

Téngase presente



SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE

JORGE A. FEMENÍAS S. y **SEBASTIÁN CAMPOS AGUIRRE**, abogados, en representación, según consta en este procedimiento administrativo Rol D-039-2019, de **ANDACOLLO DE INVERSIONES LTDA.** ("**Andacollo**", "**Compañía**" o "**Empresa**"), a la Superintendencia del Medio Ambiente respetuosamente decimos:

Mediante Resolución Exenta N°6/ROL D-039-2019, de 11 de julio de 2019 ("**Resolución**"), esta Superintendencia del Medio Ambiente ("**SMA**"), además de pronunciarse sobre el recurso de reposición interpuesto por Andacollo en contra de la Resolución Exenta N°4/ROL D-039-2019, confirió traslado a los intervinientes de este procedimiento respecto del Memorándum N°13, de 28 de junio de 2019 ("**Memorándum**").

Con respecto a la presentación del denunciante Cristóbal Osorio, de 29 de julio del 2019, hacemos presente las siguientes consideraciones:

§1. IMPROCEDENCIA DE LA SOLICITUD DE REFORMULACIÓN DE CARGOS

El denunciante afirma que se deben reformular los cargos en contra de nuestra representada ya que: **(i)** Andacollo habría incumplido un requerimiento de información que la SMA le dirigió¹; y, **(ii)** la Compañía habría incumplido disposiciones de la Ley N°20.920, sobre la Gestión de Residuos, Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje ("**Ley REP**").

A. Presunto incumplimiento al requerimiento de información

1. La SMA, mediante la Resolución Exenta D.S.C N°355, de 12 de marzo de 2019 ("**Requerimiento**"), requirió de información a Andacollo, solicitando documentos asociados, fundamentalmente, a las actividades que se desarrollaban en la fundición en periodos determinados.

¹ Res. Ex. D.S.C N°355 de 2019.

2. El denunciante sostiene que Andacollo incumplió el Requerimiento e incurrió, en consecuencia, en la infracción tipificada en la letra j) del artículo 35 de la Ley Orgánica de la SMA (“LOSMA”).

Desde ya señalamos que Andacollo acompañó oportunamente toda la información y documentación disponible y a su alcance, según lo pedido en el Requerimiento, tal y como consta en escrito ingresado a la oficina de partes de esta SMA de 22 de marzo de 2019, de tal manera que la imputación del denunciante no es efectiva.

3. Para demostrar el error del denunciante, merece la pena aclarar qué configura un “incumplimiento de un requerimiento de información”, ya que esta parte no incurrió en dicha infracción, ni mucho menos lo hizo en los términos de una infracción grave como pretende el denunciante.

4. El denunciante afirma que *“se desprende un grave incumplimiento al requerimiento de información”* debido a que la SMA “constató”, en el considerando N°34 de los Cargos, que Andacollo presentó un *“...escrito en respuesta a la solicitud de información de la Res. Ex. N°355, acompañando solo parte de la documentación solicitada en la mencionada resolución”*.

5. Pero lo cierto es que nada se desprende ni podría desprenderse del considerando transcrito. Menos aún el “grave incumplimiento al requerimiento de información” pretendido por el denunciante. Esto, ya que, a partir del contexto y de un examen riguroso del considerando, **se evidencia que la SMA sólo constata que Andacollo acompañó la documentación solicitada, indicando que faltaron antecedentes, pero no imputando ese hecho a la Empresa.**

6. Como hemos manifestado a esta SMA en reiteradas ocasiones, la Compañía no operaba ni opera la fundición, por lo que la documentación que no se acompañó no estaba en su poder. En este sentido, **Andacollo acompañó toda la información que tenía disponible y que le empecía**, de manera que la que no se presentó correspondía a antecedentes que no estaban en su poder o de los que no tenía noticia.

7. El tipo de la infracción imputada por el denunciante exige que se verifique una **falta de respuesta** a las solicitudes hechas por la autoridad y no una entrega incompleta. Pero más determinante aún, para que se configure la infracción lógicamente no puede concurrir una causal exculpante o justificante como lo es **que**

los antecedentes no estaban en poder del requerido ni se relacionan con su actividad.

8. Mucho menos existe una hipótesis de infracción grave por cuanto el artículo 36 N°2 letra g) de la LOSMA dispone que los hechos, actos u omisiones, para configurar una infracción grave, deben constituir una ***negativa*** a entregar información relevante en los casos que la ley autoriza a la Superintendencia para exigirla. En este caso ni existió negativa ni la SMA estaba autorizada a pedir la información, debido a que Andacollo de Inversiones no es sujeto pasivo de fiscalización por parte de esta autoridad al no ser titular de ninguno de los instrumentos de carácter ambiental regulados en el artículo 2 de la LOSMA. **En este sentido, la Empresa acompañó los documentos de que disponía ante la SMA como una manifestación de buena fe y colaboración ante ella.**

Como señalamos previamente, y según quedó evidenciado en este procedimiento y en los Cargos formulados por esta autoridad, **en este procedimiento administrativo jamás hubo negativa, sino por el contrario: se acompañó toda la documentación que la Compañía disponía y a la que tuvo acceso cuando fue requerida.**

B. Supuesto incumplimiento a la Ley REP

1. El denunciante solicita que se reformulen cargos en contra de Andacollo debido a supuestos incumplimientos a la Ley REP. Dichos incumplimientos consisten, a su modo de entender la legislación vigente, en que la Compañía manejaría residuos peligrosos sin contar con autorizaciones, encontrándose la planta en funcionamiento en enero y febrero de 2019. Para afirmar ello se basa, fundamentalmente, en el Informe de Fiscalización de la División de Fiscalización y en el Memorándum.

2. Cabe mencionar, nuevamente y, ante todo, que Andacollo no opera ni operaba la Planta, lo que es indispensable en este caso porque aclara quién sería el sujeto pasivo de las obligaciones que contempla la Ley REP, cuando la vigencia de ésta comience en plenitud.

En efecto, como el mismo denunciante nota, de acuerdo con el artículo 3 numeral 10 de la Ley REP, Gestor es una *“persona natural o jurídica, pública o privada, **que realiza cualquiera de las operaciones de manejo de residuos** y que se encuentra autorizada y registrada en conformidad a la normativa vigente”*. Dispone la misma ley, en su artículo 3, numeral 13, que el manejo consiste en *“Todas las*

acciones operativas a las que se somete un residuo, incluyendo, entre otras, recolección, almacenamiento, transporte, pretratamiento y tratamiento”.

3. Bajo este marco normativo, la obligación de gestionar residuos no es exigible a Andacollo por la sencilla razón de que **ella no es un gestor de residuos**. En efecto, como la Autoridad de salud reconoció en los instrumentos que el denunciante utiliza para imputar el incumplimiento, eran terceros los que operaban la planta². Y es evidente que ser propietario de una planta no es lo mismo que ser operador de ella.

4. De esa manera, no resulta claro cuál es la base que el denunciante utiliza para afirmar tan categóricamente que *“se encuentra acreditada la circunstancia que la denunciada ha operado su proyecto ‘Planta de Fundición Alcones’ (...) [Cfr. Pág 4 de su escrito]”*. Asimismo, siendo falsa esa circunstancia, tampoco es claro cómo podría ello servir de base a una reformulación de cargos en contra de Andacollo.

5. La segunda razón por la que las obligaciones contempladas en la Ley REP no son exigibles a Andacollo, **es que a la fecha no se dictó ninguno de los reglamentos que hacen aplicable la ley en cuanto a la gestión de productos prioritarios.**

6. En efecto, la aplicabilidad de la Ley REP, en cuanto a los sistemas de gestión, se encuentra supeditada a la dictación de decretos supremos que regulen las metas y obligaciones exigibles para cada producto prioritario. Dichos reglamentos son los que, además, determinarán a quiénes les será aplicable la responsabilidad extendida del productor³, lo que denunciante omite señalar en su libelo.

7. Hacemos presente que a la fecha de esta presentación no se ha publicado ningún Reglamento que regule la gestión de los productos prioritarios. Los reglamentos que sí se dictaron son: **(i)** el DS N° 8/2017, del Ministerio del Medio Ambiente, que establece el Procedimiento de la Ley Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje; y, **(ii)** el DS N° 7/2007, que establece el Fondo para Reciclaje. Ninguno de estos reglamentos, sin embargo, sirven para fundar un incumplimiento a la Ley REP en los términos que pretende el denunciante, debido a que las obligaciones y sanciones no son exigibles ni aplicables en su virtud.

² De paso, es prudente mencionar que esos operarios serían generadores de residuos y no gestores, como pretende el denunciante.

³ Art. 3 Ley REP.

§2. SOLICITUD DE DERIVACIÓN DE ANTECEDENTES AL MINISTERIO PÚBLICO

En los numerales III y IV de su escrito, el denunciante solicita que se derive el expediente administrativo al Ministerio Público para que inicie una investigación de: **(i)** el delito de manejo de residuos peligrosos sin autorización, tipificado en el artículo 44 de la Ley REP; y, **(ii)** del delito tipificado en el artículo 291 del Código Penal.

A. Fundamentos de la solicitud de investigación del delito descrito en el artículo 44 de la Ley REP

1. La solicitud de derivación de antecedentes al Ministerio Público para la investigación del delito tipificado en el artículo 44 de la Ley REP, es fundada por el denunciante en el considerando 8° de los Cargos, en el Acta de Inspección Ambiental de 28 de enero de 2019 y en el Programa de Cumplimiento (“PdC”) presentado por la Empresa. Ello, porque, a su juicio, de estos documentos aparece que Andacollo maneja residuos peligrosos sin autorización. Sin embargo, el análisis riguroso de esos documentos, y de las normas pertinentes, devela que la imputación no se corresponde con la realidad.

2. Respecto al primer documento, el considerando 8° de los Cargos -que se remite al Ord. N°583 de la Seremi de Salud de la Región de O’Higgins- señala que la Seremi *“denuncia a la Fundición de Plomo ubicada en el Fundo Alcones, sin número, de la comuna de Marchigüe, ya que dicha instalación realiza eliminación y tratamiento de residuos peligrosos sin contar con autorización para ello”.*

3. Al respecto, es claro que dicho considerando se refiere a “la Fundición” y a “la instalación” como los lugares donde se realizaron actividades que pueden, eventualmente, ser constitutivas de infracción, y no a Andacollo como sujeto activo de las mismas. En otros términos, la referencia espacial que se hizo a *la Fundición* como el lugar en que se desarrollaron actividades, no quiere decir que *Andacollo* haya sido el agente. Por este motivo, nuevamente, no es claro por qué la imputación de la supuesta infracción se dirige contra la Compañía.

4. Lo mismo ocurre con el segundo de los documentos -el Acta de Fiscalización Ambiental, de 28 de enero de 2019-, aunque, respecto de él, resultan aún más alarmantes las afirmaciones hechas por el denunciante. Esto, debido a que el interesado, al citar dicha acta, sostiene que en ella se consigna que “el proyecto pertenece a la denunciada”, en circunstancias que, de manera expresa y categórica, el Acta consigna que el horno ‘pertenece’ a la empresa Minecom [Cfr. pág. N°1 del Acta o pág. N°9 del Memorándum].

5. En cuanto al tercer documento indicado por el denunciante, esto es, el PdC presentado por Andacollo, a su juicio, existe una ratificación del hecho de que Andacollo maneja residuos peligrosos. **Al respecto, ninguno de sus acápite permite concluir una aseveración como esa. En tal sentido, la interpretación que el denunciante hace del tenor del PdC es derechamente un sofisma.**

6. Las únicas referencias al manejo de residuos que efectúa el PdC se refieren a: **(i)** la Meta *“Evaluar ambientalmente un proyecto con el objetivo de obtener una Resolución de Calificación Ambiental (“RCA”) favorable. Dicha evaluación consistirá en obtener la licencia ambiental para la disposición final y reciclaje de baterías en desuso y residuos plomados (que son considerados residuos peligrosos) en la Planta, de manera de contar con una “estación de eliminación” ante la Autoridad sanitaria. Asimismo, evaluar ambientalmente la fundición de sustancias peligrosas plomadas (v.gr. “pasta de plomo”); y, (ii)* la acción número 4, cuyo tenor era exactamente igual [Cfr. págs. 2 y 6 del PdC].

7. Como se advierte, la Meta y la acción número 4 del PdC se refieren a un proyecto futuro, y no a acciones realizadas por la Compañía, por lo que difícilmente podrían consistir en una “ratificación” de parte de Andacollo de manejar residuos peligrosos.

8. Con todo, insistimos en que las obligaciones contempladas en la Ley REP no son aún exigibles **porque a la fecha no se ha dictado ninguno de los reglamentos que hacen aplicable la ley en cuanto a la gestión de productos prioritarios**. Por lo tanto, no puede existir delito alguno al respecto.

B Fundamentos de la solicitud de investigación del delito tipificado en el artículo 291 del Código Penal

1. Respecto a la solicitud de remisión de antecedentes al Ministerio Público para la investigación del delito tipificado en el artículo 291 del Código Penal, la situación es bastante similar: una imputación de infracciones basadas en normas que no le son aplicables a Andacollo, y fundadas en documentos -o más bien partes de documentos- a los que el denunciante parece otorgar un sentido que no es el propio.

2. En efecto, para fundar esta solicitud, el denunciante utiliza pasajes del Memorándum tales como: “el Acta de Inspección de la Seremi de Salud” -aun cuando no indica a cuál de todas las Actas presentes en el Memorándum se refiere-; el “Informe de Análisis Microbiológico de Agua destinada de consumo humano”; y, “al Programa de Cumplimiento presentado por el titular” -aunque, entendemos, se

refiere al Programa de Cumplimiento Refundido (“PdCR”) presentado por la Compañía-.

3. Respecto al Acta de Inspección Ambiental a que se refiere el escrito, caben las siguientes precisiones, todas informadas oportunamente a la Seremi de Salud y representadas a esta SMA, en los respectivos descargos de las Actas.

(i) Se debe indicar que las actas fueron levantadas al horno 1 (operado por Fundición Alcones SpA) y al Horno 3 (Inversiones Mallermo), y no a Andacollo.

(ii) Respecto a la afirmación de que no existe un sistema particular de agua potable, en los descargos presentados ante la Seremi de Salud se acreditó que el proyecto cuenta con uno autorizado por la Autoridad respectiva.

(iii) Referente a la afirmación de que el agua no cumple con los requisitos físicos, químicos, radioactivos y bacteriológicos establecidos en la reglamentación vigente sobre la materia y que no existe un análisis bacteriológico, hacemos presente que la autorización acompañada a la Seremi de Salud no hizo exigible el realizar análisis bacteriológicos a la planta aprobada.

(iv) Relativo al problema de filtración mencionado, se señaló que fue corregido dado que el problema estaba en el sistema de corte de llenado del estanque de agua.

(v) Por último, respecto a la afirmación consistente en que no existe un manejo y disposición final de residuos industriales líquidos y sólidos autorizados, se indicó a la autoridad que la Planta cuenta con bodega RESPEL autorizada y no genera residuos industriales líquidos.

4. Referente al Informe de Análisis Microbiológico de Agua destinada a consumo humano, la presencia de coliformes totales y *escherichea coli* en parámetros que exceden los límites admitidos por la normativa vigente no es responsabilidad de Andacollo, ni tampoco de la operación de la Planta.

En efecto, dado que las coliformes totales y *escherichea coli* consisten en materia fecal humana, su presencia en el agua puede deberse a diversos factores, entre ellos, la existencia de pozos irregulares de casas aledañas a la fundición⁴.

⁴ Al respecto, Vid. la exposición de la Seremi de Salud a la Comisión de Medio Ambiente del Senado, disponible en: <https://bit.ly/2IFMCGO>

5. Sumado a ello, **insistimos en la idea de que los puntos de muestreo no se encontraban en el pozo de la fundición.** Como el denunciante pudo advertir, en los informes de monitoreo de la Seremi de Salud se señala que los puntos de muestreo se ubican en direcciones que no corresponden a la de la fundición (Pozo 1, sector Hijuela- Alcones. Noria; Casa con Baño, comedor y Cocina de Rinconada de Alcones – Marchigue; Pozo casa 2, Hijuela – Alcones. Noria. Rinconada de Alcones – Marchigue y, Agua Potable Rural Sector Alcones s/n).

6. En otro estado de cosas, el denunciante señala que las acciones propuestas por Andacollo “*se orientan a reparar un episodio de contaminación de suelo en la zona (...)*”. Esta afirmación es errada, ya que, **para que sea posible hablar contaminación, debe haber presencia de un agente contaminante en concentraciones y permanencia superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en la legislación vigente.** Y, como bien se sabrá, en nuestro país no existe una norma para suelos, por lo que malamente habrá contaminación.

7. Nuevamente la información de este procedimiento sancionatorio se utiliza de manera inexacta, siendo descontextualizada y desvirtuada en su verdadero sentido. Esto, debido a que la acción de escarpe o remoción propuesta por Andacollo no se orienta a reparar un episodio de contaminación, y al contrario sólo es una manifestación de buena fe y de la más sincera intención de la Compañía a corregir todo lo necesario para que la fundición pueda ser operada en todo momento conforme a derecho.

§3. SOLICITUD DE RECHAZO DEL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO PRESENTADO POR ANDACOLLO

1. El denunciante solicita que se rechace el PdCR presentado por la Compañía porque, a su juicio, omite un plan de acción referido a las muestras de agua con excesivos valores de coliformes totales y *escherichea coli* detectados por el Informe de Análisis Microbiológico de Agua destinada a consumo humano, del Área Microbiológica del Laboratorio de Salud Pública y Ambiental de la Seremi de Salud de O’higgins. Agrega que no se advierte en el PdCR de Andacollo ninguna medida para subsanar las circunstancias constatadas por el informe mencionado.

2. Reiteramos, en este sentido, lo dicho en el numeral II letra B de esta presentación: **no es posible acreditar que la presencia de feca humana fue causada por las actividades que se realizaron en la fundición.**

3. En ese sentido, agregamos que en el PdCR presentado por la Compañía sí existen medidas tendientes a la consecución de las metas propuestas, que naturalmente versan sobre los cargos que se imputan a Andacollo. Por esa razón, al no existir presencia de plomo en el componente agua, de conformidad al Informe de Efectos presentado a esta autoridad, es prudente considerar que no existan acciones en el PdCR para remover el material fecal humano de los puntos en que se detectó, considerando que ninguno de dichos puntos se encuentra en dependencias de la fundición.

§4. VALIDEZ DE LAS MEDICIONES DE AGUA DE 2015

1. En su escrito, el denunciante señala que la Seremi de Salud no tiene la técnica ni instrumental para el análisis bromatológico del agua. Erróneamente, sin embargo, considera que esto *imposibilita* a la SMA para resolver favorablemente el PdCR.

2. Lo anterior es un nuevo yerro, ya que Andacollo sí presentó un análisis del plomo en el componente agua, subterráneas y superficiales, elaborados por la ETFA Algoritmos. Como pudo haber advertido el denunciante, **dicho análisis arrojó como resultado que los niveles de plomo en el componente agua estaban dentro de los parámetros contemplados por la norma respectiva**. [Cfr. Pág. 60 del Informe de efectos acompañado a este procedimiento sancionatorio].

3. Si bien ello debiera ser suficiente para descartar un efecto negativo en el componente agua, y por ende aprobar el PdCR de cumplirse con las demás exigencias, destacamos también los resultados del Informe de Fiscalización de la SMA, incorporado al expediente administrativo el 26 de agosto de 2019, según los cuales: **(i) no existen niveles de plomo fuera de los niveles máximos permitidos en el componente agua; y, (ii) los parámetros fisicoquímicos que exceden a los valores máximos permitidos no son atribuibles a actividades realizadas en la Fundición** [Cfr. Pp.21-24 del Informe Técnico de Fiscalización Ambiental de la SMA].

§5. DERIVACIÓN DE ANTECEDENTES AL SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS

1. En el punto VII del escrito de observaciones, el denunciante solicita que se deriven los antecedentes sobre las compras y ventas de residuos peligrosos y otras operaciones comerciales de Andacollo al Servicio de Impuestos Internos, para que determine eventuales incumplimientos tributarios por parte de la Compañía.

2. Al respecto, sólo queda hacer presente que los antecedentes acompañados en su momento a la SMA, contenidos en el Informe DFZ 2019, son de uno de los

arrendatarios de las instalaciones de la fundición (específicamente, del Sr. Juan Palacios, arrendatario del Horno 1). Esto, ya que Andacollo no tiene movimiento tributario relacionado con la compra de insumos para fundir o de venta de plomo metálico.

La razón por la que Andacollo no tiene movimiento tributario es -reiteramos- **que no operó la Planta, de la que sólo es arrendadora**. Por de pronto, así lo constató esta SMA en su Informe Técnico de Fiscalización Ambiental, donde se señala que la empresa Fundiciones Mallermo es la operadora y arrendataria de la Fundición [Cfr. Pág. 12 y pág. 27 del Informe Técnico de Fiscalización Ambiental].

3. Por tales motivos, las “relaciones comerciales” a las que alude el denunciante, y de cuya trazabilidad dependería el pretendido incumplimiento tributario, realmente no existen. Las relaciones que sí tenía Andacollo con otras compañías eran netamente civiles, contractuales -específicamente de contratos de arriendo de las instalaciones de la fundición- y, de acuerdo con ellas, difícilmente puede existir un incumplimiento tributario imputable a la Compañía por esta causa.

§6. POSICIÓN JURÍDICA DEL DENUNCIANTE EN EL PROCEDIMIENTO

1. Hacemos presente que de conformidad con el artículo 21 de la LOSMA, “(...) ***el denunciante tendrá para todos los efectos legales la calidad de interesado en el precitado procedimiento***”.

2. El tenor de la norma es claro, el denunciante tiene la calidad de interesado en el procedimiento sancionatorio que se inicie en virtud de su denuncia. Esto es incontrovertible desde un punto de vista literal.

3. Sin embargo, conviene tener presente que la calidad de denunciante e interesado no debe confundirse en un procedimiento administrativo sancionador, debido a que dicha relación no es necesaria⁵. Esto porque “*el criterio que denota la calidad de interesado sería la titularidad de un derecho subjetivo e interés legítimo que pueda resultar afectado o beneficiado (...)*”, naciendo así la distinción entre el denunciante simple y el denunciante cualificado⁶.

4. Se entiende **que sólo el denunciante cualificado adquiere la calidad de interesado en el procedimiento administrativo sancionador**, pero no por haber

⁵ HUNTER AMPUERO, Iván, “La legitimación popular del denunciante en la nueva justicia ante los tribunales ambientales” en *Revista de Derecho* 245, vol. 87, N°245, (2019), p. 180.

⁶ Ídem.

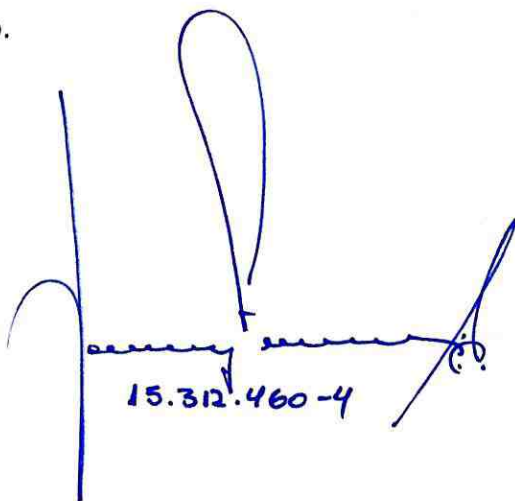
colocado la ocurrencia de un hecho en la esfera del *ius puniendi* estatal, “*sino por la titularidad de derechos e intereses legítimos que puedan ser afectados, positiva o negativamente, por la decisión estatal, esto es, la obtención de algún beneficio o utilidad potencial, o la eliminación de alguna carga o gravamen ambiental con la referida resolución*”⁷. Así, desde un punto de vista comparado, la doctrina y jurisprudencia aconsejan que esta cuestión deba resolverse casuísticamente, debiendo inquirirse en las particularidades del caso⁸.

5. Así, cabe preguntarse cuál es el interés que detenta el denunciante de este procedimiento en concreto. A nuestro entender, carece de cualquiera otro interés.

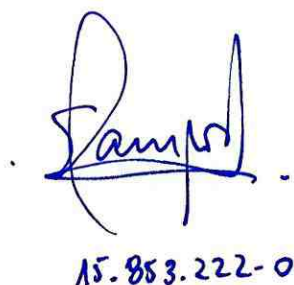
6. Como señala un destacado profesor universitario y actual ministro del Tercer Tribunal Ambiental, “*el problema de entender que a través de la figura del denunciante puede ampararse la legitimación popular es que, bajo el manto del interés en el cumplimiento de la legalidad ambiental, pueden esconderse los más variados intereses espurios, oscuros o de cualquier otro orden, no necesariamente legítimos, actuando quienes lo afirman en la calidad de interesados en el respectivo procedimiento sancionatorio(...)*”⁹.

POR TANTO, en virtud de las consideraciones expuestas,

A LA SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE RESPETUOSAMENTE PEDIMOS: tener presente, para todos los efectos legales, las observaciones realizadas en el cuerpo de este escrito.



15.312.460-4



15.853.222-0

⁷ *Ibidem*, p.181.

⁸ *Ídem*.

⁹ *Ídem*.