

INGRESADO POR BUZÓN
28 AGO 2015
TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO

**SEGUNDO TRIBUNAL
AMBIENTAL**
31 AGO 2015
SANTIAGO

000001
UNO

AGO 28 15 1953

MATERIA	:	Reclamación artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente
RECLAMANTE	:	Antofagasta Terminal Internacional S.A.
RUT	:	99.511.240-K
PATROCINANTE	:	Guillermo E. Zavala Matulic
RUT	:	7.046.563-9
PATROCINANTE	:	Juan José Eyzaguirre Lira.
RUT	:	7.049.008-0
APODERADO	:	Felipe Arévalo Cordero
RUT	:	15.373.445-3
RECLAMADO	:	Superintendencia del Medio Ambiente
REPRESENTANTE LEGAL	:	Cristian Franz Thorud
RUT	:	10.768911-7

EN LO PRINCIPAL: Interpone reclamación;

EN EL PRIMER OTROSÍ: Acompaña documentos;

EN EL SEGUNDO OTROSÍ: Forma de notificación;

EN EL TERCER OTROSÍ: Patrocinio.

ILUSTRE TRIBUNAL AMBIENTAL (2º)

Guillermo Enrique Zavala Matulic y Juan José Eyzaguirre Lira, abogados, en representación convencional, según se acreditará, de **ANTOFAGASTA TERMINAL INTERNACIONAL S.A.**, en adelante, indistintamente “ATI” o “la Empresa”, domiciliados en El Golf N° 40, piso 20, comuna de Las Condes, ciudad de Santiago, al Ilustre Tribunal Ambiental respetuosamente decimos:

Dentro del plazo legal, interponemos reclamación judicial en contra de la Resolución Exenta N° 645, de fecha 6 de agosto de 2015 (en adelante la “Res. Ex. N° 645/2015” o la “Resolución Reclamada”), dictada por la **SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE** (en adelante, la “SMA”), representada legalmente por su Superintendente, don **CRISTIAN FRANZ THORUD**, abogado, o por quien lo reemplace y/o subrogue, ambos con domicilio en calle Teatinos N° 280, Pisos 8 y 9,

Comuna de Santiago, de acuerdo a lo establecido en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la SMA (en adelante "LOSMA") contenida en el artículo 2° de la Ley N° 20.417, y de lo señalado en los artículo 17 N° 3 y 18 N° 3 de la Ley N° 20.600, que crea los Tribunales Ambientales.

Tal como se desarrollará a lo largo del presente escrito, la reclamación de autos tiene como pretensión que la Resolución Reclamada sea dejada sin efecto, por cuanto siendo contraria a derecho causa agravio a mi representada, todo en virtud de las circunstancias de hecho y fundamentos de derecho que en adelante se indican.

I. PROCEDENCIA DEL RECLAMO, COMPETENCIA E INTERPOSICIÓN DENTRO DE PLAZO

1. De acuerdo a lo prescrito por el artículo 17 N° 3 de la Ley N° 20.600, los Tribunales Ambientales cuentan con competencia material o absoluta para conocer de las reclamaciones que se interpongan en contra de las resoluciones de la SMA, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la LOSMA.
2. En este sentido, dado que la reclamación que en este acto interponemos, se encuentra dirigida en contra de la Res. Ex. N° 645/2015, de la SMA, queda de manifiesto que son los Tribunales Ambientales los que cuentan con competencia para conocer de la presente reclamación.
3. Por su parte, en cuanto a la competencia territorial, de acuerdo al artículo 17 N°3 de la Ley N° 20.600, será competente para conocer de esta clase de reclamaciones "*el Tribunal Ambiental del lugar en que se haya originado la infracción*". Por su lado, el artículo 3° transitorio del referido cuerpo normativo señala que en el plazo que medie entre la entrada en funcionamiento del Segundo Tribunal Ambiental y la instalación del Primer y Tercer Tribunal Ambiental la competencia quedará radicada en el Segundo Tribunal Ambiental. Pues bien, dado que el Primer Tribunal Ambiental no se encuentra constituido y que las actividades y proyectos de mi representada sometidos al procedimiento administrativo sancionatorio sustanciado por la SMA se encuentran ubicados en la comuna y región de Antofagasta, lugar de competencia del Primer Tribunal Ambiental, no cabe duda que S.S. ilustre es el Tribunal Ambiental relativamente competente para conocer de la presente reclamación, todo ello en aplicación del artículo 3° transitorio de la Ley N° 20.600.
4. Aclarada la procedencia de la presente reclamación, así como la competencia

territorial de este Ilustre Tribunal Ambiental, cabe tener presente que la presentación del presente escrito se interpone dentro de plazo legal. En efecto, el plazo para interponer dicha reclamación, de acuerdo al artículo 56 de la LOSMA, es “de quince días hábiles, contados desde la notificación” de la Resolución Reclamada. Por su parte, la Resolución Reclamada fue notificada personalmente a esta parte el día 7 de agosto de 2015 según consta en el acta de notificación acompañada a esta presentación, de lo que no cabe sino concluir que esta reclamación ha sido presentada ante S.S. Ilustre dentro del plazo legal establecido para el efecto.

II. ANTECEDENTES GENERALES

1. ANTECEDENTES GENERALES DEL TERMINAL DE EMBARQUE ANTOFAGASTA

5. La empresa Antofagasta Terminal Internacional S.A (en adelante “ATI”) es la titular de las siguientes Resoluciones de Calificación Ambiental:
 - a. Resolución de Calificación Ambiental N°131 de 2003 de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Antofagasta (RCA N° 131/2003) que calificó favorablemente el proyecto “Terminal de Embarque de Graneles Minerales - Puerto de Antofagasta, II Región.
 - b. Resolución de Calificación Ambiental N° 1334 de 2006 de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Antofagasta (RCA N°1334/2006) que calificó favorablemente el proyecto denominado “Sistema de Acopio de Concentrados- Puerto Antofagasta, II Región”, y
 - c. Resolución de Calificación Ambiental N° 177 de 2012 de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Antofagasta (RCA N°177/2012) que calificó favorablemente el proyecto denominado “Recepción, Acopio y Embarque de Concentrados de Cobre”.

6. Es en el marco de las referidas resoluciones de calificación ambiental, que ATI se encuentra desarrollando las actividades de recepción, almacenamiento, operación y embarque de productos de exportación dentro de los cuales se encuentran ciertos concentrados minerales, y operaciones sobre mercancías de importación, que para el caso de los concentrados mineros se realiza en el denominado Galpón SAC y TEGM, actividad que desarrolla desde hace años y sin haber sido impugnada previamente por motivos ambientales.

2. ANTECEDENTES DE LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONATORIOS ROLES F068-2014 Y F-006-2015

7. La SMA a principios del mes de diciembre del año 2014 inició un proceso de sanción en contra de mi representada (Rol F-068-2014) por ciertas desviaciones detectadas respecto de las condiciones establecidas en las RCA N° 131/2003 y N° 12/2006 asociadas al control de emisiones atmosféricas. Dentro de dicho procedimiento, el día 6 de marzo de 2015 la SMA mediante Resolución Exenta N°6, aprobó un programa de cumplimiento presentado por ATI con lo que, tal como lo señala la normativa vigente y la propia SMA a través del referido acto, se suspendió el referido procedimiento sancionatorio. Dicho proceso sancionatorio se originó tras denuncias de sectores de la comunidad por la supuesta emisión fugitiva de material particulado y tras una serie de visitas fiscalizadoras tendientes a verificar tales denuncias y constatar supuestas deficiencias asociadas a la generación de emisiones atmosféricas.
8. Pese a encontrarse plenamente vigente el plazo para implementar las acciones correctivas comprometidas por ATI en el programa de cumplimiento y aprobado expresamente por esa Superintendencia por medio de la Res. Ex. N°6 del año 2015, la misma SMA mediante Resolución Exenta N°1 del año 2015, el mismo día (6 de marzo de 2015) inició un nuevo proceso sancionatorio por supuestas infracciones relativas al mismo concepto ambiental: mitigación de emisiones atmosféricas.
9. Así, por medio de reiteradas actividades de fiscalización realizadas durante el mes de febrero pasado, la SMA sostuvo la existencia de un *“indicio en torno a que la empresa ATI, es un agente que aporta altas concentraciones de estos metales (plomo, cobre, zinc y arsénico) en el puerto y en la ciudad de Antofagasta”*.
10. De esta forma, y pese a la existencia del ya referido programa de cumplimiento, dentro del proceso sancionatorio rol F-006-2015, la SMA formuló los siguientes cargos a nuestra representada:
1. Se produce emisión de polvo fugitivo desde el galpón TEGM, el que escapa por el portón de entrada de vehículos de dicho galpón.
 2. En el galpón de TEGM no existen sitios fijos que segreguen concentrados de cobre, zinc y plomo.
 3. Durante la maniobra de carga de un buque con concentrado de zinc, se produce emisión de polvo fugitivo desde su bodega de carguío hacia la atmósfera.

4. El interior del galpón de concentrados SAC no se encuentra sellado herméticamente, producto de la existencia de fisuras o aberturas en los portones de ingreso.
 5. El incumplimiento de lo dispuesto en la Resolución Ejecuta N°79, de 3 de febrero de 2015, por la no realización de las mediciones de eficiencia del sistema de filtros en la oportunidad y conforme a las condiciones requeridas.
11. Tal como se explicará en extenso, estos nuevos cargos carecen de una real identidad que permita concluir que son nuevos hechos que constituyen infracciones distintas y no cubiertas por el procedimiento sancionatorio anterior (suspendido en estricto rigor) y cuyo remedio no esté cubierto por el Programa de Cumplimiento aprobado por la autoridad. Todo lo anterior, también se traduce en que este segundo proceso sancionatorio vulneró la normativa aplicable, desde que no se ordenó ninguna medida que permitiera el ejercicio adecuado del derecho de defensa de ATI, como lo sería la acumulación del nuevo procedimiento al procedimiento sancionatorio anterior, o en el primer procedimiento haber reformulado los cargos o haber dispuesto lo pertinente al corroborar que los hechos del segundo procedimiento sancionatorio eran conexos con los del primer procedimiento sancionatorio.
12. Resulta a todas luces evidente que tanto el primer como el segundo proceso sancionatorio iniciado por la SMA están orientados a la verificación del cumplimiento de aquellas condiciones y medidas asociadas a la generación de emisiones fugitivas. Dicho aspecto está tratado más bien genéricamente en las referidas RCA (hermeticidad de los galpones) y por ende no existen medidas o condiciones establecidas detalladamente que puedan ser fiscalizadas y exigidas al titular.
13. De ahí que la SMA haya utilizado el mismo considerando de la RCA (como fuente de la trasgresión, considerando “artificialmente” que las infracciones se han producido por ciertos hechos o circunstancias que no están regulados en las respectivas RCA, pero que incidirían en el considerando repetidamente citado como transgredido. Un ejemplo de lo anterior es el cargo N° 4 respecto a *“existencia de fisuras o aberturas en los portones de ingreso”*.
14. Cabe destacar que el mencionado hecho infraccional no se encuentra explícitamente recogido en la RCA. Dado lo anterior, es decir, la no existencia de obligación alguna respecto de la condición de los portones, la SMA convenientemente sustenta su “nuevo” cargo en el considerando 3.7 de la RCA

- 1334 el cual se limita a señalar conceptualmente que el galpón debe funcionar de manera hermética y que ya fuera utilizado por esta misma autoridad para fundar el cargo del proceso anterior, actualmente sujeto a un programa de cumplimiento y respecto del cual el titular está implementando las medidas propuestas más las exigidas por la SMA.
15. En este aspecto, no se puede dejar de considerar el elemento de temporalidad de los impulsos sancionadores de la SMA, sobretodo en el contexto de un sometimiento voluntario de un programa de cumplimiento recaído sobre el mismo aspecto reglado en el Considerando 3.7 ya referido, que fuera no solo aprobado sino complementado por medidas adicionales por parte de la SMA. En efecto, mientras el titular estaba validando con la SMA las medidas tendientes a superar las deficiencias de hermeticidad, simultáneamente la misma autoridad estaba preparando la formulación de “nuevos” cargos basándose en el mismo Considerando 3.7.
16. Tal situación resulta al menos antojadiza por parte de la SMA, transgrede la lógica y espíritu de la LOSMA pues resulta esencial que los instrumentos de incentivo al cumplimiento, en este caso los programas de cumplimiento, constituyan un “real incentivo” y protejan al titular que se acoge a ellos, de manera que éste propenda al cumplimiento efectivo y oportuno de las supuestas infracciones detectadas. El iniciar un nuevo proceso sancionatorio y luego culminarlo sancionando al mismo titular que está ejecutando llano a cumplir las medidas y condiciones establecidos en un programa de cumplimiento sobre la misma problemática, daña seriamente la aplicación de los referidos instrumentos de incentivo al cumplimiento.
17. Esta circunstancia, en términos generales, afecta por sí sola la validez del procedimiento sancionatorio llevado en contra de nuestra representada, sin perjuicio de las alegaciones de ilegalidad que expondremos específicamente para cada cargo.

III. RAZONES CONFORME A LAS CUALES SE DEBE DEJAR SIN EFECTO LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA

1. RESPECTO DE LA CONFIGURACIÓN DE LAS INFRACCIONES

A. ALEGACIONES GENERALES PARA TODOS LOS CARGOS

A.1. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR HIA PRIVADO A MI REPRESENTADA DEL EJERCICIO DE SUS DERECHOS, NO EXISTIÓ LA DEBIDA COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA AL INTERIOR DE LA SMA

18. En este sentido, no estamos ante la situación en que dos organismos, dentro de sus competencias, realizan inspecciones o fiscalizaciones simultáneas o coetáneas en el tiempo, sino que es el mismo organismo que mientras mantenía un procedimiento de fiscalización y sancionatorio en curso en cuyo marco de había aprobado un programa de cumplimiento realiza nuevas fiscalizaciones y origina un nuevo procedimiento sancionatorio, pero lo realiza tratando de dar una apariencia de legalidad: el mismo día que aprueba un Programa de cumplimiento, formula nuevos cargos, todos asociados a la misma situación de supuesta generación de emisiones fugitivas. Ello sin duda atenta con la más mínima lógica, buena fe y coherencia con la “asistencia al regulado”, expresamente contenida en las formulaciones de cargos y en el artículo 3, letra u) de la LOSMA.
19. Tal actuar no correspondía de acuerdo a la ley, por el contrario, la autoridad no debió iniciar un segundo proceso de sanción atendido la existencia de un proceso ya en curso y además con la existencia de un programa de cumplimiento. De haberlo hecho, debió acumular este nuevo procedimiento al más antiguo como ordena el artículo 33 de la Ley N° 19.880, acumulación que permitía a nuestra parte ejerciendo su derecho a defensa superar las imputaciones infraccionales y el procedimiento sancionatorio en sí, mediante un Programa de Cumplimiento que involucrara a los dos procedimientos sancionatorios. Manteniendo además la presunción de inocencia de nuestra representada.
20. Esta omisión, se constituye en el primer argumento de nuestros descargos y ahora en el primer argumento de la ilegalidad de la resolución que reclamamos. Al haber privado a nuestra parte de la acumulación, también se lo privó de superar las imputaciones mediante una forma establecida en la ley –Programa de Cumplimiento- quedándole como único camino procedimental el de presentar

descargos. Ello no significa de modo alguno, como señala la Superintendencia, que nosotros estimemos que el Programa de Cumplimiento es la única forma de dar cumplimiento a nuestras obligaciones ambientales.

21. Lo que se alega, es que tal privación atenta contra los derechos de ATI, básicamente con su derecho a la defensa, que se traduce en este caso en la posibilidad de acogerse a los procedimientos alternativos que faciliten el término del procedimiento.
22. En este punto no podemos dejar de señalar que el Superintendente es el Jefe de un servicio público autónomo que integra la Administración del Estado, y por ello tanto él como la Superintendencia que gobierna están obligados al cumplimiento de sus funciones y en el ejercicio de sus facultades al respeto a un conjunto de principios y obligaciones constitucionales y legales.
23. De hecho, está obligado al cumplimiento y acatamiento del principio de juridicidad que consagran los artículos 6º y 7º de la Constitución Política de la República (CPR) y el artículo 2º de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (Ley 18.575); también deben respetar y promover los derechos de las personas, especialmente en el caso de aquellos derechos esenciales a que se refiere el artículo 5º, inciso segundo, de la CPR, garantizados por ésta o reconocidos y asegurados por los tratados internacionales vigentes; concretizar que el Estado y sus órganos están al servicio de las personas de acuerdo a los artículos 1º de la CPR y 3º de la Ley 18.575, lo que sin duda significa que han de tender a facilitar el ejercicio de los derechos de todas las personas (artículo 17, letra e), de la Ley N° 19.880).
24. También lo obliga la circunstancia de que lo razonable de la decisión sancionatoria debe mostrarse en su motivación (artículos 54 de la LOSMA; 41, inciso cuarto, de la Ley N° 19.880, y artículo 19 numerales 2º y 20º y artículo 20 de la CPR), lo que aquí anticipamos que no se cumple pese a lo extenso de su resolución sancionatoria.
25. Por ello el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa debe sujetarse a principios constitucionales básicos, entre los que encontramos la existencia de un debido proceso para la aplicación de las sanciones; y otras dos garantías fundamentales, cuyo respeto es condición necesaria para la existencia de un debido proceso, como son (i) el derecho de toda persona a defensa jurídica (artículo 19 N° 3, inciso segundo, de la Constitución Política), y (ii) la presunción de inocencia (que

- se desprende del inciso sexto de la misma disposición constitucional). A los referidos principios, se deben agregar los principios provenientes de la propia LOSMA referidos a la asistencia al regulado y el incentivo al cumplimiento.
26. Entonces la privación de la acumulación o derechamente de la reformulación de los cargos en el procedimiento anterior, siendo estas vías idóneas y que permitían a ATI ejercer su derecho de defensa en los términos más favorables que amerita o permite la presunción de inocencia, se constituye en una circunstancia que priva de sus derechos a ATI.
27. Lo acontecido es comparable con la circunstancia de que en un procedimiento penal a una persona se la privara de la posibilidad ejercer su derecho a una salida alternativa o a un juicio abreviado, situaciones todas que quedan comprendidas dentro de un justo y racional procedimiento, al derecho de defensa del inculpado y a la presunción de inocencia.
28. Cuando la administración decide o no ejercer una facultad –en el evento de que sea discrecional la facultad específica de que se trate- dentro de un procedimiento sancionatorio y tal decisión implica reconocer o no un derecho del imputado infraccional, siempre debe primar su obligación de estar al servicio de las personas y de facilitar el ejercicio sus derechos, teniendo entonces que decidir por la opción que mejor configuren el derecho de defensa y la mantención de la presunción de inocencia del imputado, lo que no aconteció en el actuar del Superintendente.
29. En este sentido, resulta al menos curioso que si los órganos de la administración del Estado deben por mandato legal actuar coordinadamente, no exista la debida coordinación en el ejercicio de sus potestades fiscalizadoras al interior de un mismo órgano de la Administración. Si tal coordinación hubiera imperado, forzosamente tendríamos que concluir que debió haber dado aplicación a lo dispuesto en inciso segundo del artículo 41 de la Ley N° 19.880 que señala en lo relevante para este punto que *“cuando en la elaboración de la resolución final se adviertan cuestiones conexas, ellas serán puestas en conocimiento de los interesados, quienes dispondrán de un plazo de quince días para formular las alegaciones que estimen pertinentes y aportar, en su caso, medios de prueba...”* y, en su virtud, en el primer procedimiento sancionatorio se debió haber puesto a nuestra representada en conocimiento de estas “nuevas infracciones”, de forma tal de permitir a esta parte haber ejercido a su respecto el derecho que establece la ley y que para el caso no era otro que tales hechos quedaran –en su remediación– incluidos en el Programa de Cumplimiento.

30. Es decir, por el actuar de la autoridad que no se atuvo a la normativa que debía dar cumplimiento, en este caso concreto se nos privó de nuestro derecho a que el Programa de Cumplimiento cubriera expresamente estos hechos que la autoridad califica de infracciones.
31. Pero lo que resulta aun más grave que lo anterior, es que la Superintendencia estima que el artículo 33 de la Ley N° 19.880 entrega una facultad discrecional al ente regulador administrativo, la cual resultaría aplicable dependiendo meramente de la voluntad de la autoridad. Es decir, aun cuando los sumarios guarden "*identidad sustancial o íntima conexión*" el ente administrativo sería libre para decidir si acumula o no.
32. Lo anterior implica un desconocimiento no solo del significado de la palabra "*podrá*", la que es la conjugación (futuro simple o futuro) de la palabra **poder**, que significa "*tener expedita la facultad de hacer algo*" o "*tener expedita la potencia de hacer algo*", donde **facultad** es "*poder, derecho para hacer algo*" y **potencia** es "*capacidad para ejecutar algo o producir un efecto*", por su parte, **expedita** significa "*libre de todo estorbo*" (todo de acuerdo a los significados que la Real Academia reconoce a estas palabras). Es decir, la expresión "*podrá*" no tiene una connotación discrecional, sino que implica que la autoridad no solo tiene poder para decretar la acumulación de los sumarios, sino que tiene el deber de realizarlo, poder que ejercido a través de la resolución respectiva, no puede ser impugnado por recurso alguno.
33. Ello también implica un desconocimiento de la circunstancia ya anunciada en orden a que la autoridad debe actuar también siempre respetando y promoviendo los derechos de las personas y en este caso el no ejercicio de una potestad o facultad como la que tratamos, no permite precisamente la promoción ni respeto de los derechos de ATI.
34. Pero la obligación de acumular los procedimientos o de reformular los cargos del primer procedimiento sancionador se ve reforzada con la aplicación de los principios que gobiernan el actuar administrativo señalados en el artículo 4° de la Ley N°19.880, y que rigen a los procedimientos administrativos, en especial al principio de celeridad (artículo 7°) y economía procedimental (artículo 9°), por los cuales no se vislumbra la razón para llevar procesos de fiscalización paralelos y formular cargos separados, esperar un tiempo y volver a formular cargos, permitiendo en el primero la presentación de una Programa de Cumplimiento y en el segundo no.

35. Por otra parte, el resto de las fundamentaciones esgrimidas por la Superintendencia frente a nuestra alegación de actuación ilegal son igualmente falaces, puesto que:
- La falta de coordinación que se alegó no es una coordinación entre la Superintendencia y nuestra parte, sino aquella consistente en la absoluta falta de coordinación y coherencia entre los propios funcionarios (inspectores o fiscalizadores) de la Superintendencia. Tal actuación que se tradujo en que se formularon cargos y estando pendiente el plazo para presentar nuestro Programa de Cumplimiento y para cumplirlo, una nueva fiscalización termina con otros cargos y ello ocurre el mismo día en que se nos aprueba el programa de cumplimiento.
 - Es falso que respecto al derecho a defensa de mi representada se lo respetara o que se respetara un racional y justo procedimiento, por cuanto lo racional y justo hubiera sido que los fiscalizadores se hubieran coordinado a efecto de que ATI no tuviera que soportar dos procedimientos sancionatorios nacidos de fiscalizaciones simultáneas por hechos que corresponden a cuestiones conexas, puesto que tal actuación era la más favorable al administrado y permitía una real economía procedimental.
 - ATI está efectivamente impedida de presentar un nuevo Programa de Cumplimiento, pero tal circunstancia solo se ha producido solo por el actuar de la propia Superintendencia que ha manejado de tal forma la situación que, en los hechos, ha impedido que fiscalizaciones simultáneas se materialicen en procedimientos sancionatorios unificados.
36. Por otra parte, ahora la Superintendencia plantea que el primer proceso de fiscalización se refirió a las condiciones de la infraestructura y el segundo procedimiento se refirió al funcionamiento de la misma infraestructura, distinción que además de artificiosa, no aparece en ninguno de los procedimientos de fiscalización, ni menos en los procedimientos sancionadores. Distinción que al menos resulta poco creíble y lógica, puesto que por ejemplo un galpón que presenta fallas de sus paredes –agujeros en sus paredes- o en que la puerta no cierra bien, en ambos casos el resultado es el mismo, falta de hermeticidad de la instalación y no redundan en supuestas fallas en la infraestructura o en su funcionamiento.
37. Es decir entre la primera fiscalización y las posteriores, los hechos fiscalizados y que se han concretizado en cargos guardan identidad sustancial o íntima conexión,

puesto que versan sobre no solo sobre las mismas RCA fiscalizadas, sino que también sobre el mismo componente ambiental protegido y también los cargos son de identidades comparables e iguales en el fondo.

38. Adicionalmente a lo señalado, también conviene tener presente que la Superintendencia al aprobar el Programa de Cumplimiento incorporó unilateralmente trabajos adicionales a los propuestos y ordenó que se le acompañara un texto refundido del Programa de Cumplimiento. Ante tal esfuerzo de la Superintendencia, resulta inexplicable que no incorporara todas las medidas provisionales que ordenó concretar conjuntamente en el segundo proceso fiscalizador, las que ya obraban con tiempo en conocimiento de la Superintendencia.
39. También la SMA pudo, como ya indicáramos, haber reformulado los cargos en el procedimiento anterior, tal como señala en el considerando 159 de la Resolución que impugnamos, lo que hubiera también permitido que pudiera la empresa ampararse en el Programa de Cumplimiento respecto de todos los hechos imputados en los dos procedimientos sancionatorios.
40. Por lo anterior, estimamos que lo obrado por el Superintendente en este procedimiento de reclamo es ilegal y contrario a los principios del obrar de la Administración, por lo que deben adoptarse en definitiva las decisiones que en derecho sea pertinente a efecto de restablecer las omisiones que han privado a nuestra representada de su derecho de defensa, en especial de la privación indebida de su derecho a quedar amparada en el Programa de Cumplimiento aprobado en su oportunidad por esta Superintendencia.

A.2 EXISTE IDENTIDAD DE LAS INFRACCIONES, NO SE RESPETÓ LA VIGENCIA DE LOS PLAZOS DEL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO AL CUAL ACTUALMENTE SE ENCUENTRA SUJETO ATI.

41. En este sentido, resulta paradójico que a nuestra representada le formulen cargos, como por ejemplo, que "*Se produce emisión de polvo fugitivo desde el galpón TEGM, el que escapa por el portón de entrada de vehículos de dicho galpón*", siendo que por la Res. Ex. N° 6 del 6 de marzo de 2015, se otorga un plazo de ejecución de 15 semanas para "*Acreditar a través de medición, o por otro medio empírico, la presión negativa del galpón TEGM*". Resultando que para que opere correctamente la presión negativa en el galpón es necesario que éste sea hermético y para ello es necesario proceder a

- subsanan todas las situaciones que el galpón presente a efectos de dotarlo de hermeticidad.
42. En este punto la Superintendencia, como ya se dijo, construye toda una teoría respecto a que el primer proceso sancionatorio deriva de una fiscalización de la “infraestructura” y sus fallas y el presente procedimiento sancionatorio dice relación con un “mal funcionamiento” de la antes dicha infraestructura. Tal diferencia que ahora se esgrime en la resolución sancionadora no está señalada (y ni siquiera se vislumbra) en parte alguna pieza de los procedimientos sancionatorios ni en las fiscalizaciones realizadas, y aunque así fuere, sólo determinarían que la Superintendencia está equivocada.
43. Ello, por cuanto la falla de la infraestructura importa una falla en el funcionamiento de la misma, implica que las situaciones están íntimamente vinculadas y no pueden ser separadas. La diferencia temporal de la detección de las supuestas fallas de la infraestructura o de su funcionamiento, solo importan comprobar que la primera fiscalización asumió que las fallas de la infraestructura y su reparación importaban la superación de las fallas de funcionamiento.
44. Así, volvemos al ejemplo del galpón. Superada la situación detectada, esto es que el galpón volviera a una condición de operación con presión negativa también implica la superación de cualquier problema de hermeticidad. Lo anterior, nuevamente deja al descubierto la falta de coordinación entre las fiscalizaciones realizadas dada la manifiesta conexión entre las dos supuestas infracciones independientes
45. Lo mismo sucede con toda la cadena de embarque, que para evitar fuga de material particulado, no solo implicaba restituir las placas protectoras –que estaban en reparaciones- al momento de la segunda fiscalización, sino que importaba también superar cualquier fuga hasta el embarque mismo.
46. De hecho, lo anterior se corrobora con la simple circunstancia de que si la segunda fiscalización se hubiera realizado finalizado el programa de cumplimiento, no se hubieran detectado las “fallas de funcionamiento” imputadas por la SMA, puesto que estas, reiteramos, derivan de las fallas de la infraestructura.
47. No reconocer lo anterior, implica que se nos está sancionando por situaciones derivadas de las mismas infracciones y cargos formulados en el primer proceso sancionatorio y, lo que es más grave, encontrándose mi representada dentro del

plazo otorgado para su implementar una solución autorizada técnicamente por la autoridad competente. Así, el galpón estará falto de presión negativa por no estar hermético y ello derivará de fallas en su muros perimetrales –agujeros u otros– falla en sus puertas o cualquier otra situación que impida la operación de la presión negativa, situación que el programa de cumplimiento contemplaba regularizar.

48. Por otra parte, existen los mismos fundamentos jurídicos en ambos procesos sancionatorios, tal como fue reconocido expresamente por la SMA al tratar de justificar su actuar en la Resolución Reclamada y que se desarrollará al tratar los cargos específicos.
49. De acuerdo a lo anterior, existe una identidad real entre las infracciones del primer procedimiento sancionador y el segundo, además el segundo se verificó estando pendiente el plazo para subsanar los reparos otorgado en el primer procedimiento, generándose cargos que no son más que una nueva cara de los mismo ya imputado, situación que invalida el presente procedimiento sancionatorio y así debe ser declarado por este Tribunal Ambiental.

B. ALEGACIONES RESPECTO DE LOS CARGOS EN ESPECÍFICO

B.1 ALEGACIONES CARGO N°1

50. El Cargo N° A.2 del proceso sancionatorio N° F-68-2014, consiste en que: *“el interior del galpón de concentrados no se encuentra sellado herméticamente, producto de la inexistencia de orificios en techos y paredes del galpón, así como la inexistencia de cortina de PVC a la entrada de este.”* Por su parte el cargo del proceso sancionador que nos ocupa es: *“Se produce emisión de polvo fugitivo desde el galpón TEGM, el que escapa por el portón de entrada de vehículos de dicho galpón.”*
51. La Superintendencia utiliza el mismo considerando N° 6.4.1 inciso 4 de la RCA 131/2003 para fundamentar el Cargo N° 1 del proceso sancionatorio F-006-2015 y el Cargo A.2 del Proceso Sancionatorio F-068-2014, el que establece que *“El edificio se ha diseñado de modo de mantener en su interior el polvo levantado en las operaciones interiores por lo que las medidas contempladas, como presurización negativa y protección del personal, permiten afirmar que no existirán efectos ambientales”*.
52. Por su parte dentro del Programa de Cumplimiento las siguientes acciones concretas son las que buscan dar solución definitiva a este problema:

- a) Acción N° 1 Objetivo específico N°2: Realizar reemplazo o reparación de elementos de techos y paredes y en la entrada del edificio (8 semanas para su implementación a partir de aprobado el PC).
- b) Acción N° 2 Objetivo específico N°2: Realizar limpieza del galpón de concentrados TEGM, específicamente en el sector de acceso de camiones y en el perímetro del sistema de abastecimiento (2 semanas desde aprobado el PC).
- c) Acción N° 1 Objetivo específico N°5: Acreditar a través de medición, o por otro medio empírico, la presión negativa del galpón TEGM (15 semanas desde aprobado el PC).

53. Como puede apreciarse, a la fecha de la formulación de cargos ATI se encontraba dentro de plazo para demostrar el cumplimiento de las medidas comprometidas, por lo que no tiene lógica alguna que se le inicie un nuevo cargo por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, menos aún que eventualmente sea multada o sancionada existiendo un plazo pendiente para que acredite el funcionamiento y la hermeticidad del galpón.
54. Sin perjuicio de la argumentación dada respecto a los vicios procesales administrativos aplicables a la Resolución Reclamada en su totalidad, es del caso señalar que, aun cuando pudiera ser cierta la presencia de problemas en el portón del galpón, esto no se traduce en un efecto cuantificable sobre el medio ambiente.
55. Nuevamente tenemos que en este cargo, la Superintendencia trata de construir la diferencia de identidad o materialidad de las infracciones y aquí señala en el cargo del primer procedimiento se reflejan deficiencias puntuales en la infraestructura y aquí se refleja –con la fuga de material particulado- deficiencias en el funcionamiento, lo que es antojadizo y contradictorio, puesto que los hechos denunciados están ligados y no son independientes entre sí, puesto que ambos inciden directamente en la hermeticidad de la operación del galpón.
56. Por otra parte, la Superintendencia desconoce el propio Programa de Cumplimiento aprobado, puesto que señala que éste no es apto para hacerse cargo de los nuevos hechos detectados, lo que atendida la naturaleza del referido instrumento de incentivo al cumplimiento y los objetivos del mismo no tiene ningún sentido, puesto que en este caso concreto el Programa implica dejar al galpón completamente operativo con presión bajo presión negativa, lo que implica la hermeticidad del

mismo. Es decir, lo que ahora afirma la SMA cae por el propio peso de sus actuaciones.

57. Por otra parte, no existe ningún antecedente que permita a la Superintendencia cuantificar la emisión imputada, por lo cual no puede estimarse acreditado de modo alguno la existencia de un efecto adverso al medio ambiente o de riesgo a la salud de las personas. Situación que permite desde ya solicitar que respecto de este cargo se deje sin efecto la sanción aplicada.

B.2 ALEGACIONES CARGO N°2

58. El cargo N° 2, reza: *“En el galpón de TEGM no existen sitios fijos que segreguen concentrados de cobre, zinc y plomo”* y la SMA rechaza nuestros argumentos –de que no se está operando con concentrados de plomo y no es necesario implementar la separación que se echa de menos- bajo el argumento de que *“Si bien en las actividades de inspección ambiental que dieron origen al presente procedimiento sancionatorio, no se constató acopio de plomo en el galpón TEGM, ello no significa que la empresa no lo haya efectuado en alguna oportunidad, cuestión que debió haber acreditado...”*. Es decir la SMA pretende que mi representada pruebe un hecho negativo y que versa sobre una circunstancia –no acopio de plomo- que debió ser conocida, demostrada y probada por la autoridad sancionadora.
59. De acuerdo a las reglas aplicables, es la SMA la que debe acreditar que A'I'I efectivamente estaba acopiado plomo sin tener la separación de concentrados, más aun cuando de su inspección no apareció el hecho que gatilla la medida de segregación como lo es el acopiar plomo.
60. Por otra parte, si la RCA versa sobre una serie de actividades y una de ellas no se está desarrollando, no existe la obligación de solicitar la modificación de la RCA a efectos de dejar fuera esa actividad. Ello desde que la RCA aprueba ambientalmente un conjunto de actividades económicas, las que de desarrollarse deben sujetarse a lo que dispone la RCA a su respecto, sin que exista obligación legal de modificar la resolución en caso de que alguna de las actividades no se desarrolle efectivamente.
61. Ahora bien, en cuanto al tratamiento y transporte de los concentrados de plomo, existe una abundante actuación de la autoridad sanitaria que se inicia en el año 1.999 con la declaración de zona de emergencia sanitaria a la provincia de Antofagasta y que en los hechos impidió primero el acopio del plomo en los patios del ferrocarril,

luego en el puerto de Antofagasta, para después exigir medidas más severas para su transporte y embarque.

62. Así, por la Resolución N° 2.599 del 28 de julio de 2010, del Seremi de Salud de la Región de Antofagasta, se dispuso que el transporte de Concentrados de Minerales de Plomo y Zinc, entre el sitio de almacenamiento, deberá realizarse en contenedores herméticamente cerrados. Las resoluciones de todos esos actos administrativos se acompañan en el segundo otrosí de esta presentación y de todos ellos tomó conocimiento la Superintendencia. Esta medida fue implementada por la Empresa Portuaria de Antofagasta ("EPA"), mediante Carta N° 257, por la cual dispuso que los concentrados de plomo que debía acopiarse en Portezuelo en maxisacos fueran consolidados en contenedores herméticamente cerrados. Al respecto, cabe señalar que la operación con maxisacos ya se venía realizando desde el año 2005.
63. Por lo anterior, fue la autoridad sanitaria y la Empresa Portuaria de Antofagasta la que establecieron la forma de operar con el concentrado de plomo, situación que confirma un hecho público y notorio, y que no es otro que, pese a estar autorizado por RCA, **ATI por una decisión de autoridad, ajena a su voluntad no acopia plomo en sus bodegas**, por lo que carece de fundamento material la implementación de un sistema de segregación de algo que no está presente (y que no puede estar) en sus instalaciones.
64. En todo caso, de emplearse nuevamente las bodegas para acopiar concentrados de plomo y si estos están en maxisacos consolidados en contenedores, esa circunstancia ya importa la segregación de éstos respecto de otros concentrados minerales. Por último, la RCA efectivamente señala que debe existir sectores segregados para el concentrado de plomo respecto de otros concentrados, pero no dice que ello debe existir aun en el caso de que no esté presente la actividad de acopio de plomo.
65. En definitiva, la infracción decretada por la Superintendencia no es tal, puesto que la misma solo puede producirse si se acopiara efectivamente concentrados de plomo sin que existiera la segregación del mismo con otros concentrados, situación que no ha sucedido y que la SMA no ha logrado demostrar. Aun en el evento de que el Tribunal estimara que la separación debiera existir, atendido al hecho de que no se está acopiando concentrados de plomo, estaríamos ante una situación meramente

formal, pero con ausencia de efectos ambientales reales o materiales, por lo que no procede aplicar una sanción a su respecto.

66. Por lo anterior, es que la sanción aplicada es del todo ilegal desde que no existe el hecho o fundamento fáctico que da sustento y desencadena la obligación de segregación de concentrados, que no es otro que la existencia de acopio de concentrado de plomo a granel.

B.3 ALEGACIONES CARGO N°3

67. El Cargo N° 3, señala que: *“Durante la maniobra de carga de un buque con concentrado de zinc, se produce emisión de polvo fugitivo desde su bodega de carguío hacia la atmósfera”*.
68. Cabe reiterar que la el hecho infraccional recién transcrito, en caso alguno puede ser calificado de infracción, ni mucho menos determinar que genera por sí solo algún impacto ambiental no previsto. Ello, dado a que jamás las RCA que dirigen el actuar de ATI, señalan que no existirá ninguna emisión de polvo fugitivo.
69. Tampoco puede ser calificada como una infracción la mera apreciación de un funcionario. Para que exista infracción debe necesariamente mediar medida, análisis o toma de muestras que determinen inequívocamente la vulneración de una norma o de un compromiso ambiental.
70. Por ello, resulta curioso que el Superintendente de por acreditada la infracción con la mera apreciación de los funcionarios, aun cuando existan las grabaciones que señala en el considerando 139 de la Resolución Reclamada, puesto que lo que se alegó no es la inexistencia del hecho mismo, sino que no existen antecedentes que permitan determinar su significancia en el orden ambiental.
71. Para la configuración de la infracción en el ámbito ambiental se requiere que esté determinada la significancia ambiental del hecho constitutivo de la supuesta infracción. No basta el solo hecho, sino que este debe estar comprendido dentro de un hecho de significancia ambiental. Más aun cuando se tilda al hecho de un impacto ambiental no previsto, que como sabemos no es otra cosa que una alteración provocada directa o indirectamente por un

proyecto o actividad en un área determinada.

72. En ninguna pieza del expediente del procedimiento sancionador existe una declaración respecto a la alteración del medio ambiente y que tal alteración fue provocada por el hecho concreto investigado imputable a mi representada, no existiendo tampoco ningún estudio o antecedente que permita vincular la referida fuga particular de material particulado presenciado por funcionarios de la SMA con la contaminación o presencia de contaminantes en la ciudad de Antofagasta.
73. En este punto debemos ser claros, en el ámbito administrativo y en el administrativo sancionador no existen las presunciones o las vinculaciones que no estén acreditadas por un medio de prueba. Que exista fuga en un embarque de concentrados de minerales, no permite presumir que ello ocurra en todos los embarques, ni permiten presumir a la autoridad que ello es el hecho causante de contaminación o el causante directo y único de la presencia de esas sustancias en la ciudad de Antofagasta.
74. Que la Administración no puede presumir algo de un hecho conocido, como sería, por ejemplo, que una fuga de polvo es igual a contaminación o presencia de concentrados minerales en otros lugares, no es una idea nuestra sino que del Código Civil, que dispone que *“Las presunciones son legales o judiciales”* (Art. 1712) lo que implica a contrario sensu que nuestro ordenamiento no contempla las presunciones administrativas.
75. De lo anterior tienen clara conciencia los propios fiscalizadores del procedimiento sancionatorio F-068-2014 quienes en la página 3 de su informe señalaron: *“Además, respecto de las muestras tomadas en el exterior de las instalaciones de ATI, comparadas referencialmente con la “Risk Management Criteria for Metals at BLM Mining Sites” y la “Directiva de Kelley”, muestran tanto superación de los límites referenciales, como clasificación de suelos con presencia de contaminantes, respectivamente; pero dada las características industriales del sector y sus alrededores, y el manejo histórico de potenciales fuentes en el puerto, no es posible inferir que la operación de los galpones de manejo de concentrados del puerto de ATI sea la causante o única causante de dichos niveles de concentración de metales; para lo que sería necesario realizar estudios complementarios de más largo desarrollo”*. (el destacado y subrayado es nuestro).

76. Así, no existiendo prueba que vincule a la fuga constatada con un impacto ambiental concreto, no puede de modo alguno categorizarse jurídicamente a ese hecho como un impacto ambiental no previsto, ni ser ATI un agente contaminante y en base a ello sancionar.
77. Además, la presunciones no entran en el ámbito administrativo sancionador, por cuanto no estando plenamente acreditado por medios de pruebas un hecho que permite sancionar, debe primar siempre el principio de inocencia y de pro administrado. Esto es, si al momento de resolver el procedimiento el Superintendente tiene alguna duda atendible acerca de una materia sustancial y pertinente para la aplicación del castigo, y si la duda es acerca de una o más cuestiones de hecho, la autoridad deberá reconocer al inculpado el beneficio de la duda: es el principio *in dubio pro reo*¹.
78. Como comprenderá este Ilustre Tribunal Ambiental, estamos hablando de un puerto en el cual se realizan operaciones de carga y descarga de mercancías a granel y/o en contenedores y/o fraccionada y que el área de Antofagasta ha sido materia de variados estudios respecto por la presencia de concentrados de minerales en ciertos sectores de la ciudad, pero ningún estudio ha vinculado directamente o inequívocamente al embarque de concentrados con su presencia extraportuaria, es más, la mayoría de los estudios vinculan la presencia en la ciudad de concentrados de minerales con el transporte –básicamente camiones- que cruzan la ciudad para acceder al puerto, actividad que como será de conocimiento de S.S. no es ejecutada por mi representada. Transporte que se ha desarrollado por años y que solo en tiempos relativamente recientes se ha normado a efectos de reducir su incidencia.
79. Por lo demás, el modo de operar con los embarques es el habitual que se ocupa en la industria y los puertos grancleros de concentrados de minerales operan sin que al día de hoy se tenga conocimiento que la SMA hubiere reparado en ello.
80. Por lo anterior, el hecho imputado no puede ser considerado una infracción ambiental merecedora de una sanción, por lo que lo resuelto a su respecto en la forma descrita es contrario a derecho.

¹ “El *in dubio pro reo* exige que en caso de duda sobre las pruebas practicadas para la determinación del hecho se decida lo más favorable para el acusado. El principio extiende su ámbito de aplicación no sólo al ámbito del proceso penal sino también a cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos”. A. Cuerda Riezu, *In dubio pro reo*, en E.J. Civitas II, 3474-3476, Madrid, 1995.

B.4 ALEGACIONES CARGO N°4

81. El Cargo N° 4 señala que *“El interior del galpón de concentrados SAC no se encuentra sellado herméticamente, producto de la existencia de fisuras o aberturas en los portones de ingreso”*.
82. En el procedimiento sancionatorio F-068-2014 se realizó una verificación exhaustiva al galpón SAC, en el informe de fiscalización existe una descripción del referido galpón y un conjunto de fotos del mismo, sin que en tal informe se reparara en nada su funcionamiento, ni sus puertas.
83. Sin perjuicio de ello, entendemos que no puede mantenerse la sanción a su respecto puesto que no estamos ante una nueva infracción, sino que estamos ante una especificación de una situación que está cubierta –en cuanto a su origen, remedio y calificación- por otro procedimiento sancionador que cuenta con un Programa de Cumplimiento aprobado y que tenía (al menos al momento de la formulación de los cargos en el proceso sancionatorio F-006-2015) plazo pendiente para su implementación.
84. Nuevamente, la Superintendencia pretende desligarse de su fiscalización anterior, en la que nada reparó respecto de la puerta del galpón, y estima que un programa de cumplimiento que tiene por objeto general dar cumplimiento a las resoluciones de calificación ambiental y en particular superar los hechos detectados, aprobado por ella misma, no tiene la virtud de superar a los hechos que ahora han sido sancionados.

B.5 ALEGACIONES CARGO N°5

85. El Cargo N° 5 consiste en: *“El incumplimiento de lo dispuesto en la Resolución Excenta N°79, de 3 de febrero de 2015, por la no realización de las mediciones de eficiencia del sistema de filtros en la oportunidad y conforme a las condiciones requeridas”*.
86. Respecto a este cargo, la Superintendencia incurre en una contradicción puesto que ante nuestra alegación de que los efectos de la medida provisional se había extinguido al ponerse término al procedimiento, nos responde que no se ha puesto término, sino que se ha suspendido.
87. Si se ha suspendido el procedimiento, cuál es la razón jurídica para que no se

- suspenda todo lo relacionado el procedimiento, incluida la medida provisional: ninguna.
88. Por otra parte, a diferencia de lo interpretado por la SMA, la ley que rige a la Superintendencia entiende por suspensión lo que en realidad es un término condicional del procedimiento, puesto que el artículo 42 inciso 5° de la LOSMA, dispone que en caso de incumplimiento del Programa de Cumplimiento, el procedimiento se **reiniciará** y si se cumple se **dará** por concluido. Entonces, concordante con aquello, la LOSMA no dispone la continuación del procedimiento, que es lo normal en los casos de suspensión, ni en caso de cumplimiento se dictará una resolución final sino que se dará por concluido por el mero cumplimiento del Programa.
89. Que el procedimiento se reinicie significa que éste vuelve a comenzar, no que continúa y ello es de toda lógica puesto que deberá, en ese caso, otorgar el plazo legal para que el supuesto infractor realice sus descargos. Es decir, en caso de incumplimiento del Programa, el procedimiento sancionatorio vuelve a comenzar.
90. Por todo lo anterior, la medida provisional dictada en el procedimiento sancionatorio F-068-2014, quedó suspendida conjuntamente con la suspensión del procedimiento sancionatorio. Suspensión que no ha importado ningún perjuicio para nadie, puesto que si la medida tenía alguna justificación real, la propia Superintendencia denegó un aumento de plazo para su desarrollo y cumplimiento. De haber sido tan necesaria y urgente su realización habría accedido en la oportunidad solicitada.
91. Pero también hay que considerar que la medida como tal ya había sido abordada en el primer proceso sancionatorio, en el que se indica que *"El titular no ha cumplido con la obligación de realizar mediciones de eficiencia del sistema de filtros dos veces al año"* (cargo N° 5 del procedimiento F-068/2014), situación que se subsanó con la acción n°1 del objetivo específico n°5 del Programa de Cumplimiento aprobado por SMA, medición que ya fue realizada.
92. Por todo lo anterior, lo resuelto respecto de este cargo es contrario a derecho y debe ser dejado sin efecto por este Tribunal.

2. RESPECTO A LA CALIFICACIÓN DE GRAVEDAD DE LAS INFRACCIONES

93. En general y en relación con los elementos considerados por la Superintendencia para determinar si el actuar o hechos investigados han configurado un riesgo significativo para la salud de las personas, en especial en relación con los cargos o infracciones I y III, comprobamos que la conclusión del SMA es que sí se ha configurado una situación de riesgo y ello solo en base a estimar a ATI como la una fuente contaminante de relevancia y sin disponer, al menos, de un antecedente que permita cuantificar la emisión de polvo fugitivo desde el galpón de acopio de graneles y desde la bodega de un buque que estaba siendo cargado.
94. Tal conclusión, que la SMA asume con la mera comprobación de emisión de polvo fugitivo, pero no en su cuantificación, se realiza considerando sus propios antecedentes y señalando que ello *“permiten suponer razonablemente que la empresa ATI S.A. es un agente que aporta altas concentraciones de cobre, plomo, zinc y arsénico, entre otros metales, el Puerto de Antofagasta y la ciudad de Antofagasta”* (considerando 181 de la Resolución Reclamada).
95. Nuevamente no podemos dejar de señalar que la SMA no se encuentra facultada para suponer razonablemente nada, no puede presumir algo que no está acreditado. El hecho de haber constatado ciertas y puntuales emisiones de polvo, no le permiten imputar o catalogar de fuente contaminante emisora a mi representada. Ni permiten extender la fuga a otras situaciones o épocas distintas a las en que efectivamente se fiscalizó.
96. En este punto también volveremos a citar lo que señalaron los propios fiscalizadores del expediente F-068-2014, en orden a que *“Además, respecto de las muestras tomadas en el exterior de las instalaciones de ATI, comparadas referencialmente con la “Risk Management Criteria for Metals at BLM Mining Sites” y la “Directiva de Kelley”, muestran tanto superación de los límites referenciales, como clasificación de suelos con presencia de contaminantes, respectivamente; pero dada las características industriales del sector y sus alrededores, y el manejo histórico de potenciales fuentes en el puerto, no es posible inferir que la operación de los galpones de manejo de concentrados del puerto de ATI sea la causante o única causante de dichos niveles de concentración de metales; para lo que sería necesario realizar estudios complementarios de más largo desarrollo”.*
97. Pero ahora parece que la autoridad no se atuvo a lo anterior, sino que derechamente imputa una situación que no emana de ningún estudio. Por lo anterior, todo lo dicho en la resolución impugnada respecto al riesgo

significativo aparece como una redacción voluntarista sin que sus elementos basales hayan sido acreditados de modo alguno. No existen elementos que permitan al menos cuantificar la fuga de polvo fugitivo, elemento sin el cual no se puede determinar el riesgo para la salud.

98. Respecto a la población expuesta, la SMA para fundar su resolución, cita una serie de informes –considerandos 186 a 189- que de analizarse seriamente solo puede concluirse que la población analizada no presenta –salva las excepciones que quedan de manifiesto en los informes y que son solo dos casos- contaminación y que por lo mismo no existe una contaminación real en las personas analizadas y que supuestamente son ejemplos de las personas expuestas al contaminante.
99. Respecto a la significancia del riesgo –considerandos 190 a 203- nuevamente la SMA parte de la base de que ATI es la responsable de la presencia de los contaminantes, situación que no ha sido acreditada en autos, por lo que lo concluido en relación a la gravedad de los cargos I y III, es al menos falaz y con toda certeza no demostrada como lo exigen los principios que instruyen los procedimientos administrativos.
100. Respecto de la calificación de las Infracciones II y IV también son ilegales, puesto que en relación a la infracción II, esto es la falta de separación de los concentrados de plomo respecto de otros concentrados, pese a que ATI no acopia plomo, ni lo acopió a granel, se le imputa nuevamente que el plomo existente en los alrededores del Puerto son de responsabilidad de la Empresa.
101. También en este punto, la SMA vuelve a realizar suposiciones y nos dice que “...permite suponer que existen condiciones necesarias para que se produzca una fuga de material particulado con contenido de plomo desde el galpón”. Suposición que además de ser impropia para un ente administrativo, ni siquiera se atiene a la fiscalización realizada, la cual no encontró acopio alguno de concentrados de plomo, ni al hecho público y notorio del modo en que se opera con dichos concentrados –maxisacos consolidados en contenedores herméticos- que impiden la existencia de fuga de material particulado.
102. Prosigue la SMA –considerando 209- señalando que es un “*hecho indubitado que existen altas concentraciones de plomo*”, tanto en el Puerto como en la ciudad, señalamiento que se realiza sin que pueda vincularlo de modo alguno con la

actividad de ATI, puesto que el plomo se maneja de acuerdo a lo que las autoridades han decidido a su respecto. Aun así, señala que la falta de separación, respecto de un concentrado de minerales de plomo que no se acopian en las bodegas de ATI, es un hecho grave. Hecho y conclusión que no resisten ningún análisis de seriedad y fundamentación adecuada.

103. Respecto a la clasificación de la infracción IV, nuevamente esta se basa en suposiciones –considerando 215- desde que se supone que la presión negativa no estaba en operación o plenamente funcionando a la fecha de la inspección, sin que tal antecedente conste en el expediente del procedimiento sancionador o al menos en las propias actas de fiscalización.
104. Respecto de la clasificación de la infracción V, esto respecto a la no ejecución de una medida provisional, estimamos que la misma no puede ser considerada como grave, puesto que el procedimiento en que se dispuso tal medida está suspendido y consecuentemente suspendida la medida. Si la medida debemos entenderla suspendida no procede catalogar su incumplimiento como una infracción grave.

3. RESPECTO A LA DETERMINACIÓN DE LAS SANCIONES

105. En relación a la supuesta intencionalidad como factor agravante, es reconocido en el derecho administrativo sancionador que la realización del tipo infraccional supone la comisión de la infracción sin necesidad de analizar si dicho incumplimiento es negligente, pues la diligencia exigible la marca el propio tipo al positivizar el cuidado debido que se debe emplear en realizar una actividad determinada.
106. En este orden de ideas, excepcionalmente el legislador, como en el caso de la LOSMA, ha exigido una disposición subjctiva especial del sujeto infractor para efectos de incrementar la sanción cuando dicho incumplimiento hubiese sido doloso.
107. Así, es posible admitir que el legislador ha establecido la circunstancia de la intencionalidad como una **calificante**, para efectos de incrementar la sanción cuando dicho incumplimiento hubiese sido doloso. De lo contrario esta calificante sería aplicable a todas las infracciones del artículo 35 de la LOSMA, sin distingo.

108. Es más, en sentencia de reemplazo de la Excelentísima Corte Suprema, de fecha 4 de junio de 2015, Rol 25.931-2014, se resolvió que no corresponde aplicar la agravante relativa a la intencionalidad en el proceso sancionatorio Rol F-024-2013, instruido por la SMA en contra de Sociedad Eléctrica de Santiago S.A., en razón de la inexistencia de un actuar doloso por parte del supuesto infractor, según se indica en el considerando Primero letra a), que se reproduce a continuación:

“En los “casos en que la voluntad en la infracción puede ser atribuida a título meramente culposo o negligente, la sanción no podrá ser agravada” (Bermúdez, Jorge, “Fundamentos de Derecho Ambiental”, Ediciones Universitarias de Valparaíso, pág. 485).

En el procedimiento sancionatorio no se discutió y obviamente, tampoco se estableció un actuar doloso de la reclamante, razón por la cual, no correspondía tomar en consideración esta circunstancia en la ponderación de la sanción”.

109. Por ende, para que exista una intencionalidad que se pueda inscribir en la categoría dolosa, se deberá confirmar la concurrencia de otros elementos volitivos que vayan más allá de la falta de diligencia, lo que no ocurre en el caso de autos, y no existe antecedente alguno que permita afirmarlo.

110. En definitiva no es admisible, considerar el conocimiento de los hechos infraccionales como único componente de la intencionalidad, pues ello **implica que cualquier infracción de aquellas contempladas en el artículo 35 de la LOSMA deba necesariamente ser calificada con la agravante de intencionalidad**, circunstancia que haría siempre aplicable la agravante.

4. RESPECTO A LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS EN LA PARTE RESOLUTIVA DE LA RESOLUCIÓN RECLAMADA

111. SMA estimó que ATI no generó ningún tipo de daño, y solo afirma la existencia de riesgo. Entonces ¿Cuál es el fundamento jurídico sobre el que se sostiene la SMA para decretar la medida del resuelvo segundo?

112. *“SEGUNDO: Disposición de medida consistente en limpieza de la zona urbana aledaña al Puerto de Antofagasta. Antofagasta Terminal Internacional S.A., deberá ejecutar la medida de limpieza de la zona urbana aledaña al Puerto de Antofagasta, en la que se han identificado los mayores valores de cobre, plomo, zinc y arsénico, todos ellos contaminantes asociados a la actividad de dicha empresa. Dicha medida consistirá en el aspirado de las veredas y calles de las manzanas censales marcadas en gris de la figura que se exhibe más abajo. Dicha figura corresponde a la identificación de la zona urbana aledaña al Puerto, con mayor presencia de*

cobre, plomo, zinc y arsénico. Esta medida deberá comprender la limpieza íntegra de la totalidad de las veredas y calles de cada una de las manzanas marcadas en gris, y no sólo aquella zona que se encuentra marcada por dicho color.”

113. A lo largo de toda la resolución, la SMA cita aquel pasaje normativo sobre el cual sustenta su actuar, en el caso del resuelto segundo omite cualquier normativa de sustento. Dicha omisión se debe precisamente a la inexistencia de una competencia administrativa que permita a la SMA establecer la medida de limpieza que le impuso a ATI.
114. Bajo qué competencia la SMA podría llegar a “aprobar el informe que de cuenta de la ejecución de la medida de aspirado”.
115. Pues bien no existe la norma que la autorice a disponer una medida del tipo que se ha dictado en este procedimiento, menos aún a dictarla en un procedimiento en que no se ha discutido ni probado que el causante de lo que se pretende limpiar sea ATI.
116. Lo anterior importa que lo resuelto sea contrario a derecho y debe ser dejado sin efecto por el tribunal.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto y de acuerdo a lo establecido en el artículo 56 de la LOSMA y el artículo 17 N° 3 de la Ley N° 20.600 y demás disposiciones legales aplicables que resulten pertinentes, en especial las contenidas en la CPR, la ley 18.575 y 19.880 ya citadas, a S.S. Ilustre respetuosamente solicitamos admitir a tramitación la presente reclamación y, previa tramitación de rigor, acogerla en todas sus partes, declarando que se deje sin efecto la Res. Ex. N° 645/2013, según S.S. Ilustre lo estime conveniente, por cuanto es contraria a derecho, declarándose:

1.- Que lo actuado por la SMA en relación al inicio de un nuevo proceso sancionatorio existiendo una ya abierto respecto a las mismas materias y, una vez iniciado, la omisión de acumulación de los procedimientos sancionadores roles F-068/2014 y F-006/2015, es contrario a derecho e ilegal y por lo tanto el procedimiento sancionador que ha dado origen este reclamo debe ser invalidado y dejado sin efecto o en el estado de permitir su acumulación con el anterior o permitir a la autoridad dictar las medidas que se han señalado en el cuerpo del escrito, como la reformulación de los cargos en el primer procedimiento sancionatorio o en ese mismo procedimiento disponer de la comunicación de los hechos conexos contenidos en el segundo procedimiento sancionatorio.

2.- Subsidiariamente, invalidar lo decidido por la SMA en orden a dar por acreditadas la comisión de las infracciones que fueron motivo de cargos en el procedimiento sancionatorio rol F-006/2015, por cuanto no existen elementos de prueba que permitan su confirmación como infracciones ambientales, ni antecedentes que permitan confirmar los riesgos que la SMA a determinado.

3.- Igualmente dejar sin efecto la medida ordenada en la resolución impugnada, consistente en el barrido de calles, puesto que la SMA carece de competencia para dictarla en la resolución final del procedimiento sancionador.

4.- Subsidiariamente, bajar sustancialmente el monto de las multas aplicadas puesto que los mismos no guardan armonía con el mérito del procedimiento sancionador.

PRIMER OTROSÍ: Solicitamos a S.S. Ilustre tener por acompañado los siguientes documentos:

- 1) Escritura pública en que consta nuestra personería para actuar en representación de Antofagasta Terminal Internacional S.A.
- 2) Acta de notificación de la SMA donde consta que la resolución reclamada fue notificada a esta parte con fecha 7 de agosto de 2015.

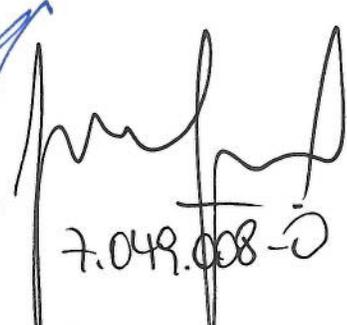
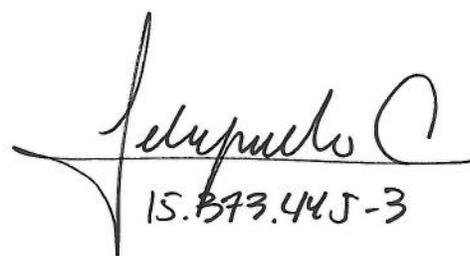
A S.S. ILUSTRE PIDO: Tener por acompañados los documentos en la forma solicitada.

SEGUNDO OTROSÍ: De conformidad al artículo 22 de la Ley N° 20.600, solicito a S.S. Ilustre notificar las resoluciones del presente procedimiento a los siguientes correos electrónicos: JuanJose.Eyzaguirre@ppulegal.com; Guillermo.Zavala@ppulegal.com, y Felipe.arevalo@ppulegal.com

A S.S. ILUSTRE PIDO: acceder a lo solicitado.

TERCER OTROSÍ: Que en nuestras calidades de abogados asumimos personalmente el patrocinio y poder en la presente reclamación y también otorgamos poder al abogado don Felipe Arévalo Cordero, Cédula Nacional de Identidad N° 15.373.445-3, de nuestro domicilio.

A S.S. ILUSTRE PIDO: Tenerlo presente.



7.049.008-0
15.373.445-3