

9777

Gobierno
de Chile

RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN, Y ELEVA LOS ANTECEDENTES AL SUPERIOR JERÁRQUICO

RES. EX. N° 12/ROL D-039-2019

Santiago, 19 FEB 2020

VISTOS:

Conforme con lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley N° 20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, LO-SMA); en la Ley N° 18.575, que establece la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; en la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; en la Ley N° 19.300, Sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en el Decreto Supremo N° 30, de 20 de agosto de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que Aprueba Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación (en adelante, indistintamente "D.S. N° 30/2012" o "el Reglamento"); en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, del año 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; en el Decreto Supremo N° 31, de 2019, del Ministerio del Medio Ambiente, que nombra a don Cristóbal de la Maza Guzmán en el cargo de Superintendente del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 288, de 13 de febrero de 2020, que establece orden de subrogancia para el cargo de Jefe de la División de Sanción y Cumplimiento de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 82, de 18 de enero de 2019, de la Superintendencia del Medio Ambiente; y, la Resolución Exenta N° 7, de 26 de marzo de 2019, de la Contraloría General de la República, que fija Normas Sobre Exención del Trámite de Toma de Razón.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO ROL D-039-2019

1. Con fecha 25 de abril de 2019, y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, se dio inicio a la instrucción del procedimiento sancionatorio Rol D-039-2019, con la formulación de cargos a Andacollo de Inversiones Ltda. (en adelante, también, "la empresa" o "Andacollo"), Rol Único Tributario N° 79.933.930-2, representada por Gonzalo Izquierdo Menéndez.

2. Con fecha 3 de mayo de 2019, Gonzalo Izquierdo Meneses, luego de acreditar su calidad de representante legal de Andacollo de Inversiones Ltda., solicitó a esta Superintendencia una ampliación de plazo para presentar el

Programa de Cumplimiento y Descargos. Asimismo, en dicho acto designa como apoderados de Andacollo de Inversiones Ltda. a los abogados Jorge Femenías Salas, Carlos Ciappa Petrescu y Sebastián Campos Aguirre.

3. Con fecha 20 de mayo de 2019, luego de una ampliación de plazos y realización de una reunión de asistencia al cumplimiento, Jorge Femenías Salas y Sebastián Campos Aguirre, en representación de Andacollo de Inversiones Ltda., presentaron un Programa de Cumplimiento, solicitando acogerlo y, en consecuencia, suspender el procedimiento sancionatorio.

4. Mediante la Resolución Exenta N° 4/Rol D-039-2019, de fecha 10 de junio de 2019, esta SMA resuelve -previo a pronunciarse sobre la aprobación o rechazo del Programa de Cumplimiento presentado- realizar observaciones al Programa de Cumplimiento, confiriendo al efecto un plazo de 10 días hábiles a contar de la notificación de dicha resolución para acompañar un texto refundido de éste.

5. Conforme a la presentación de 22 de julio de 2019, Jorge Femenías Salas y Sebastián Campos Aguirre, en representación de Andacollo de Inversiones Ltda., presentaron un Programa de Cumplimiento refundido a esta Superintendencia.

6. Con fecha 6 de agosto de 2019 se derivó a la División de Sanción y Cumplimiento de esta Superintendencia el Informe de Fiscalización Ambiental individualizado como DFZ-2019-982-VI-SRCA (en adelante, "IFA N° 982/2019"), que contiene los resultados de la actividad de inspección desarrollada por esta Superintendencia el 15 de mayo de 2019, a efectos de constatar el estado actual de la planta de Fundición Alcones y sus distintas instalaciones. De conformidad a los antecedentes analizados se pudo concluir que el proyecto Fundición Alcones ha seguido operando después de la inspección ambiental realizada el día 14 de marzo de 2018 -también por esta Superintendencia-, en consideración a la construcción de un tercer galpón con un horno horizontal de fusión de plomo, con una capacidad de 9 toneladas, de acuerdo a lo declarado por el propio titular en consulta de pertinencia respondida mediante la Resolución Exenta N° 94, de 12 de abril de 2019, del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de O'Higgins, lo que evidencia que se ha aumentado la capacidad de producción de la planta, cambiando la condición descrita en la fiscalización efectuada en marzo de 2018.

7. Mediante la Resolución Exenta N° 8/Rol D-039-2019, de 26 de agosto de 2019, esta Superintendencia incorporó al procedimiento sancionatorio de referencia el IFA N° 982/2019, con todos sus anexos, el que además se publicó en la página web oficial de la SMA. Asimismo, se otorgó traslado del mismo, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley N° 19.880, por un plazo de 7 días hábiles contados desde la notificación de la referida resolución, para que en dicho plazo los intervenientes formulen las observaciones que a su juicio correspondan.

8. Mediante presentación de fecha 5 de septiembre de 2019 el denunciante Cristóbal Osorio Vargas evocó traslado respecto al contenido del IFA N° 982/2019. Por su parte, con fecha 12 de septiembre de 2019 Jorge Femenías Salas y

Sebastián Campos Aguirre evacuaron traslado en representación del titular respecto del IFA N° 982/2019.

Respecto a los referidos traslados el Resuelvo N° VII de la Resolución Exenta N° 9/Rol D-039-2019, de 30 de octubre de 2019 (en adelante, “Resolución Exenta N° 9/2019” o “resolución impugnada”) indicó que sus consideraciones serían incorporadas al expediente sancionatorio y ponderadas en la oportunidad procesal correspondiente.

9. Asimismo, el Resuelvo I de la Resolución Exenta N° 9/2019 determinó rechazar el Programa de Cumplimiento refundido presentado por el titular, toda vez que producto del hecho infraccional se verificó la producción de daño ambiental al tenor de los nuevos antecedentes incorporados en el IFA N° 982/2019 y sus anexos, además de no haber dado observancia a los criterios establecidos en el artículo 9° del D.S. N°30/2012.

10. Con fecha 21 de noviembre de 2019 se recibió en esta Superintendencia una presentación realizada por Jorge Femenías Salas, en representación de Andacollo de Inversiones Ltda., mediante la cual se alegó la falta de notificación de la Resolución Exenta N° 9/2019, la que habría vuelto a esta Superintendencia sin ser entregada al apoderado del titular; para acreditar lo anterior acompaña el documento “Historial objeto postal 1180851702014”. Sobre el particular, mediante la Resolución Exenta N° 10/Rol D-039-2019, de 22 de noviembre de 2019 (en adelante, “Resolución Exenta N° 10/2019”), esta Superintendencia resolvió la solicitud de falta de notificación, teniendo por notificado de la Resolución Exenta N° 9/2019 a Jorge Femenías Salas con fecha 21 de noviembre de 2019.

11. Con fecha 28 de noviembre de 2019, Jorge Femenías Salas, en representación del titular, presentó un escrito en que en lo principal interpone recurso de reposición en contra de la Resolución Exenta N° 9/2019; en el primer otrosí solicita en subsidio tener por deducido recurso jerárquico; en el segundo otrosí solicita la suspensión del procedimiento sancionatorio Rol D-039-2019; en el tercer otrosí solicita en subsidio la suspensión de los efectos de la Resolución Exenta N° 9/2019; en el cuarto otrosí solicita forma de notificación para los efectos que señala; y en el quinto otrosí solicita la resolución inmediata de lo solicitado en su presentación.

La solicitud de suspender el procedimiento sancionatorio fue acogida mediante la Resolución Exenta N° 11/Rol D-039-2019, de 29 de noviembre de 2019, hasta la notificación de la resolución de los recursos de reposición y jerárquico en subsidio.

12. Con fecha 6 de enero de 2020 Jorge Femenías Salas, en representación del titular, solicitó a esta Superintendencia tener presente -al resolver el recurso de reposición de referencia- la sentencia del Primer Tribunal Ambiental de fecha 26 de diciembre de 2019, dictada en la reclamación de Rol R-17-2019.

II. PLAZO PARA LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

13. Sobre el particular, es menester señalar que mediante la Resolución Exenta N° 10/2019 al titular se le tuvo por notificado de la Resolución Exenta N° 9/2019 con fecha 21 de noviembre de 2019.

14. Al respecto, el artículo 59 de la Ley N° 19.880 dispone que: "*El recurso de reposición se interpondrá dentro del plazo de cinco días ante el mismo órgano que dictó el acto que se impugna*". Así, se tiene que el recurso de reposición presentado el 28 de noviembre de 2019 por Jorge Femenías Salas está dentro de plazo, por corresponder esa fecha al quinto día hábil, contado desde la notificación de la resolución recurrida.

III. PROCEDENCIA DEL RECURSO DE REPOSICIÓN EN RAZÓN DE LA MATERIA RESUELTA

15. La resolución recurrida -que rechaza el Programa de Cumplimiento refundido presentado por el Titular- corresponde a lo que la jurisprudencia ha denominado un "*acto trámite cualificado*", procediendo a su respecto el recurso de reposición.

16. En efecto, según lo resuelto en la sentencia Rol R-132-2016 del 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, lo que lo transforma en un acto recurrible -mediante recurso de reposición- y, en consecuencia, objeto de control judicial*" (énfasis agregado), por lo que es posible sostener que la resolución recurrida es de aquellos actos trámites impugnables de acuerdo a lo establecido en el artículo 15 inciso 2º de la Ley N° 19.880.

17. De manera concordante con lo expuesto en el párrafo precedente, el Resuelvo VIII de la resolución recurrida indica: "**RECURSOS QUE PROCEDEN EN CONTRA DE ESTA RESOLUCIÓN.** *De conformidad a lo establecido en el Párrafo 4º del Título III de la LO-SMA, en contra de la presente resolución procede reclamo de ilegalidad ante el Segundo Tribunal Ambiental, dentro del plazo de 15 días hábiles, contado desde la notificación de la presente resolución, así como los recursos establecidos en el Capítulo IV de la Ley N° 19.880 que resulten procedentes*" (énfasis en el original).

IV. SOBRE LAS ALEGACIONES CONTENIDAS EN EL RECURSO DE REPOSICIÓN

18. El recurso de reposición interpuesto por Jorge Femenías Salas se estructura en función al siguiente análisis:

i. La aplicación del principio de congruencia, propio de la sede penal, al procedimiento administrativo sancionatorio, constatando una supuesta infracción a éste dado el rechazo del Programa de Cumplimiento refundido

fundada en una imputación que no habría sido objeto de formulación de cargos y, en consecuencia, desconocida al momento de presentar el Programa de Cumplimiento refundido.

ii. Inexistencia de la prohibición para la presentación de un Programa de Cumplimiento ante la constatación de daño ambiental como consecuencia de la infracción, dado que a su juicio dicha causal no se encontraría contemplada en la LO-SMA, ni tampoco habría sido prevista por el legislador. Lo anterior supondría una infracción al principio de juridicidad.

iii. En la línea de la aplicación de garantías penales para el procedimiento administrativo sancionador, indica que la resolución impugnada vulneraría la presunción de inocencia del titular, toda vez que daría por establecida la existencia de daño ambiental, con la consecuencia de privarlo de la posibilidad de presentar un Programa de Cumplimiento.

iv. La resolución reclamada no demostraría, motivaría ni fundamentaría la existencia de un daño ambiental. En contrario, estima que el titular habría demostrado que dicha hipótesis no existiría, pues la superación de los parámetros establecidos en la norma y guía de referencia no revestiría el carácter de significativa, requisito para ser considerado como daño ambiental.

v. Por último, refiere que el Programa de Cumplimiento refundido presentado daría cumplimiento a los requisitos de integridad, eficacia y verificabilidad del artículo 9º de D.S. N° 30/2012, dado que las motivaciones expuestas por esta Superintendencia se refieren a circunstancias que no serían efectivas, o que podrían ser subsanadas mediante observaciones que serían abordadas en una nueva versión refundida del Programa de Cumplimiento.

19. En relación a las materias relevadas por el titular, éstas se abordarán de la siguiente manera: (i) inadmisibilidad de un Programa de Cumplimiento en razón de verificar la producción de daño ambiental; (ii) supuesta aplicación de garantías penales al procedimiento sancionatorio; (iii) existencia de daño ambiental; (iv) suficiencia del Programa de Cumplimiento refundido.

A. Inadmisibilidad de un Programa de Cumplimiento en razón de verificar la producción de daño ambiental

20. Al respecto, el titular insiste en que el legislador habría señalado de forma taxativa las hipótesis en las que no procede la presentación de un Programa de Cumplimiento, las que estarían comprendidas en el artículo 42 de la LO-SMA. En éste no se establecería una restricción vinculada a la producción de daño ambiental, por lo que no estaría considerada por el legislador.

21. Para sostener lo anterior cita la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental dictada en la causa Rol R-116-2016 en cuyo considerando vigésimo se

resolvió que “*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*”.

22. A juicio del titular, al haberse declarado inadmisible el Programa de Cumplimiento luego de verificarse la producción de daño ambiental respecto de la única infracción ambiental por la que se formularon cargos se habría vulnerado el principio de juridicidad, por infracción al artículo 42 de la LO-SMA, y 6° y 9° del D.S. N° 30/2012, por haber desbordado la esfera de competencias de la SMA.

23. En esta línea, se reitera al titular que el Programa de Cumplimiento no puede ser utilizado para cualquier escenario, como es precisamente el caso en que producto de una infracción ambiental se haya verificado daño ambiental -sea este reparable o no-, en los términos de los literales a) de los numerales 1 y 2, del artículo 36 de la LO-SMA. En este caso, la imposibilidad se verifica por la característica de la infracción concreta, sus implicancias y el contexto regulatorio ambiental en que se insertan.

24. En efecto, es menester insistir en que el artículo 43 de la LO-SMA señala que “[s]in perjuicio de las sanciones administrativas que se impongan, una vez notificada la resolución de la Superintendencia que pone término al procedimiento sancionador, el infractor podrá presentar voluntariamente ante ella una propuesta de plan de reparación avalada por un estudio técnico ambiental. [...] El Servicio de Evaluación Ambiental deberá pronunciarse acerca de los aspectos técnicos del plan de reparación que el infractor deberá implementar a su costo y dentro de los plazos que al efecto le fije tal autoridad. [...] Una vez recibidos por la Superintendencia el plan de reparación y su respectiva aceptación por el Servicio de Evaluación Ambiental, ésta lo aprobará, y le corresponderá la fiscalización de su cumplimiento [...] Si existiere daño ambiental y el infractor no presentare voluntariamente un plan de reparación, se deberá ejercer la acción por daño ambiental ante el Tribunal Ambiental”. La mención al SEA no es baladí, en tanto se estima que a dicha repartición es a la que toca pronunciarse sobre los aspectos técnicos del plan de reparación, siendo incluso dicho pronunciamiento vinculante para esta Superintendencia, circunstancia que confirma la especialidad de dicho instrumento para abordar las infracciones normativas que generen daño ambiental, en tanto existe un procedimiento y orgánica especializada para abordarlas, circunstancia que no se puede soslayar.

Precisamente, la existencia de daño ambiental implica que el infractor necesariamente deberá ofrecer acciones cuyo propósito sea recomponer el detrimento ambiental ocasionado por la infracción, lo que implica la ejecución de acciones de reparación, circunstancia que según la normativa referida en esta oportunidad y en la resolución reclamada implica que su análisis se deberá realizar en el marco de otro instrumento de incentivo al cumplimiento, con un procedimiento e intervenientes distintos a aquellos que operan en el Programa de Cumplimiento.

En efecto, el mismo titular reconoce la necesidad de ejecutar medidas de reparación del medio ambiente contaminado, en el contenido de la Acción N° 3 del Programa de Cumplimiento “Plan de limpieza de suelo”. En aquél, por la vía de la fitorremediación y escarpe, se pretende disminuir la presencia de dicho contaminante en el

suelo afectado. En particular, respecto a la fitorremediación, se debe señalar que la mayoría de las especies hiperacumuladoras de plomo crecen lentamente y tienen biomasa pequeña, es más, estudios señalan que una descontaminación exitosa de suelos incluso moderadamente contaminados requeriría tasas de remoción de metales de hasta 200-1000 kg de metal por hectárea por año, durante un período de 20 años.¹ Lo anterior deja en evidencia que la propia naturaleza de las acciones de reparación no permite su inclusión en un Programa de Cumplimiento, lo que explica la opción del legislador de regularlas en instrumentos de incentivo al cumplimiento diversos.

25. A diferencia de lo expuesto por el titular, lo anterior constituye justamente la observancia al principio de juridicidad, en tanto -como se señaló- el legislador establece un instrumento de incentivo al cumplimiento específico para los casos en que se verifique daño ambiental, cual es el Plan de Reparación reconocido en el artículo 43 de la LO-SMA.

Debe considerarse que el procedimiento administrativo sancionador es de carácter reglado, por lo que, de conformidad a los artículos 49, 50, 52, 53, 54, 55 y 56 de la LO-SMA, sigue un orden secuencial en la sustanciación de éste. De tal manera, la oportunidad para ofrecer acciones o medidas ante la presencia de un daño ambiental derivado de la infracción procederá una vez notificada la resolución que pone término al procedimiento sancionatorio.

26. En nada altera lo referido hasta acá lo resuelto por el Segundo Tribunal Ambiental en el considerando vigésimo de la sentencia recaída en el Rol R-116-2016, toda vez que en el procedimiento sancionatorio Rol F-011-2016 al que se hace referencia en el caso concreto analizado por dicha judicatura no se formularon cargos por la producción de daño ambiental, en los términos de los literales a) de los numerales 1 y 2 del artículo 36 de la LO-SMA. De manera que no es aplicable para el presente procedimiento sancionatorio.

A mayor abundamiento, es la misma judicatura ambiental la que se encarga de diferenciar la configuración del daño ambiental en sede administrativa para la clasificación del hecho infraccional en los términos de los literales a) de los numerales 1) y 2) del artículo 36 de la LO-SMA de aquél que opera como presupuesto de la responsabilidad por daño ambiental en sede judicial. Precisamente, el considerando vigésimo cuarto de la sentencia en comento señala que *"la utilización del daño ambiental como elemento de clasificación de las infracciones en sede administrativa no se relaciona directamente con la acreditación de éste en el procedimiento de daño ambiental"*.

27. Por otro lado, la sentencia del Primer Tribunal Ambiental de fecha 30 de diciembre de 2019, dictada en la causa Rol R-25-2019 -citada por el titular-, tampoco controvierte lo resuelto por esta Superintendencia. En efecto, la sentencia se

¹ CUNNINGHAM, Scott. Phytoremediation of contaminated soils. Elsevier Science Journal, 1995, Vol. 13. Página 394.

limita a señalar que no es razonable aumentar las exigencias establecidas en la LO-SMA para la procedencia de un Programa de Cumplimiento, por lo que la "Guía para la presentación de Programas de Cumplimiento" no puede establecer más limitaciones que aquellas definidas por el legislador. Al efecto, ya se señaló que es la misma legislación la que establece que en las hipótesis de daño ambiental producto de la infracción el análisis se deberá realizar en el marco de otro instrumento de incentivo al cumplimiento, con un procedimiento e intervenientes distintos a aquellos que operan en el Programa de Cumplimiento. De tal manera que son las consecuencias del hecho infraccional las que hacen aplicable otro instrumento de incentivo al cumplimiento, que el legislador estimó más idóneo.

B. Supuesta aplicación de garantías penales al procedimiento sancionatorio

28. En primer lugar, el titular alega una vulneración al principio de congruencia, pues estima que esta Superintendencia habría utilizado, para motivar la inadmisibilidad del Programa de Cumplimiento, antecedentes y elementos que no le fueron comunicados en la Formulación de Cargos, en particular respecto al componente ambiental suelo. Señala que solo a partir del IFA N° 982/2019 es que esta Superintendencia se habría formado la convicción de la producción de un daño ambiental "*4 meses después de la formulación de cargos y casi 2 meses después de la presentación de nuestro programa de cumplimiento refundido*".

29. En apoyo a lo expuesto cita el considerando quincuagésimo cuarto de la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental dictada en la causa Rol R-76-2015, conforme al cual se resolvió que "*si no hubo cargos ni sanción a dicho respecto [en el procedimiento sancionatorio de referencia], el programa de cumplimiento no podía abordarlo*".

30. Asimismo, citando doctrina y jurisprudencia, el titular refiere que es la Formulación de Cargos el acto administrativo por el cual se comunica al infractor los hechos que han dado origen al procedimiento sancionatorio. Sobre el particular, señala que a Andacollo de Inversiones Ltda. no se le habría informado en la Formulación de Cargos cuáles son estos hechos, en forma precisa, concreta y completa, lo que le ha repercutido negativamente en su derecho a defensa.

31. Finalmente, indica que la omisión de incluir la producción de daño ambiental producto de la infracción en la Formulación de Cargos determina que el acto no se encuentre debidamente motivado, lo que afecta la validez de la resolución reclamada.

32. Al respecto, de manera preliminar, conviene no perder de vista que el Derecho Administrativo Sancionador constituye una rama autónoma al Derecho Penal. Justamente, el procedimiento sancionatorio no tiene únicamente una finalidad garantista, sino que, en primer lugar, busca proteger los intereses generales y colectivos; en particular, el procedimiento sancionatorio regulado en la LO-SMA busca asegurar el debido cumplimiento de la normativa ambiental.

Lo anterior determina que en el procedimiento sancionatorio no puede haber una simple transposición de garantías penales, pues dicha aplicación deberá realizarse con “matices”, como señalare entre nosotros la sentencia del Tribunal Constitucional dictada en el Rol 479 del año 2006, criterio sostenido invariablemente por los tribunales de justicia.

33. Aclarado lo anterior, esta Superintendencia reitera que la reformulación de cargos no es necesaria toda vez que la constatación de la producción de daño ambiental producto de la infracción no recae sobre elementos fundamentales del mismo, como lo serían el hecho imputado, su calificación jurídica o la sanción aplicable; la identidad en dichos elementos se mantiene. Los hechos constatados en el IFA N° 982/2019 dan cuenta de la producción de efectos ambientales derivados del incumplimiento normativo que fue objeto del cargo imputado por esta Superintendencia, pero que no constituyen en sí mismos una infracción normativa. Verificada la generación de dichos efectos, esta Superintendencia se ve en la obligación de rechazar el Programa de Cumplimiento, precisamente por aplicación del principio de juridicidad. Es así que no se aprecia en el referido proceder una vulneración al inciso 3º artículo 54 de la LO-SMA toda vez que el hecho infraccional que da origen al presente procedimiento sancionatorio no se ha modificado.

34. Por lo demás, resulta pertinente relevar que en el Resuelvo II, parte final, de la Resolución Exenta N° 1/Rol D-039-2019, se señala que “[s]in perjuicio de lo anterior la clasificación de las infracciones antes mencionadas, podrá ser confirmada o modificada en la propuesta de dictamen que establece el artículo 53 de la LO-SMA, en el cual, sobre la base de los antecedentes que consten en el presente expediente, el Fiscal Instructor propondrá la absolución o sanción que a su juicio corresponda aplicar. Lo anterior, dentro de los rangos establecido en el artículo 39 de la LOSMA y considerando las circunstancias establecidas en el artículo 40 de la LO-SMA, para la determinación de las sanciones específicas que se estime aplicar”.

35. Tampoco transgrede el proceder de esta Superintendencia la contradiccioniedad que debe observar el procedimiento sancionatorio, pues, además de dársele traslado al titular respecto al contenido del IFA N° 982/2019 y sus anexos, por un plazo de 7 días hábiles, para que proceda a formular las observaciones que a su juicio correspondieran, se le entregó un plazo al titular de 15 días hábiles para evacuar descargos respecto a la producción de daño ambiental. De esta manera, no se aprecia infracción a la garantía de contradicción del titular, toda vez que se ha requerido en al menos dos ocasiones su parecer respecto a las constataciones a las que ha llegado esta Superintendencia en la realización de diligencias indagadoras, propias de un procedimiento sancionatorio, las que serán debidamente ponderadas en la instancia procedural correspondiente.

36. En segundo lugar, el titular alega una vulneración al principio de inocencia, en tanto a su juicio se estaría imputando daño ambiental en base a “presunciones e inducciones a raíz de hechos aislados en la Fiscalización”, indicando que mientras no exista una condena por daño ambiental Andacollo de Inversiones Ltda. se presumiría inocente.

37. Al respecto, no se aprecia como la constatación de la producción de daño ambiental de conformidad a los hechos comprobados en el IFA N° 982/2019 vulnera la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, toda vez que el procedimiento sancionatorio aún se encuentra en fase de discusión, permitiéndose al titular hacer valer las consideraciones que le merezcan los antecedentes que rolan en el expediente sancionatorio.

C. Existencia de daño ambiental

38. Sobre el particular, el titular señala que la afectación al suelo no constituiría daño ambiental en los términos del literal e) del artículo 2º de la Ley N° 19.300. En efecto, refiere que 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 es necesario que dichos efectos puedan ser considerados como significativos, lo que en este caso no ocurriría.

39. Aclara el titular que lo que esta Superintendencia denomina como "norma holandesa" es más bien una guía y no una norma de referencia internacional. Asimismo, estima que el hecho de que se verifiquen valores superiores a los parámetros de la norma no implica la existencia de daño ambiental.

40. Acto seguido, el titular realiza una distinción entre los conceptos de "contaminación", "contaminante", "efecto significativamente adverso" y "daño ambiental". Para estos efectos, pondremos atención a este último, cuyo análisis es resorte del presente procedimiento sancionatorio. El titular refiere que del tenor del artículo 2 letra 3) de la Ley N° 19.300 se extrae que para que exista daño ambiental deberá existir una disminución, detrimento o menoscabo "significativo" inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes. Sostiene que en la resolución reclamada no se realiza un análisis sobre por qué la presencia de plomo en algunos de los sectores en donde se emplaza la planta, en cantidades mayores a las normas y/o guías de referencia utilizadas, podría implicar un daño ambiental significativo. Estima que la resolución reclamada había confundido los conceptos de contaminación, contaminante y daño ambiental, *"presumiendo la presencia de este último sin base técnica ni jurídica que lo avale"*, por lo que el acto recurrido carecería de motivación.

41. El titular agrega que la presencia de plomo en algunos sectores en que se emplaza la planta, en superación de las normas ya reseñadas, no reuniría los requisitos de significancia para ser tenido como daño ambiental, toda vez que:

- (i) El daño ambiental constatado por esta Superintendencia se referiría al componente suelo, por lo que descarta cualquier conexión causal entre el presunto daño ambiental y la afectación en la salud que sufrieron los trabajadores de la planta de fundición. Estima que la presencia de plomo en el suelo no sería suficiente para contaminar la sangre de los trabajadores. En apoyo de lo anterior hace referencia al informe de efectos que acompañó, que demostraría que los residentes de las zonas circundantes a la planta no presentan niveles de plomo en la sangre ni daban cuenta de síntomas de afectación en la salud.

- (ii) Sobre la irreversibilidad o la condición de irrecuperabilidad del componente ambiental dañado, el titular estima que los sectores respecto de los que se imputa daño ambiental podrían ser devueltos a su condición original, lo que habría sido propuesto en el Programa de Cumplimiento.
- (iii) En cuanto a las condiciones especiales del medio ambiente o del componente ambiental dañado y su representatividad, el titular señala que los sectores con presencia de plomo en superación de parámetros definidos en normas y/o guías internacionales no corresponden a componentes propios del país, únicos, escasos o representativos, tampoco se afectaría su capacidad de regeneración.

42. Al respecto, esta Superintendencia hará algunas precisiones respecto a las alegaciones expuestas por el titular en su escrito de reposición. En primer lugar, se debe señalar que quien recurre nada señala respecto a la norma canadiense "Protocolo para la Derivación de Directrices de Calidad de Suelo para el Ambiente y la Salud Humana" (Protocol for the Derivation of Environmental and Human Health Soil Quality Guidelines), que fue empleada para contrastar los resultados obtenidos mediante el equipo de fluorescencia de rayos X (Tabla N° 1 del IFA N° 982/2019) como también aquellos analizados por el Instituto de Salud Pública (Tabla N° 2 del IFA N° 982/2019). La referencia a la norma canadiense es esencial, en tanto permite contrastar los niveles de plomo medidos con aquellos que se establecen como tolerables para el empleo del suelo para un uso agrícola, sobre esos niveles se podrá hablar de un cambio de aptitud del suelo en razón de la presencia de un agente contaminante.

Según se aprecia en el IFA N° 982/2019, de los resultados obtenidos mediante el empleo de un equipo de fluorescencia de rayos x, se verifican 31 superaciones al límite establecido para plomo en la norma canadiense, de un total de 47 puntos medidos. Asimismo, de las 31 superaciones, 10 corresponderían además a superaciones a los niveles tolerables para suelo industrial, tanto para la norma canadiense, como para la "guía" holandesa "Valores Blanco y de Intervención para la Remediación del Suelo" (Target Values and Intervention Values for Soil Remediation, VROM). La referida información está consignada en el IFA N° 982/2019, a la cual el titular tiene acceso y respecto del cual evacuó traslado el 12 de septiembre de 2019. En el considerando 58 de la resolución reclamada se justifica el empleo de estas normas, en tanto responden mejor a la realidad del componente ambiental suelo, presente en las cercanías de la planta Fundición Alcones.

43. Las referidas superaciones dan cuenta de un cambio en la aptitud del suelo, pues en éste se encuentra plomo en niveles superiores a aquellos que lo hacen apto para su utilización como suelo agrícola. Ello adquiere relevancia al calificar la "significación" del daño ambiental provocado, toda vez que constituye una pérdida de terrenos cultivables, su productividad, quedando éstos inutilizados para fines agrícolas. Las superaciones no se verificaron únicamente en el área en donde el titular requirió el cambio de uso suelo, al contrario, la mayor parte del suelo afectado es agrícola. El mismo titular reconoce la existencia de un daño ambiental, dado que la concentración de plomo es significativa y no puede ser eliminado si no mediante una medidas de reparación –fitorremediación y escarpe del suelo-.

D. Suficiencia del Programa de Cumplimiento refundido

44. En su recurso el titular señala que la resolución reclamada vulneraría los artículos 42 de la LO-SMA, y 6 y 9 del D.S. N° 30/2011, pues a su juicio el Programa de Cumplimiento daría satisfacción a los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad.

D.1. Criterio de integridad

45. En primer lugar, respecto a la **calidad del aire**, el titular acusa que los considerandos 67 a 70 de la resolución reclamada serían "*inconsistentes e incomprensibles*", pues por un lado se reconocería que las mediciones efectuadas por el titular no evidencian una superación de los parámetros MP10, MP 2,5, CO y NO₂, dado que la planta no estaría operando. Estima que al señalar lo anterior esta Superintendencia estaría desconociendo "*los fundamentos y las finalidades de los programas de cumplimiento*", pues estos no buscarían demostrar que no existieron efectos, sino precisamente eliminarlos. Conforme a lo anterior, el titular afirma que si los efectos de una infracción no están presentes en la actualidad, las medidas adoptadas para corregir el incumplimiento habrían sido totalmente efectivas.

Asimismo, señala que los asertos de los considerandos 69 y 70 se basarían en suposiciones -afectación a la calidad del aire mientras la planta operaba y generación de olores molestos por la emisión de SO₂-, pues esta Superintendencia no habría motivado ni fundamentado dichas afirmaciones.

Conforme a lo anterior, el titular estima que las medidas ofrecidas en su Programa de Cumplimiento refundido permitirían demostrar que hoy no existiría ninguna afectación al aire.

46. Sobre lo alegado, se debe aclarar que la resolución reclamada no incurre en la acusada inconsistencia alegada por el titular. El titular no debe perder de vista que el criterio de integridad, contenido en el artículo 9º del D.S. N° 30/2011, que ordena que las acciones y metas del Programa de Cumplimiento deben hacerse cargo de todas y cada una de las infracciones en que se ha incurrido **y de sus efectos**. De tal manera, para que la determinación de los efectos ambientales derivados del incumplimiento responda a realidad es necesario que se considere un escenario de funcionamiento de la planta de fundición de plomo, o aquellas estimaciones y/o modelaciones que respondan a la realidad de carga de ésta.

En este sentido, el titular no puede pretender que mediciones realizadas en momentos en que la planta no funcionó sea representativo de las emisiones a las cuales el ambiente estuvo expuesto mientras se fundía plomo en los hornos. Es contrario a la lógica -y a las finalidades propias del Programa de Cumplimiento, que debe responder al escenario infraccional- concluir que un informe de medición de emisiones está correctamente elaborado en un escenario en donde la actividad emisora no se encuentra en operación y, por ende, sin emisiones asociadas a la actividad de fundición, esto es gases y material particulado al ambiente.

47. De otro lado, el titular no puede pretender que la conclusión referida a la afectación a la calidad del aire mientras operaba la planta se basa “solo en suposiciones”. Se le recuerda al titular que, al momento de fiscalizar su actividad, esta Superintendencia constató que los sistemas de abatimiento existentes en los hornos de fundición de plomo de su propiedad presentan en sus conexiones tuberías antiguas, con óxidos, conexiones hechizadas y sin garantías desde el fabricante, que aseguren su eficiencia; lo anterior es reconocido por el propio titular en la carta de 22 de marzo del 2019, que dio respuesta al requerimiento de información contenido en la Resolución Exenta D.S.C. N°00355/2019.

Más aún, el titular es propietario de hornos de fundición de plomo, los que emiten partículas, óxidos de azufre y nitrógeno. De acuerdo con la literatura las partículas pueden consistir en óxidos, sulfuros, sulfatos de plomo, antimonio, arsénico, cobre y estaño, así como humo de plomo no aglomerado.² Con respecto a esto último, el titular no acreditó contar con un sistema de abatimiento de gases, por lo que es dable concluir que se verificó la emisión de dichos elementos mientras funcionaron los hornos.

Lo expuesto queda demostrado según los resultados que dan cuenta de altas concentraciones de Plomo, Cadmio, Cobre y Zinc en el suelo, las que superaron la normas de referencia y muestra de control o blanco, permitiendo concluir que el único medio de transporte desde la fuente emisora al área de deposición de estos contaminantes es el aire, dada el área de dispersión y distancia a la cual estos se encontraron.

48. En segundo lugar, en lo referido a la **calidad del suelo**, el titular alega que el IFA N° 982/2019 fue expedido 4 meses después de la formulación de cargos y 2 meses después de la presentación del Programa de Cumplimiento refundido. Lo anterior habría determinado una imposibilidad fáctica para incluir acciones que permitieran hacerse cargo de dichos hallazgos.

Sin perjuicio de lo anterior, el titular señala que en la presentación del 12 de septiembre de 2019 se refirió al IFA N° 982/2019, respondiendo el traslado otorgado y proponiendo medidas concretas tendientes a eliminar los efectos del hecho infraccional -que reproduce en su escrito de reposición-, las cuales serían incorporadas en una eventual respuesta a posibles observaciones que se harían al Programa de Cumplimiento refundido.

49. Respecto a los cuestionamientos realizados por esta autoridad en los considerandos 72 a 75 de la resolución reclamada, relativos al estudio de afectación de suelo que el infractor entregó, la reposición releva que se habrían incorporado al análisis otros elementos no solicitados por la autoridad -cadmio, cobre y zinc-. Asimismo, indico que no se habría tomado únicamente muestras de suelo superficial, sino que también a una profundidad de 30 y 100 cm.

² Documento “EPA AP-42 section 12-11, Secondary Lead Processing”.

Indica que los suelos ubicados en las cercanías de la planta serían “*forestales y afectados por incendios forestales*”, por lo que sería nula la posibilidad de afectación a los componentes salud pública, flora y fauna. Agrega que en base a los resultados obtenidos por la consultora Algoritmos, las concentraciones de plomo sobre los niveles contenidos en la guía holandesa se ubicarían al interior de las instalaciones de la fundición, en el sitio de acopio de chatarra y en el área aledaña a la fundición, a no más de 200 metros cuadrados; en cuanto al agua, esta no presentaría niveles de plomo por sobre lo normado en Chile.

50. Sobre los distintos valores de las normas de referencia, el titular señala que no se puede indicar que para una norma se está contaminando y para otra no. Agrega que la guía holandesa es clara en señalar que para determinar el valor de las muestras, a objeto de contrastarlas con la norma, se debe cumplir a lo menos con obtener la concentración media del contaminante en un volumen mínimo de suelo de 25 m³ y considerar las características edafológicas del suelo, lo que no habría sido considerado por la autoridad.

51. Al respecto, se aclara al titular que las objeciones ligadas al criterio de integridad realizadas en la resolución reclamada, vinculadas a la calidad del suelo, no se hacen por referencia al IFA N° 982/2019, por lo que el supuesto de indefensión que alega, por la imposibilidad de incluir acciones que permitieran hacerse cargo de dichos hallazgos, no es tal. En efecto, lo que cuestiona la resolución reclamada es la afirmación “*no existe hipótesis de contaminación*”, descartando en consecuencia efectos sobre el componente suelo, refutando en lo sucesivo las conclusiones del informe de efectos ambientales sobre dicho componente entregado por el propio titular. Por lo demás, los hallazgos consignados en el IFA N° 982/2019 son en su mayoría una reiteración de aquellos consignados en el Informe de Fiscalización Ambiental individualizado como DFZ-2019-158-VI-RCA; la única novedad se refiere a las mediciones de suelo realizadas por esta Superintendencia, cuyos resultados dan cuenta de altas concentraciones de plomo en el suelo, lo que también se verifica en los resultados obtenidos por el mismo titular.

52. En relación a la metodología propicia para el empleo de la norma holandesa, se le reitera al titular que fue el mismo informe de efectos ambientales entregado por éste el que propone su utilización para el contraste de los resultados obtenidos. Por lo demás, lo que se cuestiona al titular es aplicar un estándar de suelo industrial para puntos en los que aplica uno para suelo agrícola. Lo anterior queda expuesto en el considerando 74 de la resolución reclamada, que señala “*de acuerdo con los propios antecedentes entregados por el infractor, en respuesta a la Resolución Exenta N° 177, 8 de marzo del 2011, del Ministerio de Agricultura -que autoriza subdivisión y cambio de uso de suelo del predio denominado Hijuela N° 3 ubicado en Alcones, de la comuna de Marchigüe de propiedad de Don Gonzalo Izquierdo Menéndez- se señala que ‘La superficie del Lote sujeto a Cambio de Uso es de 9.000,00 m², de lo cual se infiere, que dicho lote corresponde al lugar donde se instaló la planta de fundición de plomo’.*

Así las cosas, se sostiene que “*el único punto muestreado que se encuentra en el área de la planta corresponde al punto S6 del informe,*

razón por la cual únicamente dicho punto debía compararse con la norma holandesa en suelo industrial; y no el resto de los puntos, los cuales están ubicados en suelo agrícola".

Igualmente, es el propio titular en su campaña de toma de muestras el que consideró un punto de control, que fuera representativo de un suelo similar al área de estudio sin influencia de actividad industrial. Precisamente, la toma de una muestra control es esencial para verificar si un suelo de similares características ha sido intervenido, de manera que todas las muestras en suelo agrícola se deben comparar con este punto de control -como medida inicial- y la norma de referencia. Con todo, el titular no comparó los resultados de las muestras con las concentraciones de Cd, Cu, Zn y Pb obtenidas en la muestra de control.

53. De otro lado, el titular únicamente describe la metodología empleada para la realización de informe de efectos ambientales respecto del componente ambiental suelo, sin entregar argumentos que desvirtúen las conclusiones a las que arriba esta Superintendencia, y cuestionando el empleo de una norma de referencia que el mismo propuso en dicho informe.

54. En tercer lugar, respecto a la **salud de las personas**, el titular indica que los trabajadores del operador, respecto de los cuales se detectaron niveles de plomo en la sangre, se encuentran sometidos a un programa médico, para eliminar o minimizar los efectos que pudieron sufrir en su salud.

Agrega que esta Superintendencia no habría considerado los resultados del Informe de Efectos respecto del componente salud de la población de título "Muestreo y análisis de plomo en sangre" -acompañado por el titular-, en donde se 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. También hace referencia a que en el Programa de Cumplimiento refundido se habrían ofrecido acciones concretas sobre identificación de personas, realización de exámenes médicos y financiamiento para eventuales tratamientos.

55. Sobre esta materia, debe advertirse al titular que esta Superintendencia no discurre en la resolución reclamada sobre el Informe de Efectos entregado el 30 de agosto de 2019, por lo que esta Superintendencia no se pronunciará al respecto.

56. Respecto a los trabajadores que desempeñaban sus funciones en la fundición de titularidad de Andacollo de Inversiones Ltda., se debe señalar que no basta con que el titular se limite a entregar antecedentes sobre la vigencia de un programa de vigilancia médica asistencial por exposición de plomo. En efecto, en la resolución reclamada se le informó de la existencia de estudios epidemiológicos que han evaluado los efectos del plomo en la salud de todos los sistemas de órganos (neurológico, renal, cardiovascular, hematológico, inmunológico, reproductivo y desarrollo), donde distintos efectos adversos pueden observarse, en exposiciones agudas y crónicas, e incluso en las concentraciones más bajas de plomo estudiadas ($\leq 5 \mu\text{g}/100\text{ml}$). Por ello, debió al menos realizar exámenes con el fin de

determinar que el plomo presente en la sangre no ha afectado o dañado a los órganos del cuerpo de dichos trabajadores.

57. De otro lado, el Programa de Cumplimiento refundido no aborda el hecho de que las emisiones atmosféricas de la planta de fundición dieron como resultado la contaminación por plomo de los trabajadores. En contrario, se hace énfasis en que no hubo contaminación del aire, pero es justamente éste uno de los medios principales de conducción del plomo, lo que explica su presencia en la sangre de los trabajadores, el que este ingresa por vía respiratoria principalmente.

D.2. Criterio de eficacia

58. Sobre este punto el titular discurre respecto de la acción N° 3 del Programa de Cumplimiento refundido, estimando que la falta de respaldo técnico no puede ser una razón para justificar un incumplimiento al criterio de eficacia. Estima que dicha ausencia podía suplirse en una nueva versión de Programa de Cumplimiento que atendiera a dicha observación.

59. De manera preliminar, se debe señalar que la Jurisprudencia ha expuesto que “*pese a que las observaciones y correcciones de oficio realizados por la SMA sean una práctica habitual observada en cerca del 80% de los casos informados, según lo expuesto en el considerando anterior la entidad fiscalizadora no tiene una obligación legal de realizar dichas observaciones o correcciones, encontrándose plenamente facultada para rechazar de plano un programa de cumplimiento, en caso de estimar que éste no cumple con los criterios de aprobación prescritos*”³ (destacado nuestro). Dicha jurisprudencia, resulta especialmente relevante, en atención a que en el referido caso el rechazo del Programa de Cumplimiento fue de plano, sin mediar resolución de observación alguna (Rol D-007-2015), por lo que pudiendo esta Superintendencia rechazar de plano un Programa de Cumplimiento, por incumplimiento de los requisitos de aprobación prescritos en la normativa, con mayor razón puede realizarlo luego de haber realizado una resolución de observaciones.

60. En línea con lo anterior, la Corte Suprema ha indicado “*si el programa de cumplimiento no satisface estas exigencias, no existe impedimento para que la autoridad ordene su complementación, cuestión que se relaciona con la posibilidad de materializar el fin que el legislador tuvo presente al incorporar este instrumento de incentivo al cumplimiento. [...] Ahora bien, si el programa de cumplimiento no satisface estas exigencias, no existe impedimento para que la autoridad ordene su complementación, cuestión que se relaciona con la posibilidad de materializar el fin que el legislador tuvo presente al incorporar este instrumento de incentivo al cumplimiento, que no es otro que lograr en el menor tiempo posible que se cumpla con la normativa ambiental y se realicen acciones que se hagan cargo de los efectos que produjo el incumplimiento. Así, el artículo 9º del Decreto Supremo N° 30, impide que se apruebe un programa que no cumpla con los criterios exigidos por la norma; luego, no ordena que se rechace [...] Si, concluido el estudio, estima que hay aspectos que deben ser complementados,*

³ Sentencia Segundo Tribunal Ambiental, Rol 82-2015, considerando cuadragésimo cuarto.

sea porque el instrumento no aborda todos los hechos infraccionales o no propone planes para hacerse cargo de los efectos del incumplimiento o no señala con claridad el cronograma de cumplimiento u objetivos a ejecutar, puede solicitar al infractor, que lo perfeccione el referido instrumento, todo esto sin perjuicio de su facultad de la Superintendencia de rechazar programas presentados por infractores excluidos del beneficio o por carecer el instrumento de la seriedad mínima o presentar deficiencias que son insubsanables, caso en el cual, atendido el rechazo, se proseguirá con el procedimiento sancionatorio”⁴ (destacado nuestro).

61. En consecuencia, lo que ha quedado establecido es que la Superintendencia cuenta con la facultad para realizar observaciones al Programa de Cumplimiento presentado por el presunto infractor, pero en ningún caso mandata que el proceso de observaciones a este se extienda de manera indefinida en el tiempo, con el objetivo que las deficiencias constatadas sean corregidas en futuras versiones del Programa de Cumplimiento. En otras palabras, no es posible extender el proceso de observaciones al Programa de Cumplimiento, en base a que las deficiencias del instrumento sean “potencialmente subsanables”. Sostener lo contrario, como parece entender el titular, implicaría que toda vez que existiera una factibilidad material para que un Programa de Cumplimiento cumpla con los criterios de aprobación, esta Superintendencia estaría obligada a realizar observaciones, indefinidamente, reiterando las mismas deficiencias constatadas, hasta que el titular finalmente las corrigiera, lo que no resulta admisible al pugnar con los propios fines del programa de cumplimiento (*“lograr en el menor tiempo posible que se cumpla con la normativa ambiental y se realicen acciones que se hagan cargo de los efectos que produjo el incumplimiento”*).

62. Precisado lo anterior, es menester señalar que el incumplimiento al criterio de eficacia identificado en la resolución reclamada no se sustenta únicamente en la falta de antecedentes técnicos para justificar que la plantación de 1200 individuos de eucaliptus por hectárea, en paños de estructura heterogénea, en un área aledaña a la planta, sería apta para la remoción del plomo en el área contaminada. Precisamente, también se indica que el escarpe de sectores con presencia de residuos o chatarras, correspondiente a un área de 0,5 ha., no incluye a dos de las muestras de suelo donde se encontraron altas concentraciones de metales, según el informe que la misma empresa presentó.

63. Ahora bien, en relación a la plantación de los individuos de eucaliptos, el plan no justifica por qué la cantidad de 1200 individuos por ha es suficiente para remediar el suelo, ni el sistema de mantención de los individuos, ni como se eligió el área a intervenir. En efecto, el titular afirma que la especie eucaliptus habría sido escogida por *“su capacidad de absorber y fijar metales pesados, para limpiar el suelo”*; con todo, no hay información que avale al eucalyptus como hiperacumulador de plomo. La literatura señala que especies como: *Sedum alfredii*, *Viola baoshanensis* y *Vertiveria zizanioides* (Zn, Cd, Pb); *Brassica juncea*, *Helianthus annuus*, *Sesbania drummondii* (Pb); *Brassica napus* (Cu, Pb, Zn); y *Pistia stratiotes* (Ag, Cd, Cr, Cu, Hg, Ni, Pb, Zn) (Fitorremediación: Una Alternativa para Eliminar la Contaminación, Tropical and Subtropical Agroecosystems, 14 (2011): 597- 612). En contrario, la

⁴ Sentencias de la Exma. Corte Suprema, Rol N° 67.418/2016, considerando séptimo; y Rol N° 11.485-2017, considerando décimo noveno.

especie ofrecida por el titular no aparece listada en dicho estudio ni en ningún otro del cual tenga conocimiento esta Superintendencia.

64. Se debe agregar que el área de limpieza de suelo -producto de la contaminación por plomo- es mucho mayor que a lo propuesto en el Programa de Cumplimiento refundido, ya sea contemplando el área estimada con el equipo XRF o los mismos valores presentados por el titular en el Programa de Cumplimiento. En efecto, interpolando los valores arrojados por el equipo de medición XRF, el área que se debería intervenir corresponde a un total de 18,2 ha, de las cuales 17,3 ha corresponden a suelo agrícola y 0,9 ha a suelo industrial; mientras que considerando en la interpolación los valores entregados por el titular en el Programa de Cumplimiento, el área a intervenir correspondería a 25,3 ha, de las cuales 24,4 ha corresponde a suelo agrícola y 0,9 ha a suelo industrial. Cabe señalar que las áreas analizadas por esta Superintendencia en el IFA N° 982/2019 y el Programa de Cumplimiento, no corresponden exactamente a las mismas, por eso existen diferencias entre las áreas calculadas, como se presenta a continuación:

Imagen N° 1: Interpolación de las concentraciones de plomo obtenidas en fundo Alcones.

Considera concentraciones sobre los valores de referencia de la norma canadiense y norma holandesa, 70 mg/kg suelo agrícola y 530 mg/kg suelo industrial respectivamente.



Referencia: Google Earth, concentraciones de plomo obtenidos mediante XRF IFA N° 982/2019 y concentraciones de plomo obtenidas de PdC de Andacollo de Inversiones Ltda.

65. Por último, si bien en general las concentraciones de plomo que superan la norma referencial fueron tomadas en suelos

superficiales, cabe señalar que de las muestras analizadas por esta Superintendencia, aquella identificada como 1-20 cm (Sector Acopio Sur Oeste del Galpón 3) en la Tabla N° 2 del IFA N° 982/2019, tomada a una profundidad de 20 cm, presenta valores por sobre los 6.000 mg/kg de Pb, y se encuentra dentro del área de remoción propuesta por el titular. En consecuencia, la remoción de 20 cm de suelo agrícola contaminado propuesta en el plan de limpieza en este sector no sería eficaz.

66. En consecuencia, en base a los antecedentes presentados por el mismo titular, además de aquellos incorporados mediante el IFA N° 982/2019, queda claro que el “Plan de limpieza de suelo” presentado en el Anexo 2 del Programa de Cumplimiento, ofrecido a propósito de la Acción N° 3, no responde a los efectos ambientales derivados del hecho infraccional, no entregando el titular en su reposición argumentos suficientes para que esta Superintendencia arribe a una conclusión diversa.

D.3. Criterio de verificabilidad

67. El titular señala que la resolución reclamada se circunscribe a la falta de medios de verificación respecto de la acción de limpieza de suelo para justificar el rechazo del Programa de Cumplimiento. Asimismo, enumera los medios de verificación que se ofrecieron en el Programa de Cumplimiento para el “escarpe o forestación de los sectores de suelos señalados en el informe, ajustándose al estándar de referencia holandés”.

68. Sobre la materia, es menester aclarar que las objeciones planteadas en la resolución impugnada se vinculan también al criterio de eficacia. En efecto, como ya se señaló, los suelos con presencia de plomo por sobre las normas de referencia no son únicamente de naturaleza industrial, al contrario, el grueso de los suelos contaminados tiene por uso el agrícola, de manera de que no es apto para acreditar el cumplimiento de la normativa contrastar los niveles resultantes con los valores de referencia del estándar holandés en aquellos casos en que se esté en presencia de suelo para uso agrícola, por lo que la norma de referencia más adecuada es la canadiense -como se argumentó precedentemente-, además de las concentraciones obtenidas en el punto de control. De tal manera, el medio de verificación es incorrecto por estar mal formulado.

RESUELVO:

I. **SE RECHAZA, EN TODAS SUS PARTES**, el recurso de reposición presentado con fecha 28 de noviembre de 2019, por parte de la **ANDACOLLO DE INVERSIONES LTDA**, por lo expuesto en los considerandos N°s 18° a 70°.

II. **ELEVAR** todos los antecedentes de la presente resolución al Superintendente del Medio Ambiente, en su calidad de superior jerárquico, para que resuelva el recurso jerárquico interpuesto, en subsidio, por **ANDACOLLO DE INVERSIONES LTDA.**, en atención a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 59 de la Ley N° 19.880.

III. **NOTIFICAR A LA CASILLA ELECTRÓNICA** jfemenias@ilcabogados.cl a **JORGE FEMENÍAS SALAS**, en representación de Andacollo de

Inversiones Ltda. Asimismo, notifíquese por carta certificada, o por otro de los medios que establece el artículo 46 de la Ley N° 19.880, a: i) **LUIS NÚÑEZ NAVARRETE**, domiciliado en Sector Carolomal S/N Marchigüe, Sexta Región; ii) **CRISTIAN LEÓN LEÓN**, domiciliado en La Hijuela S/N La Hijuela de Alcones, Marchigüe, Sexta Región; iii) **PAMELA LÓPEZ MEDINA**, domiciliada en La Hijuela S/N La Hijuela de Alcones, Marchigüe, Sexta Región; iv) **MÓNICA DE LAS MERCEDES LEÓN HUERTA**, domiciliada en La Hijuela S/N La Hijuela de Alcones, Marchigüe, Sexta Región; v) **RAMÓN LEÓN LEÓN**, domiciliado en domiciliado en La Hijuela S/N La Hijuela de Alcones, Marchigüe, Sexta Región; vi) **JOSÉ ERAZO LEÓN**, domiciliado en Alcones El Sauce S/N, Marchigüe, Sexta Región; vii) **RUBÉN DEL CARMEN PÉREZ LAZO**, domiciliado en Quimahue, El Boldal, Villa San José N° 40, comuna Santa Cruz, Sexta Región; viii) **CESAR ANDRÉS PÉREZ ABARCA**, domiciliado en Quimahue, El Boldal, Villa San José N° 40, comuna Santa Cruz, Sexta Región; y ix) **CRISTÓBAL OSORIO VARGAS**, domiciliado en Av. General Bustamante N° 120, oficina 102, comuna de Providencia.



Casilla Electrónica:

- Jorge Femenías Salas, casilla electrónica jfemenias@ilcabogados.cl.

Carta Certificada:

- Luis Núñez Navarrete domiciliado en Sector Carolomal S/N Marchigüe, Sexta Región.
- Cristian León León domiciliado en La Hijuela S/N La Hijuela de Alcones, Marchigüe, Sexta Región.
- Pamela López Medina domiciliada en La Hijuela S/N La Hijuela de Alcones, Marchigüe, Sexta Región.
- Mónica de Las Mercedes León Huerta domiciliado en La Hijuela S/N La Hijuela de Alcones, Marchigüe, Sexta Región.
- Ramón León León domiciliado en domiciliado en La Hijuela S/N La Hijuela de Alcones, Marchigüe, Sexta Región.
- José Erazo León domiciliado en Alcones El Sauce S/N, Marchigüe, Sexta Región.
- Rubén del Carmen Pérez Lazo domiciliado en Quimahue, El Boldal, Villa San José N° 40, comuna Santa Cruz, Sexta Región.
- Cesar Andrés Pérez Abarca domiciliado en Quimahue, El Boldal, Villa San José N° 40, comuna Santa Cruz, Sexta Región.
- Cristóbal Osorio Vargas domiciliado en Av. General Bustamante N° 120, oficina 102, comuna de Providencia.

C.C.:

- Héctor Flores Peñaloza, Alcalde de la Ilustre Municipalidad de Marchigüe, domiciliado para estos efectos en calle Libertad N° 490, Marchigüe, Chile.
- Rafael Borgoño Valenzuela, SEREMI de Salud de O'Higgins, domiciliado para estos efectos en calle Campos N° 423, oficina 402, Rancagua.
- Dirección General de Aguas de la Región de O'Higgins, domiciliada para estos efectos en calle Cuevas N° 530, Rancagua.
- Marcelo Cerda Berrios, Director Regional Corporación Nacional Forestal de O'Higgins, domiciliado para estos efectos en calle Cuevas N° 480, Rancagua.
- Secretaría Regional Ministerial de Medio Ambiente, domiciliada en calle Estado N° 177, Rancagua.
- Paola Conca Prieto, Directora Regional del Servicio Agrícola y Ganadero de la Región de O'Higgins, domiciliada para estos efectos en calle Sargento José Bernardo Cuevas N° 480, Rancagua.

Rol D-039-2019