



**RESUELVE RECURSOS DE REPOSICIÓN QUE
INDICA.**

RESOLUCIÓN EXENTA N° 1023

Santiago, 08 SEP 2017

VISTOS:

Lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley N° 20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente; 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 la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en el Decreto Supremo N° 40, del Ministerio del Medio Ambiente, publicado con fecha 12 de agosto de 2012, que fija el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental; en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3/2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; el Decreto Supremo N° 76, de 10 de octubre de 2014, del Ministerio del Medio Ambiente, que nombra a don Cristian Franz Thorud como Superintendente del Medio Ambiente; la Resolución N° 1.600, de 30 de octubre de 2008, de la Contraloría General de la República, que fija normas sobre exención del trámite de toma de razón; y de la Resolución Exenta N° 769 del 28 de agosto de 2015, que establece el instructivo para la tramitación de los requerimientos de ingreso al sistema de evaluación de impacto ambiental.

CONSIDERANDO:

1. Que, la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante "SMA") es el servicio público creado para ejecutar, organizar y coordinar la fiscalización y seguimiento de los instrumentos de carácter ambiental que establece la ley, así como imponer sanciones en caso que se constaten infracciones que sean de su competencia.

2. Que, la letra i) del artículo 3° de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente N° 20.417 (en adelante "LO-SMA"), faculta a la SMA para ejercer la medida correctiva que consiste en requerir, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental y mediante resolución fundada y bajo apercibimiento de sanción, a los titulares de proyectos o actividades que conforme al artículo 10 de la ley N° 19.300, debieron someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante "SEIA") y no cuenten con una Resolución de Calificación Ambiental, para que sometan a dicho sistema el Estudio o Declaración de Impacto Ambiental correspondiente.

3. Que, el día 2 de agosto de 2017, la SMA dictó la Res. Ex. N° 850, que requirió el ingreso al SEIA de la Fábrica de Cementos Comprimidos Génesis SpA. (en adelante "Cementos Génesis"), por la extracción de áridos que son vendidos bajo la forma de grava, gravilla y arena. El ingreso se verifica por configurarse la tipología establecida en el artículo 3° literal i.5.1 del Decreto Supremo N° 40/2012, del Ministerio del Medio de Ambiente, que fijó el texto del Reglamento del SEIA, por haberse extraído más de 100.000 m³ de áridos durante toda la vida útil del proyecto. La notificación de la Res. Ex. N° 850/2017, se realizó personalmente el día 4 de agosto de 2017.

4. Que, tal conclusión se originó a partir de la actividad de fiscalización que fue realizada por la SMA el día 20 de enero de 2017, cuando se revisó la facturación emitida por los operadores de la cantera: la Sucesión Kuschel Gerdes y Cementos Génesis. En aquella oportunidad se constató que en el periodo que se extiende entre los meses de enero de 2013 a enero de 2017, ambas entidades extrajeron un total de 211.038,78 m³ de áridos desde la cantera ubicada en el fundo Santa Clara de Frutillar.

5. Que, en la Res. Ex. N° 850/2017 se explica que la cantidad de áridos extraídos fueron calculadas en base a la facturación emitida por dos entidades diversas, ya que en la fiscalización realizada, el Sr. Carlos Naudam declaró que "[s]e efectuó un cambio en la razón social de la sucesión Kuschel por tema tributario a Fábrica de Cementos Comprimidos Génesis SpA", por lo que se entendió que la última entidad era la continuadora legal de la primera.

6. Que, el 9 de agosto de 2017, doña Sandra Kuschel Molina, actuando en representación de Cementos Génesis, presentó un recurso administrativo de reposición en contra de la Res. Ex. N° 850/2017. El día 10 de agosto de 2017, se presentó un segundo recurso administrativo de reposición en contra de Res. Ex. N° 850/2017, el que ahora fue presentado por don Carlos Naudam Cárdenas, también actuando en representación de Cementos Génesis.

7. Que, el texto de ambos recursos de reposición es idéntico y en ellos se reclama única y exclusivamente que para configurar el requerimiento de ingreso se incluyeron "*diversas facturas que no corresponden a mi representada FÁBRICA DE CEMENTOS GÉNESIS SpA e incluso son anteriores a su nacimiento a la vida del derecho*". En razón de lo anterior, los recurrentes afirman que "*facturas ajenas han servido de base para la decisión del asunto en la forma que consta en la resolutive del acto impugnado, viciándolo irremediabilmente*".

8. Que, los recurrentes afirman que no existe ninguna relación jurídica ni comercial entre la Sucesión Kuschel y Cementos Génesis, por cuanto la Sucesión Kuschel se formó "*al fallecimiento de los padres de don Jermán, don Manfredo y doña Iris todos de apellido Kuschel Phol*". A reglón seguido indican que los activos de la Sucesión Kuschel fueron divididos "*de hecho y luego de*

derecho entre los hermanos Kuschel Pohl, quedando don Jermán con aquella sección en la que se desarrolla la actividad extractiva de mi representada". Después de la división de los activos sucesorios que terminó con la adjudicación de la cantera a don Jermán Kuschel, este último decidió asociarse con don Carlos Naudam Cárdenas, para así mantener operativa la actividad extractiva de áridos y procedieron a formar la Fábrica de Cementos Génesis SpA.

9. Que, para acreditar sus dichos, los recurrentes acompañaron la escritura de constitución de "Fábrica de Cemento Comprimido Génesis Sociedad por Acciones", en cuyo texto se lee que la referida sociedad se formó el 10 de diciembre de 2013 y que sus únicos dos accionistas son don Jermán Kuschel y don Carlos Naudam Cárdenas, teniendo cada uno el 50% de la participación accionaria de la sociedad.

10. Que, antes de entrar a analizar si en este caso es posible levantar el velo corporativo¹ de ambas entidades, se debe señalar que el presente requerimiento de ingreso al SEIA se puede configurar por la sola cantidad de áridos que ha extraído Cementos Génesis, quien a enero de 2017, había extraído la cantidad de 134129,78 m³ de áridos.

11. Que, la cifra recién expresada se originó a partir de las facturas que fueron analizadas por la SMA, donde se detallaba la cantidad de áridos que habían sido extraídos individualmente por la Sucesión Kuschel y por Cementos Génesis. En efecto, en la página 10 del Informe de Fiscalización N° DFZ-2017-64-X-SRCA-IA se detalla que la SMA revisó las siguientes facturas que fueron emitidas por la Sucesión Kuschel: N° 861, 862,863, 864, 865, 866, 867, 869, 870, 871, 872, 873, 874,875, 876, 877, 878 y 879, cuya suma alcanza la cantidad de 76909 m³ de áridos extraídos.

12. Que, el mismo ejercicio se puede realizar respecto de Cementos Génesis, de quien se revisaron las facturas N° 9, 13, 17, 19, 21, 24, 25, 26, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 39, 40, 41, 42, 45, 46, 47, 48, 53, 54, 57, 58, 66, 67, 68, 69, 71, 72, 73, 74, 78, 79, 81, 82, 87, 88, 91, 92, 93, 95, 96, 100, 101, 104, 105, 109, 110, 112 y 113, cuya suma alcanza la cantidad de 134129,78 m³ de áridos extraídos.

13. Que, el desglose por entidad de las cifras de áridos extraídos, se ve reflejado en la siguiente tabla:

¹ La Corte Suprema, en el considerando séptimo de la Sentencia Rol N° 1527-2008, señaló respecto del levantamiento del velo corporativo que: "desde la década de los treinta, ya en el siglo pasado, se ha venido generalizando en el derecho norteamericano, la teoría denominada "disregard of legal entity", traducida libremente en lengua española como del "levantamiento del velo de personas jurídicas", la que postula que es lícito a los tribunales, en ocasiones, prescindir de la forma externa de las personas jurídicas para, posteriormente, penetrar en su interioridad a fin de develar los intereses subjetivos subyacentes que se esconden tras ellas y alcanzar a las personas y bienes que se amparan bajo el ropaje de una entidad subyacente".

Sucesión Kuschel	Cementos Génesis	Total Árido Extraído.
76909 m ³	134129,78 m ³	211038,78 m ³

14. Que, adicionalmente y para despejar cualquier duda sobre la cantidad de áridos que fueron extraídos exclusivamente por Cementos Génesis, a continuación se exponen cada una de las facturas que fueron emitidas por esta sociedad y analizadas por la SMA, detallándose su número, la fecha de emisión, y la cantidad de áridos extraídos:

Año	Fecha Factura	N° Factura	Volumen m ³	Sociedad
2014	06 agosto	9	5340	Génesis SpA
2014	11 septiembre	13	4446	Génesis SpA
2014	09 octubre	17	2080	Génesis SpA
2014	07 noviembre	19	2450,5	Génesis SpA
2014	10 diciembre	21	3516	Génesis SpA
2015	13 enero	24	4875	Génesis SpA
2015	06 febrero	25	4395	Génesis SpA
2015	06 febrero	26	2930	Génesis SpA
2015	09 marzo	29	3186	Génesis SpA
2015	09 marzo	30	2124	Génesis SpA
2015	08 abril	32	1155	Génesis SpA
2015	08 abril	33	2695	Génesis SpA
2015	07 mayo	34	2732,1	Génesis SpA
2015	07 mayo	35	1170,9	Génesis SpA
2015	08 junio	36	2646,7	Génesis SpA
2015	08 junio	37	1134,3	Génesis SpA
2015	06 julio	39	2873,6	Génesis SpA
2015	06 julio	40	718,4	Génesis SpA
2015	05 agosto	41	3252,9	Génesis SpA
2015	05 agosto	42	1394,1	Génesis SpA
2015	08 septiembre	45	920	Génesis SpA
2015	08 septiembre	46	3702	Génesis SpA
2015	06 octubre	47	4800	Génesis SpA
2015	06 octubre	48	1200	Génesis SpA
2015	09 noviembre	53	1180	Génesis SpA
2015	09 noviembre	54	4722	Génesis SpA
2015	10 diciembre	57	5665	Génesis SpA
2015	10 diciembre	58	629	Génesis SpA
2016	07 enero	66	3810,6	Génesis SpA
2016	07 enero	67	423,4	Génesis SpA
2016	08 febrero	68	3145,5	Génesis SpA
2016	08 febrero	69	349,5	Génesis SpA
2016	08 marzo	71	554,15	Génesis SpA
2016	08 marzo	72	4987,35	Génesis SpA
2016	07 abril	73	4662	Génesis SpA
2016	07 abril	74	518	Génesis SpA
2016	06 mayo	78	4206	Génesis SpA

2016	06 mayo	79	1052	Génesis SpA
2016	07 junio	81	2334	Génesis SpA
2016	07 junio	82	583	Génesis SpA
2016	07 julio	87	3220,2	Génesis SpA
2016	07 julio	88	357,8	Génesis SpA
2016	05 agosto	91	773,4	Génesis SpA
2016	05 agosto	92	3093,6	Génesis SpA
2016	05 agosto	93	346,09	Génesis SpA
2016	07 septiembre	95	3288,78	Génesis SpA
2016	07 septiembre	96	365,41	Génesis SpA
2016	06 octubre	100	2753,1	Génesis SpA
2016	06 octubre	101	305,9	Génesis SpA
2016	08 noviembre	104	2869,6	Génesis SpA
2016	08 noviembre	105	717,4	Génesis SpA
2016	06 diciembre	109	4585,5	Génesis SpA
2016	06 diciembre	110	509,5	Génesis SpA
2017	09 enero	112	5746,05	Génesis SpA
2017	09 enero	113	638,45	Génesis SpA
Total M³			134129,78	

15. Que, a partir de la información contenida en las tablas recién transcritas, se puede concluir que a enero de 2017, la cantidad de áridos extraídos y vendidos por Cementos Génesis asciende a 134129,78 m³ (ciento treinta y cuatro mil ciento veintinueve coma setenta y ocho metros cúbicos). Todo ello, sin contar las cantidades que la empresa ha continuado extrayendo desde enero de 2017 hasta el presente día.

16. Que, de este modo, aunque se excluya la cantidad de áridos extraídos por la Sucesión Kuschel y se consideren únicamente los áridos extraídos por Cementos Génesis, de igual forma en este caso se ha superado el umbral establecido en el literal i.5.1) del artículo 3 del Reglamento del SEIA, que exige evaluar ambientalmente a aquellas actividades de extracción de áridos cuya producción sea igual o superior a *“cien mil metros cúbicos (100.000 m³) totales de material removido durante la vida útil del proyecto o actividad”*.

17. Que, habiéndose demostrado que la actividad extractiva de Cementos Génesis por sí sola debe ingresar a evaluación ambiental, corresponde ahora analizar si existen relaciones personales y comerciales entre la referida sociedad y la Sucesión Kuschel, con el objetivo de determinar si es factible imputarle a la primera la producción de la segunda y así incluir dentro de la evaluación ambiental los impactos generados por los 76909 m³ de áridos que fueron extraídos por la Sucesión Kuschel a partir de enero de 2013. Tal cantidad podría quedar ajena de una evaluación ambiental si efectivamente se verifica el supuesto de hecho invocado por los recurrentes, que dice relación con que *“no existe relación jurídica ni comercial alguna entre la Sucesión Kuschel y la sociedad Fábrica de Cementos Génesis”*.

18. Que, el referido análisis se debe iniciar recordando que los miembros de la Sucesión Kuschel son *“don Jermán, don Manfredo y doña Iris todos de apellido Kuschel Phol”*, además debemos considerar que la actividad extractiva ejecutada por Cementos Génesis, se desarrolla en un predio que es propiedad de la Sucesión Kuschel, cuyo dominio se encuentra inscrito a fojas 526 vuelta, N° 826, del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Puerto Varas². El análisis también debe considerar que en el recurso de reposición se indica que *“del predio común se dividió de hecho y luego de derecho entre los hermanos Kuschel Pohl, quedando don Jermán con aquella sección en la que se desarrolla la actividad extractiva”*³.

19. Que, a partir de lo anterior, se observan una serie de vínculos personales entre ambas entidades, ya que los únicos dos socios en partes iguales de Cementos Génesis son don Carlos Naudam junto a don Jermán Kuschel. Ello significa que el heredero adjudicatario de la cantera, posteriormente se asoció en partes iguales con una tercera persona para continuar explotando la cantera Santa Clara, lo que es una señal inequívoca de los vínculos personales que se vienen explicando.

20. Que, los vínculos personales no se limitan a lo recién expresado, pues en la actividad de fiscalización se reconoció que los representantes legales de Cementos Génesis son los señores Jerman Kuschel y Carlos Naudam⁴. Una prueba de ello, lo encontramos en el hecho que don Jermán Kuschel ha recibido todas las notificaciones personales que la SMA le ha realizado a Cementos Génesis, y las ha firmado actuando como representante legal de esta última empresa⁵.

21. Que, asimismo es relevante destacar que existe una continuación temporal entre ambas entidades, pues la última factura de la Sucesión Kuschel fue la N° 879 y fue emitida el día 8 de julio de 2014, mientras que la primera factura por venta de áridos de Cementos Génesis, fue la N° 6 y fue emitida el 6 de agosto de 2014. Lo anterior, nos demuestra que la actividad comercial y extractiva de la cantera no paralizó a pesar del cambio de la razón social.

22. Que, todos los antecedentes recién expuestos nos hacen concluir que hay diversas relaciones jurídicas, comerciales y personales entre Cementos Génesis y la Sucesión Kuschel, las cuales de paso, le otorgan pleno sentido, coherencia y validez a la declaración efectuada por don Carlos Naudam, quien dijo que: *“[s]e efectuó un cambio en la razón social de la sucesión Kuschel por tema tributario a Fábrica de Cementos Comprimidos Génesis SpA”*. Estos vínculos jurídicos, comerciales y personales, permiten exigirle a Cementos Génesis que al momento de ingresar a evaluación ambiental su actividad extractiva, se incorporen también los áridos que fueron extraídos por la Sucesión Kuschel a partir del mes de enero del año 2013.

² Certificado emitido por el Conservador de Bienes Raíces de Puerto Varas el 28 de febrero de 2017, que fue acompañado en el juicio tramitado ante el 3° Tribunal Ambiental, bajo el Rol D-23-2016.

³ Recurso de Reposición, numeral 6°.

⁴ Ver página 4 del Informe de Fiscalización.

⁵ Ver actas de notificación personal realizada por la SMA los días 7 de junio y 4 de agosto de 2017.

23. Que, una interpretación en contrario, le permitiría a los propietarios de actividades que carecen de una Resolución de Calificación Ambiental, eludir sus compromisos ambientales mediante la constitución de una nueva sociedad. Tal interpretación es insostenible, pues los impactos ambientales generados por una actividad no desaparecen por la constitución de una nueva sociedad.

24. La responsabilidad de la nueva sociedad para con los impactos generados por su antecesora, dependerá del levantamiento del velo corporativo, que es una institución que *“permite dar solución a situaciones de manifiesto abuso de la personalidad jurídica, en que sociedades aparentemente autónomas e independientes jurídica y económicamente, responden a una misma unidad económica y de organización, porque existe tal control de la una sobre las otras, que esta o estas últimas no son sino el “alter ego” de la dominante, utilizado para obtener un resultado antijurídico”*⁶.

25. Lo anterior también nos sirve para refutar la alegación referente a que la utilización de facturas ajenas hayan viciado el acto administrativo recurrido, porque según se ha demostrado, ambas entidades están coligadas ya que tienen miembros en común, ejercen la misma actividad, tienen el mismo domicilio y los mismos representantes legales.

26. Sin embargo, aún en el hipotético caso que se considere que estamos frente a dos entidades independientes e inconexas, dicha alegación tampoco puede prosperar, porque la consideración de facturas de dos entidades diversas se originó a partir de la declaración expresa de uno de los representantes legales de Cementos Génesis, quien reconoció una vinculación entre ellas al declarar que sólo se produjo un cambio en la razón social por un tema tributario, y no puede ahora levantar un vicio que se generó a partir de su propia actividad.

27. Que, finalmente se hace presente que en virtud del artículo 3 de la Ley N° 19.880, los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y de exigibilidad, por lo que el plazo conferido en la Res. Ex. N° 850/2017 para presentar un cronograma del ingreso de la actividad a evaluación ambiental, no se ha visto suspendido por la interposición de los recursos administrativos de reposición deducidos por Cementos Génesis. Lo anterior, por cuanto, en virtud del artículo 57 de la Ley 19.880: *“[l]a interposición de los recursos administrativos no suspenderá la ejecución del acto impugnado”*.

28. En razón de lo señalado precedentemente, no nos queda más que rechazar los dos recursos de reposición interpuestos y reiterar que en este caso es necesario hacer uso de la herramienta correctiva conferida a la SMA en el literal i) del artículo 3° de la LO-SMA, requiriendo el

⁶ Sentencia de la Excm. Corte Suprema, 2 de junio del 2008, Rol N° 1527-2008, Considerando Séptimo.

ingreso al SEIA de la actividad extractiva de áridos que ejecuta la Fábrica de Cementos Génesis, considerando las cantidades extraídas desde el mes de enero del año 2013.

RESUELVO:

PRIMERO: Rechazar en todas sus partes el recurso de reposición interpuesto el día 9 de agosto de 2017 por doña Sandra Kuschel Molina, actuando en representación de la Fábrica de Cementos Génesis SpA., en contra de la Res. Ex. N° 850/2017, del 2 de agosto de 2017, por los motivos expuestos en los considerandos de la presente resolución.

SEGUNDO: Rechazar en todas sus partes el recurso de reposición interpuesto el día 10 de agosto de 2017 por Carlos Naudam Cárdenas, actuando en representación de la Fábrica de Cementos Génesis SpA., en contra de la Res. Ex. N° 850/2017, del 2 de agosto de 2017, por los motivos expuestos en los considerandos de la presente resolución.

TERCERO: Téngase por acompañada la escritura pública de constitución de "Fábrica de Cemento Comprimido Génesis Sociedad por Acciones", presentada ante la SMA con fecha 10 de agosto de 2017.

CUARTO: Procede en contra de la presente resolución, el reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental previsto en el artículo 56 de la LO-SMA, dentro del plazo de quince días hábiles.

QUINTO: Desígnese a un funcionario de la Superintendencia del Medio Ambiente, para notificar la presente resolución de conformidad a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 46 de 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.

ANÓTESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y DESE CUMPLIMIENTO.



DHE/PTC

Notifíquese por funcionario:

-Fábrica de Cementos Génesis SpA., representada por Jermán José Kuschel Phol y Carlos Naudam Cárdenas, domiciliados en Fundo Santa Clara S/N, Frutillar, Región de Los Lagos.

C.C.:

- Felipe Molina Saavedra, abogado, domiciliado en calle Santa Rosa 575, oficina 31 Puerto Varas, X Región.
- Servicio de Evaluación Ambiental de la región de Los Lagos, ubicada en Av. Diego Portales, N° 2000, oficina 401, Puerto Montt.
- Ivonne Mancilla Gómez, Jefa Oficina de Regional de Los Lagos, Superintendencia del Medio Ambiente
- Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental. Calle Miraflores N° 222, Piso 7, Santiago. (At. Juan Cristóbal Moscoso Farías).
- Municipalidad de Frutillar, ubicada en Philippi N° 753, Frutillar, X Región.
- Seremi de Salud de la Región de Los Lagos, ubicada en Avda. Décima Región 480, piso 3, Puerto Montt.
- Conaf Región de Los Lagos, domiciliada Ochagavía 458, Puerto Montt.
- Fiscalía, Superintendencia del Medio Ambiente.
- División de Fiscalización, Superintendencia del Medio Ambiente.
- División de Sanción y Cumplimiento, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Oficina de Partes, Superintendencia del Medio Ambiente.