



EN LO PRINCIPAL: interpone reposición contra acto trámite que indica; EN EL PRIMER OTROSÍ: en subsidio, deduce recurso jerárquico; EN EL SEGUNDO OTROSÍ suspensión de procedimiento administrativo; EN EL TERCER OTROSÍ: en subsidio, suspensión de los efectos del acto administrativo que indica; EN EL CUARTO OTROSÍ: solicita forma de notificación para efectos que indica; y, EN EL QUINTO OTROSÍ: solicita resolución inmediata.

**SR. SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE**

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

De conformidad con los artículos 9°, 15 inciso 2°, y 59 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 (“LBPA”), interpongo recurso de reposición en contra de la Resolución Exenta N°9, de 30 de octubre de 2019, de esta SMA (“Resolución impugnada” o “RE N°9”), respecto a: (i) el rechazo del Programa de Cumplimiento presentado por mi representada; (ii) consecuencialmente, la reanudación de este procedimiento sancionatorio otorgando el plazo residual para presentar descargos; y, (iii) el otorgamiento de un nuevo plazo de 15 días para referirse a las nuevas imputaciones sobre daño ambiental; todo ello debido a las consideraciones de hecho y fundamentos de derecho que a continuación expongo:

**§1. ANTECEDENTES Y PROCEDENCIA DEL RECURSO DE REPOSICIÓN**

**A. El procedimiento sancionatorio de autos**

1. Mediante Resolución Exenta N°1, de 25 de abril de 2019, esta Superintendencia formuló cargos en contra de Andacollo, imputando una infracción en virtud de lo dispuesto en el artículo 35 letra b) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (“LOSMA”), calificándola jurídicamente como “gravísima”, únicamente sobre la base de lo dispuesto en el artículo 36 letra f) del mismo cuerpo legal.

2. Posteriormente, el 20 de mayo del año en curso, y sin perjuicio de no ser quien operaba la Planta por más de veinte años, sino sólo su arrendador, Andacollo presentó un programa de cumplimiento ofreciendo medidas para subsanar la presunta

infracción cometida por sus arrendatarios y corregir los supuestos efectos que ello habría ocasionado.

3. Mediante Resolución Exenta N°4, de 10 de junio de 2019, esta SMA previo a resolver ordenó incorporar observaciones al programa de cumplimiento.

4. A continuación, mediante escrito de 22 de julio del año en curso, la Compañía presentó un programa de cumplimiento refundido acogiendo todas y cada una de las observaciones formuladas por la SMA en la Resolución Exenta N°4.

5. Posteriormente, mediante la Resolución Exenta N°8, pronunciada cuatro meses después de la formulación de cargos y dos meses después de la presentación del programa de cumplimiento refundido, esta Superintendencia incorporó al procedimiento un nuevo informe de fiscalización otorgando traslado a esta parte, el cual fue respondido mediante escrito de 12 septiembre.

6. Finalmente, esta SMA, mediante la Resolución impugnada, rechazó el programa de cumplimiento presentado por la Compañía, sobre la base de antecedentes que no fueron comunicados en el pliego de cargos y que sólo constaban en el aludido informe de fiscalización, infringiendo con ello la legalidad conforme pasaremos a exponer.

**B. Naturaleza del acto administrativo recurrido, efectos que ocasiona y procedencia del recurso de reposición**

1. La RE N°9 es un “acto trámite”, esto es, “*aquellos que se dictan dentro de un procedimiento administrativo y que dan curso progresivo al mismo*”<sup>1</sup>, lo que, aplicado al caso concreto y como ha sostenido esta Superintendencia, se refiere a aquellos actos que son un “...*presupuesto para la decisión de fondo que resuelva finalmente el procedimiento administrativo sancionador*”.<sup>2</sup>

2. Conforme al inciso 2º del artículo 15 de la LBPA, por regla general los actos trámites no son impugnables, y sólo lo serán cuando: (i) determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o (ii) produzcan indefensión.

3. En efecto, como acertadamente resolvió el Segundo Tribunal Ambiental, en sentencia de 29 de septiembre de 2017, pronunciada en la causa Rol N° R-82-2015: “*Decimoquinto. Que, adicionalmente la doctrina, ha reconocido la recurribilidad de los*

---

<sup>1</sup> BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Tercera Edición, Legal Publishing-Thomson Reuters, Santiago, 2014, p. 142.

<sup>2</sup> Vid. Resolución Exenta N°7/ Rol D-023-2018, p. 3.

*actos trámites que deciden sobre el fondo de un asunto. En efecto, se ha dicho que "Resulta recurrible el acto administrativo que bajo la aparente forma de acto trámite iniciador de un procedimiento o de impulso administrativo contiene en realidad una decisión administrativa sobre el fondo del asunto planteado (Escuin Palop Vicente y Belando Garin Beatriz, Los Recursos Administrativos, Civitas Thomson Reuters, 2011, p. 73)".*

4. En este escenario, la RE N°9 es precisamente un acto trámite que determina la imposibilidad de continuar con el procedimiento administrativo destinado a aprobar el programa de cumplimiento presentado por mi representada, y que, además, la deja en un estado de indefensión, por cuanto la priva de uno de los derechos más relevantes que le otorga la LOSMA, esto es, poner término al procedimiento sancionatorio mediante una vía alternativa a la sanción.

5. Lo anterior, es refrendado por el Segundo Tribunal Ambiental en la sentencia citada en el numeral 3 previo, al disponer: "**Decimoctavo.** Que, en concepto del Tribunal, la resolución que se pronuncia sobre un programa de cumplimiento constituye un acto trámite cualificado, en cuanto decide sobre el fondo del asunto planteado, pudiendo causar indefensión, lo que lo transforma en un acto recurrible -mediante recurso de reposición- y objeto, en consecuencia, de un necesario control judicial".

Resolviendo en ese caso que: "**Decimonoveno.** Que, establecida la impugnabilidad de la Resolución Exenta N° 5/2015 -en virtud de la cual se rechazó el programa de cumplimiento-, y por tanto la ilegalidad de la Resolución Exenta N° 8/2015 -que rechazó por improcedente el recurso de reposición-, y teniendo en consideración que se ha impugnado en sede judicial la Resolución Exenta N° 5/2015, el Tribunal se encuentra facultado para revisar directamente la legalidad de la misma".

6. Con respecto al estado de indefensión que generan las resoluciones que rechazan los programas de cumplimiento, esta Superintendencia también ha reconocido su impugnabilidad al resolver, mediante la Res. Ex. N°5/ Rol A-002-2018, de 19 de diciembre de 2018: "13. Por otra parte, sí se aprecia la posibilidad que la Res. Ex. N° 4 / Rol A-002-2018 produzca indefensión. Como ha determinado el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, "la resolución que se pronuncia sobre un programa de cumplimiento, constituye un acto trámite cualificado, en cuanto decide sobre el fondo del asunto planteado, pudiendo causar indefensión, lo que lo transforma en un acto recurrible - mediante recurso de reposición- y objeto, en consecuencia, de un necesario control judicial". En consecuencia, se estima procedente el recurso de reposición con jerárquico interpuesto por GDN" (énfasis agregados).

7. En conclusión, la Resolución impugnada es “un acto trámite cualificado”<sup>3</sup> que pone término al procedimiento administrativo destinado a resolver la procedencia del Programa de Cumplimiento, y que genera indefensión a mi representada, por lo que es susceptible de ser impugnado por la vía del recurso de reposición contemplado en la LBPA.

## §2. ILEGALIDADES DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA

### A. Rechazo del programa por antecedentes y hechos no contemplados en la formulación de cargos: Afectación al principio de congruencia

#### El pliego de cargos en la instrucción del procedimiento administrativo sancionador ambiental: consideraciones generales

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

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

2. Sobre el particular, resulta relevante la jurisprudencia administrativa sentada por esta SMA en su resolución exenta Nº 765, de 29 de julio de 2013, donde dispone: "*61º Que, la formulación precisa de los cargos dispuesta en el artículo 49 de la Ley Orgánica de esta superintendencia, es condición esencial para que el sujeto fiscalizado pueda ejercer su derecho a defensa jurídica eficazmente, garantizando así un procedimiento equitativo. Lo anterior, se ve reflejado a su vez, en el citado artículo 54, que dispone la congruencia que debe existir entre los hechos y circunstancias que sirvieron de base para la formulación de cargos y aquellos que se tuvieron en consideración para aplicar la sanción. De este modo, los elementos esenciales que se deben tener presente por este Superintendente al momento de dictar la resolución final deben ser los mismos que se tuvieron en consideración para la formulación de cargos, no pudiendo en consecuencia, sancionar por hechos diversos".*

---

<sup>3</sup> En los términos que lo define la doctrina comparada. Sobre el particular, Vid. Muñoz MACHADO, Santiago, *Diccionario de Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2005. p. 87.

*En consecuencia, lo que no está expresamente incluido en la formulación de cargos será una cuestión ajena a la causa y no puede ni debe ser considerado en perjuicio del infractor y, por lo tanto, la resolución final de este Superintendente no puede exceder el contenido de la formulación de cargos, lo que importa plena observancia de lo que se denomina la congruencia entre formulación de cargos, dictamen y la resolución final" (énfasis agregados).*

3. Bajo este escenario, el primer vicio de ilegalidad de la Resolución impugnada es la infracción al principio de congruencia, ya que esta Superintendencia utiliza, para motivar el rechazo del programa de cumplimiento presentado por Andacollo, antecedentes y elementos que no le fueron comunicados en el Pliego de Cargos a la Compañía. En efecto, en la formulación de cargos no se contempla, menciona, ni expresa ninguno de los antecedentes referentes a la producción de un supuesto daño ambiental al componente suelo, específicamente, por existir una superación de los valores de plomo de acuerdo con estándares internacionales.

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

En este mismo sentido lo resolvió el Segundo Tribunal Ambiental, en la sentencia pronunciada en la causa Rol N° R- 76-2015, al prescribir: "Quincuagésimo cuarto. Que, a juicio del Tribunal en este punto, es necesario tener presente lo dispuesto en el artículo 54 inciso final de la LOSMA, que dispone que "Ninguna persona podrá ser sancionada por hechos que no hubiesen sido materia de cargos". Por aplicación de la norma, debe concluirse que si la presencia de fisuras o aberturas en los portones de ingreso del galpón SAC no fue detectada según indica la SMA en las inspecciones a terreno efectuadas con ocasión de las actividades de fiscalización, por lo que no fue materia de cargos en el proceso sancionatorio Rol F 68-2014, la reclamada no podía sancionar por tal motivo. Por consiguiente, si no hubo cargos ni sanción a dicho respecto, el programa de cumplimiento no podía abordarlo. En efecto, de la revisión del referido programa, no cabe más que concluir que la existencia de fisuras o aberturas en el galpón SAC no fue materia de acciones y metas específicas destinadas a subsanar una eventual falta de hermeticidad de dicho galpón. Por tanto, la alegación genérica de la reclamante en torno a que la infracción imputada en el segundo proceso sancionatorio estaba cubierta en cuanto a su origen, remedio y clasificación en el programa de cumplimiento del primer proceso, no es efectiva." (énfasis agregados).

4. En este procedimiento, la propia Resolución impugnada reconoce expresamente, en sus considerandos 57 a 60, que la SMA sólo se formó convicción del

supuesto daño ambiental mediante el informe de fiscalización IFA N°982/2019, el que fue notificado a mi representada el 3 de septiembre del año en curso, esto es, 4 meses después de la formulación de cargos y casi 2 meses después de la presentación de nuestro programa de cumplimiento refundido, por lo que resulta imposible que mi representada propusiera medidas para abordarlo en su programa de cumplimiento.

#### La formulación de cargos desde una perspectiva garantista

1. Entre el abanico de derechos del administrado, adquiere una relevancia fundamental aquel referido al derecho a ser debidamente informado de los cargos que se formulan en su contra.<sup>4</sup>
2. En efecto, lo anterior se traduce en que la autoridad administrativa le conceda al regulado todas las facilidades de acceso tanto al expediente administrativo como a los antecedentes en virtud de los cuales se sustenta el reproche que se le formula.
3. El derecho en comento no queda circunscrito sólo a lo mencionado previamente, sino que también se extiende a que la posibilidad o acceso se conceda en forma previa a la iniciación de las etapas de defensa y aportación de las pruebas destinadas a desvirtuar la acusación.
4. Como señala BLASCO PELLICER: "*el derecho a ser informado de la acusación es el primero de los derechos de defensa, a más que la figura fue proclamada en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y recogido en la legislación española en el artículo 135 del LRPC Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, como un derecho de indudable aplicación en el Derecho Administrativo Sancionador*".<sup>5</sup>
5. "Lo anterior nos parece justificado en razones de evidente sentido común y que dicen relación con el hecho de que solo mediante la observancia de unas reglas como

---

<sup>4</sup> "El principio de 'contradictoriedad', tan fundamental en la misión de garantía de los derechos e intereses de los administrados que concreta el procedimiento administrativo, revela su carácter de posibilitar a los administrados el hacer valer sus derechos y pretensiones, y que sean efectivamente considerados y sopesados antes de decidir la Administración la adopción de un determinado acto administrativo. Es la materialización del 'derecho a ser escuchado' y que se estudien y tengan en consideración las observaciones formuladas por los interesados en el transcurso del procedimiento. Particular importancia asume este principio tratándose de procedimientos administrativos sancionadores, en los cuales se impone una sanción a un sujeto por alguna conducta reprochada por el ordenamiento". SOTO KLOSS, Eduardo, "El procedimiento Administrativo (una aproximación a sus bases fundamentales)", En: Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXIX, Secc. 1<sup>a</sup>, 1982, p. 88.

<sup>5</sup> BLASCO PELLICER, Ángel, "El procedimiento administrativo sancionador en el orden social", Editorial Tirant lo Blanch Valencia, 1997, p. 40.

estas será factible, por una parte, permitir que las alegaciones y diferentes probanzas resulten realmente eficaces para el propósito con que son concebidas y, por la otra, que se observe una adecuada correspondencia y conexión entre aquellos hechos en los que se funda la acusación y aquellos por los cuales se pueda resultar en definitiva absuelto o condenado"<sup>6</sup> (énfasis agregado).

6. En procedimientos sancionatorios especiales, como es el caso del ambiental regulado en nuestro ordenamiento, dicha exigencia no se verifica exclusivamente en el acto sancionatorio, sino que alcanza, como resulta evidente, a las resoluciones pronunciadas en el procedimiento destinado a la aprobación de un programa de cumplimiento, el que, como se ha señalado, **constituye un mecanismo anormal de ponerle término, esto es, de arribar al acto terminal.**

En efecto, como lo resolvió el Segundo Tribunal Ambiental, en su sentencia pronunciada en causa Rol N° R-112-2016: "*Cuadragésimo tercero: "Que, el rol activo de la SMA en cuanto a prerrogativa pública que se impone sobre la auto regulación del administrado se justifica, además, porque la presentación de un programa y su posterior aprobación se enmarca dentro de un procedimiento administrativo sancionador, es decir, dentro del ámbito del ejercicio de una función pública. A ello se suma que la aprobación de un programa implica que la SMA "suspenda" o extinga el ejercicio de su potestad sancionadora como instrumento de protección ambiental, la que permite, en concepto de la doctrina, a través de la represión garantizar los bienes jurídicos de manera preventiva (Bermúdez Soto, Jorge, Fundamentos de Derecho Ambiental, Ediciones Universitarias de Valparaíso, segunda edición, Valparaíso, 2014, p. 472)"* (énfasis agregado).<sup>7</sup>

7. "En este entendido, "el derecho a ser informado de la acusación se erige en la doctrina de los autores europeos como un derecho subjetivo público fundamental, instrumental del derecho a defensa, del que son titulares los sujetos pasivos del procedimiento sancionador y que confiere a los mismos, el derecho a conocer, con carácter previo, a las fases de alegación y prueba, el contenido de la acusación dirigida contra ellos, la cual habrá de fundamentar la resolución definitiva del procedimiento en la misma acusación, sin que resulte posible imponer una sanción en base a otros hechos distintos a un título de condena heterogéneo a los respectivamente trasladados al conocimiento del inculpado".<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, "La responsabilidad de los Directores de Sociedades Anónimas. Responsabilidad Civil y Penal Administrativa", Ediciones UC, Santiago, 2013, p. 402.

<sup>7</sup> En el mismo sentido, Vid. La sentencia pronunciada por el Segundo Tribunal Ambiental, en Causa Rol R-68-2045 (c. Vigésimo segundo).

<sup>8</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, José, "El procedimiento administrativo sancionador", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 216.

8. Desde luego, "dentro del derecho administrativo sancionador, se sostiene en doctrina comparada que el derecho a ser informado de la acusación es un derecho público, fundamental y procesal. Se califica a este derecho de público, porque no se tiene frente a otro particular, sino frente a una autoridad pública, en nuestro caso la Administración, que es la que debe hacerlo efectivo y la que eventualmente puede vulnerarlo".<sup>9</sup>

9. De esta forma, "ser oído no significa una mera expresión semántica en la que se agota el derecho de defensa, sino que presupone que las leyes procesales contemplen las medidas necesarias para que las alegaciones vertidas se traduzcan en consecuencias prácticas que permitan el ejercicio del derecho en plenitud".<sup>10</sup> De allí, que el pronunciamiento de una resolución que tendrá como consecuencia jurídica privar a un sujeto de la posibilidad de presentar un programa de cumplimiento, esto es, uno de sus principales derechos para evitar una sanción administrativa, no puede motivarse en antecedentes que no fueron incorporados en el pliego de cargos.

10. Sobre el punto, desde hace varios lustros, se ha indicado que esta garantía, sustentada en el principio constitucional del debido proceso, "proyecta su aplicación en el ámbito administrativo a través del derecho a la defensa, y en una doble perspectiva, a saber: (i) en cuanto constituye una oportunidad para que el administrado haga oír sus alegaciones, descargos y pruebas; y, (ii) como el derecho a exigir de la administración la previa observancia de aquellos actos de procedimiento destinados a informarle debidamente respecto de los hechos que se le imputan y las disposiciones legales que les son aplicables". Ya que, "es consustancial a todo procedimiento administrativo su carácter contradictorio, lo que supone la posibilidad de hacer valer dentro del procedimiento los distintos intereses en juego, así como que esos distintos intereses puedan adecuadamente ser confrontados por sus respectivos titulares antes de adoptarse una decisión definitiva por parte de la Administración".<sup>11</sup>

11. En efecto, "no debe entenderse de un modo restringido ese conocimiento sin el aporte de los fundamentos materiales y formales que sirvieron de apoyo a la administración para el impulso de la acusación e inicio ritual del procedimiento. Inclusive, el afectado tiene también derecho a conocer el fundamento de la pretensión sancionadora.

---

<sup>9</sup> ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, "El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales", Thomson Civitas, Navarra, 2007, p. 101.

<sup>10</sup> VARELA, Casimiro, "Fundamentos Constitucionales del Proceso Penal", Ad hoc, Buenos Aires, 1999, p. 245.

<sup>11</sup> OELCKERS CAMUS, Osvaldo, "El derecho a defensa del interesado en el Derecho Administrativo. Especial referencia al proyecto de ley sobre bases de los Procedimientos Administrativos", En: Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso, vol. XX, 1999, p. 272.

Por lo demás, ese derecho es básico para identificar la presunta infracción de que se acusa al administrado y absolutamente necesario para organizar la defensa. Es decir, el inculpado tiene que saber cuáles son los hechos que se imputan para poder refutarlos o contradecirlos en el escenario punitivo de la administración".<sup>12</sup>

**12.** Ello, por cuanto son los Cargos **-y no otro instrumento, documento o antecedente investigativo-** el acto administrativo por el cual se comunica al presunto infractor los hechos que han dado origen a la investigación seguida en su contra, y en este procedimiento sancionador a Andacollo no se le informó, en el pliego de cargos, cuáles habían sido estos hechos, en forma precisa, concreta y completa, privándola de una herramienta fundamental que el ordenamiento le franquea para organizar adecuadamente su defensa y evitar un sanción.

Esto es así, desde que "la defensa tiene que inaugurar su estructura desde el origen, es decir desde la iniciación del procedimiento, desde cuando la administración ordena la ritualidad investigativa. Esa conducta es más honesta, es más protectora, es más equilibrada, es más imparcial".<sup>13</sup>

#### **Deber de motivación del pliego de Cargos en tanto acto administrativo**

**1.** En concordancia con lo expuesto en precedencia, es menester recordar que existe otro motivo que permite, en este punto, advertir la ilegalidad de la RE N°9: **dicho acto administrativo debió hallarse motivado y bastarse a sí mismo.**

**2.** "Respecto de la necesidad de motivación del acto administrativo, una precisa y elocuente síntesis nos la proporcionan las reflexiones de Fermandois y Baraona, quienes, partiendo de la definición del profesor Soto Kloss –que lo concibe como una "ordenación racional unilateral dictada por un sujeto en el ejercicio de una función administrativa, que, destinada a la satisfacción de una necesidad pública concreta, produce efectos jurídicos directos"– concluyen que así entendido la motivación del acto se erige un elemento esencial, sin el cual es nulo. Y es que si el acto administrativo es "ordenación racional" deberá ser ajustado a la razón –razonable–, es decir, proporcionado y nunca arbitrario".<sup>14</sup>

**3.** Así, "respecto de los supuestos de hecho del acto, la primera interrogante que se plantea consiste en dilucidar si los actos administrativos deben tener motivaciones,

---

<sup>12</sup> OSSA ARBELÁEZ, Jaime, "Derecho Administrativo Sancionador. Una aproximación dogmática", Segunda Edición, Legis, Colombia, 2009, p. 631.

<sup>13</sup> Ibidem.

<sup>14</sup> ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, Ob. Cit. p. 388.

supuestos o antecedentes de hecho que deban ser explicitados por el administrador, haciendo ver desde ya que una respuesta negativa habilitaría para que este omita dicha fundamentación fáctica y evada la impugnación cuando esos hechos resultan falsos. Por lo demás, destacan que en realidad es un aspecto en que la doctrina ha encontrado suficiente acuerdo"<sup>15</sup>.

4. En este sentido, qué duda cabe que por aplicación de los artículos 6, 7 y 19 Nº 2 de la Carta Fundamental, es evidente la obligación que pesa sobre la administración, en el sentido que los actos o resoluciones que expida deban estar debidamente fundados y motivados. Asimismo, en dicho sentido, **no cabe duda alguna que un pliego de cargos que omite indicar al presunto infractor cuál es el contenido y sustrato fáctico de dicha infracción, así como los supuestos efectos que genera y la consecuencias jurídicas de los mismos, carece de tal motivación.**

5. GARCÍA DE ENTERRÍA, entiende que "motivar" un acto "significa fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración es parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y, en segundo lugar, a razonar cómo tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto"<sup>16</sup>.

6. "En la misma línea, entre nosotros, ARÓSTICA agrega que la fundamentación del acto no solo debe existir, sino debe estar calificada; esto es, no puede ser errada o falsa, en cuyo caso el acto es nulo. De igual modo, la expresión obligatoria de los fundamentos del acto administrativo facilita la persuasión de la razonabilidad de las decisiones acertadas y facilita también el descubrimiento de los errores y fraudes de las medidas arbitrarias, posibles de anulación".<sup>17</sup>

7. Todo lo expuesto, "adquiere especial relevancia en esta materia, pues como advierte la doctrina especializada con precisión, uno de los problemas que con mayor frecuencia se presenta en el ámbito sancionador de la Administración es que, de manera normal y habitual, es la propia decisión sancionadora la primera oportunidad donde se declara el contenido concreto de la obligación que se considera incumplida por el supuesto infractor".<sup>18</sup>

8. Finalmente, a modo de síntesis, es posible afirmar lo siguiente:

---

<sup>15</sup> Ídem.

<sup>16</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, "Curso de Derecho Administrativo", Tomo II, Civitas, Madrid, 1992.

<sup>17</sup> FERMANDOIS V, Arturo y BARAONA, Jorge, "La inexistencia de los hechos que fundamentan un acto administrativo, ¿constituye un vicio de nulidad?", En: revista de Derecho Universiad Finis Terrae, Año VII, Nº 7, pp. 82-92.

<sup>18</sup> HUERGO LORA, Alejandro, "Las sanciones administrativas", I edición, Iustel, Madrid, 2007, p.142.

- Los cargos formulados deben señalar en forma completa, precisa y suficiente, cuáles son los hechos concretos que constituyen la infracción, cuáles son los efectos que generan, las consecuencias jurídicas de los mismos y todas las normas supuestamente infringidas.
- Una omisión a este respecto constituye una vulneración al principio constitucional del debido proceso y el derecho a defensa.
- Especialmente, es una infracción al *derecho de conocer y ser informado en forma completa y suficiente de las supuestas infracciones por las cuales se le ha instruido el procedimiento administrativo sancionatorio*, de tal suerte que una omisión en este sentido implica, por parte de la autoridad administrativa, una vulneración de dicho derecho.
- Asimismo, la omisión antes señalada implica que la autoridad dicte un acto administrativo que no se encuentra debidamente motivado y en tal sentido infringe también el ordenamiento jurídico.
- En este procedimiento sancionatorio, la RE N°9 infringe los preceptos y principios señalados, por cuanto en el pliego de cargos no existió referencia alguna al daño ambiental que en ella se imputa, según se demostrará a continuación.

**Infracción a los principios que informan el derecho administrativo sancionador. El rechazo del programa de cumplimiento por una infracción cuyos efectos no fueron señalados expresamente en el pliego de Cargos infringe la LOSMA por ausencia de congruencia**

1. Conforme hemos venido señalando, el pliego o auto de cargos, como manifestación del principio acusatorio, constituye una pieza fundamental y autónoma en el procedimiento administrativo sancionatorio, mediante el cual la administración le concreta al encartado los hechos que, en su sentir, son transgresores de la normatividad, indicando, asimismo, las disposiciones presuntamente infringidas y las sanciones correspondientes".<sup>19</sup>
2. En este sentido, "como puede observarse, el pliego de cargo cumple una función absolutamente necesaria para habilitar la resolución final. Sólo mediante ese documento se puede delimitar con precisión y en momento adecuado, los hechos

---

<sup>19</sup> OSSA ARBELÁEZ, Jaime, Ob. Cit., p. 636.

concretos de la incriminación, el alcance jurídico de los mismos y la participación del encartado en el grado de punibilidad que allí debe señalarse".<sup>20</sup> Pero, en el caso de un procedimiento sancionador como el ambiental, dicho estándar alcanza también a la resolución que rechaza un programa de cumplimiento, por cuanto dicho acto administrativo se configura como un modo anormal de poner término al proceso infraccional.

3. En este contexto, y recordando una vez más que en el estado actual del arte nadie duda hoy sobre la procedencia de aplicar los *principios de derecho penal al derecho administrativo sancionador*<sup>21</sup>, la necesidad de que el pliego de cargos contenga la enunciación clara y precisa de los supuestos fácticos y normativos que configuran la supuesta infracción, es un imperativo que también viene impuesto por el denominado *principio de congruencia*, en tanto si ello no acaece la administración se vería imposibilitada, no sólo de aplicar una sanción al culminar el respectivo procedimiento administrativo sancionatorio, sino también de resolver la procedencia de un programa de cumplimiento.

4. Esto es, conforme lo ha sostenido, nuestra Corte Suprema, en una causa penal: "Cabe tener en cuenta que la acusación debe contener la relación circunstanciada de los hechos atribuidos y de su calificación jurídica, ya que sólo así puede controlarse la congruencia antes aludida y permite al encausado preparar adecuadamente su defensa sin temor a sorpresas ni sucesos extraños a la acusación.

*En otras palabras, los cargos contemplados en la formalización de la investigación son definitivos, en el sentido que después de realizados no pueden ampliarse o alterarse en base a nuevos hechos punibles atribuibles a los procesados porque su existencia obliga a una nueva indagación separada por parte del Ministerio Público.*

*Esta es la esfera del artículo 259, inciso final, del Código Procesal Penal, al igual de lo que acontece con la sentencia definitiva condenatoria que no puede exceder el contenido de la acusación, conforme lo prescribe el artículo 341 del mismo texto, sin perjuicio que, tal como en el evento anterior, el tribunal puede darle a los hechos una calificación jurídica diferente o apreciar la concurrencia de elementos agravantes de la*

---

<sup>20</sup> Ibidem.

<sup>21</sup> Así, fue resuelto por nuestro Tribunal Constitucional en la causa Rol N° 244 de 1996, al expresar que "los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendo propio del Estado". En idéntico sentido se ha pronunciado la doctrina. Por todos Vid. BOETTIGER PHILIPPS, Camila, "El derecho Administrativo sancionador en la Jurisprudencia del Tribunal constitucional" en: Revista de Actualidad Jurídica, N° 20, Julio 2009, tomo II, p. 585 y ss.

*responsabilidad criminal no incluidos en la acusación, siempre que se hubiere advertido a los intervenientes durante la audiencia".<sup>22</sup>*

En igual sentido, la Corte de Apelaciones de Concepción ha señalado: "El principio de congruencia implica la concordancia entre la fijación fáctica con relación a los hechos y circunstancias penalmente relevantes que han sido objeto de la imputación contenida en la acusación, en términos de tiempo lugar y modo de comisión que fueren de importancia para su calificación jurídica...".<sup>23</sup>

A su turno, la Corte de Apelaciones de San Miguel resolvió: "El principio de congruencia tiene el claro objeto de procurar una adecuada defensa del acusado, evitando que la incorporación de elementos probatorios pueda redundar en una apreciación que le resulte más gravosa de la que tuvo en consideración para organizar su defensa".<sup>24</sup>

5. Bajo estos supuestos, es claro concluir que la omisión en que incurrieron los cargos formulados contra Andacollo trae como consecuencia que, por aplicación del principio de congruencia, no resultaba posible rechazar el programa de cumplimiento de la Compañía por estimarse, luego de 4 meses de formulados los cargos, que ahora la supuesta infracción genera además un daño ambiental.

Máxime si la presunta infracción primigenia fue calificada como gravísima sobre la base de lo dispuesto en el artículo 36 N°1 letra f), y ahora se imputa un daño ambiental sin hacer referencia alguna a si se trata de la hipótesis del artículo 36 N°1 letra a) o 36 N°2 letra a), en cuyo caso la calificación de la infracción sería grave.

Este hecho demuestra en forma palmaria la vulneración a la congruencia por cuanto los efectos jurídicos de la supuesta infracción ni siquiera son expresados con precisión en la RE N°9, sino que se señalan de forma genérica.

6. Finalmente, debemos señalar, junto a MORENA DEL Río, que "... si bien puede considerarse que algunos defectos son posteriormente subsanables por la Administración, esta posibilidad no debe afectar el derecho de defensa del presunto infractor y, en todo caso, la enmienda posterior sólo puede aceptarse en la medida en que el acto administrativo de imputación hubiera sido emitido conforme a derecho [cuestión que según hemos dicho no acaece en el caso en estudio]. De lo contrario, ante

---

<sup>22</sup> Corte Suprema, 23 de septiembre de 2005, autos Rol N° 3297-2005.

<sup>23</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, 6 de enero de 2012, autos Rol N° 230-2012.

<sup>24</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel, 30 de abril de 2012, causa Rol N°387-2012.

*la ilegitimidad de la imputación, entendemos que corresponde clausurar el procedimiento sin más trámite"*<sup>25</sup> (énfasis agregados).

7. A modo de conclusión de este apartado:

- El pliego de cargos debe poseer una información cabal, completa y suficiente de los hechos imputados al presunto infractor, con el objeto de que éste pueda articular debidamente su defensa.
- Los cargos deben ser un instrumento autónomo que, en consecuencia, debe bastarse a sí mismo.
- Por aplicación del principio de congruencia la SMA no podría rechazar el programa de cumplimiento sobre la base de un presunto daño ambiental que advirtió cuatro meses después de formular los cargos.

**B. Rechazo del programa por una causal no contemplada por el legislador: Afectación a la presunción de inocencia e interpretación de la LOSMA contraria a derecho**

**Afectación a la presunción de inocencia**

1. En primer término y en sintonía con lo expuesto en precedencia, la SMA infringió flagrantemente, en la Resolución impugnada, la presunción de inocencia que debe predicarse respecto de la Compañía.

2. En efecto, se advierte en diversos pasajes de la RE N°9 (específicamente en los considerandos 57, 58, 59; y, 70 a 75) que la SMA justifica sus asertos sin acreditarlos fehacientemente y que los imputa sobre la base de **presunciones e inducciones** a raíz de hechos aislados en la Fiscalización. Es más, esta Superintendencia se conduce con respecto a la Compañía como si ésta ya estuviere condenada, ya que sin haberse determinado ni acreditado la existencia de un daño ambiental lo da por sentado para impedirle presentar su programa de cumplimiento.

Es decir, la Autoridad administrativa ha imputado a mi representada la generación de un daño ambiental sobre la base de suposiciones o presunciones que obtiene a partir de la utilización de una guía holandesa y de otros hechos constatados en una fiscalización posterior a los cargos, omitiendo en su análisis que la Empresa no

---

<sup>25</sup> MORENA DEL RÍO, María, Ob. Cit. p. 521.

ha sido condenada aún por el daño ambiental que ahora imputa, olvidando que mientras ello no ocurra Andacollo se presume inocente.

Ello, en un sistema de derecho administrativo sancionador *post Beccariano*, resulta intolerable por cuanto, como se ha resuelto elocuentemente en España por el Tribunal Constitucional, “*..toda resolución sancionatoria, sea penal o administrativa, requiere a la par certeza de los hechos imputados, obtenida mediante prueba de cargo, y certeza del juicio de culpabilidad sobre esos mismos hechos, de manera que el art. 24.2 de la Constitución rechaza tanto la responsabilidad presunta y objetiva como la inversión de la carga de prueba en relación con el presupuesto fáctico de la sanción*”.<sup>26</sup> En conclusión, mientras en este procedimiento sancionatorio no se determine por un acto terminal que Andacollo generó un daño ambiental, no es posible que se trate a la Compañía como si esto hubiere ocurrido, porque ello implicaría vulnerar su posición de inocente.

Esta situación se hará más patente en las páginas siguientes, donde se demostrará que no existe tal hipótesis de daño ambiental dado que la supuesta superación de los parámetros internacionales de plomo en algunos sectores del lugar en que se emplaza la Planta no puede revestir el carácter de significativo que toda lesión a un componente ambiental debe reunir para ser considerada como daño ambiental.

#### **Interpretación de la LOSMA contraria a derecho**

1. Adicionalmente, esta SMA entre los considerandos 48 a 55; y, 62 efectúa una interpretación contraria a derecho de la LOSMA, al sostener que en aquellas hipótesis en que se formulen cargos clasificándose la infracción como gravísima o grave por presentar una hipótesis de daño ambiental, no procedería la presentación de un programa de cumplimiento. Decimos que dicha interpretación es contraria a derecho por los siguientes motivos: (i) el legislador indicó taxativamente las hipótesis en las que no procede la presentación de un programa de cumplimiento; y, (ii) esa interpretación alteraría la sistemática de la LOSMA, además de afectar la presunción de inocencia conforme se desarrolló anteriormente.

2. **Primero:** Como bien sabe esta SMA, conforme al artículo 42, las únicas restricciones que el legislador estableció para la presentación de un programa de cumplimiento son: (i) haberse acogido a un programa de gradualidad en el cumplimiento de normativa ambiental; (ii) haber sido objeto con anterioridad de la

---

<sup>26</sup> STC 76/1990, de 26 de abril (RTC 1990, 76), F.8º B).

aplicación de una sanción por parte de la Superintendencia por infracciones gravísimas; y/o, (iii) haber presentado con anterioridad un programa de cumplimiento, salvo que se hubiese tratado de infracciones leves.

3. Como se advierte, bajo ningún respecto y de modo alguno se establece una restricción como la utilizada por esta SMA para rechazar o más bien prohibir la presentación del programa de cumplimiento, ya que la circunstancia de existir una imputación por haber ocasionado daño ambiental no fue contemplada por el legislador para estos efectos.

Pero lo anterior es incluso más dramático, porque como hicimos presente en el acápite anterior, en la formulación de cargos no se calificó jurídicamente la infracción como gravísima por existir daño ambiental, ni tampoco se mencionó o se expusieron los argumentos que hoy han motivado el rechazo del programa de cumplimiento. Y, todavía más, porque, como se verá más adelante, **tampoco es efectivo que en este procedimiento mi representada haya ocasionado daño ambiental alguno.**

4. El Segundo Tribunal Ambiental resolvió, en sentencia de 28 de junio de 2017, pronunciada en los autos Rol N° R-116-2016: “*Vigésimo: Que, a juicio de estos sentenciadores, teniendo en consideración los requisitos de procedencia y aprobación de un programa de cumplimiento, la existencia paralela de un procedimiento de daño ambiental substanciado ante este Tribunal no obsta ni a la presentación ni a la aprobación del mismo, ni interfiere en las diligencias propias del procedimiento judicial de reparación de daño ambiental, razón por la cual, la pretensión del reclamante a este respecto será desestimada*”.

Es decir, en criterio de ese Tribunal, ni siquiera la circunstancia de existir un proceso paralelo por daño ambiental impediría la presentación de un programa de cumplimiento, por lo que mucho menos puede serlo la simple imputación formulada en un procedimiento sancionatorio, máxime si dicha imputación ni siquiera se efectuó en los cargos respectivos, sino en una resolución posterior como lo es la RE N°9, que impugnamos por este acto.

5. Así, al obrar de esta manera, la SMA vulneró el principio de juridicidad consagrado en los artículos 6 y 7 de nuestra Constitución Política de la República; 42 de la LOSMA; y, 6 y 9 del Decreto Supremo N°30, de 20 de agosto de 2012, D. of. 11 de febrero de 2013, del Ministerio de Medio Ambiente (“**DS N°30**”) ya que actuó fuera de la esfera de su competencia y en una forma no prescrita por la Ley.

Cuestión que, por lo demás, el Segundo Tribunal Ambiental proscirió expresamente en su sentencia pronunciada en causa Rol R-75-2015, al resolver: “*Duodécimo. Que, como es evidente, lo anterior no implica que la SMA cuente con una absoluta discrecionalidad para tener por presentado un programa de cumplimiento y decidir su posterior aprobación o rechazo sin más, puesto que no puede exigir requisitos o imponer criterios que no estén expresamente regulados en la normativa*”.

6. **Segundo:** La interpretación de la SMA afecta flagrantemente la sistemática de la LOSMA, lo cual queda demostrado con una sencilla pregunta: ¿qué pasaría si finalmente se absuelve a Andacollo de la imputación de haber generado un daño ambiental?

7. Y la respuesta es evidente: **se nos habría privado de presentar un programa de cumplimiento por un hecho que finalmente fue descreditado en el procedimiento.** Con ello una vez más se muestra la afectación a la presunción de inocencia, porque sin que exista la acreditación del daño ni tampoco una sanción por ese hecho se está condenando a mi representada desde la formulación misma de los cargos, privándolo de obtener un derecho que el legislador le otorgo expresamente para evitar esa sanción.

8. En efecto, ¿qué sentido tendría en este mismo procedimiento que se nos otorgue un plazo para presentar descargos frente al daño ambiental, si para la SMA ello es un hecho asentado? Ninguno, por cierto.

9. La tesis de esta Superintendencia no puede prosperar ni ser aceptada conforme a derecho, ya que de lo contrario una formulación de cargos por una infracción que a su juicio ocasionó un daño ambiental sería, en definitiva, una condena anticipada que privaría al presunto infractor, ni más ni menos, de la alternativa más relevante para evitar ser sujeto de sanción.

**C. En subsidio y complemento de lo anterior: rechazo injustificado del programa porque no existe daño ambiental**

1. Sin perjuicio de todo lo dicho en precedencia, la Resolución impugnada es también ilegal por cuanto la presunta afectación al suelo no constituye un daño ambiental en los términos expresamente definidos en el artículo 2 letra e) de la LGBMA.

2. La Resolución impugnada desarrolla la supuesta existencia de un daño ambiental en los considerandos 56 a 58. Es decir, en exactamente 32 líneas se pretende

motivar un acto administrativo en el que la SMA manifiesta formar su convicción sobre la existencia de un daño ambiental, a partir de un informe de fiscalización expedido 4 meses después de la formulación de cargos.

3. Para demostrar los vicios de legalidad de la RE N°9, y particularmente la improcedencia de sus conclusiones, en lo sucesivo analizaremos cada uno de dichos considerandos:

**3.1. Considerando 56:** “*Para el caso concreto, en virtud de las actividades de fiscalización desarrolladas por funcionarios de esta SMA que dieron origen al IFA N° 982/2019, luego del examen de las muestras de suelo tomadas fue posible constatar que dentro de los efectos de la infracción por la que se formuló cargos se encuentra la hipótesis de daño ambiental al componente suelo, producto de las emisiones de plomo provenientes de la planta de fundición”.*

Sobre el particular huelgan mayores comentarios. En este considerando la SMA sólo señala que sobre la base del informe de fiscalización incorporado al expediente en septiembre del año en curso se constató por su parte la existencia de un daño ambiental. Pero omite referirse a las circunstancias y elementos que le permitirían arribar a dicha conclusión.

Como desarrollaremos a continuación, no toda disminución, detrimento o menoscabo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes puede ser calificado como daño ambiental, ya que además de dichos efectos es necesario que los mismos puedan ser considerados como significativos, lo que en el caso de este procedimiento sancionatorio no ocurre.

**3.2. Considerando 57:** “*En efecto, el IFA N° 982/2019 refiere que, de las 13 muestras de suelo analizadas, 10 de éstas superan el límite de la concentración de plomo al suelo, establecidas en las normas internacionales de referencia empleadas por esta Superintendencia (norma canadiense y norma holandesa), de tal manera que un 80% de las muestras analizadas están por sobre los niveles de tolerancia de plomo en el suelo, lo que se traduce en un escenario de daño ambiental a dicho componente. Asimismo, señala que la muestra que presentó mayor concentración de plomo en el suelo dio un valor de 87.176 mg/kg, correspondiendo a la extraída al interior del galpón N°2 de la Fundición Alcones, arrojando una superación de 14.000% a la norma de suelo industrial de Canadá y un 16.000% a la norma de suelos intervenidos de Holanda”.*

Al respecto, es necesario formular diversas precisiones:

**En primer lugar:** aclarar que lo que se denomina “norma holandesa” es en realidad una guía y no una norma de referencia internacional.

**En segundo lugar:** la circunstancia de que algunos sectores del suelo en los que se emplaza la Planta presenten valores superiores a los parámetros de la norma y guía internacional que se usa para evaluar la condición de este, **no implica necesaria ni consecuencialmente, en caso alguno, la existencia de un daño ambiental.**

Como bien sabe la Autoridad, no se deben confundir cuatro conceptos elementales para comprender las consecuencias jurídicas de un efecto adverso sobre el medio ambiente o un componente ambiental: (i) contaminación; (ii) contaminante; (iii) efecto significativamente adverso; y, (iv) daño ambiental. Por ello, es relevante recordar que ni uno es consecuencia necesaria del otro, ni la presencia de uno de ellos excluye la presencia del otro. Son fenómenos lesivos que discurren en forma separada y que pueden llegar a relacionarse en ciertas hipótesis.

Sin el afán de dogmatizar, señalaremos brevemente que la **contaminación** -en los términos definidos por el artículo 2 letra c) de la LGBMA- implica la superación de normas -o legislación vigente en los términos de la ley-, y, como bien reconoce la **Resolución impugnada en su considerando 58, en nuestro ordenamiento jurídico no existen normas de calidad de suelos, por lo que mal podríamos estar en presencia de una hipótesis de contaminación en este procedimiento sancionatorio.**

En todo caso, la superación de una norma o guía y la consiguiente hipótesis de contaminación no implican necesariamente la existencia de un daño ambiental. Por el contrario, la existencia de contaminación gatilla otras herramientas previstas por el ordenamiento jurídico para corregirla: (i) las declaraciones de zonas de latencia o saturación; y, (ii) los consecuentes planes de prevención y descontaminación.

Así, un ejemplo sumamente elocuente es que, en la Región Metropolitana, tratándose de la calidad del aire, existe una superación de los contaminantes Material Particulado Respirable MP10, Material Particular Fino Respirable MP2,5, Ozono O; y Monóxido de Carbono CO, **y ello en caso alguno implica la existencia de un daño ambiental al componente aire en la región.**

La situación de los **agentes contaminantes** es diversa. Aquí, según la definición del artículo 2 letra d) de la LGBMA, estamos en presencia de “*todo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, radiación, vibración, ruido, o una combinación de ello, cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o períodos de tiempo, pueda constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o la conservación del patrimonio ambiental*”.

En este sentido, los señalamientos del considerando en estudio podrían, como mucho, configurar la presencia de un agente contaminante, **pero ello en ningún caso implicaría necesariamente la existencia de un daño ambiental.**

En concreto, y para este procedimiento sancionatorio, la superación de normas y guías de referencia en materia de suelos significaría, como mucho, que estamos en presencia de un agente contaminante, **el que perfectamente podría ser corregido mediante un programa de cumplimiento, tal y como fue propuesto en estos autos.**

Por lo demás, el señalamiento de superación de un 16.000 % que se expone en el considerando en examen, se presenta dentro de uno de los galpones en los que se emplaza el horno N°1 de la Planta, esto es, **no se encuentra en el componente suelo sino dentro de un espacio acotado al interior de un galpón cubierto.**

Sobre los efectos **significativamente adversos**, no nos pronunciaremos, ya que su análisis y corrección se presentan en otro instrumento de gestión ambiental: el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Sin perjuicio de ello, se debe mencionar que **éstos tampoco implican la existencia de un daño ambiental per se, y, en todo caso, su corrección según venimos diciendo se efectúa en otra sede.**

Pero más aún, precisamente una de las medidas propuestas en el programa de cumplimiento de Andacollo fue la evaluación ambiental de un nuevo proyecto que considere todos estos elementos.

Finalmente, con respecto al **daño ambiental** -al tenor de lo dispuesto en el artículo 2 letra e) de la LGBMA-, este se configura cuando exista una “disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno a más de sus componentes”. Como resulta evidente, el elemento determinante del daño ambiental es la “significación” del mismo. Referente a ello, es preciso constatar que en la RE N°9 **no se efectúa absolutamente ningún análisis sobre cómo la supuesta presencia de plomo en algunos sectores en que se emplaza la Planta, en cantidades mayores a la normas y/o guías de referencia utilizadas, podría reunir esa característica.**

Esta circunstancia es concluyente y demuestra cabalmente que la Resolución impugnada rechazó el programa de cumplimiento confundiendo los conceptos de contaminación, contaminante y daño ambiental, presumiendo la presencia de este último sin base técnica ni jurídica que lo avale. Ello, desde luego, demuestra que el acto administrativo impugnado carece de motivación y, por lo tanto, además de todo lo dicho, infringe los artículos 11 inciso 2 y 41 inciso 4 de la LBPA.

Sin perjuicio de lo anterior, demostraremos que la presencia de plomo en algunos sectores en que se emplaza la planta, en cantidades mayores a los estándares extranjeros utilizados, no reúne los requisitos de significancia para ser calificado como daño ambiental.

Para demostrar que la supuesta afectación del suelo no es significativa tomaremos tres criterios desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia:

- El daño ambiental actuando como medio transmisor de la actividad dañosa ocasiona a su vez un daño o afectación a la salud de las personas: Lo primero que se debe recordar, es que el supuesto daño ambiental imputado se refiere exclusivamente al elemento suelo. En este sentido, comenzaremos por descartar de inmediato cualquier conexión causal entre el presunto daño ambiental y la afectación en la salud que sufrieron los trabajadores de una de las empresas que operaban la planta. En efecto, lo que imputa la SMA es un daño ambiental al suelo y lo cierto es que la presencia de plomo en el suelo no permitiría, bajo respecto alguno, contaminar la sangre de los trabajadores. Adicionalmente, en el programa de cumplimiento presentado por la Compañía se acompañó un informe de efectos que precisamente demuestra que los residentes de las zonas circundantes a la Planta no presentaban niveles de plomo en la sangre ni poseían síntomas de afectación en su salud.

Dicho lo anterior, del análisis de todos los datos que obran en el proceso, se concluye que no existe ningún antecedente que permita siquiera presumir que la presencia de agentes contaminantes en algunos sectores donde se emplaza la Planta haya ocasionado un daño o afectación a la salud de las personas, por lo que este criterio queda descartado.

- La irreversibilidad o la condición de irrecuperable del componente ambiental dañado: La imputación que formula la SMA se refiere a algunos sectores específicos del lugar en que se emplaza la Planta. Como resulta evidente, dichos sectores pueden perfectamente ser devueltos a su condición original, esto es, ser dejados sin presencia de plomo. De hecho, así se propuso en una de las

**medidas del programa de cumplimiento.** Atendido lo anterior, también se descarta por completo la presencia de este componente.

- Las condiciones especiales del medio ambiente o del componente ambiental dañado o su representatividad: Este criterio es sumamente sencillo de descartar, por cuanto los sectores que supuestamente estarían con presencia de plomo en parámetros que exceden algunos criterios internacionales, no corresponden a componentes propios del país, únicos, escasos o representativos, ni mucho menos que se amanece su permanencia o capacidad de regeneración.

En síntesis, la RE N°9 no efectúa ningún análisis sobre la presunta significancia de la afectación al suelo que imputa, limitándose a declarar que la presencia de plomo sobrepasa los parámetros de una norma y de una guía extranjera que utiliza como referencia, pero en caso alguno demostrando que dicha superación podría considerarse como un daño ambiental.

**3.3. Considerando 58:** “*El uso de normas de referencia se justifica en el entendido de que en Chile no existen normas sobre calidad de los suelos. En razón de ello, se observó que la norma canadiense y holandesa tienen dentro de sus parámetros al Pb, Cu, Cd y Zn, y además cumplen con los siguientes requisitos: (i) sus valores de referencia son mayores al valor de control o blanco (conforme a los antecedentes entregados en el Programa de Cumplimiento); (ii) presentan valores más conservadores; y (iii) poseen similitud en sus componentes ambientales, que en este caso contemplan el suelo tipo arcilloso. De tal manera, las consideraciones anteriores permitieron a esta Superintendencia determinar que la norma canadiense denominada "Protocolo para la Derivación de Directrices de Calidad de Suelo para el Ambiente y la Salud Humana" (Protocol far the Derivation of Environmental and Human Health Soil Quality Guidelines) aplica para el caso en concreto por las razones señaladas, además de contemplar usos de suelo diferenciados para actividades industriales y agrícolas - ambas desarrolladas en el área afectada por la fundición-. Por su parte, la norma holandesa "Valores Blanco y de Intervención para la Remediación del Suelo" (Target Values and Intervention Values for Soil Remediation, VROM) se refiere a suelos altamente intervenidos por actividad industrial, y su empleo fue propuesto por el mismo titular”.*

Como se advierte, en este considerando no se señala, justifica, ni motiva la existencia de un daño ambiental, limitándose exclusivamente a justificar el uso de unas normas de referencia internacionales.

4. En conclusión:

- La RE N°9 pretende justificar la existencia de un daño ambiental en un informe de fiscalización expedido 4 meses después de la formulación de cargos y 2 meses después de la presentación del programa de cumplimiento por parte de Andacollo.
- La Resolución impugnada dedica 32 líneas (3 considerandos) para justificar su convicción sobre la existencia de un daño ambiental, sin pronunciarse en ningún momento sobre sus elementos, referir si se trata de un daño irreversible o reversible -lo que resulta fundamental en un procedimiento sancionatorio- y sin dedicar una línea a desarrollar el carácter de significativo del mismo. Todo ello redunda en que dicho acto administrativo carece de motivación.
- La RE N°9 da cuenta de una severa confusión entre los conceptos de contaminación, contaminante y daño ambiental, dando por sentado que la superación de un parámetro contenido en una norma y en una guía extranjera, sería suficiente para dar por acreditado el daño ambiental.
- Utilizando los criterios que la jurisprudencia y la doctrina establecen para determinar cuándo una disminución detimento o menoscabo es significativo, se arriba a la inequívoca conclusión de que la presencia de plomo en algunos sectores donde se emplaza la Planta no configura ni reviste el carácter de significativo.

D. **Infracción a los artículos 42 de la LOSMA, 6 y 9 del DS N°30: El programa de cumplimiento cumple con todos los requisitos para ser aprobado**

1. Finalmente, la RE N°9 vulnera los artículos 42 de la LOSMA y 6 y 9 del DS N°30, por cuanto el programa de cumplimiento presentado por Andacollo cumple cabalmente con los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad exigidos por esas normas para su aprobación; y, porque los argumentos utilizados para cuestionar el cumplimiento de esos criterios no son efectivos o bien, siéndolos, no poseen la entidad necesaria para motivar un rechazo, sino sólo para formular observaciones que son perfectamente abordables y corregibles por parte de la Compañía.

2. Para efectos de claridad en la exposición, nos referiremos al cumplimiento de los criterios siguiendo el orden de la Resolución impugnada.

3. **Sobre el criterio de integridad**, esta SMA imputa a la Compañía sólo hacerse cargo del hecho infraccional, pero no de sus efectos (c. 64). Dicha afirmación no es efectiva como pasamos a detallar:

3.1. **Relativo a la calidad del aire:** Como lo ha sostenido reiteradamente esta SMA, por ejemplo, en el Resuelvo I. A. I de la Res. Ex. 4 pronunciada en este procedimiento sancionatorio, **el programa de cumplimiento debe tener por objeto incorporar acciones que reduzcan, eliminen o contengan los efectos negativos generados por el incumplimiento.** Es decir, el programa de cumplimiento busca corregir los efectos del incumplimiento eliminándolos de la realidad fáctica.

En esta misma línea de argumentación, se pronunció también el Segundo Tribunal Ambiental, en su sentencia pronunciada en causa Rol N°R-75-2015, al indicar: *“ninguno de los instrumentos contenidos en el Título II del D.S. N°30 de 2012, tienen el carácter de preventivo respecto al cumplimiento de la normativa ambiental, ya que tanto el programa de cumplimiento como la autodenuncia proceden únicamente cuando esta ya se ha infringido...”*.

Por ello, los considerandos 67 a 70 de la Resolución impugnada son inconsistentes e incomprensibles, ya que se reconoce que las mediciones efectuadas por la Compañía - acompañadas en el informe de efectos preparado por Algoritmos (“Informe de efectos”)- dan cuenta de que no existe ninguna superación de los parámetros de MP10, MP2,5; Co, y NO<sub>2</sub>, **debido a que la planta no estaba operando.**

Esto significa una sola cosa: **las acciones propuestas en el programa de cumplimiento consistentes en: (i) la paralización total de la planta; (ii) el término de los contratos de arrendamiento de los operadores de los distintos hornos; y, (iii) el sometimiento a evaluación ambiental de un nuevo proyecto, permitieron eliminar completamente cualquier efecto adverso en la calidad del aire.**

En este punto, la RE N°9 desconoce desde sus raíces los fundamentos y las finalidades de los programas de cumplimiento, por cuanto estos no buscan demostrar que no existieron efectos, sino precisamente eliminarlos como quedó demostrado en el programa acompañado.

Así falló el Segundo Tribunal Ambiental, en su sentencia pronunciada en causa Rol N°R-75-2015: “*Decimotercero. Que, en consecuencia, lo que corresponde es definir el programa de cumplimiento en cuanto a su finalidad, esto es, como un instrumento que busca corregir una situación de incumplimiento y los efectos derivados de éste*”, y, por lo tanto, si los efectos de una infracción no están presentes en la actualidad, las medidas adoptadas para corregir el incumplimiento fueron totalmente efectivas.

Sumado a lo anterior, las aseveraciones formuladas en los considerandos 69 y 70 se basan sólo en suposiciones, al indicar que “se puede concluir que mientras la Planta operaba existió afectación a la calidad del aire” y “los olores molestos pueden estar relacionados a las emisiones de SO2”, ya que el acto administrativo no motiva ni fundamenta sus asertos en antecedentes fidedignos que den cuenta de ello.

En síntesis, no es efectivo, como sostiene el considerando 70, que “el infractor no ha presentado medidas para la eliminación o minimización de los efectos negativos en la calidad del aire”, ya que las tres medidas señaladas previamente permiten demostrar que hoy en día no existe ninguna afectación al aire.

**3.2. Relativo a la calidad del suelo:** con respecto a este componente ambiental, se debe recordar que el informe de fiscalización, en virtud del que se sustenta la presunta afectación del suelo, fue expedido 4 meses después de la formulación de cargos y 2 meses después de la presentación del programa de cumplimiento refundido de Andacollo, por lo que era fácticamente imposible incluir acciones que permitieran hacerse cargo de dichos hallazgos.

Sin perjuicio de ello, mediante presentación de 12 de septiembre del año en curso, única oportunidad en que la Empresa tuvo la posibilidad de referirse al Informe de Fiscalización, la Compañía respondió el traslado otorgado para presentar observaciones y en ellas expresamente se indicó:

- “*Las cenizas y polvos precipitados presentes en suelo desnudo y en maxisacos serán gestionadas mediante el escarpe, remoción y disposición del suelo donde se encuentran, de acuerdo con la acción N°3 propuesta en el PdCR y en el Programa de Limpieza de Suelos acompañado a esta autoridad*” (**cfr. p. 3**).
- “*La escoria presente en la Fundición se gestionará mediante una medida adicional que se propondrá incorporar al PdCR, la que consistirá en su reubicación dentro de la Planta en celdas debidamente acondicionadas al efecto, o, alternativamente, mediante su reprocesamiento en las instalaciones del nuevo Proyecto Planta de Fundición Alcones, una vez que se cuente con*

*“todos los permisos pertinentes, de acuerdo con las acciones N°6 y N°7 propuestas en el PdCR” (cfr. p. 3).*

- “En el párrafo 10 se señala que se observó un sector de acumulación de escorias, constatando que algunas de ellas se encontraban tibias y con presencia de plomo fundido. Sobre este punto, destacamos que se ofrecerá una nueva medida en el PdCR, avalada en el nuevo “plan de mejoramiento de suelos” que presentará como alternativas: (i) reprocesar la escoria en el trapiche del nuevo proyecto que se evaluará; y, (ii) reubicar la escoria en una celda para residuos peligrosos en el mismo terreno de la Fundición, todo lo cual será, evidentemente, sometido a la evaluación ambiental pertinente” (cfr. p. 5).
- “El párrafo 11, así como el layout del Proyecto, destaca que a un costado del galpón nuevo (N°3) se encuentra un estanque con petróleo, sin pretil de contención, con evidencia de derrame al suelo en el sector sur del predio. Al respecto, señalamos que dicho estanque es el que proporciona aceite a los hornos 1 y 2, y que cuenta con permiso de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles para su funcionamiento” (cfr. p. 5).
- “Sin perjuicio de lo anterior, para corregir lo constatado por la SMA, la Compañía propondrá en el PdCR las siguientes nuevas acciones: (i) la reubicación del estanque al momento de evaluar el nuevo proyecto; (ii) la determinación de superficie y escarpe del suelo derramado, en los mismos términos que se propuso la acción N°3 del PdCR; y, (iii) finalmente, la instalación o construcción de un pretil de contención para el estanque en su nueva ubicación” (cfr. p. 5).
- “Una situación similar ocurre, según consigna el párrafo 1 de este punto, respecto del sector cercano a los galpones N°1 y N°2, donde se constata la existencia de un estanque y una piscina con aceites en su interior y un derrame cubierto con material de tierra.

*Para corregir esta situación, la Compañía propondrá una acción consistente en: (i) la determinación de superficie y escarpe del suelo derramado, en los mismos términos que se propuso la acción N°3 del PdCR; (ii) adicionalmente, la reforestación del terreno derramado; y, (iii) de conformidad al Proyecto de Fundición Alcones, aprobado el PdCR, se retirará y reubicará el sistema de estanques o, de lo contrario, se instalará un sistema de contención de seguridad para derrames en el estanque y piscina” (cfr. pp. 5 y 6).*

- “Según señala el párrafo 3, existe un área de acopio de residuos industriales no peligrosos, como chatarras, maderas, carrocerías de vehículos, plásticos y basura domiciliaria; así como de residuos peligrosos tales como tambores con restos de aceites usados, cenizas, escorias, tarros de pintura, carcásas de baterías de auto, entre otros.

*Reiteramos la necesidad de distinguir entre aquellos residuos que no son propiamente peligrosos y los que sí lo son. Respecto de la chatarra y demás residuos no peligrosos, hacemos presente que, en virtud de la acción N°2 propuesta en el Programa de Cumplimiento Refundido, están siendo gestionadas debidamente para su venta y/o disposición con prestadores autorizados” (cfr. p. 6).*

- “Por su parte, los residuos peligrosos serán gestionados y dispuestos, una vez aprobado el PdCR, mediante la caracterización y posterior disposición ante un prestador autorizado, de acuerdo con la acción N°3 propuesta en el PdCR y según señalamos previamente en este escrito” (cfr. p. 6).
- “Con respecto a la presencia de plomo por sobre las normas de referencia, la Compañía ampliará las medidas N°3 y N°4 propuestas en su PdCR a todos los sectores identificados con superación en el Informe” (cfr. p. 7).

En síntesis, no es efectivo que respecto al componente suelo mi representada no haya propuesto medidas tendientes a eliminar los efectos de la presunta infracción. La verdad de los hechos es que respecto a los únicos efectos formulados en la presentación de cargos, y que en consecuencia podía abordar en su programa de cumplimiento, propuso medidas eficaces y concretas; mientras que respecto de los presuntos efectos que señalaba el Informe de Fiscalización emitido cuatro meses después de la presentación de cargos, ofreció en su traslado medidas concretas y complementarias a las presentadas en el programa, a la espera de ser incorporadas en el observaciones a su programa de cumplimiento.

Finalmente, en lo que respecta a los cuestionamientos formulados por esta SMA en los considerandos 72 a 75, podemos señalar lo siguiente:

**En relación con el considerando 72,** el informe denominado “Campaña de Monitoreo Calidad del Aire, Suelo y Agua Fundición Alcones, localidad de Marchigüe”, de la consultora Algoritmos, de julio 2019, indica claramente, en la tabla N° 6 de la página 29, las metodologías de análisis químico de metales, según matriz analizada agua suelo, sedimento y filtro PM-10. Asimismo, en la página 33 se indica que “*En Chile*

*no se cuenta con una normativa para la calidad de suelos en cuanto a contenido de metales, luego los resultados obtenidos para los parámetros de Cadmio, Cobre, Plomo y Cinc fueron comparados con el estándar Holandés y de Estados Unidos (USEPA) los que se describen a continuación..." Por último, en la tabla N° 9 se realiza la comparación con la norma holandesa para suelos y en la tabla N° 10 se realiza la comparación con la norma USEPA para suelos.*

Respecto a la metodología, junto con lo anterior, es importante indicar que si bien la autoridad sólo solicitó un análisis de plomo, la Empresa incorporó cadmio, cobre y cinc al análisis. Asimismo, a diferencia de la autoridad, que sólo tomó muestras superficiales, la consultora Algorítmos tomó muestras de suelo superficial, a 30 cm y a 100 cm. En efecto, las muestras tomadas por la consultora fueron de "suelo" y no de residuos o materiales depositados sobre el suelo, o de polvo existente al interior de galpones que no deben ser considerados como componente "suelo", a diferencia de las muestras tomadas por la autoridad, las que se efectuaron en sacos, lugares dentro del galpón y arenas.

**En relación con el considerando 73,** ante la ausencia de normativa nacional, se buscaron valores de referencia en normas o protocolos internacionales para determinar un valor objetivo en el proceso de reducción de la presencia del plomo en el suelo. No se puede establecer contaminación del suelo por la sola presencia o ausencia de un metal si no se utiliza en forma correcta y adecuada la metodología indicada por la misma norma o protocolo en la determinación de los niveles del metal en el sustrato (suelo). En este punto, es fundamental incorporar en el análisis las características edafológicas y estructurales del suelo (a modo de ejemplo, porcentaje de arcilla, arena y limo), ya que estos influyen en la capacidad de fijación o lixiviación de los metales, a lo cual se debe sumar el riesgo de afectación a la salud pública, flora y fauna dado el uso del suelo, que, para el caso particular, son forestales y afectados por incendios forestales, siendo nula la posibilidad de afectación a las componentes anteriormente indicadas. Lo anterior se basa en los resultados obtenidos por la SMA y por la consultora Algorítmos para la componente suelo, y en los resultados de la consultora Algorítmos para la componente agua subterránea, donde, respecto al suelo, las concentraciones de plomo sobre lo indicado en el protocolo holandés se concentran básicamente al interior de las instalaciones de la fundición, sitio de acopio de chatarra y área aledaña de no más de 200 metros cuadrados. Respecto al agua, esta no presenta niveles de plomo sobre lo normado en Chile.

A modo referencial, se pueden señalar los valores indicados en la tabla 4.5 del "Informe Final Estudio Actualización de la Presencia de Metales Pesados en Suelo, Subsuelo y Aire en el Entorno Poblacional Los Industriales, Sitio F, de la ciudad de

Arica”, del año 2011, que fuera mandatado por la SEREMI de Medio Ambiente de Arica y Parinacota. En él se aprecian distintos valores de concentración de metales de referencia, según normativa internacional, para determinar si los valores obtenidos en el sector de la fundición están sobre o bajo lo indicado por cada norma, pero no es correcto indicar que el terreno está contaminado para una norma y para otra no está contaminado.

**Tabla 4.5.** Síntesis de normas y guías internacionales utilizadas en el estudio (valores en mg/Kg). Considera valores de referencia definidos por el Gobierno para Arsénico y Plomo en Arica.

Especie, mg/kg	EE.UU.	Australia	Flandes	Valonia	Holanda (IV)	Valores Referencia Arica
Plomo	400 <sup>1</sup> /1.200 <sup>2</sup>	300	437	700	386	400 (*)
Arsénico	0,4	100	80	300	37	20 (*)
Cadmio	70	20	2,9	30	8	-
Cromo	230	100	243	42	269	-
Mercúrio	23	15	13	56	8	-

(\*) Definidos por el Gobierno con base en la Norma USEPA SHSCPA (Plomo) y la Norma Neozelandesa (Arsénico)

En relación con el considerando 74, la aseveración de la autoridad no se condice con lo señalado en la norma de referencia holandesa.

Como se indicó en el informe de Algoritmos, el sistema holandés establece valores límites de metales pesados en suelos, considerando dos valores estándares: un valor de referencia basal (A) y el valor de intervención. Este último cuando los suelos necesitan medidas de saneamiento o descontaminación.

La norma no hace diferencia del tipo de suelo, pero sí de su uso para remediación o saneamiento.

Al respecto el “Informe Final Estudio Actualización de la Presencia de Metales Pesados en Suelo, Subsuelo y Aire en el Entorno Poblacional Los Industriales, Sitio F, de la ciudad de Arica”, del año 2011, en su punto 4.4, donde se presentan los “Valores objetivos y de intervención para remediación de suelos (Target Values and Intervention Values for Soil Remediation, Netherlands Ministry of Housing, Spatial Planning and the Environment) de Holanda” señala lo siguiente:

“El Acta de Protección de Suelos de Holanda, es un instrumento que permite estimar el riesgo específico de sitios contaminados. En particular, los valores objetivos (target Value) y los valores de suelos intervenidos o valor de intervención (intervention

values) se han establecido para cerca de cien especies químicas y se encuentran estandarizados de acuerdo al porcentaje la materia orgánica y arcilla de cada suelo en particular.

$$(TV, IV)_{SE} = (TV, IV)_{SS} \cdot \frac{((A+B \cdot \%Arcilla)+(C \cdot MO))}{((A+B \cdot 25)+(C \cdot 10))}$$

?

Ecuación 1

Donde:

- (TV, IV)<sub>SE</sub> Valor blanco (TV) o valor de intervención (IV) para el suelo estudiado.
- (TV, IV)<sub>SS</sub> Valor blanco o valor de intervención para el suelo estándar.
- %Arcilla Porcentaje de arcilla en el suelo estudiado.
- %MO Porcentaje de materia orgánica en el suelo estudiado.
- A, B, C Constantes para cada metal o metalóide.

Los valores de intervención están basados en extensos estudios realizados por el Instituto Nacional de Salud Pública y Protección Ambiental de Holanda, tanto para efectos de salud en humanos como para efectos ecotoxicológicos provocados por suelos contaminados (ver tabla 4.3):

**Tabla 4.3. Valores Blanco y de intervención para un suelo estándar (10% de materia orgánica y 25% de arcilla) y constantes para cada metal.**

Especie	Valor Objetivo, mg/kg	Valor de intervención, mg/kg	A	B	C
Pb	85	530	50	1	1
As	29	55	15	0,4	0,4
Cd	0,8	12	0,4	0,007	0,021
Cr	100	380	50	2	0
Hg	0,3	10	0,2	0,0034	0,0017

En este sentido, si el parámetro evaluado se encuentra por debajo del valor blanco, el suelo es considerado limpio y no se aplica ningún tipo de restricción en él. Sin embargo, si la concentración del parámetro es mayor que el valor blanco y menor al valor de intervención, estamos en presencia de un suelo ligeramente contaminado, al cual se pueden aplicar restricciones de carácter menor sobre su uso.

Si se cumplen los valores de blanco, el suelo se considera limpio o multifuncional. Si la concentración media del contaminante en un volumen mínimo del suelo de 25 m<sup>3</sup> excede el valor de intervención, la contaminación se clasifica como crítica. Esto significa que se deberá realizar algún tipo de remediación, no obstante la urgencia de la remediación debe ser determinada para cada caso particular.

Los valores blanco y de intervención son parte de un marco general de la calidad basada en riesgos ambientales. Exceder tales objetivos indica riesgo potencial, bajo el supuesto que la exposición ocurre siempre en su mayor grado. Sin embargo, este grado de exposición máxima no siempre ocurrirá en la práctica por lo que es importante tomar en consideración las circunstancias locales al estimar los riesgos reales.”

En relación al análisis de la muestra control respecto a las muestras tomadas, esta se realiza y compara desde el gráfico N° 9 al gráfico N° 12 del informe de Algoritmos, donde se presentan de forma gráfica los resultados de los parámetros de suelo analizados. Además, se presenta en una línea roja en cada gráfico el valor de intervención del estándar holandés, cuando los suelos necesitan medidas de saneamiento o descontaminación.

**En relación con el considerando 75,** no existe ninguna incongruencia en señalar que no existe una hipótesis de contaminación, por lo siguiente:

- Ausencia de norma chilena. Además, en relación con los distintos valores de las normas de referencia, no se puede indicar que para una norma se está contaminando y para otra no, si finalmente se busca un valor objetivo para su remediación en el programa de cumplimiento.
- La guía holandesa es clara en señalar que, para determinar el valor de las muestras, para contrastarlas con la norma, se debe cumplir a lo menos con obtener la concentración media del contaminante en un volumen mínimo del suelo de 25 m<sup>3</sup> y considerar las características edafológicas del suelo. Lo anterior no ha sido realizado por la autoridad.

**3.3. Relativo a la salud de las personas:** una vez más los considerandos 76 a 79 resultan inconsistentes y no permiten demostrar que las acciones propuestas por la Empresa no fueron suficientes e “íntegras” para controlar los efectos de la presunta infracción.

En efecto, en el considerando 77 se afirma que “... dado que el titular reconoció la existencia de efectos en la salud de los trabajadores que desempeñan sus labores en la Planta Fundición Alcones, debió al menos realizar exámenes con el fin de determinar que el plomo presente en la sangre no ha afectado o dañado los órganos del cuerpo de dichos trabajadores”. Pero con dicha afirmación la RE N°9 desconoce los siguientes aspectos, que fueron expuestos y acreditados en este procedimiento sancionatorio:

- Que dichos trabajadores no tienen ningún vínculo, ni laboral, ni civil con la Compañía, y, por lo tanto, **Andacollo no tenía cómo practicarles exámenes ni mucho obligarlos a efectuarlos.**
- Que dichos trabajadores, en el marco de la regulación laboral y de salud que regía su vínculo con sus empleadores, **sí se sometieron a exámenes médicos y a un programa de salud para eliminar o minimizar los efectos que pudieron sufrir en su salud, conforme consta de los certificados acompañados en el programa de cumplimiento como anexo N°1.**

Aún más, la RE N°9 desconoce que la Compañía acompañó a este procedimiento, mediante presentación de 30 de agosto, un informe de descarte de efectos en la salud de la población circundante a la Planta que concluye que las **personas que voluntariamente se sometieron a exámenes médicos no tienen presencia de plomo en la sangre en niveles superiores a los regulados por la normativa pertinente, y también desconoce la acción N°8 propuesta, donde se ofrece el financiamiento de exámenes de sangre y eventuales tratamientos para habitantes de sectores aledaños.**

En síntesis, una vez más se demuestra que el programa de cumplimiento presentado por Andacollo sí cumple con el requisito de “integridad” en lo relativo a eliminar potenciales efectos en la salud de la población, **tanto por haber demostrado que los trabajadores del operador que resultaron afectados sí se encuentran sometidos a un programa médico, cuanto porque se descartó la presencia de plomo respecto de las personas que residen en zonas circundantes a la ubicación de la Planta y se ofrecieron acciones concretas sobre identificación de personas, realización de exámenes médicos y financiamiento de eventuales tratamientos.**

**4. Sobre el criterio de eficacia:** La RE N°9 señala que el plan de limpieza de suelo presentado por la Compañía a propósito de la acción 3 no contaría con respaldo técnico en su elaboración.

Al respecto, incluso de ser cierta dicha afirmación, ello no sería motivo suficiente para rechazar el programa de cumplimiento, por cuanto **es perfectamente posible que mediante una observación ello pudiera corregirse acompañando los antecedentes que permitan acreditar la efectividad técnica de la medida para contener, reducir o eliminar los potenciales efectos sobre el suelo.** En efecto, la falta de respaldo técnico no puede ser *per se* un antecedente que permita demostrar la falta de eficacia de una medida propuesta.

Pero sin perjuicio de ello, esta SMA no puede estimar que por el hecho de que una acción propuesta no cuente con respaldo técnico, el programa de cumplimiento adolezca de falta de eficacia. En efecto, el rechazo por falta de eficacia no puede circunscribirse a sólo 1 de las 9 acciones que se propusieron en el programa.

5. **Sobre el criterio de verificabilidad:** una vez más la Resolución impugnada se circumscribe a una única acción, la de “limpieza del suelo”, para justificar el rechazo del programa de cumplimiento sobre la base de no cumplir con el criterio de verificabilidad. Respecto a esto, hacemos presente las mismas consideraciones expuestas en los párrafos inmediatamente precedentes.

Pero sin perjuicio de ello, esta conclusión de la RE N°9 es también errónea. En efecto, para el caso del “escarpe o forestación de los sectores de suelo señalados en el Informe, ajustándose al estándar de referencia holandés”, la Compañía propuso como medios de verificación:

- Registro fechado y georreferenciado del estado inicial y de avance de los sitios señalados en el Informe.
- Informe de la grilla de monitoreo inicial para determinar el perímetro de la superficie a escarpar o forestar.
- Documentos que acrediten la contratación de la empresa que ejecutará el escarpe o la forestación.
- Documentos que acrediten la contratación de la prueba de peligrosidad.
- Registro fotográfico fecha y georreferenciado del estado final de los sitios señalados en el Informe.
- Análisis de suelo que acredite el cumplimiento de a lo menos los valores de referencia el estándar holandés.
- Resultados de la prueba de peligrosidad.
- Certificados de ingreso de la disposición final del material escarpado.

De esta manera, es legítimo preguntarse: ¿cómo es posible aseverar que “los medios de verificación en ningún momento permiten verificar la remoción efectiva de todo el suelo con contenido elevado de metales pesados, ni permiten verificar la

efectividad de la remoción de metales desde el suelo producto de la forestación”; ¿Es acaso posible sostener que los resultados de una prueba de peligrosidad del suelo no permiten verificar su estado y la efectividad de la acción implementada?; **Y la respuesta a esas inquietudes es un rotundo NO.**

Es evidente que los medios de verificación propuestos en la acción en comento permiten cabalmente determinar el resultado de la acción propuesta, y son plenamente tributarios de los medios de implementación de esta.

#### §4. CONCLUSIONES

1. La Resolución impugnada es ilegal por cuanto, ante todo, infringió el principio de congruencia al rechazar la presentación del programa de cumplimiento sobre la base de una imputación que no fue formulada en el pliego de cargos, **ni tampoco en las observaciones que se formularon al programa de cumplimiento**; y que, por lo tanto, no era posible ser conocida al momento de presentar el programa de cumplimiento refundido.
2. Asimismo, la RE N°9 es ilegal por cuanto la prohibición de presentar un programa de cumplimiento sobre la base de haberse imputado un daño ambiental al presunto infractor no se encuentra contemplada en la LOSMA, ni tampoco fue prevista por el legislador. En este sentido, la SMA infringió el principio de juridicidad contemplado en nuestra Constitución Política de la República, vulnerando sus artículos 6 y 7, al actuar fuera de la esfera de su competencia y en una forma no prevista por la ley. Asimismo, porque infringe los artículos 42 de la LOSMA y 6 y 9 del DS N°30.
3. De igual forma, la Resolución impugnada vulnera la presunción de inocencia de mi representada y quebranta la sistemática de la LOSMA, al interpretar las normas de manera tal que, sin que concluyera el procedimiento sancionatorio y sin que se haya dictado una sanción, da por establecida la existencia de un daño ambiental, privando a la Compañía de acceder a uno de los principales derechos que el ordenamiento jurídico sancionatorio ambiental le provee, como es la posibilidad de no ser sancionado en virtud de la presentación de un programa de cumplimiento.
4. La RE N°9 es ilegal, por cuanto no demuestra, motiva, ni fundamenta la existencia de un daño ambiental; y, por el contrario, esta parte demostró que dicha hipótesis no existe ya que la superación de los parámetros establecidos en la norma y guía internacional de referencia, en algunos sectores precisos del lugar en que se emplaza la Planta, no reviste el carácter de significativo que requiere toda disminución, detrimento o menoscabo para ser considerado como un daño ambiental.

5. Finalmente, la RE N°9 es ilegal por cuanto infringe los artículos 42 de la LOSMA, 6 y 9 del DS N°30, ya que el Programa de Cumplimiento presentado por Andacollo cumple con los requisitos de integridad, eficacia y verificabilidad establecidos por el legislador para su aprobación, dado que las motivaciones que arguye esta SMA para rechazarlo por esos motivos se refieren a circunstancias que no son efectivas o que bien podían ser subsanadas mediante observaciones que la Compañía podía acoger en un nuevo programa de cumplimiento refundido.

\*\*\*\*\*

**POR TANTO**, sobre la base de todo lo expuesto, y en mérito de lo dispuesto por los artículos 9°, 15 inciso 2°, y 59 de la LBPA, y demás disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias citadas o aplicables,

**A LA SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE RESPETUOSAMENTE PIDO:** Tener por interpuesto recurso de reposición en contra de la Resolución Exenta N°9, de 30 de octubre de 2019, de esta Superintendencia del Medio Ambiente, respecto a: (i) el rechazo del Programa de Cumplimiento presentado por Andacollo; (ii) consecuencialmente, la reanudación de este procedimiento sancionatorio otorgando el plazo residual para presentar descargos; y, (iii) al otorgamiento de un nuevo plazo de 15 días para referirse a las nuevas imputaciones sobre daño ambiental; a fin de que, enmendándola conforme a derecho, apruebe el Programa de Cumplimiento Refundido presentado por Andacollo de Inversiones en los presentes autos; o, en subsidio, formule las observaciones pertinentes que deberán ser abordadas por mi representada previo a su aprobación.

**PRIMER OTROSÍ:** En subsidio de lo peticionado en lo principal de este escrito, y para el evento de que se rechace el recurso de reposición impetrado, solicitamos tener por deducido recurso jerárquico en contra de la Resolución Exenta N°9, de 30 de octubre de 2019, de esta Superintendencia del Medio Ambiente, en virtud del artículo 59 de la ley LBPA, dando por expresamente reproducidos los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho expuestos en lo principal de esta presentación; y, en definitiva, acogerlo enmendando conforme a derecho la Resolución impugnada, disponiendo que se apruebe el Programa de Cumplimiento Refundido presentado por Andacollo de Inversiones en los presentes autos; o, en subsidio, se formulen las observaciones pertinentes que deberán ser abordadas por mi representada previo a su aprobación.

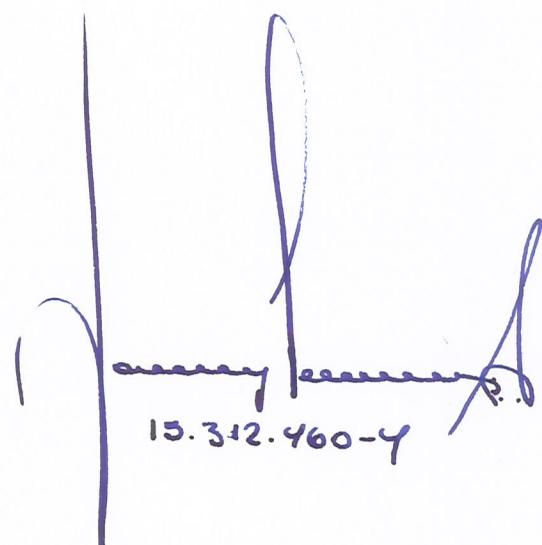
**SEGUNDO OTROSÍ:** En mérito de lo dispuesto en el artículo 3 inciso final de la LBPA, solicito a esta SMA decretar la suspensión del procedimiento administrativo mientras no sean resueltos los recursos de reposición y jerárquico impetrados en contra de la Resolución impugnada. Lo anterior, por cuanto las gestiones que pudieran realizarse para dar curso al procedimiento sancionatorio -por ejemplo, la presentación de descargos- pueden resultar contrarias y contraproducentes a una eventual resolución que acoja alguno de los recursos interpuestos en lo principal y primer otrosí de esta presentación, corriendo el riesgo de perder el legítimo derecho que lo asiste a presentar un programa de cumplimiento en el presente procedimiento sancionatorio, **con los severos perjuicios que esto le ocasionaría, ya que el plazo residual para presentar descargos por el único hecho imputado en la formulación de cargos vence el próximo lunes 2 de diciembre.**

Sobre el particular, así lo resolvió esta Superintendencia en un caso en que, *mutatis mutandi*, se presentó idéntica discusión jurídica, al disponer: “*16. De este modo, esta Superintendencia estima que se han otorgado fundamentos suficientes para considerar que lo que se resolviere eventualmente, tanto respecto al recurso de reposición como al recurso jerárquico, podría ser imposible de cumplir en caso de que no se suspenda la ejecución de lo dispuesto en la Res. Ex. Nº 4 / Rol A-002-2018. Ello en vista de lo solicitado, que corresponde a dejar sin efecto la resolución recurrida y dictar una resolución de reemplazo, que realice observaciones al Programa de Cumplimiento presentado por GDN, objetivo que se vería frustrado en caso de que se presenten los descargos y se proceda a la emisión de un dictamen en el procedimiento sancionatorio*”; **razón por la que solicitamos la suspensión fundada en los principios de la confianza legítima y de la coherencia en el actuar de la Administración.**

**TERCER OTROSÍ:** En subsidio de la suspensión pedida al segundo otrosí, solicito a esta SMA, en mérito de lo dispuesto en el artículo 57 inciso 2° de la LBPA, decretar la suspensión de la ejecución y los efectos de la Resolución impugnada sobre la base de los mismos antecedentes de hecho y fundamentos de derecho expresados en el segundo otrosí.

**CUARTO OTROSÍ:** Sírvase esta SMA, para efectos de celeridad en este procedimiento administrativo y sobre la base de lo dispuesto en el artículo 13 de la LBPA, notificarme la resolución recaída sobre esta presentación, así como aquella que resuelva en definitiva los recursos impetrados en lo principal y primer otrosí de esta presentación, a la casilla de correo electrónico [jfemenias@ilcabogados.cl](mailto:jfemenias@ilcabogados.cl), la que señalo como medio válido para este exclusivo efecto.

**QUINTO OTROSÍ:** Sírvase esta SMA, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 24 de la LBPA, en relación con los artículos 7 y 9° del mismo cuerpo legal, proveer de forma inmediata lo solicitado en el presente escrito, habida consideración de encontrarse corriendo el plazo para la presentación de descargos y de que una dilación en la resolución de lo peticionado ocasionaría perjuicios irremediables para mi representada.



A handwritten signature in blue ink, consisting of stylized loops and lines, is positioned above a horizontal line. Below this line, the file number "15.312.460-4" is written in a smaller, cursive hand.