

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Santiago, quince de octubre de dos mil quince

Vistos:

Con fecha 2 de enero de 2015 el H. Diputado Sr. Alberto Robles Pantoja (en adelante "la reclamante") presentó una reclamación ante este Tribunal fundado en el artículo 17 número 3 de la Ley N°20.600 que crea los Tribunales Ambientales (en adelante "Ley N° 20.600"), en contra de la Superintendencia de Medio Ambiente ("la reclamada" o "la SMA"). Lo impugnado fue la Resolución Exenta N° 695, de fecha 24 de noviembre de 2014, que resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-14-2013 seguido en contra de Tecnorec S.A. (en adelante, indistintamente, "Tecnorec" o "el Titular"), titular del proyecto "Planta de Reciclaje de Baterías - EMASA", que obtuvo Resolución de Calificación Ambiental (en adelante "RCA") favorable mediante Resolución Exenta N° 1033, de 19 de agosto de 2008, de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Valparaíso. Dicha Planta se localiza en la comuna de San Antonio y su objeto es la recuperación de Plomo desde baterías plomo-ácido descartadas y de chatarra, con el fin de obtener plomo refinado.

I. Antecedentes de la reclamación

El 16 de abril de 2012, Tecnorec ingresó al Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Valparaíso una Solicitud de Pertinencia de Ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante "SEIA") por una serie de modificaciones al Proyecto "Planta de Reciclaje de Baterías - EMASA". El 20 de agosto de dicho año la autoridad respondió dicha solicitud, mediante Carta N° 467, señalando que tales modificaciones *"deberían ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, ya que éstas implican una alteración de las características propias del proyecto ya evaluado"*.

El 23 de enero de 2013, la reclamante solicitó a la SMA la instrucción de un proceso sancionatorio en contra del Titular por los altos niveles de plomo y otros metales pesados y sustancias contaminantes que se habrían encontrado en la zona

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

correspondiente al sector de Aguas Buenas, los que presumiblemente provendrían de la referida Planta.

El 29 de agosto de 2013, mediante Ordinario U.I.P.S. N° 602, la SMA formuló cargos en contra Tecnorec por el incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en 15 considerandos de la RCA y por la ejecución de una modificación de un proyecto y el desarrollo de actividades para los que la ley exige RCA, sin contar con ella, con lo que dio inicio a la instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio. El 2 de octubre de ese mismo año, el Titular remitió la información requerida en la formulación de cargos y presentó un programa de cumplimiento, el que fue rechazado el día 25 de ese mes, mediante Ordinario U.I.P.S. N° 831 porque, a juicio de la SMA, el programa *"contempla acciones que tienen como objetivo, en primer término, persistir en el incumplimiento del instrumento infringido y, en segundo término, obtener una modificación de éste en un sentido determinado, a fin de lograr, a futuro, el cumplimiento de un nuevo instrumento que se genere en el marco de una nueva evaluación en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, lo cual no asegura el cumplimiento de los instrumentos de gestión ambiental consignados en la formulación de cargos"*.

El 31 de julio de 2014, este Tribunal autorizó la medida provisional de detención de funcionamiento de las instalaciones del proyecto por 15 días, solicitada por la SMA con el objeto de evitar un daño inminente a la salud de las personas. Dicha medida fue prorrogada en cuatro ocasiones.

El 21 de agosto de 2014, sobre la base de una serie de nuevos antecedentes, la SMA procedió a reformular cargos en contra de Tecnorec por diecisiete infracciones relacionadas al incumplimiento de las normas, condiciones y medidas establecidas en la Resolución Exenta N° 1033, según lo dispuesto en la letra a) del artículo 35 de la Ley Orgánica de la SMA (en adelante "LOSMA"), y una por la ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades a los que la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

ella, según lo establecido en la letra b) del artículo 35 de dicha Ley.

El 28 de ese mes, y luego del ingreso del titular al SEIA mediante una Declaración de Impacto Ambiental "Adecuación Planta Recicladora de Baterías" (en adelante, "DIA de mayo de 2013"), presentada el 15 de mayo de 2013 al sistema con el fin de evaluar ambientalmente las modificaciones efectuadas a su Proyecto, la Comisión de Evaluación de la Región de Valparaíso calificó desfavorablemente dicha iniciativa mediante Resolución Exenta N° 318. El motivo fue el no haber acreditado la inexistencia de los efectos, características y circunstancias contempladas en las letras a) y b) del artículo 11 de la Ley N° 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente (en adelante "Ley N° 19.300"), que se refieren al riesgo para la salud de la población y los efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, impactos que obligan a ingresar al SEIA mediante Estudio de Impacto Ambiental (en adelante "EIA").

El 27 de octubre de 2014 la SMA, en el marco del procedimiento sancionatorio, solicitó al Director Ejecutivo del SEA su pronunciamiento respecto de la obligación de ingreso al SEIA de las modificaciones efectuadas al proyecto originalmente evaluado por la RCA N° 1033/2008, contenido en la DIA de mayo de 2013. El 12 de noviembre de dicho año, mediante Of. Ord. D.E. N° 141973/2014, el Director Ejecutivo evacuó el pronunciamiento solicitado, indicando que las modificaciones efectuadas eran cambios de consideración que requerían ingresar obligatoriamente al SEIA.

El 19 de noviembre de 2014 la SMA cerró la investigación del procedimiento sancionatorio Rol N° D-14-2013.

El 21 de noviembre de 2014 la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental, mediante Resolución Exenta N°1105/2014, se pronunció sobre un recurso de reclamación interpuesto por Tecnorec en contra de la Resolución Exenta N°318, ordenando retrotraer el procedimiento de evaluación al

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

día en que se recibió el último pronunciamiento de los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental que participaron del proceso de evaluación, para los efectos de la elaboración de un tercer Informe Consolidado de Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones y/o Ampliaciones a la Declaración de Impacto Ambiental del Proyecto. El 1 de diciembre fue emitido dicho informe, encontrándose actualmente suspendida la evaluación, a solicitud del Titular, hasta el 6 de octubre de 2015.

El 24 de diciembre de 2014, la SMA emitió la Resolución Exenta N° 695 que resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio ROL D-014-2013 seguido en contra de Tecnorec, absolviéndola por las infracciones N° 1, 2, 3, 4 y 6 de la formulación de cargos, sancionándolo por las restantes, y requiriéndole el ingresar las modificaciones realizadas al proyecto al SEIA, bajo apercibimiento de sanción.

II. Reclamación ante el Tribunal Ambiental

El 2 de enero de 2015 el H. Diputado Robles presentó ante este Tribunal una reclamación en contra de la citada Resolución Exenta N° 695, fundada en las siguientes alegaciones:

1. Ilegalidad en la aplicación del principio *non bis in idem* para absolver las infracciones N°1, 2, 3 y 4. La reclamante aduce que dicho principio habría sido invocado erróneamente por la SMA dado que los presupuestos fácticos en los que se basaron dichas infracciones coinciden con los mismos presupuestos de la infracción N° 18, por los cuales se sancionó al titular con la clausura temporal y total de las actividades productivas mientras no cuente con una RCA favorable que autorice las modificaciones realizadas al proyecto. Al respecto, la reclamante sostiene, en términos generales, que la resolución impugnada es contraria a la ley y a los principios de razonabilidad y proporcionalidad que informan la actuación de la administración, dado que se

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

absolvió a Tecnorec por dichas infracciones, debiendo haberla sancionado.

2. Falta de razonabilidad para absolver la infracción N°12, que se refiere a la no adopción de medidas preventivas y correctivas en relación a la calidad del suelo. En este punto la reclamante alega que la SMA actuó de manera ilegal al no sancionar al Titular por dicho incumplimiento, toda vez que existirían zonas con concentraciones de plomo en diversos niveles que serían atribuibles a la empresa infractora. La reclamada habría utilizado una norma de referencia específica sin justificarlo, y no habría explicado de qué manera la utilización de otras técnicas eliminarían o descartarían la presencia de plomo en niveles que, conforme a la norma de referencia, hagan innecesaria la ejecución de medidas preventivas o correctivas. Señala que tampoco consideró los demás antecedentes que han obrado en el expediente.

3. Ilegal e irracional aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA. Respecto de la letra a) de dicho artículo, que se refiere a la importancia del daño causado o peligro ocasionado, la reclamante indica que la SMA cometió una ilegalidad al determinar arbitrariamente que sólo existe un "peligro ocasionado" y no un "daño causado", no obstante haber abundante prueba que así lo acredita.

En cuanto a la letra d) del artículo en comento, vale decir la intencionalidad en la comisión de la infracción y grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma, a juicio del reclamante la SMA la habría descartado de manera arbitraria, ya que existirían antecedentes que permitirían acreditarla.

Respecto de la letra f), esto es, la capacidad económica del infractor, la reclamante señala que si bien la infractora se encuentra en un proceso concursal, dicho mecanismo puede estar siendo usado como un medio para evitar ejecuciones financieras, además de no entenderse cómo puede no tener capacidad económica una empresa que presenta altos volúmenes

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

de ventas y que se encuentra clasificada como "Grande 3" por el SII.

4. Falta de sanción al incumplimiento de normas de calidad y emisión. La reclamante considera que la SMA debió sancionar las infracciones a las normas de emisión de manera independiente a las infracciones a la RCA, conforme lo dispone el artículo 35 letra c) de su Ley Orgánica, ya que habría quedado demostrado que Tecnorec excedió las normas de calidad y emisión para dióxido de azufre, monóxido de carbono en el aire y plomo en aire y suelo.

5. Elusión al SEIA. Finalmente se señala en la reclamación que la SMA habría requerido a la empresa el ingreso al sistema por las modificaciones del Proyecto, pero no le habría señalado cómo debía hacerlo, lo que le era exigible.

Termina la reclamante solicitando se deje sin efecto la Resolución Exenta N°695 de la SMA, y se instruya la modificación de las sanciones allí contenidas, recalificando los hechos, procediendo a sancionar aquellos por los que se ordenó la absolución de la infractora, y ordenando expresamente se instruya el cumplimiento de la obligación de ingreso de las obras ilegalmente ejecutadas al SEIA mediante EIA, bajo apercibimiento de sanción, manteniéndose en todo caso la paralización o suspensión de la actividad en cuestión, mientras no exista una resolución definitiva firme y ejecutoriada sobre el asunto, con costas.

El 6 de enero de 2015 el Tribunal admitió a tramitación la reclamación (fojas 106), y ordenó al reclamado que informara en los términos exigidos por el artículo 29 de la Ley N° 20.600.

III. Informe de la Superintendencia del Medio Ambiente.

El 23 de enero de 2015 la SMA, luego de solicitar ampliación de plazo (fojas 111), lo que le fuera concedido el 22 de enero (fojas 113), evacuó el informe solicitado por este

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Tribunal (fojas 117). En dicho informe sostuvo las siguientes argumentaciones:

1. Ilegalidad en la aplicación del *principio non bis in idem* para absolver las infracciones N°1, 2, 3 y 4.

En cuanto a la infracción imputada N° 1, vale decir la falta de encapsulamiento de los estanques y la cinta transportadora de la unidad de drenado y trituración de baterías para evitar salpicaduras y derrames a los operadores, la reclamada señala que no se trataría de que la medida de encapsulamiento de partes de la unidad de drenado se hayan omitido, sino que esa unidad completa del proceso no existe, por lo que la omisión imputada como presupuesto fáctico de la infracción N° 1 estaría contenida dentro de los hechos que fundamentan la infracción N° 18, vale decir, la elusión.

Respecto de la infracción imputada N° 2, esto es la inexistencia de lavador de gases, tipo *scrubber*, para la captación de gases con ácido sulfúrico generados en la apertura y trituración de baterías, indica que se trataría del incumplimiento de una medida de mitigación de la RCA que estaría contenida también en las modificaciones presentadas en la DIA de mayo de 2013, donde constaría la eliminación del citado lavador de gases.

En cuanto a la infracción imputada N° 3, esto es la omisión de contar con dos sistemas de control de emisiones independientes en cada horno, así como la omisión de contar con un *scrubber* asociado, la reclamada aduce que se habría acreditado ambas infracciones, las que también serían parte de una de las modificaciones de consideración del proceso, efectuada al margen del SEIA.

Respecto de la infracción imputada N° 4, el cargo consistió en que el sistema de control de emisiones específico para las emisiones generadas por el único crisol no habría sido implementado, siendo éstas conducidas al único sistema de control de emisiones operativo, el que era compartido con los hornos de la fundición. Tal cargo, según la reclamada, adolecería de un error de imputación, lo que fue evidenciado

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

en los descargos del titular, por lo que la SMA habría acogido éste, desestimando el cargo.

2. En cuanto a la infracción N° 12, la reclamada argumenta en términos generales que hubo una limitada validez técnica en las mediciones que realizó al momento de fiscalizar y que fueron el fundamento del cargo, por lo que procedía absolver al Titular por dicha circunstancia. No obstante ello, señala, igualmente la información recogida se habría tomado en consideración como elemento probatorio en el análisis efectuado en torno a la gravedad de la infracción N° 18. Agrega en este punto que, para efectos de analizar la presencia de plomo en el suelo, se habrían tomado en consideración una serie de antecedentes aportados por distintos organismos competentes.

3. En relación a la supuesta ilegal e irracional aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, la reclamada se refiere en primer lugar a la importancia del daño causado o peligro ocasionado, respondiendo que la reclamante confunde las hipótesis de "peligro" y "daño", y que sus alegaciones carecen de toda seriedad. Procede luego a analizar la aplicabilidad de la circunstancia de dicha letra para cada una de las infracciones sancionadas, asegurando que se habría logrado acreditar en cada una de ellas la hipótesis de riesgo pero no la de daño.

En cuanto a la intencionalidad en la comisión de la infracción y grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma, la SMA indica que la intencionalidad sí fue analizada, pero no hubo antecedentes que permitieran concluir que el infractor tuvo, al momento de cometer las infracciones, intención de que se produjeran los alcances jurídicos o fácticos de sus actos, o los hubiese tolerado en función de otros intereses particulares.

Respecto a la capacidad económica del infractor, responde que la reclamante no analizó todos los antecedentes del expediente, ya que fue posible acreditar que su volumen de

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

ventas no refleja su real capacidad económica, la que estaría muy mermada.

4. En cuanto a la falta de sanción al incumplimiento de normas de calidad y emisión, la reclamada explica, en relación al plomo en suelo, que el hecho que fundó el cargo formulado fue la no adopción de las medidas preventivas y correctivas exigidas por la norma de referencia en caso de superación de ciertos límites, cuando se verificó que éstos fueron efectivamente sobrepasados. En relación al plomo en el aire, señala que jamás se detectó una excedencia en la norma de calidad primaria que lo regula, ya que la SMA habría detectado un error metodológico cometido por Tecnorec en torno al monitoreo de dicho componente con posterioridad a la reformulación de cargos, pero que habría sido tomado en consideración para calificar de gravísima la infracción N°18. En cuanto a la superación del valor de emisión de plomo contenido en la RCA, agrega que aquello fue sancionado en la infracción N°13.

En relación al dióxido de azufre y monóxido de carbono, indica que tampoco se acreditó superación de límites, sino que Tecnorec, al entregar sus monitoreos, no se refirió a tales componentes.

5. Finalmente la reclamada aborda la elusión al SEIA, indicando que ésta se abría acreditado así como el riesgo para la salud de la población. Por lo mismo requirió a Tecnorec el ingreso al SEIA, pero sin indicar la vía, ya que aquello sería potestad del Servicio de Evaluación Ambiental.

Finaliza su argumentación la SMA solicitando tener por evacuado el informe, pidiendo el rechazo de la reclamación en todas sus partes, declarando que la Resolución Exenta N° 695 es legal y que fue dictada conforme a la normativa vigente, con expresa condenación en costas. Acompañó copia del expediente administrativo del procedimiento administrativo sancionatorio.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

El 29 de enero de 2015 la causa quedó en relación (fojas 168), fijándose como fecha de vista de la causa el día 26 de marzo (fojas 169).

El día 25 de marzo de 2015, Eduardo A. Godoy Hales, en representación legal de Tecnorec, declarada en liquidación concursal, solicitó hacerse parte como tercero independiente de la reclamada (fojas 178), lo que fue acogido por este Tribunal ese mismo día (fojas 180).

El 26 de marzo de 2015, se efectuó la vista de la causa, en la que alegaron los abogados Lorenzo Soto Oyarzún, por la reclamante, Emanuel Ibarra Soto, por la reclamada, y Eduardo Godoy Hales, por el tercero independiente, Tecnorec, tal como consta en el certificado de fojas 184.

El 8 de Octubre de 2015 la causa quedó en estado de acuerdo.

CONSIDERANDO:

Primero. Que, para una mejor comprensión de la sentencia, el Tribunal, durante el desarrollo de esta parte considerativa - conforme a los argumentos expuestos por las partes-, abordará las siguientes materias:

- I) De la infracción N°18 por elusión y la aplicación del principio *non bis in idem* para absolver las infracciones N°s 1, 2 y 3;
- II) De la aplicación del principio *non bis in idem* para absolver la infracción N° 4;
- III) De la falta de razonabilidad para absolver la infracción N° 12;
- IV) De la ilegal e irracional aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA;
- V) De la falta de sanción al incumplimiento de normas de calidad y de emisión;

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

VI) De la falta de delimitación de la obligación de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

I) DE LA INFRACCIÓN N° 18 POR ELUSIÓN Y LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM PARA ABSOLVER LAS INFRACCIONES N° 1, 2 y 3

Segundo. Que, antes de entrar al fondo del asunto controvertido, este Tribunal estima necesario explicar el contexto donde las infracciones se insertan. Para ello, se describirán previamente las etapas del proceso productivo originalmente propuesto por el titular y calificado favorablemente por la Resolución Exenta N° 1033, de 19 de agosto de 2008, de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Valparaíso. Así, el proceso industrial original, en términos generales, contemplaba las siguientes etapas:

- A.- Recepción y almacenamiento de baterías;
- B.- Trituración de baterías, separación de componentes y lavado de gases;
- C.- Almacenamiento de insumos y productos intermedios;
- D.- Hornos de fundición y sistema de control de emisiones;
- E.- Crisoles de refinación y aleaciones y su sistema de control de emisiones;
- F.- Lingoteadora de plomo;
- G.- Sistema de neutralización de electrolito y tratamiento de aguas ácidas;
- H.- Almacenamiento de productos y residuos peligrosos;
- I.- Unidad de lavado y almacenamiento de bins;
- J.- Manejo de aguas lluvia.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Tercero. Que, la etapa B del proceso, en donde se insertan los cargos por las infracciones N°s 1 y 2, tenía en primer lugar una fase de apertura de las baterías mediante el corte de su fondo y el posterior drenado del líquido electrolito y de las pastas de sulfato de plomo contenidas en ellas, lo que debía efectuarse dentro de un sistema confinado para evitar derrames y salpicaduras. El electrolito y las pastas, una vez abiertas las baterías y drenadas, caerían por gravedad en una tolva, para luego ser conducidos a unos estanques y posteriormente separados a través de un filtro dúplex (la parte líquida sería conducida a un sistema de neutralización de electrolito y tratamiento de aguas ácidas -etapa G-, y las pastas recibidas en un *bin* colector, siendo almacenadas -etapa C- y posteriormente fundidas -etapa D-). Las emisiones de vapores ácidos de la operación de apertura y drenado, serían captadas mediante una campana ubicada sobre dicha unidad y luego conducidas a un lavador de gases o *scrubber* que capturaría y neutralizaría los gases contaminantes. Luego, se produciría el traslado de las baterías drenadas a través de una cinta transportadora encapsulada hacia la unidad trituradora para, una vez trituradas, proceder a la separación de los distintos componentes resultantes (plomo metálico, pasta, polipropileno, papel y polietileno). En la etapa D del proceso, en la cual se detectó la infracción N° 3, el proyecto consideraba la instalación de dos líneas de fundición en forma sucesiva o por etapas. Cada una de ellas tendría una capacidad de proceso de 20 ton/día en base a un horno rotatorio de eje fijo, el cual debía contar con su respectivo sistema de control de emisiones, consistente en unidades de captación, enfriamiento, filtrado y lavado de gases (*scrubber*).

Cuarto. Que, en su proceso de fiscalización, la SMA constató la ausencia de encapsulamiento de los estanques y la cinta transportadora de la unidad de drenado y trituración antes descritos, los que estaban destinados a evitar salpicaduras y derrames a los operadores, configurando tal ausencia los hechos en los que se funda la infracción N° 1. Al no existir la unidad de drenado, las baterías no eran

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

cortadas ni drenadas, siendo dispuestas íntegramente sobre la cinta transportadora, para luego ser conducidas a la unidad de trituración. Dicha cinta, al trasladar baterías aún selladas y cuyo contenido de líquido electrolito se encontraba confinado dentro de sus carcasas de polipropileno, supuestamente no requería ningún tipo de encapsulamiento dirigido a controlar derrames o salpicaduras, ya que éstos no podían ocurrir.

Quinto. Que respecto de la infracción N° 2 imputada, que dice relación con la inexistencia de un lavador de gases, tipo scrubber, para la captación de gases con ácido sulfúrico generados en la apertura y trituración de baterías, inserto en la misma etapa del proceso antes descrito, la SMA corroboró que la modificación al proyecto omitió también la correspondiente campana captadora de gases del drenaje y el lavado de los mismos a través de un scrubber.

Sexto. Que, finalmente, se formuló cargos por la infracción N° 3 ya que el titular instaló, sin evaluación ambiental previa, una línea de fundición con dos hornos. El primero, con una capacidad de proceso de 30 ton/día (50% mayor a la original), y el segundo, con una capacidad de 20 ton/día, para ser utilizado como respaldo en las paradas programadas de mantención del horno principal, los que funcionarían en forma alternada y nunca simultánea. Asimismo, cada una de las líneas de fundición propuestas originalmente debía contar con su sistema de control de emisiones independiente que, como se dijo anteriormente, consideraba un lavador de gases o scrubber para cada uno. Sin embargo, el titular omitió la instalación de esta última unidad comprometida, la que iba dirigida a la mitigación de las emisiones gaseosas, lo cual fue verificado en la fiscalización de la SMA.

Séptimo. Que, por su parte, la infracción N° 18 se fundó, conforme lo indicó la SMA en su resolución sancionatoria, en que el Titular ejecutó diversas obras destinadas a modificar el proyecto original, enumeradas en la "Tabla N° 1" de la formulación de cargos, sin haberlas sometido al SEIA. Al

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

respecto, señala que *"la ley es clara en disponer que tanto el listado de proyectos o actividades establecido en el artículo 10 de la Ley N° 19.300 como su modificación, son 'susceptibles de causar impacto ambiental', es decir, que representan un riesgo ambiental que debe ser evaluado con anterioridad a su ejecución"*.

Octavo. Que, a juicio del órgano fiscalizador, se configuró la hipótesis de elusión prevista en su ley orgánica, toda vez que las modificaciones realizadas al proyecto son susceptibles de ser consideradas como un "cambio de consideración", en los términos del artículo 2° letra g) del RSEIA. En efecto, conforme lo señaló el SEA mediante Carta N° 467 de fecha 20 de agosto de 2012 y con posterioridad la Dirección Ejecutiva del mismo organismo en su Of. Ord. N° 141973/2014, de fecha 14 de noviembre de 2014, las modificaciones al proyecto aprobado mediante la RCA original requerían ingresar al SEIA ya que constituirían por sí solas un proyecto o actividad listado en el artículo 3 del RSEIA, además de modificar sustantivamente la extensión, magnitud o duración de sus impactos ambientales. A pesar de lo anterior, asegura la SMA, el Titular no ingresó al SEIA dichas modificaciones, ni obtuvo una RCA, configurándose la infracción del artículo 35 letra b) de la LOSMA.

Noveno. Que, en suma, la SMA verificó y formuló cargos por las tres infracciones a la RCA antedichas y por la elusión. Sin embargo, en definitiva, no sancionó por las tres primeras en aplicación del principio *non bis in idem*, ya que estimó que los presupuestos fácticos que las configuraban, estaban a su vez contenidos en la infracción de mayor envergadura, la elusión. Tal determinación fue, a juicio de la reclamante, contraria a la ley y a los principios de razonabilidad y proporcionalidad que informan la actuación de la Administración, ya que hubo una *"errada aplicación de esta institución propia del derecho penal que si bien es ampliamente aceptada la incorporación de los principios penales a la potestad administrativa sancionatoria [sic], no es posible que en su aplicación se termine por desproteger el derecho a un medio ambiente adecuado"*.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Décimo. Que, a juicio del reclamante, para poder aplicar el *non bis in idem* al absolver una infracción, es necesario que entre ambas infracciones exista identidad de hecho, de sujeto y de fundamento, lo que no ocurrió en la especie, *"absolviendo al titular de infracciones graves con consecuencias dañosas y de riesgo para la salud humana"*. Agrega que los cargos absueltos dicen relación con el no ajustar una actividad a las condiciones previamente establecidas en la autorización de funcionamiento, cuestión distinta a la infracción N°18, que implica la ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige RCA sin contar con ella. Por tanto, estima que la SMA debió sancionar por una parte los incumplimientos de la RCA, presentes en las infracciones N°1, 2 y 3, y por otra la elusión, materia de la infracción N°18.

Undécimo. Que la SMA explica en su informe de fojas 117 el motivo de su decisión, separando su argumentación según la infracción abordada. Así, en cuanto a la infracción N° 1, que según se explicó dice relación con la falta de encapsulamiento de los estanques y la cinta transportadora de la unidad de drenado y trituración de baterías, la reclamada estima que no se trataría de que la medida de encapsulamiento de partes de la unidad de drenado se haya omitido, sino que esa unidad completa del proceso no existe. Por ende, las baterías se trituraban sin drenaje previo, generándose una corriente líquida acidificada que dirigían directamente al sistema de neutralización de electrolitos y tratamiento de aguas ácidas, haciendo innecesario el encapsulamiento del estanque y la correa transportadora. Agrega que *"quedó establecido que dicha modificación en el diseño de la planta y flujo del proceso del proyecto aprobado por la RCA N° 1033/2008 está contenida en el proyecto Adecuación Planta Recicladora de Baterías [...] por lo tanto, la omisión imputada como presupuesto fáctico de la infracción N°1 está contenida dentro de los hechos que fundamentan la infracción N°18, esto es, la elusión"*. Termina señalando que *"junto con incurrirse en un manifiesto sinsentido al sancionar el incumplimiento de una medida de seguridad asociada a una instalación o fase de*

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

proceso que, en virtud de una modificación, no existe por completo, se quebrantaría el principio non bis in idem, al comprobarse que existe identidad, en relación de todo y parte entre un hecho y otro”.

Duodécimo. Que, en cuanto a la infracción N°2, vale decir la inexistencia de un lavador de gases, tipo scrubber, que capte los gases con ácido sulfúrico generados en la apertura y trituración de baterías, la SMA indica que el incumplimiento de dicha medida de mitigación de la RCA está contenida también en las modificaciones presentadas en la DIA de mayo de 2013, en la que se habría omitido dicho lavador. Por ende los hechos imputados, agrega, también fundan uno de mayor envergadura, la ejecución del proyecto al margen del SEIA. Por lo tanto *“una vez acreditada la concurrencia del hecho imputado y comprobado que éste forma parte de los presupuestos fácticos que fundan un hecho de mayor envergadura, a saber: la ejecución de un proyecto al margen del SEIA; esta SMA, en aplicación del principio non bis in idem, resolvió subsumir el hecho en la infracción N° 18, toda vez que de lo contrario se incurriría en sancionar dos veces por la misma conducta”.*

Decimotercero. Que la SMA explica respecto de la infracción N° 3, en lo referente a la omisión de contar con dos sistemas de control de emisiones independientes en cada horno, que *“actualmente la planta no cuenta con dos hornos operativos al mismo nivel, sino que solo un horno operativo (horno 2), de capacidad 30 ton/día, de fabricación mexicana y un segundo horno (horno 1) de capacidad 20 ton/día, de fabricación india, el cual tendría, en la práctica, una función de respaldo y, que ambos hornos comparten un sistema de captación conjunto de gases provenientes de la combustión del horno que esté operativo y los gases producto de la fundición”.* Frente a ello, la SMA *“resolvió no sancionar tal hecho como el incumplimiento de una medida establecida en la RCA y subsumir directamente tales hechos acreditados, en la infracción N° 18, toda vez que de lo contrario se incurriría en sancionar dos veces por la misma conducta”.* Por su parte, en cuanto a la omisión de contar con un scrubber asociado al

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

sistema implementado, la SMA también exoneró al Titular en aplicación del principio *non bis in idem*, pues *"resolvió subsumir la omisión de contar con un scrubber en esta etapa del proceso en la infracción N° 18, toda vez que de lo contrario se incurriría en sancionar dos veces por la misma conducta"*.

Decimocuarto. Que para este Tribunal resulta relevante recordar que el propósito del procedimiento de evaluación de impacto ambiental es el verificar, en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, que los impactos ambientales de un proyecto se ajustan a la normativa ambiental aplicable, conforme lo dispone el artículo 2 letra j) de la ley N°19.300. En el caso de los EIA, se deberán asimismo describir la o las acciones que se ejecutarán para impedir o minimizar sus efectos significativamente adversos, mediante la proposición de medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas (artículo 2 letra i), en relación al artículo 16 inciso final de la mencionada Ley). Luego, conforme lo indica el inciso primero del artículo 8 de la Ley N° 19.300, *"los proyectos o actividades señalados en el artículo 10 sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido en la presente ley"*. Por lo tanto, las modificaciones de un proyecto o actividad que impliquen la realización de obras, acciones o medidas tendientes a intervenirlo o complementarlo, también deberán ingresar al sistema con el fin de evaluar si la gestión de sus impactos, así como los planes de medidas en caso de un EIA, se ajustan a la normativa vigente. Ahora bien, no toda modificación requerirá dicho ingreso, sino que únicamente aquellas que impliquen que el proyecto original sufra, conforme lo indica el artículo 2 letra g) del RSEIA, cambios de consideración.

Decimoquinto. Que la SMA, conforme al artículo 3 letra j) de la LOSMA, es el organismo encargado de asegurar que dicho ingreso ocurra, ya que dentro de sus funciones o atribuciones está el *"requerir, previo informe del Servicio de Evaluación, mediante resolución fundada y bajo apercibimiento de sanción, a los titulares de Resoluciones de Calificación Ambiental,*

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

que sometan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, las modificaciones o ampliaciones de sus proyectos o actividades que, conforme al artículo 10 de la ley N°19.300, requieran de una nueva Resolución de Calificación Ambiental”.

Decimosexto. Que, tal como se indicó, el argumento utilizado por la SMA para absolver por las infracciones 1, 2 y 3 fue la aplicación del principio *non bis in idem*. Si bien dicho principio se manifiesta en distintas instituciones jurídicas, como por ejemplo el concurso aparente, real o ideal, lo que esencialmente persigue es el evitar que una persona sea sancionada por un hecho que ya fue reprochado en una sanción diversa. En efecto, en la doctrina nacional, específicamente en materia penal, se ha señalado que “*el principio ne bis in idem está constituido por la prohibición de que una misma persona sea juzgada y/o sancionada dos veces por un mismo hecho. [...] En tanto estándar de adjudicación, el principio ne bis in idem se traduce en una prohibición de consideración o valoración múltiple de un mismo ‘hecho’ -o más técnicamente: de una misma circunstancia o aspecto (de uno o más hechos)- en la fundamentación judicial de la sanción a ser impuesta sobre una misma persona.*” (MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “*El principio de ne bis in idem en el Derecho Penal Chileno*”, Revista de Estudios de la Justicia, N° 15, año 2011, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 140). A mayor abundamiento, el profesor Mañalich agrega que “*el principio ‘ne bis in idem’ no representa más que una concreción de la prohibición de exceso que se deriva del principio (general) de proporcionalidad: considerar dos veces un mismo hecho -o más exactamente, la misma propiedad de un hecho- para fundamentar o agravar la sanción a ser impuesta sobre una persona, constituye una contravención de esa prohibición de exceso.*” (MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “*El principio de ne bis in idem en el Derecho Penal Chileno*”, p. 142-143).

Decimoséptimo. Que a este respecto, cabe destacar que el llamado principio de proporcionalidad, conforme lo señala la doctrina española, “*evoca, en último término, un criterio de justicia, siempre en clave de garantía de máxima*

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

intangibilidad de la esfera de intereses del individuo frente a la intervención pública. En su esencia misma se encuentra la valoración de una ecuación medio-fines, de modo que no es de extrañar que se haya convenido en reconocer su origen, sin perjuicio de antecedentes más remotos enraizados en el pensamiento clásico occidental, en la formulación misma del Estado de Derecho, construido conceptualmente sobre la base de la garantía de la libertad y la propiedad individuales frente al poder público. [...] De ahí, precisamente, que el principio de proporcionalidad haya encontrado un escenario natural en el Derecho penal -cuya aplicación misma responde al principio de intervención mínima como manifestación primigenia de aquél- y, de forma derivada, en el Derecho administrativo sancionatorio [...]" (SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso "Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo" 1 Ed., Editorial La Ley, Madrid (2010), p 204 y ss.). El principio de proporcionalidad, entonces, obliga, a todos los operadores del derecho, en especial, respecto de lo que aquí nos interesa, "a la jurisdicción contencioso-administrativa a la hora de controlar la garantía por los mencionados poderes del principio de proporcionalidad, tanto en la elaboración como en la aplicación de normas" (SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso "Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo", p 206).

Decimoctavo. Que, a juicio de este Tribunal, la SMA actuó correctamente al estimar que el reproche por la conducta infraccional del Titular en las tres infracciones verificadas pero absueltas, que se refieren en términos generales a medidas de mitigación destinadas a reducir o minimizar el riesgo a la salud de los operadores y de las personas en general, está contenida en los presupuestos de hecho que dieron origen a la infracción N°18. En efecto, el Titular, al no someter a evaluación ambiental las modificaciones efectuadas al Proyecto, por lo que no se pudo determinar su capacidad de generar nuevos impactos ambientales, verificó a la vez el presupuesto fáctico de la infracción de la letra a) y b) del artículo 35 de la LOSMA. Así, la determinación de la SMA de subsumir la infracción de la letra a) del artículo 35

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

en la hipótesis de la letra b) de dicho artículo, cumple con la esencia del principio *non bis in idem*, en la medida de que el mismo hecho no ha sido sancionado dos veces. Confirma dicha conclusión el que la SMA, para la determinación de la gravedad de la infracción N°18, utilizó los incumplimientos que fundaron los cargos imputados como infracción N° 1, 2 y 3 para calificar como gravísima tal infracción. Ello por la existencia, a su juicio, de un riesgo para la salud de la población debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos (letra f) del numeral 1 del artículo 36 de la LOSMA en concordancia con la letra a) del artículo 11 de la Ley N°19.300), lo que la llevó a sancionar al Titular con la clausura temporal y total de las actividades productivas hasta que no cuente con la requerida RCA favorable.

Decimonoveno. Que, por tanto, la subsunción a la que alude la SMA para no sancionar las infracciones a la RCA se condice con lo que la doctrina ha denominado el "*principio de consunción*", elaborado para dar solución al concurso aparente de infracciones, que también se sustenta en el principio del *non bis in idem*. En efecto, conforme lo indica el profesor Garrido Montt, "*la ley penal, al describir un comportamiento prohibido, puede -con esa descripción- abarcar conductas punibles que ya han sido descritas por otros tipos penales, de modo que esa actividad pasa a quedar aparentemente comprendida en dos o más figuras típicas al mismo tiempo; no obstante que debe serlo sólo la primera, en atención a que el desvalor de la segunda queda consumido por aquélla. De consiguiente corresponde aplicar el primer tipo únicamente, para mantener la unidad de lo injusto. [...] En esencia se trata de la aplicación del principio non bis in idem*" (GARRIDO MONTT, Mario '*Derecho Penal Parte General Tomo II: Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*' 4°ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago (2005) p.458 y ss.).

Vigésimo. Que, en suma, este Tribunal estima que en el presente caso la SMA obró correctamente al sancionar al Titular por la infracción consagrada en el N° 18, y absolverlo a su vez por las infracciones N° 1, 2 y 3,

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

aplicando el criterio de la consunción, y motivando su decisión en la aplicación del principio *non bis in idem*. De lo contrario, la SMA habría faltado al principio de la proporcionalidad, el cual busca, en última instancia, asegurar una idea de justicia.

II) DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM PARA ABSOLVER LA INFRACCIÓN N°4

Vigésimo primero. Que, la SMA formuló cargos al estimar que *"el sistema de control de emisiones específico para las emisiones generadas por el único crisol no ha sido implementado. Las emisiones son conducidas al único sistema de control de emisiones operativo, el cual es compartido con los hornos de fundición"*, configurando la infracción N°4. Sin embargo, según veremos, en definitiva no sancionó al Titular por dicho concepto.

Vigésimo segundo. Que, la reclamante impugnó tal decisión mediante los argumentos que señaló para las infracciones N°1, 2 y 3, indicando en términos generales, como vimos en el capítulo anterior, que la resolución impugnada fue contraria a la ley y a los principios de razonabilidad y proporcionalidad al aplicar erróneamente el principio *non bis in idem* para absolver dicha infracción a la RCA, subsumiéndola en la infracción N°18. A su juicio correspondía sancionar al Titular por la infracción a la RCA, ya que *"la falta del sistema de control de emisiones específico para las emisiones generadas por el único crisol no ha sido implementado"*, y a su vez por la elusión, que se habría configurado por el *"reemplazo de 3 crisoles por 1 sólo enterrado"*.

Vigésimo tercero. Que, respecto del argumento de la reclamada en cuanto a la errónea absolución de la infracción a la RCA, la SMA explica que en la formulación de cargos hubo un error de imputación. En efecto, señala que en ella se estableció que el sistema de captación de gases de los hornos de la fundición recibía a su vez las emisiones generadas por

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

el único crisol existente, siendo que debieron haber sido sistemas separados (etapas D y E del proceso industrial). Sin embargo, el Titular en sus descargos acreditó que el sistema de control de emisiones del crisol funcionaba de manera independiente al de los gases de los hornos de la fundición, por lo que se desestimó el cargo. Luego, respecto de la necesidad de que ambos sistemas contaran con un equipo lavador de gases o scrubber cada uno, la SMA agrega que efectivamente ellos no se incluyeron en los sistemas definitivos. No obstante ello, explica en la resolución sancionatoria que estas omisiones no fueron materia de cargos, por lo que la SMA estuvo imposibilitada de sancionar tal conducta. Pero, agrega que *"la omisión de la instalación de dicho scrubber, corresponde a uno de los cambios de consideración que se incluyeron en el proyecto Adecuación Planta Recicladora de Baterías, asunto que es materia de la infracción N°18"*.

Vigésimo cuarto. Que, el Tribunal estima que la reclamante yerra en su argumentación, ya que la SMA no utilizó el principio *non bis in idem* para absolver del cargo imputado, sino que por el contrario la infracción no llegó a configurarse. En efecto, el cargo tuvo un error en su presupuesto de hecho, al confundir el sistema de captación de emisiones fugitivas o sanitarias de los procesos de fundición, refinación de plomo y enfriamiento de escorias, con el sistema de control de emisiones de gases de combustión de los hornos de fundición, emisiones que requerían sistemas distintos de control. El titular, a diferencia de lo que señalaba el cargo, sí implementó dos sistemas de control separados e independientes para cada tipo de emisiones, de acuerdo a lo proyectado originalmente. Por lo tanto, la infracción fue efectivamente mal imputada y no podría haberse sancionado al titular por ella. Por otra parte, la reclamante tiene razón al señalar que el crisol existente debía contar con un equipo lavador de gases o scrubber, el que no se incluyó en el sistema definitivo. Pero, tal como lo indica la SMA, dicha omisión no fue materia de cargos, por lo que ella está imposibilitada de sancionar tal conducta, por aplicación

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

del principio de congruencia contenido en el artículo 54 inciso tercero de la LOSMA que dispone que *"ninguna persona podrá ser sancionada por hechos que no hubiesen sido materia de cargos"*.

Vigésimo quinto. Que, respecto del segundo argumento de la reclamante, que dice relación con el número de crisoles existente en la planta, la SMA aclara que *"si bien dicho hecho en específico no dio lugar a la imputación de una infracción en la formulación de cargos, se acreditó que forma parte de los cambios que buscan ser regularizados mediante el ingreso al SEIA de la DIA del proyecto "Adecuación Planta Recicladora de Baterías", siendo por lo tanto parte del presupuesto fáctico de la infracción N° 18"*. Concluye luego, que tal como en los casos anteriores, los hechos constitutivos de dicha infracción fueron subsumidos en la infracción N°18, con el fin de no sancionar por el mismo hecho dos veces.

Vigésimo sexto. Que, al respecto, resulta claro para este Tribunal, tal como se dijo anteriormente, que la SMA no puede sancionar si no formuló cargos previamente. Asimismo, este Tribunal coincide con su apreciación en virtud de la cual esta modificación debió haber sido evaluada oportunamente con el fin de establecer, en caso que fueren necesarias, las eventuales medidas pertinentes, lo que permite a la SMA imputar estos hechos a la hipótesis de elusión contemplada en la infracción N° 18.

III) DE LA FALTA DE RAZONABILIDAD PARA ABSOLVER LA INFRACCIÓN N°12

Vigésimo séptimo. Que la reclamante alega la falta de razonabilidad para absolver la infracción N°12, ya que a su juicio el Titular incumplió la RCA del Proyecto al no adoptar medidas preventivas y correctivas en relación a la calidad de suelo. La SMA actuó, a su parecer, de manera ilegal al absolver al Titular cuando éste omitió adoptar tales medidas, toda vez que asegura que existirían zonas con concentraciones

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

de plomo en diversos niveles que serían atribuibles a la empresa infractora. Agrega además que la reclamada no habría justificado el por qué usó como norma de referencia la *Norma Holandesa Para Calidad de Suelo*. A su vez señala que "lo que no dice la SMA es de qué manera la utilización de otras técnicas eliminan o descartan la presencia de plomo en niveles que conforme a la norma de referencia aplicable (norma holandesa) descarten la ejecución de medidas preventivas o correctivas [...] La SMA tiende así a validar exclusivamente el muestreo efectuado por la infractora que por supuesto de manera interesada descarta la presencia de plomo en suelo en niveles que requieran la adopción de medidas". Señala finalmente que la SMA tampoco consideró los demás antecedentes que obran en el expediente, especialmente aquellos emanados de la BIDEEMA-PDI, de la SEREMI de Salud y del expediente de fiscalización, del de sanción, y en los considerandos 355 a 366 de la formulación de cargos, los que -asegura- "considerados contextual e integradamente permiten dar por acreditada la presencia de plomo en el suelo en niveles que han ocasionado el riesgo a la salud que paradójicamente la misma SMA ha constatado". Por tanto estima que "resulta inconsistente que existiendo una situación de la gravedad señalada [...], constatada y acreditada por la SMA, se establezca al mismo tiempo que no habría superación de la norma de referencia de plomo para suelo. Con ello la SMA ciertamente viola la letra y el espíritu de la norma ambiental que exige la aplicación y consideración del Principio Precautorio para estos casos".

Vigésimo octavo. Que, la reclamada responde, primero, que hubo una limitada validez técnica de las mediciones realizadas por la SMA con un equipo XRF, cuyos erróneos resultados fueron el fundamento para la imputación del presente cargo. Dichos errores, explica, se debieron a la falta de control de la humedad en las muestras tomadas en terreno, por lo que estimó que las mediciones XRF realizadas sin extraer la humedad de las muestras no podían ser utilizadas para determinar una eventual excedencia de los

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

límites aportados por la norma de referencia, sin perjuicio de que hayan sido utilizadas como un elemento referencial.

Vigésimo noveno. Que, en segundo lugar, la reclamada agrega que las obligaciones de activar medidas preventivas y correctivas en los términos del considerando 3.17.8 de la RCA, se gatillan en caso de que, producto de los resultados del seguimiento ambiental realizado de acuerdo a los términos establecidos en la RCA, las concentraciones de plomo en el suelo superen los valores señalados de la norma holandesa. Sin embargo, en el presente caso, agrega, la imputación del incumplimiento de dicho considerando se realizó de manera diversa a lo exigido por la RCA, por lo que el cargo contenía un error en su presupuesto fáctico, procediéndose en consecuencia a desestimarlo. Cita al efecto el deber de congruencia establecido en el inciso final del artículo 54 de la LOSMA, que impidió a la SMA el sancionar si en los hechos no se logró tener por acreditado el presupuesto fáctico del cargo.

Trigésimo. Que, no obstante lo anterior, la SMA aclara que igualmente la información recogida fue considerada como elemento probatorio en el análisis efectuado en torno a la gravedad de la infracción N° 18, específicamente en los considerandos 349 a 365. Así, indica que fue utilizada a modo de referencia para determinar la distribución espacial del plomo en los distintos sectores del lugar, y de esa forma determinar la gravedad de la elusión, ya que el plomo se concentraba precisamente en los puntos de mayor impacto que fueron identificados en la RCA del proyecto original. Agrega que, entre los antecedentes que se consideraron para clasificar como gravísima la infracción N° 18, utilizó la investigación iniciada por la Seremi de Salud de Valparaíso y cuyos resultados fueron recogidos en la "*Investigación Epidemiológica y Ambiental de Exposición al Plomo en el sector de Agua Buena, comuna de San Antonio, Julio Octubre 2014*", y los resultados de monitoreos llevados a cabo por Csmec desde 2011 hasta abril de 2013. En cuanto a los antecedentes relativos a las investigaciones de la Fiscalía Local de San Antonio, en específico el Informe Pericial

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Ambiental N° 109 de la BIDEEMA-PDI, que se referiría a una investigación realizada durante el primer semestre de 2013 en aguas y sedimentos del sector Aguas Buenas, de la comuna de San Antonio, también descartó la presencia de contaminación de plomo en el suelo. Añade que hubo otras investigaciones de dicha fiscalía que fueron desechadas por tratarse de hechos investigados con anterioridad a la entrada en vigencia de las competencias de la SMA.

Trigésimo primero. Que, termina la reclamada indicando que el presupuesto fáctico del cargo formulado por esta infracción *"era errado e insuficiente para acreditar un incumplimiento a la autorización ambiental"*, procediendo entonces a absolver del cargo formulado, *"sin perjuicio de que, como ya se señaló, los resultados de los análisis fueron ponderados para efectos de analizar la gravedad de la infracción N° 18. Por lo tanto, la alegación de la parte reclamante es infundada, toda vez que no analizó todos los antecedentes de la absolución de la infracción N°12, lo que se traduce en que la supuesta ilegalidad que alega no está acreditada en lo más mínimo"*.

Trigésimo segundo. Que, de los argumentos de la parte reclamante, este Tribunal estima que son tres las alegaciones principales formuladas. La primera de ellas se refiere a la falta de justificación por parte de la SMA del uso de la Norma Holandesa como norma de referencia. Frente a tal alegación, este Tribunal estima que la pertinencia de tal norma para regular el contenido de plomo en el suelo fue debidamente evaluada por los organismos sectoriales intervinientes en la evaluación de impacto ambiental, e incorporada entre las condiciones y compromisos bajo los cuales el proyecto fue calificado favorablemente, por lo que coincide con la SMA en que a ella no le corresponde hacerse cargo de tal justificación, sino que únicamente fiscalizar su cumplimiento.

Trigésimo tercero. Que, la segunda materia alegada es la supuesta necesidad, a juicio de la reclamante, de que la SMA utilizara *"otras técnicas"* distintas a las empleadas en el

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

proceso de fiscalización, dado que éstas adolecieron de debilidades metodológicas que le restaron validez a sus resultados, con el fin de descartar la presencia de plomo en el suelo en niveles tales que, conforme a la norma de referencia adoptada, requirieran de la ejecución de medidas preventivas o correctivas, según lo establecido en el considerando 3.17.8 de la RCA. Al respecto, este Tribunal estima que la decisión de la reclamada de no sancionar esta infracción fue correcta dado que, al cometerse errores en las mediciones efectuadas con el método XRF *in situ* o de campo, que carece de control de humedad de las muestras, sus resultados no son confiables para determinar la presencia de plomo en el suelo. Es más, de acuerdo a la información de la EPA (U.S. Environmental Protection Agency, 2011. "Field X-Ray Fluorescence Measurement" SESDPROC-107-R2. Science and Ecosystems Support Division, Athens, Georgia. 12p. Disponible en: <http://www.epa.gov/region4/sesd/fbqstp/Field-XRF-Measurement.pdf>), los resultados de esta metodología adolecen de imprecisiones y falta de certeza, las que les darían utilidad sólo en términos cualitativos, pues se requiere su verificación en laboratorio. De hecho, cuando dichos análisis se realizan *ex situ* o *en laboratorio*, sus resultados pueden alcanzar una calidad cuantitativa o semi-cuantitativa, dependiendo del nivel de preparación de la muestra (para la extracción de humedad, entre otras cosas) y los estándares de calibración del equipo utilizado. En suma, al utilizar un método *in situ* y no regirse por la metodología de análisis exigida por la RCA, la SMA no podría haber sancionado por un incumplimiento que no fue posible comprobar. Por lo tanto, lo que correspondía era la absolucón.

Trigésimo cuarto. Que, cuestión distinta es la eventual exigibilidad a la SMA de utilizar otra técnica diversa que la empleada, que pudiera haber entregado datos fiables respecto de la presencia o no de plomo en el suelo, paso previo y necesario para determinar si existió a su vez la necesidad de tomar medidas preventivas o correctivas. Frente a ello, este Tribunal considera que la técnica para efectuar las mediciones era la establecida en la RCA del proyecto. Al no

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

haberse seguido ese procedimiento, la SMA no tenía más alternativa que absolver la infracción.

Trigésimo quinto. Que, finalmente, la tercera materia alegada por la reclamante es la supuesta no consideración, por parte de la SMA, de los demás antecedentes que han obrado en el expediente, los cuales, según indica, permitirían dar por acreditada la presencia de plomo en suelo en niveles que han ocasionado el riesgo a la salud. Los antecedentes mencionados son: i) Informes de la BIDEA-PDI; ii) Informes de la SEREMI de Salud, en particular, el denominado "*Investigación Epidemiológica y Ambiental de Exposición al Plomo en el sector de Agua Buena, comuna de San Antonio, Julio-Octubre de 2014*"; y iii) Antecedentes propios de la SMA que constan en el expediente de fiscalización, en el de sanción y en los considerandos 355 a 366.

Trigésimo sexto. Que, del análisis de dichos informes y antecedentes, este Tribunal concuerda con la SMA de que no fue posible verificar la presencia de plomo en el suelo, en los niveles y bajo la metodología de medición establecidos en los considerandos 3.17.7 y 3.17.8 de la RCA, como para haber exigido la implementación de medidas preventivas o correctivas. En efecto, en los informes de la BIDEA-PDI, citados de manera genérica por la reclamante, consta que dicha institución, en su primera investigación, no logró establecer la veracidad de los hechos denunciados respecto a la exposición a plomo de la población, al no contar con elementos objetivos de valor científico (Informe Policial N°50/01099 de la Policía de Investigaciones de Chile, Brigada investigadora de Delitos contra el Medioambiente y Patrimonio Cultural Metropolitana, del 20 enero de 2012, de fs. 205 y ss. del expediente administrativo sancionatorio presentado a fs. 117). Luego, en el "*Informe pericial de ecología y medioambiente*" N°20, del 1 de febrero de 2012 (fs. 167 y ss. del expediente administrativo sancionatorio presentado a fs. 117), la BIDEA-PDI concluyó que no se detectaron niveles de plomo que superaran la norma establecida en la RCA para gatillar medidas preventivas (370 mg/K de suelo), aunque en un punto de muestreo las mediciones encontraron valores de

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

167 mg/K de suelo, que superaban la norma canadiense utilizada por la PDI como referencia. Finalmente, esta misma institución informó que, en el mismo punto de muestreo, se encontraron valores de 26,6 mg/K de suelo, concluyendo nuevamente que "8. *No hay contaminación por Plomo en suelos de las viviendas aledañas a la empresa Tecnorec, de acuerdo a las normas internacionales de referencia*" (informe Pericial Ambiental N°109 de la Policía de investigaciones de Chile, Laboratorio de Criminalística Central, del 7 agosto 2013, presentado a fs. 117 en los "Anexos Carta Tecnorec" del cuaderno de medidas provisionales). Por tanto, en los análisis recién mencionados, ha quedado claro para este Tribunal que no se pudieron corroborar incumplimientos a la norma que regía el proyecto en esta materia, tal como lo indicó la SMA.

Trigésimo séptimo. Que, luego, en las conclusiones de la "*Investigación Epidemiológica y Ambiental de Exposición al Plomo en el sector de Agua Buena, comuna de San Antonio, Julio-Octubre de 2014*" citada (fs. 182 y ss. del cuaderno de medidas provisionales presentado a fs. 117 por la SMA), se estableció que la presencia de plomo en el suelo se investigó a través de un método de muestreo distinto al establecido en la RCA, lo que impide utilizar sus resultados para determinar si hubo incumplimientos a la norma de referencia. No obstante lo anterior, este Tribunal coincide con la reclamada que sus resultados tienen una utilidad referencial, para efectos de clasificar como gravísima la infracción N°18.

Trigésimo octavo. Que, finalmente, el Tribunal coincide con la SMA en que los antecedentes de los expedientes de fiscalización y sanción y de los considerandos 355 a 366 de la resolución reclamada, invocados por la reclamante, tampoco aportaron nuevos elementos que acreditaran la presencia de plomo en el suelo, precisamente por haberse violado las condiciones específicas establecidas en la RCA para verificar su presencia. En efecto, las metodologías de medición utilizadas, que constan en esos antecedentes, así como los métodos de muestreo y comparaciones realizadas por los distintos organismos intervinientes, no permitieron verificar

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

con información científica relevante y certera la presencia de plomo en suelos de una manera comparable en el tiempo, como para levantar evidencias consistentes del impacto en esta variable a partir de la operación del proyecto de reciclaje de baterías en cuestión. No obstante ello, este Tribunal está de acuerdo con la SMA en que son elementos probatorios útiles para determinar la clasificación de la infracción N°18.

Trigésimo noveno. Que, a mayor abundamiento, para este Tribunal es importante recalcar que la RCA establecía claramente en sus considerandos 3.17.8 y 3.17.7 la metodología a utilizar para detectar la eventual contaminación por plomo de las operaciones del proyecto, la necesidad eventual de implementar medidas preventivas y correctivas, y cómo sus resultados debían ser comparados con la línea base. Por tanto, no es correcta la alegación de la reclamante cuando indica que *"Paradojalmente la SMA ha procedido a absolver basada exclusivamente en que los muestreos efectuados por ella mediante la técnica que utiliza equipo XRF serías (sic) solo referenciales, esto debido a que estos equipos no eliminan la humedad de la muestra y otras técnicas si"*. En realidad, la reclamante confunde el problema técnico de la medición con ese tipo de equipo, ya que la correcta utilización de dicho método, extrayendo la humedad de la muestra en laboratorio para luego medir con dicho equipo, sí sería capaz de establecer información útil. Sin embargo, la metodología establecida en la RCA para controlar los impactos del proyecto debía ser la misma utilizada en la línea base, asegurándose entonces una base de comparación científicamente correcta.

Cuadragésimo. Que, en suma, al no haberse podido verificar, conforme a lo recién analizado, un incumplimiento de los considerandos atinentes a la contaminación de suelos por plomo (3.17.7), y por ende la necesidad de aplicación de medidas de prevención o intervención (3.17.8), este Tribunal estima que la SMA no podría haber sancionado al titular por dicho motivo. Por tanto, la decisión de la SMA de absolver al Titular fue adecuadamente fundamentada.

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

**IV) DE LA ILEGAL E IRRACIONAL APLICACIÓN DE LAS
CIRCUNSTANCIAS DEL ART. 40 DE LA LOSMA**

Cuadragésimo primero. Que, la parte reclamante alega que la SMA determinó de manera antijurídica y arbitraria tres circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, a saber: i) La importancia del daño causado o peligro ocasionado; ii) La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma y; iii) La capacidad económica del infractor.

Cuadragésimo segundo. Que respecto de la importancia del daño causado o peligro ocasionado, contenida en la letra a), la reclamante indica que la SMA cometió una ilegalidad al determinar arbitrariamente que no existe "daño causado" no obstante haber acreditado un "peligro ocasionado". Ella habría desestimado arbitrariamente la ocurrencia de daño a pesar de la existencia de *"sendos exámenes de laboratorio practicados a los vecinos de Aguas Buenas, especialmente niños, que presentan plomo en sangre"*. La reclamante sostiene que tal circunstancia *"no puede ser soslayada de una manera tal como para llegar a sostener que 'el resultado dañoso no ha llegado a concretarse' cuando la evidencia así lo indica de manera clara y concluyente"*. Lo anterior fue -según la reclamante- avalado por evidencia acompañada que fue aportada por la BIDEEMA-PDI, la que acreditó la existencia de plomo en la sangre de vecinos a la planta y que fue desechada por la SMA, evidenciando una falta de razonabilidad en el juzgamiento de los hechos.

Cuadragésimo tercero. Que, la SMA responde que la parte reclamante confunde las hipótesis de "peligro" y "daño", *"lo que finalmente lleva a que las escuetas conclusiones que expone adolezcan de una falta de razonabilidad que la misma alega"*. Agrega que ni siquiera hace un análisis de la aplicación de la mencionada circunstancia por infracción, ya que estima que las circunstancias del artículo 40 deben ser ponderadas para cada infracción por separado, *"lo que le*

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

resta de toda seriedad a la alegación invocada en este punto". Alegó en estrado, además, que los informes de la Seremi de Salud no señalan que los niveles de plomo en la sangre de los vecinos proviene de Tecnorec, y que no basta con hacer un análisis abstracto del daño, sino que deben verificarse los elementos de la responsabilidad del mismo, especialmente la relación de causalidad entre el daño y Tecnorec. Termina este capítulo analizando ambas hipótesis en cada una de las infracciones imputadas y explicando el porqué, para cada una de ellas, se logró -a su entender- acreditar el riesgo pero no el daño.

Cuadragésimo cuarto. Que, a juicio de este Tribunal, y tal como lo ha indicado en sentencias anteriores (*R-33/2014, "Minera Los Pelambres con SMA"*), es necesario recordar que en este numeral existen dos hipótesis diversas que permiten configurarla. La primera de ellas, de resultado, exige la concurrencia de un daño; mientras que la segunda es una hipótesis de peligro concreto, un riesgo de lesión, más no la producción de la misma. Por tanto, la existencia de un "peligro" no conlleva la hipótesis de "daño", ya que son dos causales diferentes. En efecto, si se verificó la existencia de la primera, aquello no implica como consecuencia obligada la existencia de la segunda, debiendo esta última también ser probada. A mayor abundamiento, deberá acreditarse también la "importancia o significancia" del daño o del peligro ocasionado, que no es un requisito de procedencia de la circunstancia, sino que es el criterio que debe utilizar la SMA para graduar el efecto que ésta tendrá en la determinación de la sanción específica.

Cuadragésimo quinto. Que, teniendo presente lo anterior, este Tribunal concuerda con la SMA que no se logró acreditar, en las distintas infracciones sancionadas, la hipótesis de "daño". En efecto, conforme al análisis de la prueba existente en el expediente y que fue revisada en el capítulo anterior, especialmente en lo que respecta a los informes de la BIDEA-PDI, no hubo antecedentes que acreditaran un daño. A este respecto, la reclamante se limita a señalar de manera genérica "sendos exámenes" de la BIDEA-PDI que acreditaría

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

la existencia de plomo en la sangre de vecinos de Aguas Buenas, especialmente de niños, pero sin individualizar documento alguno. Por lo tanto, lo que correspondía era analizar la hipótesis de "peligro", lo que efectivamente fue tomado en cuenta por la reclamada en cada una de las infracciones sancionadas a la hora de determinar el monto de la sanción en cada caso, no apareciendo evidencia de arbitrariedad en este punto.

Cuadragésimo sexto. Que, en cuanto a la letra d) del artículo 40, esto es la intencionalidad en la comisión de la infracción y grado de participación en el hecho acción u omisión constitutiva de la misma, la reclamante alega que la SMA cometió una ilegalidad al descartarla de forma arbitraria. A su juicio existen antecedentes que permiten acreditarla, ya que *"para agosto del año 2012 el titular se encontraba en cabal conocimiento que las inconsistencias entre el proyecto aprobado originalmente y la planta de reciclaje que se encontraba en operación, eran de aquellas que requerían del ingreso al SEIA, según consta en la consulta de pertinencia de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de un conjunto de modificaciones introducidas al proyecto realizada por la empresa Tecnorec de fecha 16 de abril de 2012, y respondida por el órgano competente mediante carta N°467 de 20 de agosto del mismo año señalado que, de acuerdo a los antecedentes entregados, 'La modificación del proyecto debe ingresar al SEIA, ya que éstas implican una alteración de las características propias del proyecto ya evaluado'".* No obstante lo anterior, asegura, *"la empresa siguió operando en las mismas circunstancias originales causando emisiones contaminantes sin control que son seguramente la causa de la presencia de plomo en la sangre de niños y adultos del sector como lo han acreditado los exámenes de laboratorio que originaron su paralización"*.

Cuadragésimo séptimo. Que, al respecto, la SMA indica que la Resolución Sancionatoria fue clara en señalar que la intencionalidad contiene en sí misma tanto el conocimiento de la obligación, contemplada en el instrumento normativo, como la conducta que se realiza y sus alcances jurídicos. No

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

existen antecedentes, asegura, que permitan concluir que el infractor tenía, al momento de cometer las infracciones, *"intención de que se produjeran los alcances jurídicos y fácticos de sus actos, o que de conocerlos, los hubiera tolerado en función de otros intereses particulares, razón por la cual no se procedió a la aplicación de la dicha circunstancia [sic]"*.

Cuadragésimo octavo. Que si bien, a juicio de este Tribunal, la circunstancia de la letra d) del artículo 40 de la LOSMA comprende tanto la culpa como el dolo, de lo alegado por las partes se infiere que la discusión se centra específicamente en la concurrencia de este último elemento. En este contexto, y de acuerdo a lo contenido en el expediente sancionatorio y en estos autos, no es posible determinar que, en el actuar de la SMA, concurra el vicio de ilegalidad alegado por el reclamante.

Cuadragésimo noveno. Que, finalmente, la tercera circunstancia del artículo 40 se refiere a la capacidad económica del infractor (letra f). La reclamante aduce que, si bien la infractora se encuentra en un proceso concursal, dicho mecanismo puede estar siendo usado como un medio para evitar ejecuciones financieras. Luego, indica que la SMA no explica suficientemente cómo puede no tener capacidad económica una empresa que presenta altos volúmenes de ventas y que se encuentra clasificada como "Grande 3" por el SII. Agrega que *"hay que recordar para estos efectos que TECNOREC es una empresa perteneciente al grupo EMASA de amplio giro y solvencia en el país"*.

Quincuagésimo. Que, a este respecto la SMA argumenta que *"en razón de la información proporcionada por Tecnorec, solicitada mediante Resolución Exenta N° 933, de fecha 15 de noviembre de 2013, así como de los documentos acompañados con fecha 1° de septiembre de 2014, fue posible para este Servicio tener por acreditado que su volumen de ventas no refleja la situación de capacidad de pago actual de la compañía, por el contrario, como consta en el expediente, se ha sometido al procedimiento concursal de reorganización*

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

empresarial ante el Primer Juzgado Civil de San Antonio rol C-1196-2014". Adicionalmente, indica que se estimó que la empresa no tendrá ingresos futuros por el período de tiempo correspondiente a la tramitación y obtención de su nueva RCA, "lo cual tendrá un efecto negativo adicional en su capacidad económica, para hacer frente al pago de las multas que se apliquen a las otras infracciones configuradas en el presente procedimiento. En razón de todo lo anterior, la circunstancia de capacidad económica se aplicó como un factor de disminución a la sanción".

Quincuagésimo primero. Que, al respecto este Tribunal considera que existen en el expediente suficientes elementos para tener por acreditada la mermada capacidad económica del infractor de autos, por lo que correspondía utilizar dicha circunstancia como una atenuante.

V) DE LA FALTA DE SANCIÓN AL INCUMPLIMIENTO DE NORMAS DE CALIDAD Y DE EMISIÓN

Quincuagésimo segundo. Que, la reclamante considera que es una ilegalidad el hecho que la SMA no haya sancionado por tal motivo a Tecnorec, ya que debió sancionar las infracciones a las normas de emisión de manera independiente a las infracciones a la RCA, conforme lo indica el artículo 35 letra c) de su Ley Orgánica. Quedó demostrado, según ella, que la infractora excedió las normas de calidad y emisión para Dióxido de Azufre, Monóxido de Carbono en el aire y plomo en aire y suelo. En el caso de la norma de calidad para Plomo, asegura que "se constató que se violaron las normas de frecuencias de medición establecidas en el D.S. N°136/01; sin embargo, no se formularon cargos ni se procedió a sancionar por ello". En cuanto a los gases, el cargo consistió, añade, en la omisión de incluir las mediciones para estos contaminantes. Sin embargo "la propia SMA establece la superación de las emisiones permitidas para estos gases, como se refleja claramente de la tabla del considerando 202°, sin proceder a sancionar la excedencia manifiesta de la norma

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

sino solamente la falta de reportes de la infractora". Por lo tanto "la SMA debió formular cargos por estas excedencias y sancionarlas conforme a derecho como lo establece el art.35 letra e) de su Ley orgánica y no lo hizo".

Quincuagésimo tercero. Que la SMA explica, en relación al plomo en el suelo, que no existe en Chile norma alguna que regule la depositación de dicho elemento, por lo que la RCA usó como referencia la Norma Holandesa, la que exige medidas correctivas y preventivas en caso de superar los valores mencionados en dicha norma. El hecho que fundó el cargo fue la *"no adopción de tales medidas preventivas y correctivas, en relación a la calidad de suelo, cuando se superaron los mencionados valores"*. En relación al plomo en el aire, señala que jamás se detectó una excedencia en la norma de calidad primaria que lo regula (D.S. N° 136/01 del MINSEGPRES), ya que la SMA detectó un error metodológico cometido por Tecnorec en torno al monitoreo de dicho componente con posterioridad a la reformulación de cargos. El error consistió en que se monitoreó la calidad del aire con una frecuencia distinta a la norma, y los porcentajes de medición no fueron respetados. Por ende el error fue ese, y no la excedencia de la norma, no pudiendo sancionar por un hecho que no fue materia de cargos. Sin embargo, indica que *"dicha circunstancia no fue obviada en la Resolución Sancionatorio, sino que se ponderó como un antecedente más para acreditar el riesgo a la salud de la población, lo que llevó a clasificar la infracción N° 18 como gravísima"*. En cuanto a la superación del valor de emisión de plomo contenido en la RCA, agrega que aquello sí fue sancionado en la infracción N°13.

Quincuagésimo cuarto. Que, en relación al Dióxido de Azufre y Monóxido de Carbono, indica que tampoco se acreditó superación de límites, sino que Tecnorec, al entregar sus monitoreos, no se refirió a tales componentes. En efecto, a la fecha de la reformulación de cargos, *"la empresa no había presentado la medición de gases mencionada en lo que se respecta a la falta de inclusión de medición de los gases SO₂, NO_x, CO y HC. En consecuencia, esta Superintendencia no podría haber formulado cargos por superación de los límites*

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

de SO₂ y CO, toda vez que la superación fue un hecho nuevo que apareció con posterioridad a la reformulación de cargos”.

Quincuagésimo quinto. Que, necesario es recordar en este punto lo señalado por este Tribunal en el considerando 157 de la causa R-6/2014 previamente citada, en donde se aclaró que la SMA no puede sancionar por un incumplimiento de la RCA, fundado en el artículo 35 letra a) de la LOSMA, y a la vez hacerlo adicionalmente conforme al artículo 35 letra c) de la LOSMA como un incumplimiento a una norma de emisión. De lo contrario se violaría el principio *non bis in idem*. Por lo tanto, no cabe más que concluir respecto de lo reclamado que el sancionar por incumplir la RCA y a la vez las normas de emisión y calidad viola el principio del *non bis in idem*, por lo que no se aceptará dicha alegación y así se declarará.

**VI) DE LA FALTA DE DELIMITACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE INGRESO
AL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL**

Quincuagésimo sexto. Que, la reclamante argumenta a este respecto que la SMA requirió a la empresa el ingreso al SEIA por las modificaciones del Proyecto, pero no le señaló cómo debía hacerlo, perdiendo de vista la obligación de ejecutar sus potestades públicas con la necesaria razonabilidad y proporcionalidad, dejando en manos del Servicio de Evaluación Ambiental esa atribución. El ingreso debió ser a su juicio a través de un EIA, por configurarse la causal de la letra a) del art. 11 de la Ley 19.300, esto es, un riesgo en la salud de la población debido a la cantidad y calidad de las emisiones y residuos generados en la planta, pero las modificaciones ya ejecutadas por esta empresa siguen siendo evaluadas por el Servicio mediante una simple Declaración de Impacto Ambiental. La SMA, a su juicio, *“tiene competencia para exigir de parte de los proyectos que eluden el SEIA ingresen a evaluación ambiental adecuadamente. Así lo establece el Artículo 11 bis de la ley 19.300 y el art. 3 letra k) de la ley 20.417*). [...] *La incongruencia en este sentido se produce cuando la SMA procede en el 2° resuelvo a*

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

requerir de ingreso al SEIA a la infractora; sin embargo, no establece plazo para ello ni le indica la manera en que debe hacerlo. Tampoco consta a la fecha que el titular haya hecho tal ingreso al SEIA. Así, queda en la indefinición más absoluta este imperativo cuando de lo que se trata aquí es de una amenaza cierta a la salud de la población”.

Quincuagésimo séptimo. Que, la SMA aborda este punto indicando que ella “constató y concluyó que efectivamente se configuraba una hipótesis de elusión y acreditó que, de acuerdo a los antecedentes del expediente, se producía el efecto señalado en la letra a) del artículo 11 de la Ley N° 19.300, esto es, un riesgo en la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de las emisiones o residuos generados en la planta”, por lo que requirió a Tecnorec el ingreso al SEIA, el cual a su juicio es evidente que debe ser vía EIA. Agrega, para terminar, que omite el pronunciarse sobre la evaluación ambiental que actualmente está llevando el Servicio de Evaluación Ambiental, instancia en donde se estaría discutiendo en este momento la referida vía de ingreso. Agregó además en estrado, que la evaluación ambiental se rige por el principio de la voluntariedad del acto y que es a este servicio al que le corresponde determinarlo, ya que la SMA no tiene facultades evaluadoras. Respecto de la falta de plazo, señala que no se le habría dado uno ya que las modificaciones al proyecto ya se encuentran en evaluación, instancia donde precisamente lo que más se está discutiendo es la vía de ingreso.

Quincuagésimo octavo. Que, este Tribunal estima que efectivamente la determinación de la vía de ingreso es una potestad propia de la instancia evaluadora, radicada en el Servicio de Evaluación Ambiental. Sin embargo, es necesario recordar que la SMA clasificó a la infracción N°18 como gravísima en virtud de la letra f) del numeral 1 del artículo 36 de la LOSMA, que prescribe que tienen tal gravedad “los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y alternativamente involucren la ejecución de proyectos o actividades del artículo 10 de la ley N°19.300 al margen del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y se

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

constate en ellos alguno de los efectos, características o circunstancias previstas en el artículo 11 de dicha ley". Por tanto, dado que la autoridad fiscalizadora constató uno de los efectos, características o circunstancias previstas en el artículo 11 de la ley N°19.300, en este caso un riesgo para la salud de la población, y aquello no fue controvertido por el Titular, es claro para este Tribunal que el ingreso debía efectuarse mediante un EIA. En cuanto a la incorporación de un plazo para el ingreso, este Tribunal estima que su determinación es necesaria. En este caso particular, no fue necesario hacerlo dado que el ingreso al SEIA ya se había producido, por lo que la resolución de la SMA tampoco fue mal fundamentada a dicho respecto.

POR TANTO Y TENIENDO PRESENTE además, lo dispuesto en los artículos 17 N° 3, 18 N° 3, 25 y 30 de la Ley N° 20.600; 35, 36 y 40 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente; y en las demás disposiciones citadas pertinentes,

SE RESUELVE: **Rechazar** la reclamación deducida por el H. Diputado Sr. Alberto Robles Pantoja en contra de la Resolución Exenta N° 695, de 24 de noviembre de 2014, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-14-2013, confirmando las multas, por un total de 178 U.T.A., la clausura total y temporal del proyecto "Planta de Reciclaje de Baterías - EMASA" de Tecnorec S.A., y su requerimiento de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, sin costas por existir motivo plausible para litigar.

Notifíquese, regístrese y archívese en su oportunidad.

Rol R N° 58-2015

Pronunciada por el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, integrado por su Presidente, Ministro señor Rafael Asenjo

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Zegers, y por los Ministros señor Sebastián Valdés De Ferrari
y señora Ximena Insunza Corvalán.

Redactó la sentencia el Ministro Sebastián Valdés De Ferrari.

Autoriza el Secretario del Tribunal, señor Alejandro Domic
Seguich.