de cargos independientes, por cuanto configurándose una identidad parcial de fundamento jurídico, en definitiva, no existe identidad de hechos entre los mismos.

**Decimonoveno.** Que, por tanto, cabe concluir que, en los casos recién analizados -únicos casos asimilables- los hechos que dieron lugar a los procesos sancionatorios son distintos, y transgreden considerandos diversos de la RCA, razón por la cual no resulta efectiva, como pretende la reclamante, la existencia de una "identidad sustancial o íntima conexión" entre ambos procesos. Por lo anterior, estos sentenciadores concluyen que la SMA no incurrió en ilegalidad alguna al formular cargos a la reclamante en forma separada.

**Vigésimo.** Que, finalmente, la argumentación esgrimida por la reclamante respecto a que la existencia de un programa de cumplimiento en el primer proceso sancionatorio, con plazos pendientes para su ejecución al momento de la formulación de cargos del segundo procedimiento, lo "invalida", no puede prosperar, ya que, dicho programa tuvo por objeto el disponer acciones y metas destinadas a superar infracciones distintas a las imputadas en el proceso sancionatorio F-006-2015. En efecto, como ya se señalara, no existe identidad entre las infracciones del primer proceso sancionatorio, que dio lugar a un programa de cumplimiento, y las infracciones que motivaron el segundo proceso, no solo porque se trata de hechos distintos, sino por cuanto no existe identidad de fundamento jurídico en el caso de los cargos A.1 y iii), y solo parcial, en el caso de los cargos A.2 e i), al haberse infringido distintos considerandos de la RCA N° 131/2003.

**Vigésimo primero.** Que, por tanto, a juicio del Tribunal, la decisión de la autoridad sancionatoria de separar los cargos en dos procesos sancionatorios diversos, fue conforme a derecho, y se encuentra debidamente fundamentada, razón por la cual estas alegaciones serán desestimadas.

b. Argumentaciones respecto de los cargos específicos

i) Cargo N° i)

**Vigésimo segundo.** Que, en cuanto a la configuración de ésta infracción, esto es, la emisión de polvo fugitivo desde el portón de entrada del galpón TEGM, la reclamante señala que la SMA habría utilizado el mismo párrafo 4 del considerando N° 6.4.1 de la RCA N° 131/2003 para fundamentar el cargo N° i) del proceso sancionatorio Rol F-006-2015 y el cargo A.2 del proceso sancionatorio Rol F-068-2014. Luego, señala que las acciones y objetivos específicos del programa de cumplimiento elaborado para dar solución al problema detectado en el cargo N° A.2, habría contemplado plazos para su implementación, los que se habrían encontrado aún pendientes a la fecha de la segunda formulación de cargos, *"por lo que no tiene lógica alguna que se le inicie un nuevo cargo por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, menos aún que eventualmente sea multada o sancionada existiendo un plazo pendiente para que acredite el funcionamiento y la hermeticidad del galpón"* (fojas 15). Finalmente, afirma que, aun cuando pudiera ser cierta la presencia de problemas en el portón del galpón, ello no se habría traducido en un efecto cuantificable sobre el medio ambiente o la salud de las personas. Por todo lo anterior, estima que el cargo N° i) debiese desestimarse, y dejarse sin efecto la sanción aplicada.

**Vigésimo tercero.** Que, por su parte la SMA señala en primer término que en el procedimiento sancionatorio Rol F-068-2014 se habrían detectado fisuras en el galpón TEGM, pero que no se habría constatado fuga de material particulado, ya que, según explica, todavía no se tenía pleno conocimiento del sistema de presión negativa de los galpones TEGM y SAC. Habría sido en la inspección de 4 de marzo de 2015 que *"el efecto negativo de fuga de material particulado se constató mediante el uso de una cámara termográfica, marca Flir, modelo GF320, en modo de detección de movimiento de alta sensibilidad (HSM)"* (fojas 45). Dicha constatación habría permitido a la SMA *"verificar que el*

*sistema de presión negativa no estaba funcionando correctamente" y "sólo una vez que se constató la fuga de material particulado desde el galpón TEGM, fue posible imputar este efecto negativo a la actividad de la empresa" (fojas 45). Por tanto, concluye que ATI estaría contribuyendo a la contaminación de Antofagasta, lo que habría constituido, en su opinión, un riesgo significativo para la salud de la población de dicha ciudad.*

**Vigésimo cuarto.** Que, respecto de la vinculación de ambas infracciones, la SMA reconoce que estarían relacionadas con el "componente emisiones atmosféricas", pero señala que no existiría identidad entre los hechos que las fundan. Por lo tanto, asevera que si hubiese sancionado a ATI como un agente contaminante de la ciudad de Antofagasta en el primer proceso sancionatorio, habiéndose verificado únicamente las fisuras, habría atentado contra las garantías del debido proceso al no tener evidencia concluyente de aquello.

**Vigésimo quinto.** Que, finalmente, en cuanto a la pretensión de ATI en orden a que el cargo N° i) del segundo proceso sancionatorio debía estar considerado en el programa de cumplimiento derivado del primer proceso sancionatorio, la SMA explica que al detectarse en marzo de 2015 que los galpones estaban funcionando sin la debida presión negativa, "se decidió incluir de oficio en el programa de cumplimiento del procedimiento F-068-2014 la acción consistente en 'Acreditar a través de medición, o por otro medio empírico, la presión negativa del galpón TEGM'" (fojas 45 vta. y 46).

**Vigésimo sexto.** Que, la infracción contenida en el cargo i), esto es, la fuga de material particulado desde las puertas del galpón, quedó establecida en el acta de inspección ambiental de fecha 17 de febrero de 2015, que en lo pertinente señala "[...] se pudo constatar (...) que al momento del ingreso del camión, hay emisión de polvo fugitivo desde el galpón, el que escapa desde el portón de entrada".

**Vigésimo séptimo.** Que, atendido lo precedentemente señalado, debe tenerse presente lo establecido en el artículo 8 de la LOSMA, conforme al cual "[...] el personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador tendrá el carácter de ministro de fe, respecto de los hechos constitutivos de infracciones normativas que consignen en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización. Los hechos establecidos por dicho ministro de fe constituirán presunción legal". Luego, el artículo 51 de la misma ley vuelve a disponer que los hechos constatados por dicho ministro de fe, y que se formalicen en el expediente respectivo, tendrán el valor probatorio de presunción legal, sin perjuicio de los demás medios de prueba que se aporten o generen en el procedimiento.

**Vigésimo octavo.** Que, por su parte, el inciso final del artículo 3 de la Ley N° 19.880 señala que "los actos administrativos gozan de presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa...". Al respecto, el profesor Jaime Jara Schnettler explica que "los actos administrativos tienen a su favor la presunción de constituir el ejercicio legítimo de la autoridad administrativa y, por consiguiente, toda invocación de nulidad contra ellos debe ser necesariamente alegada y probada en juicio. Esta regla no es absoluta. Se trata de una presunción *iuris tantum*; opera solamente en tanto no se demuestre y se declare a firme la invalidez del acto. En consecuencia no implica la inimpugnabilidad del mismo, puesto que siempre puede demostrarse que la actuación es contraria al principio de legalidad" (JARA S., Jaime. *Apuntes Actos y Procedimiento Administrativo*, Magister Derecho Constitucional PUC, 2009, p. 30).

**Vigésimo noveno.** Que, de lo anterior se desprende que la constatación de emisiones de polvo fugitivo desde el galpón TEGM, que escapaba por el portón de entrada de vehículos de dicho galpón, es un hecho que, al haberse consignado en el acta de fiscalización citada, goza de presunción legal. Frente a ello, correspondía a ATI desvirtuar lo establecido en la

referida acta, lo que no hizo. Por tanto, en aplicación de los artículos citados, no cabe más que concluir que dichas emisiones existieron, configurando en definitiva la infracción en comento.

**Trigésimo.** Que, la reclamante reconoce tácitamente la ocurrencia del hecho del cargo i) con relación al cargo A.2, objeto del programa de cumplimiento, al señalar que "[...] los hechos denunciados están ligados y no son independientes entre sí, puesto que ambos inciden directamente en la hermeticidad de la operación del galpón" (destacado del Tribunal). Argumenta en lo esencial, que ATI se encontraba dentro de plazo para dar cumplimiento a las medidas comprometidas con relación al cargo A.2 por lo que no tendría lógica que se le inicie un nuevo cargo por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, y que, asimismo, no existirían antecedentes que permitirían a la SMA cuantificar la emisión imputada, por lo cual, no se habría probado un efecto adverso al medio ambiente o a la salud de las personas.

**Trigésimo primero.** Que, en relación al primer argumento de la alegación, bastará para desestimarla tener presente -como se ha dicho- que se trata de cargos autónomos, puesto que su formulación descansa sobre hechos y fundamentos jurídicos distintos. Por ello, la existencia de un plazo para el cumplimiento del programa, respecto del cargo A.2, formulado en un primer proceso sancionatorio, no inhibe a la SMA para dar inicio a un nuevo procedimiento sancionatorio formulando un nuevo cargo, a saber, el cargo i). En efecto, cabe recordar que el cargo A.2, del primer proceso sancionatorio, e i), del segundo, si bien se relacionan, responden a hechos diversos, ya que la primera se habría configurado por existir falta de hermeticidad del galpón TEGM, incumpléndose el deber establecido en el considerando 6.4.7 de la RCA N° 131/2003, y la segunda, por la ausencia de presión negativa en dicho galpón, vulnerándose los considerandos 6.4.1 párrafo 4, y considerando 6 párrafo 1 de la misma RCA.

**Trigésimo segundo.** Que, en cuanto al segundo argumento de la alegación relativo a la inexistencia de efectos cuantificables sobre el medio ambiente o la salud de las personas, cabe señalar que dicho argumento no es relevante para la configuración de la infracción, conforme al artículo 35 de la LOSMA, pudiendo adquirir importancia para efectos de la clasificación de la misma o la determinación de la sanción específica que corresponda aplicar.

**Trigésimo tercero.** Que, por tanto, a juicio de este Tribunal, la configuración de la infracción imputada en el cargo i) del proceso sancionatorio Rol F-006-2015 se encuentra debidamente fundamentada, razón por la cual la alegación de la reclamante será desestimada.

ii) Cargo N° ii)

**Trigésimo cuarto.** Que, respecto de dicho cargo, según el cual "[...] en el galpón TEGM no existen sitios fijos que segreguen concentrados de cobre, zinc y plomo", la reclamante aduce que ATI no estaría "operando con concentrados de plomo y no es necesario implementar la separación que se echa de menos". A su entender, la SMA pretende que se "[...] pruebe un hecho negativo y que versa sobre una circunstancia -no acopio de plomo- que debió ser conocida, demostrada y probada por la autoridad sancionadora", lo que no habría ocurrido. A dicho respecto, recuerda la reclamante que, por una "decisión de autoridad, ajena a su voluntad", no acopio plomo en sus bodegas como consecuencia de lo resuelto por la SEREMI de Salud de Antofagasta en su Resolución N° 2.599, de 28 de julio de 2010, y cita, además, la Carta N° 257, de 14 de diciembre de 2010, de la Empresa Portuaria Antofagasta. De ello deriva que "[...] carece de fundamento material la implementación de un sistema de segregación de algo que no está presente (y que no puede estar) en sus instalaciones". Por tanto, concluye que si "[...] la RCA versa sobre una serie de actividades y una de ellas no se está desarrollando, no existe la obligación de solicitar la modificación de la RCA a efectos de dejar fuera esa actividad".

**Trigésimo quinto.** Que, adicionalmente, ATI esgrime que, aun cuando el Tribunal estimare que la separación debió existir, el hecho de que no se esté acopiando concentrados de plomo implicaría que "[...] estaríamos ante una situación meramente formal, pero con ausencia de efectos ambientales reales o materiales, por lo que no procede aplicar una sanción a su respecto". Por tanto, concluye que "[...] la sanción aplicada es del todo ilegal desde que no existe el hecho o fundamento fáctico que da sustento y desencadena la obligación de segregación de concentrados, que no es otro que la existencia de acopio de concentrado de plomo a granel".

**Trigésimo sexto.** Que, la reclamada, por su parte, señala en primer lugar que la empresa habría reconocido tácitamente que no tiene elementos estructurales al interior del galpón que permitan segregar los concentrados de zinc y cobre, de los concentrados de plomo, hecho que por sí mismo permitiría configurar la infracción. Por otra parte, argumenta que si bien es efectivo que durante la actividad de inspección del día 17 de febrero de 2015 no se habría constatado que existiera dicho acopio, no existirían motivos que permitan a la SMA suponer razonablemente que la empresa no almacena dicho mineral. Recuerda al efecto que en la DIA del proyecto la propia empresa habría declarado que acumularía concentrados de cobre, zinc y plomo al interior del galpón TEGM, la que no ha sido modificada por una RCA posterior. Respecto de esto último, la SMA aclara que "[...] si se ha señalado que la empresa no ha modificado la RCA, ni que ha consultado la pertinencia de modificarla, es para dar cuenta que la empresa no tiene medios para acreditar, ni de esta forma ni de ninguna otra, que ya no se encuentra acopiando plomo al interior del galpón".

**Trigésimo séptimo.** Que, en cuanto a la alusión a la Resolución N° 2.599 de la Seremi de Salud de Antofagasta y a la carta N° 257 de la Empresa Portuaria, la SMA aduce que lo sostenido por ATI no sería relevante para desvirtuar los cargos establecidos por la SMA, ya que la Resolución N° 2.599 haría referencia al transporte de concentrados, pero no al acopio, y la Carta N° 257 se referiría a Portezuelo, instalación que se encuentra

fuera del Puerto de Antofagasta, por ende no aplicable a ATI. Finalmente, asegura que existirían estudios del Instituto de Salud Pública y de Hidrolab S.A., que acreditarían la presencia de altas concentraciones de plomo, cobre, zinc y arsénico en la ciudad, las que se presentarían en mayores niveles en el Puerto de Antofagasta, disminuyendo progresivamente a medida que se internan en la ciudad.

**Trigésimo octavo.** Que, en primer término, cabe tener presente, que en visita inspectiva a las instalaciones de ATI, decretada por el Tribunal y efectuada el día 17 de marzo de 2016, conforme se indicó en el acta de inspección que rola a fojas 95, estos ministros, entre otras aspectos, constataron que efectivamente no se observó el tabique metálico que separa los sectores para el acopio de cobre y zinc, por una parte, y plomo por la otra, conforme lo establece la RCA del proyecto.

**Trigésimo noveno.** Que, sobre el particular, cabe recordar que el considerando 6 de la RCA N° 131/2003, en lo pertinente, dispone que *"Se proyecta utilizar las anteriores instalaciones para el embarque de concentrados de cobre, concentrados de zinc y concentrados de plomo, destinándose para ello sectores separados dentro de la bodega por un tabique metálico: un sector para almacenar concentrados de cobre o zinc (40 x 36,4 m) y otro exclusivo para concentrados de plomo (40 x 15,6 m). Cada uno de estos sectores de la bodega posee una entrada independiente, consistente en una puerta con cortina de PVC. La altura de la bodega será de 9 m hasta el hombro y tendrá un muro perimetral de hormigón armado de 1 m de altura"*. De tal considerando se desprende claramente que el habilitar sectores separados dentro del galpón TEGM -ingresándose a cada uno de ellos por entradas independientes con puertas con cortina de PVC- era una obligación exigible al titular desde el inicio de la operación del proyecto, por lo que asociar su implementación a la existencia o no de concentrados mineros al momento de la fiscalización no constituye una razón que permita eximir de la obligación establecida en la RCA.

**Cuadragésimo.** Que, así las cosas y tal como ha sostenido anteriormente el Tribunal, el solo incumplimiento o contravención a las obligaciones contenidas en la RCA constituye una infracción en sí mismo (Sentencia Rol R N° 33-2014, considerando duodécimo y duodécimo tercero de 30 de julio de 2015, y sentencia Rol R N° 51-2014, considerando sexagésimo séptimo, de 8 de junio de 2016). También ha señalado nuestra jurisprudencia, que la Resolución de Calificación Ambiental "[...] constituye legalmente un acto administrativo de autorización favorable, que implica para el beneficiario cumplir con las obligaciones por él asumidas" (Corte Suprema, Rol N° 23.652 de 22 de junio de 2015, considerando segundo). Así, esta autorización permite al titular desarrollar un proyecto o actividad, lo que supone cumplir -entre otros- con una serie de deberes o compromisos. Así, mientras el titular "[...] no cumpla con las medidas comprometidas, el deber de ejecutarlas permanece, generándose un estado antijurídico que no variará mientras el infractor no cumpla con su deber o se modifique conforme a derecho el compromiso contenido en la RCA" (sentencia Rol R N° 33-2014, de 30 de julio de 2015, considerando decimotercero).

**Cuadragésimo primero.** Que, finalmente, la reclamante señala que el referido incumplimiento no generó efectos ambientales reales o materiales, por lo que no procedería aplicar una sanción a su respecto. Que, tal como el Tribunal lo ha señalado previamente la configuración de la infracción del artículo 35 letra a) de la LOSMA se satisface con la sola acreditación de los presupuestos de hecho ahí establecidos, a saber, "*El incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental*". Por lo tanto, lo que el Tribunal debe constatar es si efectivamente se configura estos presupuestos de hecho, sin que sea necesario a su respecto la existencia de efectos sobre el medio ambiente o la salud de las personas, los que, en todo caso, podrán tener importancia para la clasificación de la infracción, o bien para determinar la sanción específica aplicable, pero no para la configuración de la misma.

**Cuadragésimo segundo.** Que, por tanto, a juicio del Tribunal, la configuración de la infracción imputada en el cargo ii) del proceso sancionatorio Rol F-006-2015 fue conforme a derecho, y se encuentra debidamente fundamentada, razón por la cual las alegaciones de la reclamante a dicho respecto serán desestimadas.

**iii) Cargo N° iii)**

**Cuadragésimo tercero.** Que, en el presente cargo la SMA establece que "[...] durante la maniobra de carga de un buque con concentrado de zinc se produce emisión de polvo fugitivo desde su bodega de carguío hacia la atmósfera". Frente a tal imputación, la reclamante reconoce explícitamente la existencia de emisiones de polvo fugitivo durante la maniobra de un buque con concentrado de zinc, pero alega que aquello no podría configurar una infracción ni generar por sí solo un impacto ambiental no previsto, ya que "[...] jamás las RCA que dirigen el actuar de ATI, señalan que no existirá emisión alguna de polvo fugitivo". A su juicio, tampoco bastaría la mera apreciación de un funcionario, debiendo necesariamente "[...] mediar medida, análisis o toma de muestras que determinen inequívocamente la vulneración de una norma o de un compromiso ambiental". Luego, aclara que lo que ATI sostuvo "[...] no es la inexistencia del hecho mismo, sino que no existen antecedentes que permitan determinar su significancia en el orden ambiental". Sería esto último, a su entender, el elemento central para configurar la infracción, ya que "[...] no basta el solo hecho, sino que este debe estar comprendido dentro de un hecho de significancia ambiental". Dado que la SMA no habría acreditado dicha significancia mediante antecedentes concretos, estima que el hecho imputado no puede ser considerado una infracción ambiental merecedora de una sanción. A dicho respecto, añade que la SMA siempre deberá acreditar sus imputaciones mediante medios de prueba, no pudiendo emplear presunciones. Por ende, concluye que "[...] no existiendo prueba que vincule a la fuga constatada con un impacto ambiental concreto, no puede de modo alguno categorizarse jurídicamente

a ese hecho como un impacto ambiental no previsto, ni ser ATI un agente contaminante y en base a ello sancionar", debiendo reconocer al infractor "el beneficio de la duda" por aplicación del principio *in dubio pro reo*.

**Cuadragésimo cuarto.** Que, la SMA replica en primer lugar que, para que este hecho no fuese imputado como impacto ambiental no previsto, ATI debió, durante la evaluación ambiental, "[...] advertir a la autoridad la dificultad de controlar las emisiones atmosféricas durante el embarque de graneles minerales, presentando otras medidas de mitigación distintas a la instalación de un chute telescópico que quede a menos de un metro bajo la brazola de la nave". Por otra parte, una vez obtenida la RCA, ATI debió haber informado oportunamente al SEA la ocurrencia del impacto ambiental no evaluado, solicitando la modificación de dicha RCA de manera tal que se introdujeran medidas efectivas destinadas a eliminar o reducir la emisiones de polvo fugitivo producto del carguío. Nada de ello habría sido realizado por el titular.

**Cuadragésimo quinto.** Que, luego, argumenta que no sería efectivo que la constatación de la infracción se haya basado en la simple apreciación subjetiva de un funcionario, ya que la emisión de polvo fugitivo desde la bodega de carguío hacia la atmósfera habría sido constatada en la actividad de inspección de 4 de marzo de 2015, mediante la grabación del proceso de embarque de graneles minerales con una cámara termográfica, "[...] produciéndose varios registros audiovisuales que revelan una visible, abundante y clara emisión de material particulado, configurándose inequívocamente la infracción de la RCA N° 131/2003". La SMA recuerda que los hechos contenidos en el acta de inspección correspondiente, que goza de presunción de veracidad, deben ser desvirtuados por la reclamante, lo que no ocurrió.

**Cuadragésimo sexto.** Que, en cuanto a la inexistencia de antecedentes que permitan determinar la significancia ambiental de la infracción, la SMA indica que existiría abundante documentación acompañada al procedimiento

sancionatorio que daría cuenta, de forma inequívoca y objetiva, el riesgo significativo a la salud de la población. Existen además, a su juicio, una gran cantidad de antecedentes que darían cuenta de la relación de causalidad entre las emisiones constatadas desde las dependencias de ATI y la presencia de contaminantes en la ciudad de Antofagasta, los que habrían sido explicados latamente en la resolución sancionatoria impugnada.

**Cuadragésimo séptimo.** Que, finalmente, en cuanto al uso de presunciones, la SMA aclara que éstas jamás se habrían empleado, ya que se habría utilizado un medio de prueba específico para acreditar las infracciones, la cámara termográfica antes indicada. Al respecto señala que "*[...] ello por sí sólo permite configurar la relación entre las emisiones de ATI S.A., y la situación de contaminación en la ciudad de Antofagasta, para afirmar que la empresa [...] ha aportado contaminantes que se han depositado en los suelos y polvo sedimentable de la ciudad de Antofagasta*".

**Cuadragésimo octavo.** Que, tal como se ha razonado a propósito de las infracciones precedentes, estos sentenciadores estiman que es necesario dilucidar en primer lugar si la infracción contenida en el cargo iii) se configuró adecuadamente. Al respecto, cabe recordar que la SMA estableció, en la resolución sancionatoria impugnada, que dicho cargo se habría acreditado sobre la base de la verificación de las referidas emisiones, las que, conforme explica la SMA, fueron constatadas en la actividad de inspección de 4 de marzo de 2015 mediante la grabación del proceso de embarque de graneles minerales con la cámara termográfica marca Flir.

**Cuadragésimo noveno.** Que, revisada el acta de inspección ambiental mencionada, cabe destacar que el fiscalizador de la SMA consignó que "*[...] se comenzó la fiscalización tomando registros con cámara termográfica marca Flir modelo GF320 en modo HSM (high sensitive mode) en sector cercano al chute telescópico, desde el cual se estaba cargando un buque con concentrado de zinc. Según grabaciones obtenidas, se observó emisión de material particulado de concentrado de zinc desde*

la bodega que estaba siendo cargada". A este respecto, cabe tener presente, como se indicó en el considerando vigésimo noveno, conforme al artículo 8 y 51 de la LOSMA, los hechos establecidos por dicho fiscalizador, en su calidad de ministro de fe, al constar en el acta de inspección, constituyen presunción legal. Por tanto, era ATI la encargada de desvirtuar dicha presunción, lo que no hizo. Sin perjuicio de lo anterior, constituye un hecho que ATI reconoce, en los párrafos 70 y 76 de su reclamación, la existencia de fugas de polvo fugitivo en el proceso de carguío de la nave con concentrado de zinc.

**Quincuagésimo.** Que, la alegación de la reclamante, en orden a que para acreditar el cargo era necesario, además del hecho infraccional, la determinación de su significancia ambiental, es jurídicamente incorrecto. En efecto, tal como lo indica la letra a) del artículo 35 de la LOSMA, el ejercicio de la potestad sancionatoria de la SMA operará toda vez que haya un incumplimiento a las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental, no exigiendo a dicho respecto que el hecho infraccional genere "impactos ambientales concretos" que sean significativos. Por tanto, dado que el incumplimiento a una condición exigida en la RCA N° 131/2003 se acreditó, aquello basta para configurar la infracción.

**Quincuagésimo primero.** Que, por tanto, a juicio de estos sentenciadores, la configuración de la infracción imputada en el cargo iii) del proceso sancionatorio Rol F-006-2015 se encuentra debidamente acreditada y fundamentada, razón por la cual las alegaciones de la reclamante a este respecto serán desestimadas.

**iv) Cargo N° iv)**

**Quincuagésimo segundo.** Que, el cargo N° iv) se habría configurado por cuanto "[...] el interior del galpón de concentrados SAC no se encuentra sellado herméticamente, producto de la existencia de fisuras o aberturas en los portones de ingreso". Al respecto, la reclamante señala que en

el procedimiento sancionatorio Rol F-068-2014, la SMA realizó una verificación exhaustiva al galpón SAC, sin que en tal informe hubiese reparado en su funcionamiento o sus puertas. A dicho respecto, ATI asegura que el presente cargo no sería una nueva infracción, sino que una especificación de una situación que estaría cubierta *"en cuanto a su origen, remedio y calificación"* por el primer procedimiento sancionatorio, el que contaría con un programa de cumplimiento aprobado y, al momento de la formulación de cargos, con plazo pendiente para su implementación. Añade finalmente que sería a través de dicho programa donde se habrían debido superar los hechos que en este cargo se imputaron.

**Quincuagésimo tercero.** Que, la reclamada contesta que no es efectivo que se esté especificando una situación ya cubierta en el programa de cumplimiento, ya que en ninguna parte de dicho programa se habría contemplado una acción consistente en sellar o reparar las aberturas de los portones de ingreso del galpón SAC, porque la existencia de dichas aberturas habrían sido detectadas recién durante el año 2015. Hace presente además que el programa de cumplimiento aprobado no permitiría a la empresa esperar que cualquier infracción futura que cometa quedará cubierta por éste. A su juicio, *"[...] para que una situación esté cubierta en cuanto a su origen, remedio y calificación por un programa de cumplimiento, es necesario que la situación específica esté contemplada pormenorizadamente en dicho programa, y además que esa situación haya sido detectada con ocasión de las fiscalizaciones que dieron origen al procedimiento en el que se dictó, puesto que si luego de su ejecución la empresa comete la misma infracción en el futuro, perfectamente puede iniciarse un nuevo procedimiento sancionatorio"*.

**Quincuagésimo cuarto.** Que, a juicio del Tribunal en este punto, es necesario tener presente lo dispuesto en el artículo 54 inciso final de la LOSMA, que dispone que *"Ninguna persona podrá ser sancionada por hechos que no hubiesen sido materia de cargos"*. Por aplicación de la norma, debe concluirse que si la presencia de fisuras o aberturas en los portones de ingreso

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

**Quincuagésimo quinto.** Que, por tanto, a juicio de este Tribunal, la configuración de la infracción imputada en el cargo iv) del proceso sancionatorio Rol F-006-2015 se encuentra debidamente fundamentada, razón por la cual las alegaciones de ATI serán desestimadas.

v) Cargo N° v)

**Quincuagésimo sexto.** Que, el cargo dice relación con el incumplimiento de lo dispuesto en la Resolución Exenta N° 79, de 3 de febrero de 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que dispuso en contra de ATI la medida provisional -establecida en la letra f) del artículo 48 de la LOSMA- de efectuar mediciones de eficiencia del sistema de filtros en la oportunidad y conforme a las condiciones requeridas. La reclamante señala que la medida provisional dictada en el procedimiento sancionatorio Rol F-068-2014 habría quedado suspendida conjuntamente con la suspensión del procedimiento sancionatorio, "[...] suspensión que no ha importado ningún perjuicio para nadie, puesto que si la medida tenía alguna justificación real, la propia Superintendencia denegó un aumento de plazo para su desarrollo y cumplimiento". Agrega

finalmente que el incumplimiento se habría subsanado con la acción N° 1 del objetivo específico N° 5 del programa de cumplimiento aprobado por la SMA, medición que ya habría sido realizada, por lo que el presente cargo *"sería contrario a derecho y debe ser dejado sin efecto por el Tribunal"*.

**Quincuagésimo séptimo.** Que, la SMA al informar señala que la medida provisional habría sido incumplida por ATI al no haberla ejecutado en el plazo y condiciones dispuestas por la Resolución Exenta N° 79, lo que, conforme al artículo 35 letra 1) de la LOSMA, sería una infracción. Por otra parte, la SMA señala que esta medida provisional debía ser cumplida, ya que era adicional e independiente a las obligaciones contempladas en el programa de cumplimiento; programa que, entre otras cosas, se hizo cargo de la falta de emisiones de eficiencia contempladas en la RCA N° 12/2006. Que en efecto, la SMA señala que *"[...] la empresa confunde la obligación de efectuar medición de eficiencia del sistema dos veces al año, dispuesta por la RCA N° 12/2006, con la obligación dispuesta por la Resolución Exenta N° 79, que ordena a la empresa a efectuar una medición urgente, adicional a aquellas ordenadas por la RCA N° 12/2006"*. Por lo tanto, afirma que si esta nueva medición no estaba contemplada en el programa de cumplimiento del primer procedimiento sancionatorio, con mayor razón no podía suspenderse los efectos del incumplimiento de la medida provisional. Agrega a dicho respecto que *"[...] la medida provisional dictada en el procedimiento sancionatorio F-068-2014, no puede ni debe quedar suspendida conjuntamente con la suspensión del procedimiento sancionatorio, puesto que previamente a la aprobación del programa de cumplimiento, la SMA dio por incumplida la medida"*.

**Quincuagésimo octavo.** Que, para resolver este punto, es necesario recordar las circunstancias ocurridas con anterioridad a la resolución sancionatoria impugnada. Al respecto, la RCA N° 12/2006, modificada por la Resolución Exenta N° 1334/2006, estableció, en su considerando 3.8 *"Que el titular deberá realizar dos veces al año, mediciones de eficiencia del sistema de filtros, mediante isocinetismo y*

*durante la operación normal del lugar de almacenamiento, las que deben estar disponibles en el sitio de emplazamiento del proyecto". Con ocasión del proceso sancionatorio Rol F-068-2014, uno de los cargos que formuló la SMA en contra de ATI - cargo A.5- justamente decía relación con el incumplimiento del referido considerando 3.8, imputándosele la infracción al artículo 35 letra a) de la LOSMA, dado que, tal como se indicó, el titular no cumplió con su obligación de realizar las mediciones dos veces al año. El programa de cumplimiento presentado por ATI el 7 de enero de 2015, y aprobado por la SMA el 6 de marzo siguiente, luego de una serie de modificaciones, estableció como acción N° 1 del objetivo específico N° 5 el cumplir con el referido considerando vulnerado, a través de la realización de una campaña de medición de eficiencia -entre las semanas 12 y 14 luego de la aprobación del programa- del sistema de filtrado de aire.*

**Quincuagésimo noveno.** Que, el 3 de febrero de 2015, esto es, una vez presentado el programa de cumplimiento, pero antes de su aprobación, la SMA ordenó a ATI, en su Resolución Exenta N° 79, una medida provisional consistente en la realización de una medición isocinética del "Sistema de Extracción Polvo 1 y 2" del galpón SAC, utilizando el método oficial CH-5, y debiendo entregar un informe técnico que diera cuenta de los resultados obtenidos y la metodología utilizada. Dicha medida fue impuesta dado que, conforme lo indica la SMA en su resolución sancionatoria, ATI *"no había comprometido la ejecución de medidas para eliminar o minimizar todos los efectos negativos derivados de las infracciones imputadas en dicho procedimiento, por lo que se detectó un riesgo para la salud de la población"*. La medida debía ser efectuada dentro de los 7 días hábiles siguientes a la notificación de dicha resolución, debiéndose informar, con una anticipación no menor de 48 horas, el día y horario en que ésta se habría de efectuar. Conforme explica la SMA, dado que la referida resolución fue notificada personalmente a ATI el día 4 de febrero de 2015, la fecha límite que tenía la empresa para dar aviso de la realización de la medición era el día miércoles 11 de febrero,

mientras que la fecha límite para efectuar la medición era el día viernes 13 de febrero.

**Sexagésimo.** Que, el 12 de febrero de 2015, ATI solicitó una ampliación de plazo de 15 días adicionales, fundado en que *"debido al natural desgaste por su operación, ciertos elementos del sistema de filtrado de aire requieren ser reemplazados, por lo que se programó la intervención del sistema para el presente mes"*. Mediante la Resolución Exenta N° 110, de 13 de febrero de 2015, la SMA denegó la solicitud, aduciendo que *"[...] el fundamento por el cual la empresa solicita la referida ampliación de plazos, no obedece a circunstancias que hayan imposibilitado la realización de la medición, sino a razones relacionadas con la optimización del sistema de filtros, siendo que la evaluación de dicho sistema de filtros, en las condiciones actuales y bajo circunstancias normales de operación era justamente el propósito de la medida"*. Que conforme a lo que señaló la SMA, al denegársele a ATI la ampliación de plazo solicitada, incumplió la medida provisional exigida, ello implicó la formulación del cargo N° v) del procedimiento sancionatorio Rol F-006-2015 en su contra, por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de las medidas provisionales previstas en el artículo 48 letra f) de la LOSMA, conforme lo establece el artículo 35 letra l) de la misma ley.

**Sexagésimo primero.** Que, de los antecedentes recién analizados, cabe advertir que las mediciones dispuestas en la medida provisional decretada, y las medidas contempladas en el considerando 3.8 de la RCA N° 12/2006, son diferentes, primero, porque tienen objetivos diversos y, segundo, porque responden a momentos distintos. En efecto, la medición contenida en el considerando 3.8 de la RCA N° 12/2006, cuyo incumplimiento motivó el cargo A.5 del proceso sancionatorio Rol F-068-2014, tuvo por objeto asegurar en forma permanente el funcionamiento normal del sistema de filtros del galpón SAC. En cambio, la medida provisional fue dictada con el fin de evitar un riesgo o daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, producto de la imposibilidad de determinar -debido al incumplimiento de las mediciones contenidas en el referido

considerando 3.8- si ATI estaba generando o no emisiones de material particulado a la atmósfera, que pudiesen afectar dichos bienes jurídicos protegidos. Por otra parte, la obligación de realizar mediciones, establecida en la RCA N° 12/2006, y aquella otra medición contenida en la medida provisional, responden a momentos diversos, ya que unas deben ser efectuadas dos veces al año, y, la otra, sólo una vez, dentro del plazo de 7 días hábiles desde la notificación de la medida provisional.

**Sexagésimo segundo.** Que, a juicio del Tribunal, analizados los antecedentes del proceso, ha quedado establecido que las mediciones dispuestas en la medida provisional decretada responden a objetivos y momentos diversos de aquellas ordenadas en la RCA N° 12/2006, y el respectivo programa de cumplimiento, y que ambas infracciones se configuraron en momentos distintos.

**Sexagésimo tercero.** Que, ATI afirma que la suspensión del procedimiento sancionatorio acarrea la suspensión de la medida provisional. Que a juicio del Tribunal, la suspensión de un procedimiento sancionatorio, como consecuencia de la aprobación de un programa de cumplimiento, no inhibe la facultad de la SMA para formular nuevos cargos. En efecto, la medida provisional decretada en el caso de autos, no pudo quedar suspendida como consecuencia de la suspensión del procedimiento sancionatorio, toda vez que previo a la aprobación del programa de cumplimiento, la SMA tuvo por incumplida la medida provisional. En otras palabras, configurado el incumplimiento de una medida provisional, la SMA debe formular los cargos correspondientes al incumplimiento.

**Sexagésimo cuarto.** Que, finalmente, la reclamante argumenta que la suspensión del cumplimiento de la medida provisional no ha acarreado ningún perjuicio sobre el medio ambiente o la salud de las personas. Que a juicio del Tribunal, dicho argumento no es relevante para la configuración de la infracción, conforme al artículo 35 de la LOSMA, pudiendo

adquirir importancia para efectos de la clasificación de la misma, y la posterior determinación de la sanción específica.

**Sexagésimo quinto.** Que, por tanto, a juicio del Tribunal, la SMA no debía suspender el cumplimiento de la medida provisional contenida en la Resolución Exenta N° 79, al suspenderse el procedimiento sancionatorio Rol F-068-2014, por lo que, en definitiva, la configuración de la infracción imputada en el cargo v) del proceso sancionatorio Rol F-006-2015 se encuentra debidamente fundamentada, razón por la cual las alegaciones de la reclamante serán desestimadas a este respecto.

## II. Clasificación de las infracciones

### a. Cargo N° i) y iii)

**Sexagésimo sexto.** Que, las infracciones N° i) y iii) fueron clasificadas como graves, porque la SMA estimó que ellas estaban constituidas por hechos, actos u omisiones que generaron un riesgo significativo para la salud de la población, conforme al artículo 36 N° 2 Letra b) de la LOSMA. Al respecto, la reclamante aduce en primer término que no habría habido un riesgo para la salud de la población. Al efecto, señala que la SMA, *"con la mera comprobación de emisión de polvo fugitivo"*, habría asumido la existencia de dicho riesgo, al estimar que ATI era la única fuente contaminante de relevancia, y no habría presentado antecedente alguno que le permitiese cuantificar la emisión de polvo fugitivo desde el galpón de acopio de graneles y desde la bodega de una nave que estaba siendo cargada. A su entender, la SMA no se encontraría facultada para asumir o suponer hechos que no estén acreditados, y *"[...] el hecho de haber constatado ciertas y puntuales emisiones de polvo, no le permiten imputar o catalogar de fuente contaminante emisora a mi representada. Ni permiten extender la fuga a otras situaciones o épocas distintas a las en que efectivamente se fiscalizó"*. Por ende, estima que la SMA no podría haber determinado un riesgo para la salud de la población si no existieron antecedentes que permitieran cuantificar la fuga de polvo fugitivo.

**Sexagésimo séptimo.** Que, en cuanto a la población expuesta, ATI agrega que la SMA habría fundado su resolución en una serie de informes -descritos en los considerando 186 a 189 de su resolución sancionatoria- que *"de analizarse seriamente solo puede concluirse que la población analizada no presenta -salva las excepciones que quedan de manifiesto en los informes y que son solo dos casos- contaminación y que por lo mismo no existe una contaminación real en las personas analizadas y que supuestamente son ejemplos de las personas expuestas al contaminante"*.

**Sexagésimo octavo.** Que, respecto de la significancia del riesgo, señala que la SMA nuevamente habría partido de la base que ATI es la responsable de la presencia de los contaminantes, lo que no habría sido acreditado en autos. Por tanto, concluye que *"[...] la gravedad de los cargos I y III, es al menos falaz y con toda certeza no demostrada como lo exigen los principios que instruyen los procedimientos administrativos"*.

**Sexagésimo noveno.** Que, por su parte, la SMA explica, en lo que se refiere a la eventual generación de un riesgo para la salud de la población, que se utilizó para su determinación los parámetros brindados por el SEA en su *"Guía de Evaluación de Impacto Ambiental. Riesgo para la Salud de la Población"*, del año 2012. De acuerdo a dicha guía, asegura que para acreditar el riesgo se debe configurar una ruta de exposición completa, o parcialmente completa, de los contaminantes de que se trate, requiriéndose de una fuente contaminante y de un mecanismo de salida. En el caso concreto, señala que habría acreditado la emisión de material particulado desde la fuente, lo que se encontraría detallado en los considerandos 173 a 182 de la resolución sancionatoria, asegurando que *"se ha configurado una ruta de exposición completa de los contaminantes plomo, cobre, zinc y arsénico"*. Asimismo, hace presente que no sería necesario la cuantificación de las emisiones fugitivas para configurar dicha ruta de exposición.

**Septuagésimo.** Que, respecto de la significancia, la SMA detalla que se utilizó un *"método de caracterización del*

*riesgo, conceptualmente conocido en el mundo, propuesto por la Organización Panamericana de la Salud (OPS)". Dicho método sería coincidente con los criterios generales establecidos en la guía elaborada por el SEA, y buscaría determinar si el cociente de peligro resultante de la dosis de exposición al contaminante es mayor al valor uno, conforme lo explica en los considerandos 190 a 202 de la Resolución Exenta N° 645/2015, objeto de autos. La aplicación de dicho método habría llevado a la SMA a concluir que existiría una "[...] posibilidad de efectos adversos de tipo no cancerígenos en la población infantil en el rango de edad de 3 a 6 años que vive en las cercanías del edificio del Ministerio de Obras Públicas". Además se habría concluido que, debido a la presencia de cobre y plomo tanto en el suelo como valor medio y en el polvo sedimentable, "[...] existe posibilidad que se generen efectos adversos en la población infantil en edad pre escolar que vive en la zona cercana al Puerto".*

**Septuagésimo primero.** Que, conforme a lo anterior, la SMA concluye que la determinación de la existencia de un riesgo significativo para la salud de la población se encontraría debidamente fundamentado. A dicho respecto señala que lo que se imputó a la empresa fue la materialización de un riesgo, el que define como la *"probabilidad de ocurrencia del efecto adverso sobre el receptor"*, pero no de un daño. Sólo en el caso de haberse imputado esto último se habría requerido mayor certeza en la determinación del aporte específico de ATI a la contaminación a la ciudad, lo que no era necesario. A dicho respecto, la SMA explica que, en el caso de la infracción N° iii), los antecedentes aportados al expediente sancionatorio permitirían *"[...] afirmar razonablemente que la empresa ha aportado contaminantes a la ciudad de manera múltiple y constante"*, concluyendo en definitiva que *"[...] se ha acreditado a lo largo del procedimiento sancionatorio, que ATI S.A. es, a lo menos, uno de los responsables de la contaminación por metales pesados que existe en la ciudad de Antofagasta"*.

**Septuagésimo segundo.** Que, en concepto del Tribunal, corresponde verificar si en relación a las infracciones i) y

REPUBLICA DE CHILE  
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

iii), su clasificación, esto es, el riesgo para la salud de la población, se encuentra debidamente motivada. Al respecto, la SMA, en los considerandos 167 a 189 de la resolución sancionatoria, señala la existencia de un riesgo explicando de forma detallada la verificación de una ruta de exposición completa de plomo, cobre y zinc en el área o sector de influencia del proyecto. Para ello, se refiere en primer término a la fuente contaminante, que en este caso serían las instalaciones de ATI, explicitando una serie de antecedentes que darían cuenta que dichas instalaciones habrían aportado a las concentraciones de metales pesados presentes en las cercanías del puerto de la ciudad de Antofagasta. Al efecto, citó las mediciones de material particulado sedimentable efectuadas por la SMA mediante equipo XRF en febrero de 2015, las que habrían reflejado una mayor concentración de plomo, cobre, zinc y arsénico en las cercanías de ATI, así como aquellas efectuadas por el Instituto de Salud Pública durante 2014, que habrían evidenciado altas excedencias -según normas de referencia suiza y canadiense- de dichos metales pesados en algunos puntos de muestreo cercanos al puerto. A su vez, mencionó los análisis efectuados por Hidrolab, en febrero de 2015, al suelo del sector, en virtud de los cuales se concluyó, respecto del plomo, que *"[...] al comparar las concentraciones de metales en las muestras tomadas al exterior del puerto con el valor de referencia de la norma canadiense para plomo en suelo residencial, cuyo valor es de 140 mg/kg, el 63% de las muestras están por sobre dicho valor"*.

**Septuagésimo tercero.** Que, luego, la SMA señala que también estarían acreditados los demás elementos de la ruta de exposición, esto es, (i) el mecanismo de liberación, constituido por las emisiones fugitivas de polvo constatadas; (ii) el medio de desplazamiento, que en este caso sería el aire y el suelo; (iii) el punto de exposición, a saber, el área aledaña al Puerto de Antofagasta, aumentando dicha exposición en las cercanías de las instalaciones de ATI; (iv) la vía de exposición, compuesta por inhalación, contacto dérmico e ingesta de partículas de suelo; y (v) la población que tiene

REPUBLICA DE CHILE  
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

potencial de entrar en contacto con el contaminante, que sería aquella que habita en las inmediaciones del Puerto de Antofagasta, además de los trabajadores del Puerto. Respecto de esto último, la SMA citó los análisis a las muestras de sangre efectuados por la SEREMI de Salud de Antofagasta, en diciembre de 2014, a un grupo de 107 niños que asistían a establecimientos de párvulos o educacionales en las inmediaciones del puerto de Antofagasta, efectuados con el fin de determinar las concentraciones de plomo en su organismo. Si bien el resultado de la investigación arrojó que sólo 1 niño superaba los parámetros establecidos en los protocolos del Ministerio de Salud para requerir intervención médica, según la SMA reflejarían de manera inequívoca que existe un grupo de la población que, por encontrarse gran parte del día próxima al Puerto de Antofagasta, estaría expuesta a entrar en contacto con el contaminante plomo, y a incorporarlo en su torrente sanguíneo. Agrega que la cantidad de niños afectados podría aumentar con el tiempo.

**Septuagésimo cuarto.** Que, frente al análisis expuesto, estos sentenciadores consideran que en este punto, la Resolución Sancionatoria se encuentra debidamente motivada, ya que la SMA justifica razonadamente la existencia de una ruta de exposición completa de los contaminantes plomo, cobre y zinc. En este contexto, a juicio del Tribunal, la existencia de un riesgo para la salud de la población se encuentra suficientemente acreditada.

**Septuagésimo quinto.** Que, por otro lado, ATI afirma que la SMA habría clasificado la infracción como grave por ser la empresa la única fuente contaminante de relevancia en el sector, sin presentar antecedente alguno que cuantificara las emisiones de material particulado generadas por ella. A este respecto, cabe recordar que la clasificación de la sanción aplicada conforme al literal b) del numeral 2) del artículo 36 de la LOSMA, exige la acreditación de un riesgo significativo para la salud de la población y no la prueba de un efecto concreto sobre el medio ambiente. Por consiguiente, será suficiente que la SMA acredite la existencia de dicho riesgo,

REPUBLICA DE CHILE  
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

cuestión que no requiere la cuantificación de las emisiones de material particulado generados por ATI, sino, como lo estableció la SMA, la existencia de una "ruta de exposición completa del contaminante" a la luz de la "Guía de Evaluación de Impacto Ambiental. Riesgo para la Salud de la Población", del SEA del año 2012.

**Septuagésimo sexto.** Que, en cuanto a la alegación de ATI relativa a la "significancia del riesgo", en orden a que ella no sería la responsable de la presencia de los contaminantes, situación que no habría sido acreditada por la SMA, a juicio del Tribunal, debe tenerse presente que, la significancia del riesgo como criterio de clasificación de la sanción no exige la prueba de que ATI sea *"la responsable de la presencia de los contaminantes"*, sino, razonablemente, como lo ha demostrado la SMA, a través de una completa "ruta de exposición de contaminantes", una de las aportantes a la polución existente en la inmediaciones del puerto de Antofagasta.

**Septuagésimo séptimo.** Que, en este sentido, cabe tener presente que la autoridad fiscalizadora, utilizó como elemento para la determinación de la clasificación, el método de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) para la categorización del riesgo. Para estos efectos, tomó en consideración los datos aportados por Hidrolab y el Instituto de Salud Pública, concluyendo, en lo pertinente, que *"[...] debido a la presencia de plomo, tanto en el suelo como valor medio y en el polvo sedimentable, existe posibilidad de generarse efectos adversos en la población infantil en edad pre escolar que vive en la zona cercana al Puerto"*. Por último, cabe destacar, que ATI no presentó prueba alguna que permitiera desvirtuar el cargo formulado y su respectiva clasificación.

**Septuagésimo octavo.** Que, por tanto, a juicio del Tribunal, la decisión de la autoridad sancionatoria de clasificar las infracciones i) y iii) como de carácter grave por haber existido un riesgo significativo a la salud de la población, se encuentra debidamente fundamentada, razón por la cual las alegaciones de la reclamante serán desestimadas.

REPUBLICA DE CHILE  
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

## b. Cargo N° ii) y iv)

**Septuagésimo noveno.** Que, en relación a la infracción N° ii), la reclamante señala que, *"pese a que no acopia plomo, ni lo acopió a granel"*, se le imputa que sería de su responsabilidad la presencia de dicho compuesto en los alrededores del puerto. Señala que la SMA habría estimado que la falta de separación de los concentrados de minerales en relación con el plomo permitiría suponer que habrían existido las condiciones necesarias para que se produjese una fuga de plomo desde el galpón, suposición que según ATI sería impropia para un ente administrativo, además de no haberse atendido a los resultados de la fiscalización, en la cual habría quedado establecido que ATI no acopia concentrado de plomo en sus bodegas. Luego, refiriéndose a la clasificación de la infracción, señala que la SMA habría concluido que, dada la existencia de altas concentraciones de plomo, la falta de separación de los concentrados sería un hecho grave. A dicho respecto, ATI asegura que el hecho constatado por la SMA, y su consecuente conclusión, no resistirían *"ningún análisis de seriedad y fundamentación adecuada"*.

**Octogésimo.** Que, la SMA señala que su clasificación estaría bien fundamentada, ya que la reclamante no habría acreditado que *"[...] haya variado la situación de hecho en relación a aquello evaluado ambientalmente"*, esto es, que ATI efectivamente no estaría acopiando plomo al interior del galpón TEGM. Además, el ente fiscalizador afirma que existirían las condiciones necesarias para que se produzca fuga de material particulado con contenido de plomo desde el galpón, aclarando a dicho respecto que *"[...] la SMA jamás ha afirmado que se haya detectado la fuga de material particulado con contenido de plomo, sino que se dan las condiciones para que ello se haya producido, o que se produzca en el futuro, debido a la infracción de la empresa a la RCA N° 131/2003, consistente en la falta de segregación de concentrados al interior del galpón"*.

**Octogésimo primero.** Que, para resolver el punto en cuestión, el Tribunal revisará la fundamentación contenida en la resolución sancionatoria. En efecto, ésta señala en los considerandos 205 a 212 que: i) *"la medida de segregarse el plomo del cobre y zinc, permite evitar una mezcla de los concentrados, minimizando de esta forma la emisión de este metal a la atmósfera, pues disminuye el riesgo de que eventualmente las emisiones fugitivas desde el galpón puedan contener plomo, lo cual adquiere especial relevancia, debido a la peligrosidad del plomo para la salud de la población"*; ii) que habría presencia de altas concentraciones de plomo en el puerto de Antofagasta y en la zona adyacente a éste; iii) que la falta de implementación de infraestructura que permita segregarse los concentrados de cobre y zinc, respecto de los de plomo, constituye un incumplimiento a las medidas que permiten minimizar los efectos ambientales derivados de la operación del galpón TEGM, esto es, la emisión de polvo fugitivo, lo sería grave *"[...] debido a que el proyecto Terminal de Embarque de Graneles Minerales fue autorizado bajo el entendido que la empresa segregaría los concentrados de plomo, de los de cobre y zinc, cuestión que no hizo; a que no ha acreditado que no esté acopiando concentrado de plomo desde el año 2010; y a que, incluso en el evento que ello fuera efectivo, esto implica que transcurrieron varios años en que la empresa acopió plomo a granel en el galpón TEGM, sin cumplir esta medida"*; y iv) finalmente, que esto debe entenderse *"bajo el contexto de la situación de altas concentraciones de plomo en el Puerto y la ciudad de Antofagasta, y a los efectos nocivos para la salud que el plomo tiene para el organismo"*.

**Octogésimo segundo.** Que, a juicio del Tribunal es importante destacar que el plomo es un metal pesado de alta peligrosidad y respecto del cual es necesario adoptar todas las medidas conducentes y necesarias para evitar la exposición de la población, lo que implica, evidentemente, una sujeción rigurosa a las condiciones establecidas en la RCA respectiva. En este contexto, la gravedad de la infracción está dada por cuanto al no haberse adoptado la medida de segregación establecida en la

REPUBLICA DE CHILE  
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

autorización ambiental, se generan las condiciones para que se produzca fuga de material particulado con contenido de plomo.

**Octogésimo tercero.** Que, si bien la empresa alegó que desde el año 2010 no se encuentra acopiando plomo, lo cierto es que, de ser ello efectivo, en todo caso eso permite suponer que transcurrieron varios años de operación de almacenamiento de concentrados en que la empresa acopió plomo a granel en el galpón TEGM, sin cumplir esta medida expresamente establecida en su autorización ambiental.

**Octogésimo cuarto.** Que, en cuanto a la clasificación de la infracción N° iv), ATI señala que nuevamente la SMA "[...] supone que la presión negativa no estaba en operación o plenamente funcionando a la fecha de la inspección, sin que tal antecedente conste en el expediente del procedimiento sancionador o al menos en las propias actas de fiscalización".

**Octogésimo quinto.** Que, por su parte, la SMA indica que se encontraría acreditada la detección de fuga de material particulado desde el galpón TEGM, y que sería un hecho indubitado que los galpones SAC y TEGM están conectados al mismo sistema de filtros de aire, el cual tendría por objeto mantener la presión negativa de ambos galpones. Por lo tanto, dado que durante las actividades de inspección se habría constatado que existía una fuga de material particulado desde el galpón TEGM, "[...] necesariamente debe concluirse que, al menos a la época de las actividades de inspección, no se estaba manteniendo la presión negativa al interior de los galpones". Por ende, a su entender la presencia de fisuras en el galpón SAC es un "[...] incumplimiento grave a las medidas destinadas a mitigar o eliminar los efectos negativos del proyecto".

**Octogésimo sexto.** Que, revisadas las alegaciones sostenidas por la SMA en su informe, así como lo señalado en los considerandos 213 a 216 de la resolución sancionatoria, estos sentenciadores concuerdan en lo esencial con la motivación señalada por la Autoridad. Efectivamente, mantener el sistema de presión negativa en su interior constituye una medida

destinada a minimizar efectos adversos del proyecto, consistente en la fuga de material particulado con concentrados minerales. Dado que el sistema de presión negativa no estaba funcionando en el galpón TEGM -con lo cual se configuró la infracción i)-, tomando en consideración que ambos galpones estaban conectados al mismo sistema de filtros de aire, se puede concluir que el sistema de presión negativa tampoco estaba operando en el galpón SAC. Por ello, a juicio del Tribunal, la falta de hermeticidad en las puertas del galpón SAC resulta ser relevante, y su incumplimiento susceptible de clasificarse como grave, en los términos de la letra e) del artículo 36 de la LOSMA.

**Octogésimo séptimo.** Que, a mayor abundamiento, en concepto del Tribunal, cabe tener presente lo dispuesto en la RCA N° 12/2006, complementada por la Resolución Exenta N° 1334/2006, que en su considerando 3.5.1, señala que "*[...] el edificio está cubierto por planchas acanaladas metálicas, las que en todos sus traslajos con alguna plancha vecina dispone de un sello intermedio o empaquetadura continua a todo su largo. La única entrada de aire al edificio (totalmente sellado) es precisamente la entrada y salida de equipos*" (destacado del Tribunal). Resulta manifiesto para el Tribunal, que dada la naturaleza intrínsecamente riesgosa de la actividad realizada por la reclamante, la RCA imponía una hermeticidad del galpón, lo que evidentemente pugna con la existencia de numerosos orificios que pueden dar lugar a la fuga de material acopiado, lo que se agrava más aún en el caso de autos, donde ha quedado demostrado que el sistema de presión negativa no funcionaba. Por ello, en concepto de estos sentenciadores, operar un galpón para el acopio de concentrados de minerales contraviniendo la obligación de sellado del galpón SAC, implica incumplir gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, conforme lo establece el artículo 36, número 2, letra e) de la LOSMA.

**Octogésimo octavo.** Que, por tanto, a juicio del Tribunal, la decisión de la autoridad sancionatoria de clasificar las infracciones ii) y iv) como de carácter grave por incumplir

gravemente las medidas destinadas a eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto, se encuentra debidamente fundamentada, razón por la cual las alegaciones de la reclamante serán desestimadas.

**c. Cargo N° v)**

**Octogésimo noveno.** Que, finalmente, en cuanto a la clasificación de la gravedad de la infracción, consistente en la existencia de hechos, actos u omisiones que conlleven el no acatamiento de las instrucciones, requerimientos y medidas urgentes dispuestas por la SMA, esto es, el N° 2 letra f) del artículo 36 de la LOSMA, la reclamante señala que no puede ser considerada como grave, puesto que el procedimiento en que se dispuso tal medida está suspendido y consecuentemente se encontraría suspendida la medida. Por ende, a su juicio, *"[...] si la medida debemos entenderla suspendida no procede catalogar su incumplimiento como una infracción grave"*.

**Nonagésimo.** Que, en contrapartida, la SMA señala que la medida provisional no se suspendió, ni debe ser suspendida conjuntamente con el procedimiento sancionatorio, ya que su incumplimiento se configuró con anterioridad al programa de cumplimiento. Adicionalmente, el monitoreo del cumplimiento del estándar de eficiencia exigido al sistema de filtros de aire mediante filtros de manga era esencial para asegurar el cumplimiento de la reducción o eliminación de los efectos negativos del proyecto, o del riesgo asociado, ya que *"[...] si no se controla el sistema de filtrado de aire desde los galpones hacia la atmósfera, no se detectará cuándo el sistema de presión negativa al interior de los galpones esté fallando"*. Por lo tanto, y dado que ATI no habría estado efectuando dichas mediciones periódicas, la SMA señala que era indispensable la ejecución de una medición, adicional a las exigidas en la RCA N° 12/2006, en un breve plazo. Dicha nueva medición, decretada a través de una medida provisional, habría tenido carácter de urgente, *"[...] dada la necesidad que existía de controlar el*

*sistema de filtros en cuanto se detectó que la empresa no estaba efectuando mediciones de eficiencia".*

**Nonagésimo primero.** Que, estos sentenciadores están de acuerdo con los motivos esgrimidos por la SMA en cuanto a la configuración, y urgencia o gravedad del incumplimiento de la medida provisional. En efecto, la SMA estimó que la medida provisional contenida en la Resolución Exenta N° 79 era de carácter urgente, dado que las mediciones bi- anuales destinadas a verificar el estándar de eficiencia del sistema de extracción de aire eran esenciales para la determinación del correcto funcionamiento del sistema de presión negativa de los galpones, lo que a su vez era indispensable para evitar emisiones de material particulado hacia la ciudad de Antofagasta. Al resultar evidente la urgencia de la medición adicional decretada por la autoridad fiscalizadora, su no acatamiento clasificó a la infracción v) como grave. A mayor abundamiento, cabe recordar que la alegación de la reclamante, en orden a estimar que la medida provisional se encontraba "suspendida" por encontrarse "suspendido" el procedimiento sancionatorio, ya fue rechazada, por las razones expuestas, con ocasión de la configuración de la infracción v), por lo que dicho argumento no puede prosperar ahora para fundar la incorrecta clasificación de la misma.

**Nonagésimo segundo.** Que, por tanto, a juicio del Tribunal, la decisión de la autoridad sancionatoria de clasificar la infracción v) como de carácter grave por no acatar una medida urgente dispuesta por la SMA, se encuentra debidamente fundamentada, razón por la cual las alegaciones de la reclamante serán desestimadas.

**III. Concurrencia y aplicación de la circunstancia de la letra d) del artículo 40 de la LOSMA**

**Nonagésimo tercero.** Que, la reclamante señala que, en relación al artículo 40 letra d) de la LOSMA, la intencionalidad es una "[...] calificante, para efectos de incrementar la sanción cuando dicho incumplimiento hubiese sido doloso. De lo contrario ésta

*calificante sería aplicable a todas las infracciones del artículo 35 de la LOSMA, sin distingo". Para configurarla, se requeriría -a su entender- acreditar otros elementos volitivos que vayan más allá de la falta de diligencia, "[...] lo que no ocurre en el caso de autos, y no existe antecedente alguno que permita afirmarlo". Por lo tanto, "[...] considerar el conocimiento de los hechos infraccionales como único componente de la intencionalidad" sería errado.*

**Nonagésimo cuarto.** Que, por su parte, la SMA señala que la intencionalidad contiene en sí misma tanto el conocimiento de la obligación, como de la conducta y sus alcances jurídicos. La intencionalidad podrá aplicarse al titular, asegura, "[...] cuando se le pueda imputar un conocimiento preciso de sus obligaciones, de la conducta que realiza en contravención a ellas, así como la antijuridicidad asociada a dicha contravención", por lo que "[...] la SMA debe demostrar que el infractor es un sujeto calificado". Concluye que ATI era un sujeto calificado, dado que tenía pleno conocimiento de las obligaciones que debía cumplir.

**Nonagésimo quinto.** Que, revisado los antecedentes, se constata que en la Resolución Exenta N° 645/2015 la SMA determinó la aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA para la determinación de las sanciones aplicables al caso concreto y su cuantía. En cuanto a aquella contemplada en la letra d), relativa a la supuesta intencionalidad en la comisión de la infracción como una circunstancia que aumenta la sanción específica aplicable a cada infracción, única circunstancia impugnada por la reclamante, la autoridad fiscalizadora dispuso que ATI era susceptible de ser considerada como un sujeto calificado, por lo que fue aplicando dicha circunstancia para cada una de las infracciones, como un factor que aumentó la sanción específica determinada para cada una de ellas.

**Nonagésimo sexto.** Que, para resolver lo controvertido, es necesario determinar la naturaleza jurídica de la circunstancia contenida en el artículo 40 letra d) de la LOSMA, lo que se

traduce en precisar si la citada circunstancia se configura indistintamente con la concurrencia de culpa o dolo, o solo cuando se presenta este último elemento. Al respecto, cabe señalar que la justificación desarrollada por la reclamante para sostener que el citado literal solo contempla el dolo -excluyendo la culpa- se sustenta en que le otorga a la mencionada circunstancia la naturaleza jurídica de una agravante. Bajo este supuesto, la reclamante entiende que la culpa no integra el concepto de intencionalidad, ya que, si ello fuese así, toda infracción se encontraría siempre "agravada", pues la aplicación del artículo 40 supone para su configuración que haya concurrido a lo menos culpa, elemento mínimo de toda infracción administrativa.

**Nonagésimo séptimo.** Que, tal como señaló latamente el Tribunal en los considerandos centésimo cuadragésimo quinto, a centésimo quincuagésimo noveno de la causa Rol R N° 51-2014 (acumulada causas Rol R N° 55-2014 y Rol R N° 71-2015), las circunstancias contenidas en el artículo 40 de la LOSMA, y en este caso particular, de su literal d), no constituyen necesariamente un criterio de agravación. Por el contrario, se trata de *criterios o factores de modulación* que el legislador ha entregado a la autoridad administrativa para que ésta determine y fundamente, conforme a la concurrencia o no de ellas, la sanción específica que impondrá finalmente al infractor.

**Nonagésimo octavo.** Que, al ser el artículo 40 letra d) de la LOSMA una circunstancia para determinar la sanción específica, su aplicación se traduce en el mayor o menor reproche que la SMA pueda hacer a la conducta del infractor, la que podrá variar en la medida que haya actuado con culpa o dolo. Esto permitirá que se pueda considerar la gradualidad del reproche en la determinación de la sanción final, la que incluso puede ser utilizada para fundamentar una rebaja en el monto definitivo, en caso que se opte por una multa, o justificar una sanción de menor entidad, como es el caso de la amonestación. Lo anterior, por cuanto no es lo mismo incurrir en una infracción no habiendo previsto lo que debía preverse,

o no habiendo evitado lo que debió evitarse (culpa), que incurrir en ella conociendo y queriendo hacerlo (dolo).

**Nonagésimo noveno.** Que lo anterior es coherente con el principio de culpabilidad, cuya aplicación al ámbito sancionatorio administrativo, con matices, junto a otros principios del Derecho penal, ha sido reconocida a nivel jurisprudencial (cfr. STC 479, c. 6 a 10; STC 480, c.5; STC 1518, c.24; STC 1245, c. 13 y STC 1233, c. 13). La aceptación en materia administrativa del principio de culpabilidad implica que, para imponer una sanción, se pueda reprochar al infractor el no haberse sometido a los mandatos o prohibiciones establecidos por la norma (CORDERO QUINZACARA, Eduardo, *Derecho Administrativo Sancionador*, 1° ed. Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 253-254).

**Centésimo.** Que, la aplicación del principio de culpabilidad no solo constituye el fundamento para la imposición de la sanción, sino que también -y esto es lo relevante en este punto de la reclamación- determina su magnitud. *"Parafraseando una expresión propia del Derecho penal, podemos decir que la culpabilidad es la medida de la sanción. Si bien esto ha sido objeto de críticas, ya que la sanción está estrechamente vinculada a la magnitud de lo injusto determinada en forma abstracta por la norma, lo cierto es que aquello sólo cobra eficacia en la medida que es asumida de forma consciente por el autor, lo cual permite reprochar a él personalmente la elección de la conducta. Es a partir de esta premisa que se formula el principio de proporcionalidad [...]"* (ibídem).

**Centésimo primero.** Que, por lo señalado precedentemente, el Tribunal concluye que, por la naturaleza jurídica de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, y los efectos del principio de culpabilidad, se debe realizar una interpretación amplia de la letra d) del citado artículo. Ello, implica entender que, cuando el citado precepto alude a la *"intencionalidad en la comisión de la infracción"*, se está refiriendo al análisis del elemento subjetivo de la infracción, conformado tanto por la culpa como por el dolo. Solo una

REPUBLICA DE CHILE  
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

interpretación en este sentido permitirá al ente fiscalizador considerar toda la gama o alternativas de graduación, que va desde la culpa hasta el dolo, para llevar un completo juicio de reproche y que éste se vea reflejado en la determinación de la sanción definitiva.

**Centésimo segundo.** Que, lo anterior es coherente con lo resuelto por la Corte Suprema en la sentencia dictada con fecha 4 de junio de 2015, Rol 225.931-2014, citada por la reclamante, puesto que efectivamente es necesario acreditar un actuar doloso para fundamentar, bajo el criterio de la letra d) del artículo 40 LOSMA, una sanción más gravosa. Por el contrario, la culpa o imprudencia puede ser utilizada por la SMA -conforme a la discrecionalidad que le asiste- para fundamentar -como ya se señaló- la imposición de sanciones de menor entidad, también basado en el criterio de intencionalidad.

**Centésimo tercero.** Que, una vez establecido que la circunstancia del artículo 40 de la LOSMA contempla tanto la culpa como el dolo, corresponde determinar si la fundamentación desarrollada por la SMA para considerar la mencionada circunstancia fue suficiente. Sobre el particular, la SMA señala en el considerando 236.4 de la resolución sancionatoria, que habrá intencionalidad cuando pueda imputarse al sujeto conocimiento preciso de sus obligaciones, de la conducta que realiza en contravención a ellas, así como de la antijuridicidad asociada a dicha contravención. Agrega que, dentro de los regulados en materia ambiental, se encuentran los sujetos calificados, que son aquellos que "*[...] desarrollan su actividad a partir de una amplia experiencia en su giro específico, con conocimiento de las exigencias inherentes que en materia de cumplimiento de estándares medioambientales exige nuestra legislación. [...] Respecto de estos regulados, es posible atribuir un pleno conocimiento de las obligaciones a las que están sujetos, en un grado mayor en relación a aquéllos que no cuentan con estas características, pues se encuentran en mejor posición para evitar las infracciones que hubieran cometido*".

**Centésimo cuarto.** Que, a juicio del Tribunal, el mayor reproche al titular del proyecto se fundamenta, efectivamente, en el carácter de sujeto calificado que a éste le asiste. El titular de un proyecto o actividad no puede desconocer lo que hace, ni mucho menos las condiciones en que debe llevar a cabo su actividad, esto es, la RCA de su proyecto. En efecto, en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, "SEIA") es el propio titular quien, a través del Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, propone las condiciones y medidas para desarrollar su proyecto, y es la autoridad administrativa quien califica ambientalmente dicha propuesta. Cabe señalar, además, que por la naturaleza preventiva del SEIA, la oportunidad en que se proponen y aprueban las medidas y condiciones para desarrollar el proyecto, ocurren antes de la ejecución de las obras y actividades de éste, y, por tanto, el titular está en pleno conocimiento de qué debe hacer, cómo hacerlo y cuándo hacerlo.

**Centésimo quinto.** Que, lo anterior, explica el mayor reproche que la SMA hace al titular del proyecto en las infracciones a las que aplicó la circunstancia del artículo 40 letra d) de la LOSMA. En efecto, dicho mayor reproche se fundamenta en que, por su particular situación de sujeto calificado, ATI debía estar en perfecto conocimiento de las obligaciones que le imponía la RCA y de los efectos que se derivarían de su incumplimiento. Por consiguiente a juicio del Tribunal, la SMA fundamentó suficientemente la aplicación de la circunstancia contenida en el artículo 40 letra d) de la LOSMA, razón por la cual la alegación de la reclamante será desestimada.

**Centésimo sexto.** Que, en conclusión, a juicio del Tribunal, la configuración de las infracciones, así como su clasificación y la aplicación de la circunstancia de la letra d) del artículo 40 de la LOSMA -intencionalidad en la comisión de la infracción-, en el marco del proceso sancionatorio Rol F-006-2015, fueron debidamente fundamentadas por parte de la SMA, desestimándose las alegaciones de la reclamante.

**IV. Medida de limpieza de la zona urbana aledaña al Puerto de Antofagasta**

**Centésimo séptimo.** Que, en relación a la medida de limpieza decretada por la SMA, la reclamante señala que "[...] no existe la norma que la autorice a disponer una medida del tipo que se ha dictado en este procedimiento, menos aún a dictarla en un procedimiento en que no se ha discutido ni probado que el causante de lo que se pretende limpiar sea ATI. Lo anterior importa que lo resuelto sea contrario a derecho y debe ser dejado sin efecto por el Tribunal".

**Centésimo octavo.** Que, la SMA señala que si bien la resolución sancionatoria no indica expresamente la fuente legal de la medida, ésta se encontraría en los literales g) y h) del artículo 3 de la LOSMA, que consagran la atribución de la SMA de adoptar medidas urgentes y transitorias con el objeto de resguardar el medio ambiente de daños inminentes y graves. Explica que, respecto de la causal g), "[...] el efecto negativo se habría generado por el incumplimiento de una de las obligaciones del titular, referente a evitar la emisión de polvo fugitivo fuera del galpón TEGM, cuya infracción fue debidamente acreditada durante el procedimiento sancionatorio". Por su parte, en cuanto al literal h), el efecto negativo diría relación con la eventual emisión de polvo fugitivo durante la carga de una nave con concentrado de zinc, lo que habría constituido un efecto no previsto, dado que tales emisiones no fueron "[...] objeto de análisis durante la evaluación ambiental del proyecto, pero configuró una infracción a la RCA N° 131/2003, ya que el titular se encontraba obligado a 'informar [...] la ocurrencia de impactos ambientales no previstos en la Declaración de Impacto Ambiental, obligándose a asumir las acciones necesarias para controlarlas y mitigarlas, avisando oportunamente a esta Comisión', cuestión que no ocurrió en la especie".

**Centésimo noveno.** Que, adicionalmente la SMA señala que para que pueda ejercer las atribuciones en cuestión, no sería necesario que se constate la presencia de un daño, sino que

bastaría con un riesgo. Para ella, "[...] de la lectura de los literales g) y h) del artículo 3 de la LO-SMA se desprende claramente que la Superintendencia puede adoptar estas medidas urgentes y transitorias frente a la presencia de riesgos, pues las normas hablan no solo de daños graves sino también inminentes, es decir, que no se han materializado".

**Centésimo décimo.** Que, finalmente, en lo relativo al cuestionamiento de su competencia para aprobar el informe que daría cuenta de la ejecución de la medida de aspirado, la SMA afirma que "[...] de la lectura de la alegación propuesta por el titular no se logra comprender, tanto técnica como jurídicamente, cuál es el problema con el hecho de que esta Superintendencia sea el organismo encargado de aprobar dicho informe", ya que éste sólo tendría por objetivo constatar el cumplimiento de la medida y no generar información técnica especializada cuya ponderación escape a las facultades de la autoridad fiscalizadora. Ahora bien, aún cuanto esto último hubiese ocurrido, a su parecer tampoco existiría norma alguna que le impida evaluar tanto el contenido técnico como el cumplimiento de las medidas ordenadas por ella misma. No obstante ello, asevera que en la aprobación del informe se tendrán en cuenta los comentarios técnicos de la Seremi de Salud de la Región. Termina señalando que "[...] el Informe no debe ser visto como un instrumento independiente, sino que como una parte integral de la medida urgente y transitoria propiamente tal".

**Centésimo undécimo.** Que, conforme a lo planteado por las partes, deberá determinarse en primer lugar cuál es el fundamento jurídico que habilitaría a la SMA para decretar una medida de limpieza como la ordenada en la resolución sancionatoria. En este contexto, a juicio del Tribunal, los literales g) y h) del artículo 3 de la LOSMA, por su propia naturaleza y fines, no pueden ser el fundamento jurídico de una medida decretada en el marco de una resolución de término del procedimiento sancionador.

**Centésimo duodécimo.** Que, lo anterior, no significa sin embargo que la medida decretada por la SMA carezca de fundamento jurídico, pues éste se encuentra, a juicio de estos sentenciadores, en las denominados "poderes o facultades implícitas" de la autoridad administrativa. Se trata, como ha señalado la doctrina, "[...] del poder de gestionar una materia, [del que] se infiere por vía deductiva la titularidad de las potestades necesarias o convenientes para hacer efectiva esa gestión" (BLANQUER David, *Derecho Administrativo*, tomo I, Tirant Lo Blanch, 2010, p. 180). Se ha dicho que "[...] la idea de las potestades implícitas apunta, más bien, a aquellas que se traducen en actos potestativos, soberanos, propios de la naturaleza del Estado y que le pertenecen esencialmente, más que a actos menores que no envuelven el ejercicio de potestades públicas, propios del ámbito contractual privado, y que pertenecen al Estado accidentalmente [...]" (FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, *Derecho Constitucional Económico*, Tomo I, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2001, p. 181). En definitiva, se trata de una atribución implícita derivada de una potestad expresamente conferida; esto es, de una facultad genérica que incluye aquello que accesoriamente resulta necesario y conveniente para el cumplimiento de sus fines, sin lo cual se tornaría ineficaz.

**Centésimo decimotercero.** Que, a juicio de estos sentenciadores, de la potestad sancionatoria expresamente atribuida a la SMA se deriva una potestad implícita para decretar lo que la doctrina denomina "medidas correctivas" o "de restablecimiento de la legalidad". Estas tienen por objeto eliminar los efectos de una conducta ilegal, pero sin ir más allá de la restauración de la legalidad vulnerada, ya que su naturaleza no es sancionadora. Así, una medida de este tipo generará la obligación de reponer las cosas al estado anterior a una infracción. En este sentido, la jurisprudencia española "[...] se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que estas medidas no tienen carácter sancionador, por lo cual son compatibles con las sanciones urbanísticas y no es necesario tramitar, para su imposición, el procedimiento sancionador,

sin perjuicio de la aplicación también a ellas de algunos principios que, como el de proporcionalidad, no son exclusivos de la actividad administrativa sancionadora sino de todo el Derecho de policía [...]” (HUERGO LORA, Alejandro, *Las sanciones administrativas*, Iustel, 2007, pp. 249-266). La misma conclusión se impone en virtud del denominado argumento *A fortiori*, una de cuyas expresiones es el conocido adagio jurídico, “*Quien puede lo más, puede lo menos (argumentum a maiori ad minus*” (ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo, et. al., *Tratado de Derecho Civil, Partes preliminar y general*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 198). En otras palabras, quien puede sancionar, puede también imponer medidas correctivas.

**Centésimo decimocuarto.** Que, adicionalmente cabe tener presente que el catálogo de sanciones contenidas en el artículo 38 de la LOSMA contempla la multa la que, por su naturaleza, no es idónea para hacerse cargo materialmente de los efectos negativos que el incumplimiento a la normativa ambiental genera al medio ambiente. En este contexto, y en el marco de una interpretación teleológica y por ello acorde con los fines de interés público que debe perseguir la Superintendencia del Medio Ambiente, resulta necesario que la autoridad fiscalizadora cuente en el ámbito sancionatorio ambiental con la potestad de decretar, junto a la correspondiente sanción, medidas correctivas en la resolución que pone fin a un procedimiento administrativo sancionador. Ello, por cuanto es la única forma para lograr que el infractor se haga cargo de los efectos de su incumplimiento y que la SMA pueda cumplir efectivamente con la finalidad de proteger el medio ambiente. Una concepción finalizada de las potestades administrativas, no ha estado ajena a la mirada de la doctrina contemporánea, que al efecto, ha señalado, que “*Debe también superarse el paradigma de la predeterminación normativa que menosprecia una programación finalista y que presupone una completa regulación de los poderes administrativos. [...] Repetido ad nauseam es el aforismo que expresa que en el Derecho Público puede hacerse sólo lo que está permitido por la ley, lo que refleja una*

*cierta limitación y desconfianza en la regulación administrativa [...] un Derecho Administrativo que pretenda dar respuestas ciudadanas y cuyo objetivo sea la construcción de un programa de vida social con fines determinados debe interpretarse y definirse a la luz de esos fines sin más trabas formales que aquellas con las cuales se asegura legitimidad"* (LETELIER WARTENBERG, Raúl, Recensión al libro de Parejo Alfonso Luciano, Transformación y ¿Reforma? Del Derecho Administrativo en España, Revista de Derecho Administrativo N° 8, 2013, p. 269).

**Centésimo decimoquinto.** Que, conforme a lo anterior, la dictación de la medida de limpieza de la zona urbana aledaña al puerto de Antofagasta forma parte de las potestades implícitas de la SMA para dictar medidas correctivas o de restablecimiento de la legalidad, cuyo fin no es sancionar o gestionar una hipótesis de daño grave e inminente para el medio ambiente, sino que el tutelar un interés público, retornando al estado anterior a los incumplimientos configurados. Por otra parte, no se advierte motivo alguno que impida a la SMA el aprobar el informe solicitado a ATI para corregir los incumplimientos verificados, ya que este informe también constituye una potestad implícita derivada de la facultad para decretar una medida correctiva.

**Centésimo decimosexto.** Que, finalmente, el Tribunal no puede soslayar, que tanto las potestades expresamente conferidas como las potestades implícitas de ellas derivadas, se encuentran sujetas al control jurisdiccional, como una forma de garantizar la legalidad en la imposición de las medidas correctivas. Por ello, éstas deberán ser suficientemente fundadas, idóneas, necesarias y proporcionales a los incumplimientos establecidos en el procedimiento sancionatorio. Por tanto, el control jurisdiccional de las potestades implícitas, permite evitar una eventual ilegalidad en su imposición por parte de la autoridad administrativa.

**Centésimo decimoséptimo.** Que, habiendo quedado establecido que la medida de limpieza decretada por la SMA descansa en una

potestad implícita, y no habiendo impugnado la reclamante la idoneidad, necesidad o proporcionalidad de la medida en comento, la alegación de la reclamante a este respecto será desestimada.

**POR TANTO Y TENIENDO PRESENTE** además lo dispuesto en los artículos 17 N° 3, 18 N° 3, 25 y 30 de la Ley N° 20.600; 3, 8, 35, 36, 40, 48, 51 y 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente; 3, 11, 33 y 41 de la Ley N° 19.880, y en las demás disposiciones citadas pertinentes,

**SE RESUELVE:**

1.- **Rechazar en todas sus partes la reclamación** interpuesta por Antofagasta Terminal Internacional en contra de la Resolución Exenta N° 645, de 6 de agosto de 2015, dictada por el Superintendente del Medio Ambiente, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia;

2.- **No condenar en costas a la reclamante** por haber tenido motivos plausibles para litigar.

Acordada con la prevención del Ministro Sr. Juan Escudero Ortúzar, quien concurre a lo resuelto por los siguientes fundamentos adicionales:

1°) Que, sin perjuicio de los razonamientos contenidos en las consideraciones previas, para este Ministro resulta necesario dejar plasmadas dos observaciones originadas a partir de este caso, las que dicen relación con el contexto histórico en que la resolución impugnada se inserta, y con los equipos de medición utilizados por la autoridad fiscalizadora en el procedimiento de fiscalización.

2°) Que, en cuanto al contexto histórico ligado al tratamiento de concentrados mineros de plomo, zinc y cobre en Antofagasta

## SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

con anterioridad a la adjudicación de la concesión del Terminal 2 del puerto de Antofagasta a ATI en marzo de 2003, no puede escapar a la mirada de este Ministro la importancia que aquello tiene para comprender mejor las circunstancias que han rodeado y rodean el transporte, acopio, almacenamiento y transferencia de concentrados de minerales con alto contenido de metales pesados en el puerto de Antofagasta, cuestión que viene ocurriendo desde hace muchas décadas. Buena parte de dichos minerales correspondían a concentrados de plomo y zinc de procedencia boliviana, que eran acopiados en el sector denominado "Patio Norte" (ubicado en la actual estación de ferrocarril), en el recinto portuario, y en sus alrededores, sin confinamiento ni otras medidas de protección, vale decir, al aire libre, situación que se mantuvo hasta el comienzo de las operaciones TGEM. Lo mismo ocurrió luego con el concentrado de cobre chileno, exportado a granel, el que fue manejado con similares técnicas por al menos sesenta años.

3°) Que, a partir de 1986, se produjeron severos reclamos por "contaminación ambiental y ruidos molestos" de los vecinos al sector "Patio Norte". En 1986, 1989 y 1991, el Servicio de Salud de Antofagasta efectuó estudios de Partículas Totales en Suspensión (PTS) en el sector, que revelaron la superación de la norma de calidad de aire que existía entonces, observándose en todos ellos resultados similares. Como consecuencia de aquello, la autoridad sanitaria ordenó, en septiembre de 1992, el traslado de los acopios de plomo fuera de la ciudad. Un año más tarde, el operador del Ferrocarril Antofagasta-Bolivia (FCAB) presentó el proyecto "Manejo de minerales bolivianos en Portezuelo", cuyo objetivo era materializar dicho traslado, el que fue aprobado por la referida autoridad sanitaria, iniciándose dichos trabajos de habilitación en 1998.

4°) Que, sin embargo, los conflictos ligados a denuncias por contaminación se mantuvieron. Entre 1992 y 1998 se interpusieron cuatro Recursos de Protección ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta (Roles N°8.007/1992; N°10.724/1997; N°10.756/1997; y N°11.495/1997) y dos demandas civiles en

contra de FCAB (Roles N° 33.235/1998 y N°34.721), todos ligados a eventuales efectos de la contaminación en la población. Entre 1997 y 1998, ocurrieron los episodios de contaminación por plomo más agudos para la población antofagastina, al tiempo que el Colegio Médico de Chile realizó un estudio epidemiológico, acompañado de denuncias públicas, que mostraba altas concentraciones de plomo en el suelo en distintos puntos de la ciudad, así como en la sangre de niños que vivían o asistían a colegios cerca del "Patio Norte" y el puerto (BOLADOS Aliro., "Antofagasta bajo deterioro ambiental y sanitario. Resultado de monitoreo ambiental de suelo en establecimientos educacionales cercanos a los patios de FCAB y al puerto". Colegio Médico de Chile (2015)). Dichos estudios fueron respaldados y ampliados por investigaciones posteriores del Servicio de Salud de Antofagasta.

5°) Que, en marzo de 1998, mediante el Decreto Supremo N°189 del Ministerio de Salud, se declaró zona de emergencia sanitaria a la provincia de Antofagasta, y se otorgó facultades extraordinarias al servicio de salud respectivo. Además, mediante el Decreto Supremo N°397, del Ministerio del Interior, publicado el 21 de Abril de 1998, se señaló como zona afectada por catástrofe de contaminación ambiental a la provincia de Antofagasta. Estos instrumentos permitieron canalizar recursos extraordinarios del Estado para permitir las obras y medidas adoptadas en respuesta a la emergencia, tales como el traslado definitivo de los acopios de plomo a Portezuelo; la instalación de policlínicos especiales en los sectores más afectados y, la limpieza de calles, patios y viviendas en algunos sectores de dicha ciudad. Adicionalmente, en el año 2003 se aprobó, mediante la RCA N° 131/2003, la construcción del galpón TEGM de la reclamante, el que tuvo como objetivo principal el almacenar temporalmente los concentrados mineros que llegaban al puerto desde Portezuelo, evitando así su acopio y manejo al aire libre. En el año 2006 y 2012, respectivamente, se autorizó a su vez la construcción del galpón SAC (RCA N° 12/2006), así como del proyecto "Recepción, acopio y embarque de concentrados de cobre (RAEC)" (RCA N° 177/2012). No obstante lo anterior,

los estudios epidemiológicos realizados con posterioridad a 2005 muestran índices de contenido de Plomo en sangre sustancialmente inferiores a los que provocaron la emergencia sanitaria.

6°) Que, sin perjuicio que este Ministro comparte lo expresado en esta sentencia, dada su calidad de Ministro Técnico, no puede dejar de hacer presente ciertas imprecisiones cometidas por la autoridad fiscalizadora en el uso y, especialmente, la interpretación de los datos que se obtuvieron a través de algunos equipos de medición de reciente adquisición.

7°) Que, respecto de la utilización de una cámara termográfica, marca Flir, modelo GF320, en modo de detección de movimiento de alta sensibilidad (HSM), para la detección de emisiones de material particulado, es importante aclarar que, de acuerdo a las especificaciones técnicas del fabricante ([www.FLIR.com/GF-Series](http://www.FLIR.com/GF-Series)), la referida cámara únicamente permite detectar diferencias de temperatura y fugas (presencia/ausencia) de gases tales como Benceno, Butano, Etano, Etileno o Tolueno. Las especificaciones del fabricante no mencionan la capacidad de este equipo para detectar la presencia y/o concentración de material particulado.

8°) Que, en cuanto a las mediciones de polvo en el suelo que efectuó la SMA con el método XRF *in situ* o de campo, las que habrían reflejado una mayor concentración de plomo, cobre, zinc y arsénico en el sector del Puerto de Antofagasta, es necesario recordar lo señalado por el Tribunal en la causa Rol R N° 58-2015, caratulada como "Robles Pantoja con Superintendencia del Medio Ambiente". En dicha reclamación, con ocasión de mediciones efectuadas por la SMA con dicho equipo en un proceso sancionatorio dirigido en contra de Tecnorec S.A. en las cercanías del puerto de San Antonio, el Tribunal estimó que dichas mediciones no eran confiables para determinar la presencia de plomo en el suelo, ya que las muestras carecían de control de humedad (considerando trigésimo tercero). Esa limitante es de especial importancia en áreas costeras, donde

la distancia al mar puede implicar diferencias significativas en la humedad del suelo. Por tratarse también, en el presente caso, de mediciones efectuadas en un recinto portuario y sus inmediaciones, dicha consideración también es plenamente aplicable. Cabe señalar, por tanto, que ésta es la segunda vez que se hace un llamado de atención a la autoridad fiscalizadora respecto del manejo de los resultados de las mediciones de polvo en suelo efectuados mediante equipo XRF de campo en sectores con alta presencia de humedad.

Notifíquese, regístrese y archívese en su oportunidad.

Rol R N° 76-2015.



Pronunciado por el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, integrado por su Presidente, Ministro señor Rafael Asenjo Zegers, y por los Ministros señor Juan Escudero Ortúzar y señora Ximena Insunza Corvalán.

Redactó la sentencia y su prevención el Ministro señor Juan Escudero Ortúzar.

En Santiago a cinco de octubre de dos mil dieciséis, autoriza el Secretario del Tribunal, señor Rubén Saavedra Fernández, notificando por el estado diario la resolución precedente.

