

TRESCIENTOS TREINTA
Y OCHO 338

TRIBUNAL : Segundo Tribunal Ambiental
MATERIA : Reclamación Judicial artículo 17 N°3 de la Ley 20.600
PROCEDIMIENTO : Reclamación de la Ley N°20.600
RECLAMANTE : Inversiones de Andacollo Ltda.
RUT : 79.933.930-2
REPRESENTANTE LEGAL : Gonzalo Izquierdo Menéndez
CNI N° : 3.567.484-5
PATROCINANTE Y APODERADO N°1 : Jorge A. Femenías S.
CNI N° : 15.312.460-4
APODERADO N°2 : Edison Garcés Cartes
CNI N° : 18.908.797-7
RECLAMADO : Superintendencia del Medio Ambiente
REPRESENTANTE LEGAL : Cristóbal de la Maza Guzmán
CNI N° : 13.765.976-K



EN LO PRINCIPAL: interpone reclamación de ilegalidad; EN EL PRIMER OTROSÍ: solicita se decrete suspensión judicial de los efectos del acto administrativo que indica o en subsidio, solicita medida cautelar innovativa; EN EL SEGUNDO OTROSÍ: acompaña documentos; EN EL TERCER OTROSÍ: asume representación, patrocinio y poder, y delega poder; EN EL CUARTO OTROSÍ: señala forma de notificación; EN EL QUINTO OTROSÍ: solicita providencia urgente.

ILUSTRE SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

JORGE A. FEMENÍAS S. y **EDISON GARCÉS CARTES**, abogados, en representación, según consta del documento acompañado y de la delegación formulada en un otrosí de este escrito, de **ANDACOLLO DE INVERSIONES LTDA.** ("Andacollo" o "Compañía"), representada legalmente por don Gonzalo Izquierdo Menéndez, chileno, cédula nacional de identidad N°3.567.484-5; todos domiciliados para estos efectos, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 del Código de Procedimiento Civil, en Alonso de Córdova N°5870, oficina 1707, Las Condes, en estos autos sobre reclamación del artículo 17 N°3 de la Ley N° 20.600, a S.S. Ilustre respetuosamente digo:

De conformidad con el artículo 17 N°3 de la Ley N°20.600, de 28 de junio de 2012 que "Crea los Tribunales Ambientales" ("LTA"), en relación con los artículos 47 del mismo cuerpo legal; 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente¹ ("LOSMA"); y, 54 de la Ley N°19.880, de 29 de mayo de 2003, Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración

¹ Contendida en el artículo 2 de la Ley N°20.417, de 26 de enero de 2010.

del Estado ("LBPA"); interpongo reclamación de ilegalidad en contra de la Resolución Exenta N°9/Rol D-039-2019, de 30 de octubre de 2019, de la Superintendencia del Medio Ambiente ("SMA" o "Superintendencia") ("Res. N°9"), dictada en el procedimiento administrativo sancionador instruido por esa Superintendencia bajo el rol D-039-2019 ("Procedimiento"), por la que esa autoridad rechazó el Programa de Cumplimiento presentado por la Empresa ("PdC"); y, en contra de la Resoluciones Exentas N°s 12 y 13 ("Res. N°12" y Res. N°2071"), de 19 de febrero y 16 de octubre del año en curso respectivamente, mediante las que la SMA rechazó los recursos de reposición y jerárquico interpuestos en contra de la mentada Res. N°9, conforme a los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho que a continuación expongo:

§1. ANTECEDENTES DEL PROYECTO Y SU HISTORIA

A. Origen y antigüedad de la Planta

1. La planta recuperadora de metales Alcones ("Planta") inició su operación a mediados de 1995, en un terreno ubicado al interior del Fundo Alcones en la comuna de Marchigüe. En 1996, la Planta adquiere la configuración que mantuvo hasta 2018 mediante la instalación y operación de tres hornos de fundición, con el objeto de ampliar su capacidad de proceso y recuperación metálica.

2. Dos de estos hornos eran horizontales de calentamiento interno, mientras que el tercero era un horno vertical de calentamiento exterior. De los tres, los de calentamiento horizontal han tenido mayor uso en el tiempo fundamentalmente por haber sido arrendados y operados por terceros desde hace varios años.

3. Todos los equipos instalados fueron adquiridos a terceros que ya los habían utilizado antes, por ello se han realizado frecuentes mantenciones y reparaciones e incluso renovaciones. En un principio los hornos contaron con un sistema de campana y conducción de gases, el que fue modificado paulatinamente hacia un sistema de abatimiento de gases mediante filtros de mangas a requerimiento de la autoridad sanitaria.

La modificación del sistema de captación de gases fue el principal cambio efectuado a los equipos hasta 2018, año en que se cambió el horno vertical por un horno horizontal de mayor capacidad, según señalaremos.

4. Para fundir y recuperar metales como el cobre, zinc, estaño y plomo se usaban, preferentemente, los dos hornos horizontales que fueron instalados en 1995. El Horno Vertical Estático se utilizaba como apoyo ante mantenciones o para fundir y recuperar aluminio, zinc y plomo en forma esporádica.

5. El principal producto metálico recuperado por los arrendatarios que operaron la Planta fue el plomo, utilizando para ello “pasta de plomo”, la que es catalogada como “sustancia peligrosa” y no como “residuo peligroso”².

6. Con respecto a la capacidad instalada de producción por ciclo de fundición o “Batch” (haciendo presente que cada ciclo tiene una duración aproximada de 4 horas en razón del material que se fundía), desde 1996 y hasta 2018, la Planta tuvo la siguiente capacidad: (i) el horno N°1 (Horno horizontal N°1) 1,5 toneladas por ciclo; (ii) el horno N°2 (Horno Horizontal N°2) entre 0,6 y 0,75 toneladas por ciclo; y, (iii) el horno N°3 (Horno vertical) tuvo una capacidad de 0,5 toneladas por ciclo.

7. En este escenario, desde 1996 y hasta 2018, la capacidad instalada de producción de la Planta fue de 16,5 toneladas por ciclo y la producción efectiva era de 8,25, dado que el permiso sectorial autorizaba un funcionamiento sólo de 12 horas. Así, la Planta producía 3 ciclos por día: Horno N°1 = 4,5 toneladas; Horno N°2 = 2,25; Horno N°3 = 1,5. En síntesis, la producción efectiva era de 8,25 mientras que la capacidad instalada era de 16,5 (si se consideraba una producción de 24 horas, lo que no ocurría en la práctica).

8. Producto de requerimientos de los arrendatarios, y considerando que la autorización sectorial de los hornos (“Informe Sanitario”) sólo permitía operar la planta en horario diurno (12 horas), según se viene explicando, la Compañía gestionó la ampliación del funcionamiento de la Planta a horario diurno y nocturno. Ello ocurrió en 2017, concluyendo con la ampliación del Informe Sanitario (Resolución N° 11604/2017 SEREMI de Salud VI Región), lo que permitió el funcionamiento de la Planta en horarios diurno y nocturno, sin modificar o cambiar ningún elemento o instalación de la planta, y

² Ordinario N°691/2018 de la SEREMI de Salud VI Región que ratifica la calidad de “sustancia Peligrosa” de la Pasta Plomo.

permitiéndole ahora operar a su máxima capacidad de producción o, dicho de otra forma, usando plenamente la capacidad instalada que tenía desde 1996.

9. Posteriormente, a fines de 2018, Andacollo presentó al SEA VI una consulta de "Pertinencia"³ respecto a reparaciones, mejoras y renovaciones de equipos que los arrendatarios solicitaron para optimizar las instalaciones y equipos de la planta. Entre dichos cambios, se reemplazó el horno vertical por uno horizontal.

10. Con esta renovación de equipos u hornos, se amplió la capacidad de fundición de la planta en **6 toneladas al día de material fundido**, lo que fue consecuencia del aumento de capacidad productiva del Horno 3 reemplazado. En efecto, el Horno N°3 pasó de 0,5 toneladas de producción de metal fundido por ciclo a 1,2 o 1,5.

11. Frente a ello, la Dirección Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de la VI Región ("SEA VI") **resolvió que los cambios y el aumento de capacidad instalada no ingresaban al SEIA**⁴, DEBIDO A QUE LA CAPACIDAD INSTALADA ANTERIOR A 1997 -fecha en que comenzó a regir el primer reglamento del SEIA- ERA 16,5 TONELADAS Y EL AUMENTO ERA SÓLO DE 6 TONELADAS, lo que, en conformidad con el artículo 2 letra g) del D.S. N°40, de 30 de octubre de 2012, D. of. 12-08-2013, del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ("RSEIA"), no constituía un cambio de consideración al no tratarse de un proyecto o actividad listado en el artículo 3 del RSEIA.

12. En este sentido, **desde ya expresamos que la causal de ingreso establecida en el literal ñ.1 del artículo 3 del RSEIA no aplica a la Planta** porque, cómo se verá, dado que la Planta comenzó a operar en 1995, y el único cambio sustantivo se efectuó en 2018, mediante el reemplazo del Horno N°3 y el consecuente aumento de su capacidad instalada de producción en 6 toneladas, la única obra, parte o actividad que se debe analizar para determinar su ingreso, es el remplazo del Horno N°3 y la nueva producción de éste, no pudiendo adicionar las 16,5 toneladas históricas a las nuevas 6 toneladas. En consecuencia, siendo el umbral de la norma 10 toneladas/día, y siendo

³ Carta S/N de diciembre de 2018, presentada y formalizada en la oficina de partes del SEA VI el 2 de enero de 2019.

⁴ R.E N°94/2019 SEA VI.

sólo las 6 toneladas adicionadas en 2018 las que deben considerarse para análisis de la causal, éstas no son suficientes para gatillar el ingreso.

Asimismo, cómo se demostrará, la causal del literal o.9 no aplica por dos razones:

(i) porque **la pasta de plomo, principal insumo utilizado en la operación de la Planta no es un residuo peligroso tóxico agudo, ni otro tipo de residuo peligroso de conformidad con la NCh. 382. Of. 2004 y los artículos 12, 13 y 14 del Decreto Supremo N°148, de 2003 del Ministerio de Salud, sino una sustancia peligrosa, de conformidad con la Resolución Exenta N°408/2016 MINSAL que aprueba listado de sustancias peligrosas para la salud. En efecto, en ella se indica que la Pasta de Plomo que contiene Sulfato de Plomo (CAS N° 69029-52-3) y Dióxido de plomo (CAS N° 1309-60-0) es una mezcla de sustancias peligrosas^{5,6,7}; y,**

(ii) todavía más, porque si en alguna oportunidad aislada y específica se fundieron residuos peligrosos, **ello estaba expresamente permitido por la Resolución Exenta N°323, de 19 de diciembre de 2017, del SEA VI, que autorizó la utilización de residuos peligrosos en una cantidad igual o inferior a 950 kg/día. Por cuanto, no es posible sumar los 950 k/g pretendidos a la producción histórica de la Planta anterior a la entrada en**

⁵ El D.S 408/2016 del Ministerio de Salud, permite esclarecer con mayor precisión cuándo un elemento es residuo peligroso y cuándo una sustancia peligrosa. Particularmente, su artículo 2 que define los conceptos de "sustancias", "mezclas" y "mezclas mono-constituídas" para el control de importación en relación con la Ley N°18.164 que establece Norma de Carácter Aduanero.

⁶ Asimismo, **refrendan la naturaleza de sustancia peligrosa de la pasta de plomo**, actos administrativos pronunciados en distintos procedimientos que podemos citar a modo ejemplar: (i) la hoja de seguridad presentada por la SEREMI de Salud V Región, mediante Ord. N°1140/2011; y, (ii) el Ord. N° 691/2018, de la SEREMI de Salud VI.

⁷ En este sentido, por ejemplo, en el Ord. N°1140/2011 SEREMI Salud, es clara la exigencia por parte de la Autoridad sanitaria de la V Región de **almacenar la Pasta de Plomo como sustancia peligrosa** al indicar que "El sulfato de plomo obtenido en el proceso, se debe almacenar en acuerdo al DS 78. Por lo cual se debe presentar proyecto para esta bodega" (extracto de Ord. N°1140/2011 SEREMI Salud V Región).

De igual forma, el Ordinario N° 691, de 26 de marzo de 2018, expresamente indica que "**Dado que la Pasta de Plomo será utilizada como insumo, esta debe ser almacenada como sustancia peligrosa, cumpliendo con lo establecido en Decreto Supremo N°43 de 2015, del Ministerio de Salud, que aprueba el Reglamento de Almacenamiento de Sustancias Peligrosas, y que debe ser transportado en concordancia con los requerimientos estipulados en Decreto Supremo N°298 de 1994, del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones**".

vigor del SEIA, y porque esa cantidad por sí sola no tipifica en el artículo 3 letra o.9 del RSEIA.

En consecuencia, y como se advierte, no puede configurarse la causal. Todo, sin olvidar que, aunque se hubieren procesado residuos peligrosos desde el inicio de la operación de la Planta, la norma no resultaría aplicable porque su funcionamiento es anterior a la vigencia del SEIA.

13. Es relevante recordar que la antigüedad de la Planta fue acreditada ante el SEA VI, mediante los documentos presentados el 19 de noviembre de 2015, al ingresar la carta de "Pertinencia" que fue resuelta mediante R.E N°261/2015 del SEA VI.

14. En efecto, en dicha oportunidad se acompañaron a ese Servicio los siguientes antecedentes en los que consta la antigüedad de la Planta:

a) Contrato de arriendo de 1 de octubre de 1995, donde se arrienda un terreno al interior del fundo Alcones de Marchigüe para que se instale la Planta recuperadora de metales o Planta de fundición y carta poder de 20 de octubre de 1995 y de 7 de febrero 1997, para realizar tramitaciones en Impuestos Internos.

b) Extracto de 14 de junio 1995, donde la Sociedad Recuperadora de Metales Alcones Ltda. o RALGOMET LTDA (nombre de fantasía) informa el aporte de cada uno de los socios, al efecto: maquinaria y equipo de fundición que son utilizados por la Planta de Fundición y permitieron su instalación.

c) Certificado del Departamento de Rentas de la Dirección de Administración y Finanzas de la Municipalidad de Marchigüe, 7 de enero 2009 que señala que "La empresa "Andacollo de Inversiones Ltda., Rut 79.933.390 – 2 cuenta con Patente Industrial, Rol N° 10004, rubro Fundición – Procesadora de Metales y Chatarras, desde el 14 de diciembre de 1995 a la fecha. Encontrándose sus Patentes al día".

d) Form. 2 N°3043 de la Sección Rentas de la Municipalidad de Marchigüe, de 14 de diciembre de 1995, donde se constata el pago anual correspondiente a 1995 de las contribuciones por patentes Industrial dada la actividad de Procesadora de Metales y

Chatarra de Andacollo de Inversiones Ltda. en el fundo de Alcones comuna de Marchigüe.

- e) Planillas de pago de cotizaciones previsionales declaradas de los trabajadores de la Planta de Fundición de los años 1995 y 1996.
- f) Liquidaciones y contratos de operarios de la Planta de fundición de los años 1996 y 1997.
- g) Documentos, facturas y guías de despacho de compra de insumos para fundir y/o de equipos de fundición que son de los años 1995 y siguientes.
- h) Documentos de ventas de productos fundidos metálicos de los años 1996 y siguientes.
- i) Además, lo han reconocido el mismo Pliego de Cargos en su considerando 1°, que señala: *“La Planta de Fundición Alcones fue construida y habilitada entre los años 1995 y 1996”*.

B. Operación de la Planta por terceros

15. Como se indicó, Andacollo no operaba ni opera la Planta dado que arrendó sus instalaciones a diversos privados durante los últimos 20 años⁸. De esta forma, durante ese tiempo sólo tramitó y/o solicitó algunos permisos sectoriales con el objeto que los terceros pudieran operarla debidamente, sin perjuicio de exigirles a esos terceros el cumplimiento de toda la normativa sectorial y la asunción de responsabilidad para el evento de que así no lo hicieran.

16. En este contexto, Andacollo presentó diversas consultas de pertinencia a la Autoridad. De las 5 consultas de pertinencia presentadas entre los años 2013 y 2018, en 3 se resolvió que las modificaciones propuestas no debían ingresar al Sistema⁹, misma

⁸ Copias de estos contratos, así como de otros antecedentes que acreditan la operación de la Planta por parte de terceros, se acompañan en el segundo otrosí de esta presentación.

⁹ A pesar de que la SMA reconoció sólo 2, aduciendo erróneamente que, a la fecha de la formulación de cargos, la última de las pertinencias *“aún está pendiente de resolución por parte del SEA de O'Higgins”*, la

conclusión a la que ya había arribado la CONAMA en el año 2006¹⁰, reafirmando el criterio de que la Planta comenzó su funcionamiento antes de la entrada en vigor del SEIA. Es decir, la Autoridad ambiental desde hace más de una década tenía pleno conocimiento de la existencia de la Planta, del año en que empezó a operar y de que las modificaciones propuestas no requerían de una evaluación ambiental.

17. A su turno, las dos resoluciones que indicaron que las modificaciones pretendidas a la Planta debían someterse a evaluación de impacto ambiental, **fueron aquellas en las que se preguntó por la utilización de residuos peligrosos como materia prima a fundir.** En este sentido, la Resolución Exenta N°125/2013 del SEA VI, indica que la fundición de borras de plomo y *scraps* de baterías sí requerirían evaluación ambiental por ser residuos peligrosos y tener magnitudes de material a fundir que hacían que esa actividad tipificara en los artículos o.9 y ñ.1 del D.S 95/2001 del MINSEGPRES.

18. La misma conclusión indicó el SEA VI mediante la Resolución Exenta N°68/2014 del SEA VI, que indicó que la utilización en el proceso de fundición de baterías libres de electrolitos debía evaluarse, y la Resolución Exenta N°000116/2014 (que resolvió el Recurso de Reconsideración a la "Pertinencia" resuelta mediante la Resolución Exenta 68/2014).

19. Con ello, el SEA VI establece que la modificación pretendida ingresaría al SEIA debido a que se comenzarían a utilizar residuos peligrosos sobre los valores indicados en el artículo 3 del RSEIA, lo que desde luego **no se hizo debido a la decisión de la Autoridad.** En este sentido, por ejemplo, los *scraps* de baterías que se encontraron enterrados en la fiscalización de la SMA (cfr. considerando 27, letra d, p. 8 de los Cargos), corresponden a residuos utilizados desde antes de la entrada en vigor del SEIA. Estas circunstancias, **ratifican que las instalaciones de la Planta y el uso de sustancias o residuos peligrosos en las mismas cantidades que se venían utilizando desde 1995 no requiere de ingreso al SEIA.**

§2. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO

resolución de no ingreso del Proyecto había sido emitida semanas antes por dicha autoridad (Cfr. con el considerando 25° de los Cargos, y con la pág. 1 de la Resolución Exenta 94/2019 del SEA O'Higgins).

¹⁰ Oficio Ordinario N°1343, de 1 de diciembre de 2006.

1. Mediante Resolución Exenta N°1, de 25 de abril de 2019, la SMA inició un procedimiento sancionatorio en contra de Andacollo, formulándole cargos en los que imputa a la Compañía sólo una infracción, en virtud de lo dispuesto en el artículo 35 letra b) de la LOSMA, y calificándola jurídicamente como “gravísima”, únicamente sobre la base de lo dispuesto en el artículo 36 N°1 letra f) del mismo cuerpo legal.

El único cargo que la SMA imputó a Andacollo fue la “*Producción, reutilización, almacenamiento, tratamiento, y eliminación final de sustancias tóxicas y/o residuos peligrosos provenientes de baterías de plomo en desuso, sin contar con Resolución de Calificación Ambiental que lo habilite a ello y generando efectos adversos a la salud de la población y a uno o más componentes ambientales*”. Estos hechos, a juicio de la Superintendencia, infringirían los artículos 8° inciso 1, 10 letra ñ) y o) y 11° letra a) y b) de la Ley N°19.300 (“**LBGMA**”), así como el artículo 3 letras ñ.1 y o.9 del RSEIA.

Posteriormente, el 20 de mayo de 2019, y a pesar de no ser ni ejecutor del Proyecto ni el operador de la Planta por más de quince años, sino sólo el arrendador de las instalaciones donde funciona, Andacollo presentó un programa de cumplimiento ofreciendo medidas para corregir cualquier situación ocasionada por los operadores de la Planta, en el marco de su decisión de comenzar a operarla ella previa evaluación ambiental de las instalaciones existentes y de las mejoras que se pretendía introducir.

2. Mediante Resolución Exenta N°4, de 10 de junio de 2019, la SMA ordenó incorporar observaciones al programa de cumplimiento. Esas observaciones fueron acogidas íntegramente e incorporadas en su totalidad por Andacollo a su programa de cumplimiento refundido, presentado a la Superintendencia el 22 de julio de 2019.

3. Luego, 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, la Superintendencia incorporó al procedimiento un nuevo Informe de Fiscalización Ambiental, individualizado como DFZ-2019-982-VI-SRCA (“**IFA**” o “**Informe de fiscalización**”), otorgando traslado a esta parte, el que fue respondido mediante escrito de 12 septiembre de 2019.

4. Sobre la base de los antecedentes contenidos en el nuevo Informe de fiscalización, que no fueron comunicados en el Pliego de Cargos y, por lo tanto, respecto

de los cuales Andacollo no pudo ejercer su derecho a defensa conforme a la ritualidad legal de los procedimientos sancionatorios ambientales (art. 49 de la LOSMA), la SMA rechazó ilegalmente, mediante la Resolución Exenta N°9 ("Res. 9"), el PdCR presentado por la Compañía. La mentada resolución fue impugnada mediante recurso de reposición, y jerárquico en subsidio, presentado por la Empresa el 28 de noviembre de 2019.

5. El recurso de reposición fue rechazado por la SMA mediante la Resolución Exenta N°12 ("Res. 12"), quien fundó su decisión en la mera reiteración de las ideas sostenidas para rechazar el PdC. Esas ideas y fundamentos, sin embargo, no encuentran sustento legal ni jurídico alguno, siendo algunas creadas *ex nihilo* por la misma Superintendencia, manteniendo con ello la ilegalidad del rechazo del PdC presentado por el Titular.

6. El recurso jerárquico fue rechazado mediante la Res. N°2071, de 16 de octubre de 2020, y notificada a esta parte mediante correo electrónico de 10 de noviembre del año en curso, sobre la base de que a juicio de esta Superintendencia no procede el recurso jerárquico en contra de la resolución que rechaza un programa de cumplimiento, sin pronunciarse sobre el fondo del asunto.

§3. NATURALEZA DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA, PROCEDENCIA DEL RECURSO DE RECLAMACIÓN Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

1. Las resoluciones N°9, N°12 y N°2071 son actos administrativos emanados de la Superintendencia del Medio Ambiente que no se ajustan a la ley y que afectan a Andacollo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la LOSMA, en relación con el 17 N°3 de la LTA.

2. El agotamiento de la vía administrativa para reclamar de la Res. 9, se produjo al momento en que fue rechazado el recurso jerárquico interpuesto en su contra, esto es, el 16 de octubre de 2020, comenzando, en conformidad con el artículo 54 de la LBPA, a contarse nuevamente el plazo reclamar en sede jurisdiccional. A su turno, la Res. N°2071, fue notificada el 10 de noviembre del año en curso, según consta en el documento acompañado en un otrosí de esta presentación. En consecuencia, este recurso de reclamación se presenta dentro del plazo de 15 días hábiles contemplados en el artículo 56 de la LOSMA.

3. La infracción a la legalidad se cometió primigeniamente en la Res. N°9, pero también en las Res. N°12 y 2071 que hicieron suyos los vicios de ilegalidad. Todas las resoluciones impugnadas, fueron dictadas por la SMA, domiciliada en Teatinos 280, pisos 7, 8 y 9, de la Comuna de Santiago, por lo que, en consecuencia, S.S. Ilma. es competente para conocer el presente recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 letra b) de la LTA.

4. Finalmente, según se explicará en el párrafo siguiente, las resoluciones fueron pronunciadas de forma ilegal por incurrir en severos vicios cometidos a lo largo del procedimiento administrativo sancionador incoado en contra de Andacollo, que afectaron su legítimo derecho a defensa y la posibilidad de presentar un programa de cumplimiento.

§4. ILEGALIDADES DE LAS RESOLUCIONES EXENTAS IMPUGNADAS

Siguiendo la estructura de los argumentos expuestos en las Res. N°s 9 y 12, la Superintendencia, en su intento de justificar la decisión de rechazar el PdC, incurrió en las siguientes ilegalidades: **(i)** resolver que la imputación de daño ambiental en el pliego de cargos hace improcedente la presentación de un PdC, **con el agravante, en el caso de autos, de que dicha imputación no se formuló en los Cargos imputados a Andacollo;** **(ii)** incurrir en infracciones a diversos principios del derecho administrativo sancionador cometidas en el Procedimiento; **(iii)** fundar sus decisiones en un inexistente daño ambiental; **(iv)** desconocer que el PdCR presentado por Andacollo cumple con los requisitos que la ley contempla para su aprobación; **(v)** no pronunciarse sobre las alegaciones vertidas por la Compañía; y, **(vi)** incurrir en infracciones al principio de juridicidad, consagrado en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República.

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

(i) El pliego de cargos en el procedimiento sancionatorio ambiental: consideraciones generales

5. 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).

6. Sobre el particular, resulta relevante la jurisprudencia administrativa sentada por la propia SMA en su resolución exenta N°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"*.

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).

7. Bajo este escenario, el primer vicio de ilegalidad de las resoluciones impugnadas es la infracción al principio de congruencia, ya que la Superintendencia utilizó, 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 este 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).*

8. En el procedimiento instruido por la SMA, la propia Res. N°9 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 de 2019, 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.

(ii) La formulación de cargos desde una perspectiva garantista

9. 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.¹¹

10. 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.

11. 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.

12. 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"*.¹²

13. "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 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

¹¹ "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. 1ª, 1982, p. 88.

¹² BLASCO PELLICER, Ángel, "El procedimiento administrativo sancionador en el orden social", Editorial Tirant lo Blanch Valencia, 1997, p. 40.

que se funda la acusación y aquellos por los cuales se pueda resultar en definitiva absuelto o condenado"¹³ (énfasis agregado).

14. 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 este 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).¹⁴

15. 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

¹³ ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *"La responsabilidad de los Directores de Sociedades Anónimas. Responsabilidad Civil y Penal Administrativa"*, Ediciones UC, Santiago, 2013, p. 402.

¹⁴ En el mismo sentido, Vid. La sentencia pronunciada por el Segundo Tribunal Ambiental, en Causa Rol R-68-2045 (c. Vigésimo segundo).

distintos a un título de condena heterogéneo a los respectivamente trasladados al conocimiento del inculpado".¹⁵

16. 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".¹⁶

17. 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".¹⁷ **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.**

18. 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

¹⁵ GARBERÍ LLOBREGAT, José, "El procedimiento administrativo sancionador", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 216.

¹⁶ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, "El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales", Thomson Civitas, Navarra, 2007, p. 101.

¹⁷ VARELA, Casimiro, "Fundamentos Constitucionales del Proceso Penal", Ad hoc, Buenos Aires, 1999, p. 245.

puedan adecuadamente ser confrontados por sus respectivos titulares antes de adoptarse una decisión definitiva por parte de la Administración".¹⁸

19. 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.

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".¹⁹

20. 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".²⁰

(iii) Deber de motivación del pliego de Cargos en tanto acto administrativo

¹⁸ 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.

¹⁹ OSSA ARBELÁEZ, Jaime, "Derecho Administrativo Sancionador. Una aproximación dogmática", Segunda Edición, Legis, Colombia, 2009, p. 631.

²⁰ Ibidem.

21. En concordancia con lo expuesto en precedencia, es menester recordar que existe otro motivo que permite, en este punto, advertir la ilegalidad de las resoluciones impugnadas: **dichos actos administrativos debieron hallarse motivados y bastarse a sí mismos.**

22. "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”²¹.

23. 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, 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”²².

24. En este sentido, qué duda cabe que por aplicación de los artículos 6, 7 y 19 N°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 omita indicar al presunto infractor cuál es el contenido y sustrato fáctico de dicha infracción, así como los supuestos efectos que genera y las consecuencias jurídicas de los mismos, carece de tal motivación.**

25. 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

²¹ ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, Ob. Cit. p. 388.

²² Ídem.

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"²³.

26. "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"²⁴.

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

- 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.

²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, "Curso de Derecho Administrativo", Tomo II, Civitas, Madrid, 1992.

²⁴ FERNANDOIS V, Arturo y BARAONA, Jorge, "La inexistencia de los hechos que fundamentan un acto administrativo, ¿constituye un vicio de nulidad?", En: revista de Derecho Universidad Finis Terrae, Año VII, Nº 7, pp. 82-92.

- En este procedimiento sancionatorio, las resoluciones impugnadas infringen los preceptos y principios señalados, por cuanto en el pliego de cargos no existió referencia alguna al daño ambiental que en ellas se imputa, según se demostrará a continuación.

(iv) El rechazo del programa de cumplimiento por una supuesta infracción cuyos efectos no fueron señalados expresamente en el pliego de Cargos infringe la LOSMA por ausencia de congruencia

28. Conforme señalamos, 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".²⁵

29. 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 concretos de la incriminación, el alcance jurídico de los mismos y la participación del encartado en el grado de punibilidad que allí debe señalarse".²⁶ **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.**

30. 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*²⁷, 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

²⁵ OSSA ARBELÁEZ, Jaime, Ob. Cit., p. 636.

²⁶ Ibidem.

²⁷ 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 puniendi 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.

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.

31. Esto es, conforme lo ha sostenido nuestra Corte Suprema en una causa penal que, *mutatis mutandi*, resulta plenamente aplicable en autos: "*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 responsabilidad criminal no incluidos en la acusación, siempre que se hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia".²⁸

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...*".²⁹

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,*

²⁸ Corte Suprema, 23 de septiembre de 2005, autos Rol N° 3297-2005.

²⁹ Corte de Apelaciones de Concepción, 6 de enero de 2012, autos Rol N° 230-2012.

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".³⁰

32. 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 las resoluciones impugnadas, sino que se señalan de forma genérica.

33. 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 la ilegitimidad de la imputación, entendemos que corresponde clausurar el procedimiento sin más trámite"³¹ (énfasis agregados).*

34. A modo de conclusión de este apartado, podemos indicar:

- 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.

³⁰ Corte de Apelaciones de San Miguel, 30 de abril de 2012, causa Rol N°387-2012.

³¹ MORENA DEL RÍO, María, Ob. Cit. p. 521.

- Los cargos deben ser un instrumento autónomo que, en consecuencia, debe bastarse a sí mismo y no generar sombra de duda de su veracidad.
- Por aplicación del principio de congruencia la SMA no podría rechazar el programa de cumplimiento sobre la base de un presunto daño ambiental que presume o infiere cuatro meses después de formular los cargos.

B. Segunda ilegalidad: Afectación a la presunción de inocencia, interpretación de la LOSMA contraria a derecho y absoluta ausencia de daño ambiental

(i) Afectación a la presunción de inocencia

35. En primer término y en sintonía con lo expuesto en precedencia, la SMA infringió flagrantemente, en las resoluciones impugnadas, la presunción de inocencia que debe predicarse respecto de la Compañía.

36. En efecto, se advierte en diversos pasajes de la Res. N°9 (específicamente en los considerandos 57, 58, 59; y, 70 a 75), cuyos vicios hicieron suyas las Res. 12 y 2071, 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.

37. Lo anterior se hace palmario, por ejemplo, al analizar los informes sobre los cuales la SMA fundamenta el presunto “daño ambiental”, donde se constata errores tan manifiestos como dar la condición de “suelo” a muestras tomadas sobre *radier* o utilizar una norma de referencia que es para suelos clase I, II, III (cultivables) y clase VI, o no expresar fundadamente cómo se manifiesta el supuesto “daño” y su extensión.

38. Es más, la 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 imputó 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 que, como se demostrará, adolece de serios vicios de forma y fondo, omitiendo en su análisis que la Empresa no 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*”.³²

En conclusión, mientras en el 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.

(ii) Interpretación de la LOSMA contraria a derecho

39. Adicionalmente, la SMA entre los considerandos 48 a 55; y, 62 de la Res. N°9 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.

³² STC 76/1990, de 26 de abril (RTC 1990, 76), F.8° B).

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.

40. Primero: Conforme al artículo 42 de la LOSMA, 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 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.

41. Como se advierte, bajo ningún respecto y de modo alguno se **establece una restricción como la utilizada por la 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.**

42. Este 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 este 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 Res. N°9 y 12 que impugnamos por este acto.

43. 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, en una forma no prescrita por la Ley, y atribuyéndose una autoridad o derecho que no le fue otorgado por la Constitución ni por su ley orgánica.

Cuestión que, por lo demás, el este Tribunal Ambiental proscribió 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”*.

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

45. 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.

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

47. La tesis de la 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.

48. Concluyendo este acápite, **debemos indicar que resultan sorprendentes las aseveraciones expuestas en el considerando 26 de la Res. N°12, donde la SMA expresa:** *“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”.*

Resulta sorprendente, por la falta de prolijidad de la resolución, ya que mediante escrito de 6 de enero de 2020 esta parte hizo presente a la SMA el FALLO RECAÍDO EN LA CAUSA R-25-2019, DEL PRIMER TRIBUNAL AMBIENTAL, VINCULADA AL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO D-095-2017, Y NO LA SENTENCIA Y EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR QUE ELLA UTILIZA PARA DESVIRTUAR NUESTROS ARGUMENTOS.

En efecto, en la sentencia de 30 de diciembre de 2019, pronunciada en la causa Rol R-25-2019, el Primer Tribunal Ambiental **resolvió expresamente que la presentación de un PdC no es incompatible con imputaciones de daño ambiental formuladas en el pliego de cargos**, como erróneamente sostiene la SMA. En lo pertinente, la sentencia prescribe:

“Octogésimo octavo. Que, este Tribunal estima pertinente en primer lugar despejar si no resulta procedente admitir un programa de cumplimiento en los casos que se hayan formulado cargos por

eventuales infracciones que hayan producido daño ambiental, conforme al artículo 36 de la LOSMA.

(...) Nonagésimo. Que, al respecto, se ha indicado que “a pesar de los criterios e interpretaciones que la SMA vaya fijando en cada caso, actualmente la regulación vigente no prohíbe de forma expresa la presentación de programas de cumplimiento en casos de daño ambiental, aun cuando la naturaleza de los programas de cumplimiento no contempla la reparación del medio ambiente dañado. Ante esta situación, dada la naturaleza de dichas herramientas, existen mayores incentivos para que el infractor opte por presentar un programa de cumplimiento, el cual de ser exitoso evitará la imposición de una sanción, en vez de continuar con el procedimiento y presentar un plan de reparación una vez determinada la sanción. La lógica es simple: siempre será preferible evitar la imposición de una sanción”. Estos autores agregan, que “es la propia ley la que ha determinado otro instrumento para proceder a la reparación del daño ambiental en la sede administrativa, conforme a lo señalado en el artículo 43 de la LO-SMA”.

(...) Nonagésimo tercero. Que, conforme a lo anteriormente expuesto, estos sentenciadores estiman que no es razonable aumentar las exigencias establecidas en la LOSMA para la procedencia de un PDC, no correspondiendo a la SMA limitar el acceso a un incentivo al cumplimiento ambiental como lo es el PDC, cuyos impedimentos ya se encuentran establecidos expresamente en la LOSMA, por lo que la “Guía para la presentación de Programas de Cumplimiento” no puede establecer más limitaciones que las establecidas por el Legislador.

(...) Nonagésimo séptimo. Que, por otro lado, este Tribunal razona que no es factible imputar el supuesto daño ambiental de CMDIC, en la discusión del PDC ante la SMA como lo es el caso de autos (...).

(...) Nonagésimo Noveno. Que, conforme a lo razonado precedentemente, estos sentenciadores, rechazarán las alegaciones de la reclamante referidas a que el PDC no sería procedente porque las

infracciones del titular han provocado daño ambiental en el Salar de Coposa (el énfasis es nuestro)".

49. Estos considerandos evidencian que el **Primer Tribunal Ambiental** -efectuando un control de legalidad de la actuación de la SMA- **declara expresamente que es improcedente e ilegal** -excede las restricciones que impuso el legislador- **resolver que la imputación de un daño ambiental en los cargos inhibe la presentación de un PdC.**

C. Tercera ilegalidad: Rechazo injustificado del programa porque, en todo caso, no existe daño ambiental

50. Sin perjuicio de todo lo dicho en precedencia, las resoluciones impugnadas son también ilegales 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. Asimismo, la forma en que la SMA pretendió acreditar el daño ambiental en el componente suelo adolece de severos errores de forma y fondo, al dar la condición de suelo a muestras tomadas en sustancias, residuos u elementos que están **SOBRE el suelo, descreditando todo su análisis.**

51. En efecto, la SMA desarrolla la supuesta existencia de un daño ambiental en los considerandos 56 a 58 de la Res. N°9³³. 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.

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

53. **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*

³³ Y 20 a 27 de la Res. 12, donde no aporta ni señala ningún antecedente o argumento nuevo.

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.

54. 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: se debe 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 muestreados, tales como *radier*, residuos o insumos presentes en el terreno donde se emplaza la Planta, presenten valores superiores a los parámetros de la norma y guía internacional que se

usa para evaluar la condición del suelo, **no implica necesaria ni consecucionalmente, en caso alguno, la existencia de un daño ambiental.**

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.**

(i) 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 Res. N°9 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 Particulado 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.**

(ii) 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, eventualmente y sin que haya prueba de ello, 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.**

En todo caso, no se puede aplicar una norma o una guía de referencia sólo por la relación con el componente ambiental que busca proteger, sino que se debe aplicar en forma estricta al uso específico que el mismo cuerpo normativo tiene respecto a la parámetros y valores asociados a la calidad del componente o de los valores permitidos de las emisiones establecidas.

En este sentido, sólo a modo de ejemplo de los múltiples errores en los análisis de la SMA, la norma “canadiense” utilizada que fija valores de 70 mg de plomo por Kg de suelo (mg/kg), se usa para establecer valores de plomo en **suelos agrícolas cultivables, y no para establecer valores de plomo en radieres o pisos de cemento al interior de galpones industriales.**

De esta forma, todo el análisis efectuado por la Autoridad queda sin sustento técnico y legal, lo que queda en evidencia al revisar el considerando 57 de la Resolución N°9 que expresa: *“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”.* (énfasis agregado)

Por lo tanto, 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°2 de la Planta, esto es, no se encuentra en el componente suelo sino dentro de un espacio acotado al interior de un galpón cubierto.

Con respecto a las muestras efectivamente tomadas en el componente “suelo”, los parámetros normativos y la metodología utilizada por la SMA adolecen de un severo yerro: **Los terrenos y rellenos ubicados al interior de la planta son industriales, existiendo “suelo” no cubierto por rellenos o radieres sólo en la periferia del terreno industrial. Mientras que los suelos de los terrenos del entorno de la planta son forestales de clase de uso VI, es decir, no son suelos cultivables y por lo tanto no aplica el análisis respecto a la norma canadiense para suelo “Agrícola” en los dos casos anteriormente indicados.**

Para mayor claridad, en el *“informe fotográfico de los puntos muestreados por la Superintendencia del Medio Ambiente según Informe Técnico de Fiscalización Ambiental DFZ-2019-982-VI-SRCA”* se constata la ubicación de lugar donde fueron tomadas las muestras y el tipo de material que fue muestreado, quedando de manifiesto que la aseveración esgrimida en el **Considerando 57** no es efectiva.

Lo anterior ya que, de las 13 muestras indicadas en la tabla N°2 del informe IFA N°982/2019, **6 de ellas no corresponden al componente suelo**, situación que se repite en las **muestras indicadas en la tabla N°1 de ese informe**. Puntualmente, se puede constatar que no todas las muestras tomadas y analizadas por la SMA corresponden al componente “suelo” y que los valores más altos de concentración de plomo están precisamente en esas muestras que no son “suelo” como queda demostrado en el informe denominado *“Informe fotográfico de los puntos muestreados por la Superintendencia del Medio Ambiente según Informe Técnico de Fiscalización Ambiental DFZ-2019-982-VI-SRCA”*, y en el documento de la consultora AMB Chile denominado *“Estudio de Análisis de Suelo. Proyecto Fundición de Plomo Alcones”*, que se acompaña en un otrosí de esta presentación.

Para mayor precisión, los 6 puntos de la tabla 2 del informe IFA N°982/2019 que fueron tomados en un componente que no era suelo son:

- a) “Sector acopio sur oeste del galpón 3”: El informe señala como “Uso de suelo” al punto muestreado como *“Agrícola (fuera cambio de uso*

suelo)". Coordenadas UTM WGS84 del punto SMA es N 6189080 – E 245345. Las coordenadas corresponden al sector acopio de escoria el cual está sobre un *radier*. Niveles de plomo indicada 45.615,5 mg/kg.

b) "Sector acopio sur oeste del galpón 3": El informe señala como "Uso de suelo" al punto muestreado como "Agrícola (fuera cambio de uso suelo)". Coordenadas del punto SMA es N 6189076 – E 245337. Las coordenadas UTM WGS84 corresponden al sector acopio de escoria el cual está sobre un *radier*. Niveles de plomo indicada 29.885,2 mg/kg.

c) "Sector acopio sur este del galpón 2": El informe señala como "Uso de suelo" al punto muestreado como "Industrial". Coordenadas UTM WGS84 del punto SMA es N 6189030 – E 245400. Las coordenadas corresponden al sector patio de la planta de fundición sector plataforma o relleno cerca del Trapiche. Niveles de plomo indicada es de 13.821,2 mg/kg.

d) "Sector acopio sur este del galpón 2": El informe señala como "Uso de suelo" al punto muestreado como "Industrial". Coordenadas UTM WGS84 del punto SMA es N 6189033 – E 245397. Las coordenadas corresponden al patio de trabajo de la planta de fundición sector plataforma o relleno. El nivel de plomo indicado es de 6.252,4 mg/kg.

e) "Entrada galpón 1": El informe señala como "Uso de suelo" al punto muestreado como "Industrial". Coordenadas UTM WGS84 del punto SMA es N 6189001– E 245359. La coordenada corresponde al acceso desde el patio de trabajo al Galón N°1 de la Planta. El nivel de plomo indicado es de 53.266,6 mg/kg.

f) "Suelo al interior galpón 2": El informe señala como "Uso de suelo" al punto muestreado como "Industrial". Coordenadas UTM WGS84 del punto SMA es N 6189026– E 245368. La coordenada corresponde al interior del galpón N°2. El nivel de plomo indicado es de 87.176,7 mg/kg.

(iii) 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, no obstante, **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.** Sin perjuicio de ello, se debe indicar que, en el entorno inmediato de la Planta, los terrenos forestales fueron afectados por el incendio forestal de importantes proporciones en 2018, y, además, presentan una alta germinación y brote, lo que hace imposible aseverar la existencia de un “daño ambiental” en el “suelo”, máxime si la vegetación, flora y fauna presentes en el área no difieren mayormente de la presente en otros puntos de la comuna de Marchigüe.

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.**

(iv) 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 “significancia” del mismo. **Referente a ello, es preciso constatar que en la Res. 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 las normas y/o guías de referencia utilizadas, podría reunir esa característica. Sin perjuicio de que, como se demostró, las muestras de la SMA no fueron correctamente tomadas según los procedimientos establecidos y no se refieren al componente suelo en 6 de los 13 puntos.**

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, y a pesar de que la misma vegetación y fauna presente en el sector permiten empíricamente verificar que no existe daño ambiental alguno, 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, ya que se demostró ante la SMA que los componentes agua, aire, flora y fauna no han sido afectados en lo absoluto**. En este sentido, comenzaremos por descartar de inmediato cualquier conexión causal entre el presunto daño ambiental y cualquier afectación en la salud que sufrieron los trabajadores de una de las empresas que operaban la planta. Dichos trabajadores se vieron afectados no por la existencia de plomo en sectores específicos de la Planta, sino porque operaron el Horno respectivo sin observar las medidas de seguridad pertinentes, todo lo cual resultó ajeno a Andacollo y fue resuelto en la sede laboral y sanitaria pertinente en el marco de la relación exclusiva que tenían con su empleador, conforme fue acreditado en el procedimiento sancionatorio instruido por la SMA en contra de la Compañía.

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 permitió, bajo respecto alguno, afectar la sangre de los trabajadores**. Afectaciones que, por lo demás, están siendo tratadas por la Autoridad.

En lo que sí concierne a este procedimiento, en el programa de cumplimiento presentado por la Compañía, se acompañó un informe de descarte 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 plomo 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 **que, como se ha probado en al menos 6 puntos de muestreo, ni siquiera corresponden al componente suelo**. 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 amenace su permanencia o capacidad de regeneración**.

En síntesis, la Res. 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.

55. **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 for 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 apoyar el uso de unas normas de referencia internacionales.

Así, sin mayor análisis o información de respaldo, la SMA asumió que los terrenos donde se emplaza la Planta, su entorno y los sectores aledaños poseían un uso agrícola, **en circunstancias que, dadas las características de pendiente, textura, drenaje, pluviometría, pedregosidad, grosos de sus horizontes edafológicos, etc., los suelos del sector de Alcones no son suelos agrícolas y menos suelos cultivables.** Todo ello, se acredita fehacientemente en el "Estudio de Análisis de suelo Proyecto Fundición de Plomo Alcones" de la consultora AMB Chile, en el que se presenta un completo estudio edafológico del suelo del sector con su clasificación y usos, descartándose el uso agrícola debido a tratarse de "suelo categoría de uso clase VI", y que acompañamos en un otrosí de esta presentación.

56. En conclusión:

- La Res. 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 redundaría en que dicho acto administrativo carece de motivación.

- La Res. 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.
- La Res. N°9 fundamenta sus conclusiones en datos de muestras que no corresponden al componente "suelo" y los compara o contrasta con normas que son específicas en su uso, **pero que no corresponden a suelos rurales o forestales con presencia de plomo. Las normas utilizadas son para suelos agrícolas de cultivo, suelos en industrias, suelos de jardines infantiles**, entre otros.
- Utilizando los criterios que la jurisprudencia y la doctrina establecen para determinar cuándo una disminución detrimento 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.**

C. Cuarta ilegalidad: 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

57. Finalmente, la Res. N°9 -y las Res. N°12 y 2071- vulneran 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.

58. Para efectos de claridad en la exposición, nos referiremos al cumplimiento de los criterios siguiendo el orden de la Res. N°9.

(i) **SOBRE EL CRITERIO DE INTEGRIDAD:** la SMA imputa a la Compañía sólo hacerse cargo del hecho infraccional, pero no de sus efectos (c. 64 de la Res. N°9). Dicha afirmación no es efectiva como pasamos a detallar:

59. Relativo a la calidad del aire: Como lo sostuvo reiteradamente la 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 este Segundo Tribunal Ambiental, en su sentencia expedida 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 ésta ya se ha infringido...”*.

Por ello, los considerandos 67 a 70 de la Res. N°9 son inconsistentes e incomprensibles, ya que se reconoce que las mediciones efectuadas por la Compañía -acompañadas en el informe de descarte 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 NO2, **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, de haber existido;** y permiten asegurar que ello no ocurrirá en el futuro ya que la Compañía implementará las medidas pertinentes que se indiquen en su futura RCA.

En este punto, la Res. 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 lo falló este 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.**

60. 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 los supuestos hallazgos encontrados en el mentado informe.

Sin perjuicio de ello, mediante presentación de 12 de septiembre de 2019, **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, será sometido a la evaluación ambiental” (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 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 con especies forestales 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, carcasas 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). Desde luego, en la medida que correspondan a suelo y no a los galpones u otros espacios que no corresponden a ese componente.

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 la Compañía, respecto a los únicos efectos imputados en los 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 formulación de

cargos, ofreció en su traslado medidas concretas y complementarias a las presentadas en el programa, a la espera de ser incorporadas en las observaciones pertinentes.

61. Finalmente, en lo que respecta a los cuestionamientos formulados por la SMA en los considerandos 72 a 75 de la Res. N°9, podemos señalar lo siguiente:

62. **En relación con el considerando 72**, el informe denominado “Campaña de Monitoreo Calidad del Aire, Suelo y Agua Fundación 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.

63. Respecto a la metodología, destacamos que la autoridad sólo requirió un análisis de plomo. Sin perjuicio de ello, la Empresa incorporó cadmio, cobre y cinc al análisis. Asimismo, a diferencia de la Autoridad, la consultora Algoritmos tomó muestras reales del suelo, a 30 cm y a 100 cm, para descartar efectivamente una afectación; y, no de los elementos que se encontraban depositados sobre éste.

64. **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 determinación de la presencia de plomo en el suelo.

En este punto, es fundamental incorporar en el análisis las características edafológicas y estructurales del suelo (V.gr., porcentaje de arcilla, arena y limo), ya que estos influyen en la capacidad de fijación o lixiviación de los metales.

Así, utilizando como ejemplo 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,

encargado por la SEREMI de Medio Ambiente de Arica y Parinacota; se aprecian distintos valores de concentración de metales de referencia para poder determinar las presuntas superaciones en la Planta:

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 / 1.200	300	437	700	356	400 (*)
Arsénico	6.4	100	00	300	37	20 (*)
Cadmio	70	20	2.5	30	6	-
Cromo	230	100	243	42	259	-
Mercurio	23	15	13	56	8	-

(*) Definidos por el Gobierno con base en la Norma USEPA SPSOPA (Plomo) y la Norma Neerlandesa (Arsénico).

65. 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.

Así, con relación al análisis de control de 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.

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

- Existe una 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 m³ y considerar las características edafológicas del suelo. Lo anterior no ha sido realizado por la autoridad.**

67. 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 Res. N°9 desconoce los siguientes aspectos, que fueron expuestos y acreditados en el 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 menos obligarlos a someterse a ellos.**
- Que dichos trabajadores, en el marco de la regulación laboral y de salud que regía su vínculo con sus empleadores, **si 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 Res. N°9 desconoce que la Compañía acompañó al 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. Asimismo, la SMA 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 paralizado las operaciones de la planta y 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.**

(ii) **SOBRE EL CRITERIO DE EFICACIA:** La Res. 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 suficiente no puede ser *per se* un antecedente que permita demostrar la falta de eficacia de una medida propuesta.

Sin perjuicio de esto, **el rechazo por falta de eficacia no puede circunscribirse a sólo 1 de las 9 acciones que se propusieron en el programa.**

(iii) **SOBRE EL CRITERIO DE VERIFICABILIDAD:** una vez más la Resolución impugnada se circunscribe 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.

Sin perjuicio de ello, esta conclusión de la Res 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 fechado 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 del 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 comprobar 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 ofrecida, y son plenamente tributarios de los medios de implementación de esta.

§5. CONCLUSIONES

1. Las resoluciones impugnadas son ilegales por cuanto infringen 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, las resoluciones impugnadas son ilegales 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, las resoluciones impugnadas vulneran la presunción de inocencia de mi representada y quebrantan 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. Las resoluciones impugnadas son ilegales, por cuanto no demuestran, motivan, ni fundamentan 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. En este sentido, las resoluciones impugnadas se fundamentan en valores de plomo obtenidos de elementos muestreados que no son suelo y se utilizan normas de referencia que no guardan relación con las características propias del sector o no se desarrollan según las metodologías y procedimientos que las mismas normas establecen para que las comparaciones y análisis sean correctos.

6. Finalmente, las resoluciones impugnadas son ilegales por cuanto infringen 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 las disposiciones legales invocadas y los antecedentes de hecho expuestos,

A S.S. ILUSTRE RESPETUOSAMENTE PEDIMOS: Tener por interpuesto, en contra de las Resoluciones Exentas N°s 9, 12 y 2071 ROL D-039-2019, de la SMA, reclamo de ilegalidad del artículo 17 N°3 de la LTA, admitirlo a tramitación y, en definitiva, acogerlo en todas sus partes resolviendo que: **(i)** se deje sin efecto todas las resoluciones impugnadas; **(ii)** se decreta la aprobación del Programa de Cumplimiento presentado por Andacollo, o, en subsidio de esto, ordenando a la SMA formular las observaciones que estime pertinente para que una vez que la Compañía las aborde pueda proceder a la aprobación del programa de cumplimiento; y, **(iii)** se condena expresamente en costas a la SMA.

PRIMER OTROSÍ: En mérito de lo dispuesto en el artículo 3 inciso final de la LBPA, solicito a S.S. Ilustre decretar la suspensión del procedimiento administrativo mientras no sea resuelto el presente reclamo de ilegalidad. Lo anterior, por cuanto el plazo para

presentar descargos comenzó a correr nuevamente al rechazarse el recurso jerárquico y haberse agotado la vía administrativa de impugnación, y la oposición de los mismos puede resultar contraria y contraproducentes a vuestra eventual resolución que acoja esta reclamación, corriendo el riesgo de perder el legítimo derecho que asiste a esta parte a que se apruebe su programa de cumplimiento en el procedimiento sancionatorio, con los severos perjuicios que esto le ocasionaría. En efecto, si los efectos de las resoluciones impugnadas no se suspenden, y con ello el plazo para presentar descargos continua, la Compañía se verá en la obligación de oponer descargos y continuar su defensa en el procedimiento sancionatorio, todo lo cual habrá sido infructuoso si S.S. Ilustre acoge esta reclamación y ordena que se apruebe el PdC o bien que la SMA deba dictar una nueva ronda de observaciones.

En subsidio de lo anterior, y para el evento que S.S. Ilustre desestimara nuestra solicitud, sobre la base de los mismos antecedentes de hecho y fundamentos de derecho expuestos, solicitamos se decrete una medida cautelar innovativa, en los términos dispuestos en el artículo 24 de la Ley N°20.600, que ordene la suspensión de los efectos de las Res. N°9, 12 y 2071 mientras no sea resuelto el recurso de reclamación que dio origen a estos autos.

SEGUNDO OTROSÍ: Sírvase S.S. Ilustre tener por acompañados los siguientes documentos, bajo el apercibimiento que en derecho corresponda:

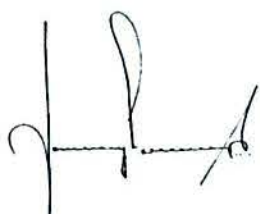
1. **Documento N°1.** Este contiene copia simple de las resoluciones exentas Ns 9, 12, y 2071, de la SMA, junto a sus respectivas actas de notificación.
2. **Documento N°2.** Este contiene el Estudio de Análisis de suelo Proyecto Fundición de Plomo Alcones” de la consultora AMB Chile
3. **Documento N°3.** Este contiene el Informe de efectos “Campaña de Monitoreo de la calidad del aire, suelo y agua”, elaborado por Algoritmos y Mediciones en julio de 2019.
4. **Documento N°4.** Este contiene el Informe de efectos “Muestreo y análisis de plomo en sangre”, elaborado por Algoritmos y Mediciones en julio de 2019.

5. Documento N°5. Este contiene copia simple de los contratos celebrados con terceros operadores, así como de otros antecedentes que dan cuenta de que Andacollo no operó la Fundición.

TERCER OTROSÍ: Sírvase S.S. Ilustre tener presente que, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, y en la representación que invisto, asumiré personalmente el patrocinio y poder de Andacollo en estos autos. Para tales efectos acredito mi personería para representar a la Compañía, mediante escritura pública de mandato judicial y administrativo, de 9 de marzo de 2020, otorgada en la Trigésima Cuarta Notaría de Santiago de Eduardo Javier Diez Morello, cuya copia autorizada con firma electrónica avanzada acompaño en este acto con citación. Asimismo, ruego a S.S. Ilustre tener presente delego poder en el abogado **Edison Garcés Cartes**, cédula nacional de identidad N°18.908.797-7, ambos de mi mismo domicilio, y con quien podré actuar en forma conjunta o separada, y quienes firman en señal de aceptación.

CUARTO OTROSÍ: Sírvase S.S. Ilustre tener presente que señalamos como correos electrónicos válidos para practicar las notificaciones que correspondan, conforme al artículo 22 de la Ley N°20.600, los siguientes: (i) jfemenias@iccfabogados.cl; y, (ii) egarces@iccfabogados.cl.

QUINTO OTROSÍ: Sírvase S.S. Ilustre, atendidos los argumentos expuestos disponer la providencia inmediata y urgente de lo peticionado al primer otrosí, habida consideración que desde la fecha de esta presentación esta parte dispone de un día para presentar sus descargos al único hecho imputado en el Pliego de Cargos.



Jorge A.
Femenías
S.

Firmado
digitalmente por
Jorge A. Femenías S.
Fecha: 2020.11.10
19:29:52 -03'00'

