

RECHAZA RECURSO DE REPOSICIÓN Y LEVANTA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO

RES. EX. N° 11/ROL D-088-2021

Santiago, 28 de noviembre de 2022

VISTOS:

Conforme con lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley N° 20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "LO-SMA"); en la Ley N° 19.880, que Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, del año 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; en el Decreto Supremo N° 30, del año 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que Aprueba Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncias y Planes de Reparación (en adelante, "D.S. N° 30/2012"); en la Resolución Exenta N° 2124, de fecha 30 de septiembre de 2021, de la Superintendencia del Medio Ambiente que Fija la Organización Interna de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 658, de 02 de mayo de 2022, que establece orden de subrogancia para el cargo de Fiscal de la Superintendencia del Medio Ambiente; y, en la Resolución N° 7, de 26 de marzo de 2019, de la Contraloría General de la República, que Fija Normas Sobre Exención del Trámite de Toma de Razón.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Res. Ex. N° 1 / Rol D-088-2021, de 13 de abril de 2021, se formularon cargos en contra de SCM Atacama Kozan (en adelante, "AK" o "la empresa"), resolución que fue notificada personalmente con fecha 15 de abril de 2021.
2. Con fecha 06 de mayo de 2021, la empresa presentó una propuesta de Programa de Cumplimiento (en adelante, "PDC") el cual fue derivado al Fiscal de esta SMA, a través de memorándum N° 19.9157/2021, de 07 de mayo de 2021, a fin de que se evaluara y resolviera su aprobación o rechazo.
3. Luego de 3 rondas de observaciones efectuadas por esta SMA, y las respectivas presentaciones de PdC Refundidos por parte de la empresa, y demás presentaciones complementarias, mediante Res. Ex. N° 9 / Rol D-088-2021, de 11 de noviembre de 2022, se resolvió rechazar el PdC presentado por AK.
4. Mediante presentación de 18 de noviembre de 2022, la empresa dedujo recurso de reposición contra la Res. Ex. N° 9 / Rol D-088-2021. Adicionalmente, solicitó la suspensión de los efectos de la Resolución Recurrida y de la suspensión del plazo otorgado a SCM Atacama Kozan para presentar descargos.
5. A través de Res. Ex. N° 10 / Rol D-088-2021, de 18 de noviembre de 2022, se resolvió suspender el procedimiento administrativo, para el solo efecto de suspender el plazo para la presentación de descargos hasta que se resuelva el fondo del recurso de reposición presentado. Dicha resolución fue notificada personalmente, con igual fecha a la de su dictación.



6. La empresa, plantea como fundamentos de su recurso de reposición, los siguientes:

a) La empresa estaría comprometida con la elaboración y posterior ejecución de un PdC que cumpla con los criterios de Integridad, Eficacia y Verificabilidad. Funda ello, en que el PdC presentado se habría encauzado correctamente, en cuanto la SMA habría realizado observaciones sobre los efectos asociados a la infracción N° 5, y no respecto de los 8 cargos restantes contenidas en el Formulación de Cargos. Agrega que, en base a que los estudios técnicos adicionales, se garantizará la eficacia y verificabilidad de las acciones que en definitiva se aprueben en el PdC.

b) La empresa habría sido diligente en la elaboración de la información técnica y se descartaría un ánimo dilatorio. Expresa que ha actuado de buena fe, remitiendo en todo momento la mejor información técnica disponible al momento de presentar el PdC y ha estado llana a complementar la información según lo requerido por la SMA. Agrega que, en los casos en que los tiempos de generación de la información técnica excedían los plazos dispuestos por la SMA, la empresa propuso planes de trabajo y fechas tentativas de entrega, como fue el caso de la presentación de 30 de agosto de 2022, en respuesta a la Res. Ex. N° 7 / Rol D-088-2021, y que se abocó inmediatamente a la ejecución de estos estudios.

c) Expone que la SMA, al momento de rechazar el PdC, no tuvo conocimiento del estado de avance de los estudios y análisis complementarios anunciados en la presentación de 30 de agosto de 2022. Adjunta el documento elaborado por Amphos21, de fecha 17 de Noviembre de 2022, que da cuenta de los avances en los Estudios Hidrogeológicos e Isotópicos complementarios hechos para el TREG y el DRF, en que consta haberse realizado lo siguiente: estudio de recarga por precipitación, análisis piezométrico, estudio geofísico de quebradas aportantes, ampliación de caracterización hidroquímica / isotópica de aguas, caracterización de laguna de aguas claras, agua intersticial de los relaves y agua de los drenes del TREG y DRF, caracterización isotópica de sólidos y estudio geoquímico. Además se indica que durante septiembre y octubre de 2022, se habría realizado nuevas campañas de terrenos y un estudio electro tomográfico, el cual estaría en etapa de procesamiento de los resultados. Agrega que dada la naturaleza y complejidad de la temática asociada al cargo N° 5, la determinación de efectos sería un proceso que requiere de más tiempo y estudios, por lo que la generación de información no podría ser interpretada como dilatoria. Finalmente, agrega que en base a lo anterior no sería aplicable lo indicado en el considerando 67° de la Res. Ex. N° 9 / D-088-2021, por estas razones, y que la SMA habría rechazado el PdC previo a que se cumplieran los 75 días que AK había propuesto para realizar medidas complementarias.

d) Expone que ha ejecutado anticipadamente acciones propuestas en el PdC durante el periodo de realización de los estudios adicionales, lo que demostraría el compromiso de la empresa en lograr la aprobación del PDC y su ejecución satisfactoria, lo que resolverá los hechos objeto de la formulación de cargos.

e) Finalmente, expone que sería más conveniente ambientalmente retomar el proceso de aprobación del PdC, que reiniciar el procedimiento sancionatorio. Arguye que es la alternativa que de manera más eficiente y rápida propende al fin último de la normativa ambiental, lo que sería consistente con el objetivo de este instrumento de incentivo al cumplimiento, que busca *“priorizar, en los casos en que sea factible, el retorno al cumplimiento de la normativa ambiental en el más breve plazo posible, por sobre un fin recaudatorio”*.



7. En cuanto al **primer argumento**, cabe señalar que para que esta SMA apruebe un PDC, debe arribar a la convicción de que se cumple con los criterios de aprobación establecidos legal y reglamentariamente –integridad, verificabilidad y eficacia– en base a los antecedentes que obran en el procedimiento. Al respecto, si bien es efectivo que durante el período de evaluación del PDC las diversas versiones refundidas fueron abordando adecuadamente lo observado por la SMA en 8 de los 9 cargos, ello no resulta extensible al cargo N° 5. En efecto, respecto a esta infracción, esta SMA sostenidamente planteó la necesidad de complementar el análisis de los efectos de la infracción para poder determinar fundadamente el descarte o existencia de estos y, en este último caso, la adopción de acciones para hacerse cargo de estos, sin que ello se hubiera cumplido por parte de la empresa en los plazos otorgados. En efecto, hasta su última presentación, la empresa ha manifestado que se mantiene la incertidumbre respecto al origen de las aguas identificadas en pozos construidos tardíamente, tanto en el TREG como en el DRF. Por otra parte, en cuanto a la afirmación de la empresa de que los estudios ofrecidos permitirán garantizar la eficacia y verificación de las acciones asociadas al cargo N° 5, esta es una hipótesis sobre la que esta SMA no puede tener por efectiva, en cuanto no es posible realizar un juicio de mérito de acciones que, a la fecha, aún no han sido definidas por la empresa, precisamente por no haber determinado fundadamente los efectos asociados a la infracción. Así las cosas, no es posible concluir que el PDC presentado por la empresa haya cumplido con los criterios de aprobación del PDC de integridad y eficacia en relación con los efectos de la infracción y, consecuentemente, tampoco con el de verificabilidad que requiere de la definición de acciones y metas asociadas a estos. En consecuencia, este argumento ha de desestimarse.

8. En relación con el **segundo argumento**, cabe indicar que aún cuando la empresa pudiera no tener un ánimo dilatorio, no es menos cierto que esta SMA ha realizado 3 rondas de observaciones, en las que se orientó pormenorizadamente a la empresa en relación con la determinación de efectos y acciones para hacerse cargo de las infracciones imputadas, otorgándose plazos relevantes para abordar adecuadamente estas observaciones. Así, la primera resolución de observaciones, dio un plazo de 15 días hábiles, que fueron ampliados por 7 días hábiles; la segunda, otorgó un plazo de 20 días hábiles, ampliados por 10 días; mientras la tercera, referida únicamente al cargo N° 5, otorgó un plazo de 28 días hábiles, que fueron ampliados en 14 días adicionales. En este contexto, esta SMA estimó en la Res. Ex. N° 9 / Rol D-088-2021 que no resultaba procedente fijar nuevos plazos para la presentación de estudios, teniendo en consideración los plazos otorgados previamente, el contenido de los estudios que resultaba predecible dadas las observaciones de la SMA y de la experiencia de la empresa en el rubro, y los fines del PDC en relación con lograr en el menor tiempo posible que se cumpla con la normativa ambiental y se realicen acciones que se hagan cargo de los efectos que produjo el incumplimiento, según fue desarrollado en los considerandos 63 a 66 de la resolución recurrida. Finalmente, cabe indicar que aceptar nuevos plazos propuestos por los presuntos infractores, para la ejecución y realización de estudios, adicionales a los definidos por esta SMA en las respectivas resoluciones, implicaría dejar en la esfera de la empresa la extensión del período de evaluación de un PDC, lo cual pugna con los fines del PDC en orden a retornar al cumplimiento normativo en el menor de los tiempos y el principio conclusivo que rige el actuar de los órganos de la administración del Estado. En consecuencia, este argumento ha de desestimarse.

9. En relación con el **tercer argumento**, cabe indicar que si bien la SMA no tuvo conocimiento del estado de avance de los estudios, la SMA no estaba obligada a esperar los resultados de esta. Más aún, tampoco resultaba razonable para esta SMA, de acuerdo a los propios fines del PDC según se expresó anteriormente, esperar los resultados de los estudios técnicos por un lapso de entre 60 y 75 días (entre el 29 de octubre y el 13 de noviembre de 2022), sobre cuya base se iba a determinar “*las acciones finales a incluir en una futura versión refundida del PDC*” (énfasis agregado, presentación de 30 de agosto de 2022). Más aún, mantener abierto el procedimiento de evaluación del PDC, en atención a que la empresa aún se



encuentra realizando estudios para determinar los efectos de la infracción, para posteriormente, definir acciones para una futura versión refundida del PDC, pugna con el principio conclusivo establecido en el artículo 8, de la Ley N° 19.880, según se expresó en el considerando 66 de la resolución recurrida. Luego, en cuanto a que no le resultaría aplicable lo dispuesto en el considerando 67° de la resolución –que se refiere al artículo 9 del D.S. N° 30/2012– la empresa lo vincula al supuesto de dilación contenido en la norma, en circunstancias que esta SMA al referir a dicho artículo refiere al aprovechamiento de la infracción N° 5 de aprobarse el PdC, en base a razones que no son controvertidas por la empresa. En consecuencia, esta alegación carece de sustento y ha de ser desestimada.

10. A mayor abundamiento, cabe indicar que las órdenes de compra y el informe “Avance Estudios Hidrogeológicos e Isotópicos complementarios en el TREG y DRF”, adjuntos al recurso de reposición de la empresa, si bien da cuenta de una serie de actividades desarrolladas por la empresa durante los últimos meses los que permitirían proveer de mayor información para la elaboración de un nuevo estudio hidroquímico e isotópico en los depósitos de relaves, se reconoce en este último que *“las actividades de corto plazo, serán compiladas en un informe final (Estudio Complementario) que se estima entregar durante la segunda semana de enero de 2023”* (énfasis agregado). En consecuencia, AK podrá contar con información que, eventualmente, le va a permitir determinar adecuadamente los efectos asociados a la infracción y, con posterioridad a ello, elaborar una nueva propuesta de plan de acciones y metas, en un plazo distinto al indicado en su presentación de 30 de agosto de 2022 (13 de noviembre de 2022).

11. Luego, en relación con el **cuarto argumento**, cabe indicar que si bien la ejecución anticipada de acciones propuestas en el PdC puede, por regla general, resultar deseable, e incluso demostrar la disposición de la empresa en orden a abordar oportunamente las infracciones y sus efectos, ello no exime a esta SMA de la necesidad de evaluar los criterios de aprobación del PDC dispuestos legal y reglamentariamente, en los plazos que a lo largo del procedimiento se han dispuesto. Luego de tal evaluación, como fuera consignado latamente en la Res. Ex. N° 9, el PDC presentado por AK no ha cumplido con los referidos criterios. En consecuencia, este argumento ha de desestimarse.

12. Finalmente, en cuanto al **quinto argumento**, cabe indicar que precisamente en cuanto uno de los objetivos del PDC, corresponde a lograr en el menor tiempo posible que se cumpla con la normativa ambiental y se realicen acciones que se hagan cargo de los efectos que produjo el incumplimiento, es que no es posible *“retomar el proceso de análisis del Programa de Cumplimiento”* como solicita en su petitorio la empresa, en cuanto el plazo de evaluación del PdC y los plazos otorgados por esta SMA han sido suficientemente amplios para haber determinado adecuadamente los efectos de la infracción y las acciones asociadas en caso de proceder. En virtud de lo anterior, cabe rechazar esta argumentación.

13. Finalmente, cabe relevar lo indicado por el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago: *“(...) se hace absolutamente necesario que el titular describa los efectos que se derivaron de los hechos actos u omisiones que fueron parte de la formulación de cargos. Para el caso que estime que ellos no concurren, deberá señalar las razones de su ausencia (...) Solo si se cuenta con una correcta descripción de los efectos, se podrá precisar si las acciones y metas propuestas en el programa de cumplimiento cumplen con la obligación de ‘reducir o eliminar’ dichos efectos, satisfaciendo, de esa manera, los criterios de integridad y eficacia. En consecuencia sólo una explicación fundada acerca de la no concurrencia de efectos negativos, permitirá aprobar programas pese a que sus acciones y metas no contemplen medidas destinadas a*



Correo electrónico:

- Ken Soda, Gerente General de SCM Atacama Kozan, a las siguientes casillas electrónicas:

[REDACTED]

Carta Certificada:

- Comunidad de Aguas Subterráneas Copiapó Piedra Colgada Desembocadura, representada por Germán Palavicino Porcile, domiciliada en [REDACTED]
- Junta de Vecinos Algarrobo, representada por Rufina Castillo Palma, domiciliada en [REDACTED]
- Juan Pablo Rico Fuentes, domiciliado en [REDACTED]
- Luis Acuña Castillo, domiciliado en [REDACTED]
- José Manuel Gutiérrez Bermedo, domiciliado en [REDACTED]
- Jorge Godoy Ponce, domiciliado en calle [REDACTED]
- Silvia Pizarro García, domiciliada en calle [REDACTED]
- Giuliano López Rojas, domiciliado en calle Los [REDACTED]
- Pedro J. Castelli Rubilar, domiciliado en [REDACTED]

C.C.

- Felipe Sánchez, Jefe Oficina Regional SMA, Región de Atacama.

