

**SE PRONUNCIA SOBRE RECURSO JERÁRQUICO**

**RES. EX. N° 03**

**Santiago,**

**06 ENE 2015**

**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 el Decreto con Fuerza de Ley N° 1/19.653, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; en la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 11 de septiembre de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; en el Decreto Supremo N° 76, de 12 de noviembre de 2014, del Ministerio del Medio Ambiente que nombra a don Cristián Franz Thorud como Superintendente del Medio Ambiente; en el expediente administrativo sancionatorio Rol F-055-2014; y en 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.

**CONSIDERANDO:**

1. Que, con fecha 17 de junio de 2014, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la LO-SMA, se dio inicio a la instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio Rol F-055-2014, con la formulación de cargos a Obrascon Huarte Lain S.A. (en adelante, OHL o la empresa), Rol Único Tributario N° 59.059.340-0, titular del proyecto "Extracción Mecanizada de Áridos para el Mejoramiento de la Ruta T-35", calificado ambientalmente favorable por la Comisión de Evaluación de la Región de Los Ríos mediante la Resolución N° 52 de 6 de junio de 2013.

2. Que, con fecha 15 de julio de 2014, la empresa presentó sus descargos junto con otras solicitudes.

3. Que, con fecha 2 de septiembre de 2014, mediante Res. Ex. N°2/Rol F-055-2014, entre otras determinaciones, se procedió a abrir un término probatorio de 30 días hábiles.

4. Que, una vez concluido el término probatorio, con fecha 4 de diciembre de 2014, a través de la Res. Ex. N° 8 / Rol F-055-2014, se incorporan ciertos documentos al expediente, figurando entre ellos la Carpeta Investigativa de la Fiscalía Local de Valdivia, RUC 1300852706-1, otorgándosele traslado a la empresa y a los interesados.

5. Que, con fecha 10 de diciembre de 2014, OHL evacúa traslado y solicita la ampliación del plazo para formular observaciones respecto de la Carpeta Investigativa de la Fiscalía Local, ante la imposibilidad fáctica de coordinar en tan poco tiempo el retiro de una copia de ésta desde las dependencias de la Fiscalía Local de Valdivia.

6. Que, con fecha 10 de diciembre de 2014, se tienen por presentadas las observaciones de la empresa y se amplía en dos días hábiles el plazo para evacuar traslado respecto de la Carpeta Investigativa, plazo en el cual la empresa no realiza ninguna presentación.

7. Que, con fecha 15 de diciembre de 2014, mediante Res. Ex. N° 10/ Rol F-055-2014, se tiene por cerrada la investigación.

8. Que, no obstante lo anterior, el 22 de diciembre de 2014, la empresa dedujo recurso de reposición con jerárquico en subsidio en contra de la Res. Ex. N° 9/ Rol F-055-2014, que amplió el plazo para que OHL presentara observaciones a la Carpeta Investigativa de la Fiscalía Local de Valdivia, en razón de que ésta recién les fue notificada pasado el 15 de diciembre de 2014, esto es, una vez vencido el plazo para efectuar observaciones a la Carpeta Investigativa.

9. Que, con fecha 31 de diciembre de 2014, mediante Res. Ex. N° 12/ Rol F-055-2014, el Fiscal Instructor resuelve rechazar el recurso de reposición deducido por no cumplir con los requisitos del artículo 15 de la Ley N° 19.880, y deriva los antecedentes a este Superintendente para que resuelva el recurso jerárquico interpuesto en subsidio, a través del Memorándum D.S.C. N° 444/2014, de fecha 31 de diciembre de 2014.

#### **I. Breve explicación sobre el funcionamiento orgánico de la SMA**

10. Que, de acuerdo al diseño institucional previsto por el artículo 7 de la LO-SMA, para el ejercicio de las funciones y atribuciones de la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), las labores de fiscalización, la instrucción del procedimiento sancionatorio y la aplicación de sanciones estarán a cargo de funcionarios que pertenecen a unidades diferentes e independientes.

11. Que, en tal sentido, la fiscalización es el procedimiento administrativo por el cual la SMA, en el ejercicio de su potestad pública, verifica el constante cumplimiento de los instrumentos de gestión ambiental que establece el artículo 2° la LO-SMA, así como de los Programas de Cumplimiento y Planes de Reparación contemplados en los artículos 42 y 43 de misma Ley. El procedimiento de fiscalización ambiental finaliza con la elaboración de un Informe de Fiscalización Ambiental realizado por la "División de Fiscalización" de la SMA.

12. Que, por su parte, en virtud del mérito de los antecedentes existentes, se procederá a la instrucción del procedimiento sancionatorio por parte de una unidad distinta e independiente a la "División de Fiscalización", denominada "División Unidad de Sanción y Cumplimiento", la que es responsable de instruir dicho procedimiento con la respectiva formulación de cargos.

13. Que, tal procedimiento corresponde a un procedimiento administrativo especial, regulado por la LO-SMA, revestido de garantías para sus intervinientes, exigencias de publicidad e información, cuya finalidad es formalizar la potestad sancionatoria que la ley ha radicado exclusivamente y de modo excluyente en el Superintendente del Medio Ambiente, respecto de las infracciones ambientales de su competencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 letra h) y 7 de la LO-SMA.

#### **II. Consideraciones especiales sobre la improcedencia del recurso jerárquico en el caso de autos**

14. Que, existe un argumento estructural para afirmar que es improcedente el recurso jerárquico respecto de los actos administrativos de la SMA, ya que de sostenerse lo contrario, se afectaría directamente la separación de funciones que existe entre las distintas divisiones de la SMA y, por ende, se afectaría también su independencia orgánica. Es así como el texto expreso de la LO-SMA y los antecedentes recopilados de la historia de la misma,

han dejado claro que la intención del legislador ha sido radicar en divisiones distintas de la SMA las funciones de fiscalización, instrucción del procedimiento sancionatorio y aplicación de sanciones.

15. Que, los incisos 2° y 3° del artículo 7 de la LO-SMA disponen que:

*“Las funciones de fiscalización e instrucción del procedimiento sancionatorio y la aplicación de sanciones estarán a cargo de unidades diferentes. El Superintendente tendrá la atribución privativa e indelegable de aplicar las sanciones establecidas en la presente ley.”*

16. Que, en consecuencia, el legislador ha querido dejar de manifiesto expresamente que en la SMA existe una clara separación de funciones. Demuestra lo anterior, la propia historia de la ley como a continuación se procede a exponer.

17. Que, originalmente en el texto del Mensaje Presidencial, que es la fuente primaria de la LO-SMA, el artículo 7 sólo contenía un inciso, el cual disponía lo siguiente: *“A las oficinas regionales les corresponderá ejercer, dentro del territorio de su competencia, las funciones y atribuciones que, siendo competencia de la Superintendencia, le sean delegadas por el Superintendente”*<sup>1</sup>.

18. Que, con ocasión de los trámites legislativos posteriores, es que primeramente en el Informe de la Comisión de Recursos Naturales, se hace presente por parte del Profesor Arturo Fernandois, la idea de la prevención de la Administración (SMA) en la función jurisdiccional, por la amplitud, profundidad e intensidad de sus atribuciones<sup>2</sup>. Posteriormente, el Asesor Jurídico de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (en adelante la “CONAMA”), don Luis Cordero, hace presente las innumerables observaciones que se realizaron en los trámites previos en relación a las competencias de la SMA, en especial con relación a la calidad de juez y parte que ésta detentaría en el procedimiento sancionatorio. Sobre el particular, este último señaló *“Que el Gobierno está dispuesto a buscar mecanismos de reasignación de competencias de interpretación respecto de las RCA, normas y planes, así como a presentar indicaciones para establecer diferencias entre fiscalización, instrucción del procedimiento e instancia sancionadora, de manera de evitar la contaminación de procedimientos.”*<sup>3</sup>

19. Que, es con mérito de lo anterior que la mencionada Comisión aprobó la idea de legislar, quedando en lo tocante al artículo 7 de la LO-SMA por expresa indicación del Ejecutivo, con dos nuevos incisos los cuales fueron aprobados por unanimidad. En definitiva, la redacción final del artículo mencionado quedó con dos nuevos incisos de la siguiente forma: *“Las funciones de fiscalización, instrucción del procedimiento sancionatorio y la aplicación de sanciones estará a cargo de unidades diferentes. El Superintendente tendrá la atribución privativa e indelegable de aplicar las sanciones establecidas en la presente ley.”*

20. Que, la Ministra presidenta de la CONAMA, explicó en esa oportunidad que de esta forma se garantiza el debido proceso durante la investigación y la eventual aplicación de sanciones<sup>4</sup>.

21. Que, a la misma conclusión se arriba en los trámites legislativos posteriores, donde la redacción del artículo séptimo se mantuvo invariable hasta su promulgación y publicación.

<sup>1</sup> Historia de la Ley N° 20.417, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, D.O 26 de enero de 2010, Mensaje presidencial 05 de junio del año 2008, p. 34.

<sup>2</sup> Historia de la Ley N° 20.471, cit., pp. 174-177.

<sup>3</sup> Historia de la Ley N° 20.471, cit., p. 178.

<sup>4</sup> Historia de la Ley N° 20.471, cit., p. 235.

22. Que, por ejemplo, en el Primer Informe de la Comisión de Medio Ambiente se señaló, a propósito de las atribuciones de la SMA en relación a las observaciones del Senador Longueira<sup>5</sup>, que *“Respecto a la dualidad de juez y parte que tendría la entidad fiscalizadora, agregando que detrás de esta crítica lo que subyace es la idea que no existiría un procedimiento verdaderamente imparcial y objetivo al que se sometería al presunto infractor. Para abordar esa preocupación, se estableció legalmente la separación de las funciones y las personas que realizan la inspección. Por otra parte también se separó el cuerpo instructor del proceso, de manera que no exista compromiso en buscar responsabilidad de parte de quien está instruyendo el sumario, que es el mismo que debería fallar”*.<sup>6</sup>

23. Que, en síntesis, ha quedado de manifiesto en la historia fidedigna del establecimiento de la LO-SMA, cuál fue el espíritu del legislador y, en consecuencia, la voluntad objetiva de la misma en relación a dejar expresamente claro la separación de las funciones y competencias dentro de la SMA.

24. Que, por tanto, en ese orden de ideas, cobra nuevamente importancia la improcedencia del recurso jerárquico, toda vez que es imposible su aplicación en atención a lo dispuesto en el mencionado inciso 3° del artículo 7 de LO-SMA, ya que según este precepto es atribución privativa e indelegable del Superintendente, aplicar sanciones. En consecuencia, no puede conocer el Superintendente del Medio Ambiente un recurso jerárquico en procedimiento administrativo de fiscalización o sancionatorio antes de que este se pronuncie si aplicará sanciones o absolverá al regulado. Suponer lo contrario sería contravenir gravemente su imparcialidad, la garantía del debido proceso y la voluntad objetiva de la ley ya latamente expuesta.

25. Que, en este sentido, es totalmente aplicable por analogía la jurisprudencia administrativa de la CGR, que en su Dictamen N° 39.348, de fecha 30 de agosto de 2007, ha señalado que *“Tal ha sido el predicamento de este Organismo de Control, expuesto en el dictamen N° 47.491 de 2005, donde se resolvió la improcedencia del recurso jerárquico en todos aquellos casos en que “aparezca claramente que la intención del legislador fue radicar determinadas facultades exclusivamente en (órganos subordinados)”*.

26. Que, por lo tanto, si la intención del legislador ha sido separar claramente las divisiones de fiscalización e instrucción del procedimiento sancionatorio y, por otro lado, radicar la facultad de aplicar sanciones en forma exclusiva en la persona del Superintendente del Medio Ambiente, no corresponde que contra de la Res. Ex. N° 9/ Rol F-055-2014 proceda el recurso jerárquico, toda vez que si el Superintendente procediera a pronunciarse sobre el fondo de dicha resolución impugnada, se estaría vulnerando esta estructura ordenada por la LO-SMA respaldada claramente por la historia de esta misma ley.

27. Que, a mayor abundamiento, el artículo 54 de la LO-SMA contempla un control jerárquico del Superintendente sobre las actuaciones que constan en el procedimiento sancionatorio, pero sólo una vez emitido el dictamen por el Fiscal Instructor. Manifestación de la intensidad de este control es que el Superintendente puede incluso ordenar, previo a absolver o sancionar, la realización de nuevas diligencias o la corrección de vicios de procedimiento, fijando un plazo para tales efectos, dando audiencia al investigado.

28. Que, en concordancia con lo recién señalado, la jurisprudencia administrativa asentada por los dictámenes de la Contraloría General de la República (en adelante la “CGR”), ha sido clarificadora frente al alcance de la aplicación supletoria de la LBPA cuando existen procedimientos administrativos especiales. En tal sentido, la doctrina ha distinguido

<sup>5</sup> Historia de la Ley N° 20.471, cit., p. 703.

<sup>6</sup> Historia de la Ley N° 20.471, cit., p. 707-708.

en los pronunciamientos que dicho organismo de control ha dictado en esta materia, tres criterios sobre los cuales se aplica la mencionada técnica de la supletoriedad.

29. Que, uno de ellos es el criterio de la “**exclusión material**”, en virtud del cual se ha estimado que no es procedente la aplicación supletoria de la LBPA si ello afecta, altera o desnaturaliza el desarrollo del respectivo procedimiento especial. El Dictamen N° 64.580, de fecha 19 de noviembre de 2009, ha aplicado claramente este criterio al establecer que “(...) *Por otra parte es también importante tomar en consideración que la aplicación supletoria de las reglas de la ley N° 19.880 debe hacerse de un modo que ella sea conciliable con las peculiaridades del respectivo procedimiento especial, lo cual importa que la misma no puede obstar a la adecuada realización de las actuaciones necesarias para el cumplimiento de las finalidades específicas que la ley intenta lograr mediante tal procedimiento (...)*”<sup>7</sup>

30. Que, en consecuencia, la aplicación supletoria del artículo 59 de la Ley N° 19.880 –en lo que al recurso jerárquico respecta–, afecta, altera y desnaturaliza el procedimiento administrativo sancionador seguido ante la SMA, toda vez que implica afectar la separación de las labores de fiscalización, instrucción del procedimiento sancionatorio y aplicación de sanciones contemplada por la LO-SMA.

31. Que, en razón de lo expuesto en los considerandos anteriores, se procede a resolver lo siguiente.

#### RESUELVO:

I.- **RECHAZAR por improcedente** el recurso jerárquico interpuesto en subsidio por Obrascon Huarte Lain S.A. en contra de la Res. Ex. N° 9/ Rol F-055-2014, por los motivos previamente expuestos.

II.- **NOTIFICAR** por carta certificada, o por otro de los medios que establece el artículo 46 de la Ley N° 19.880, a la empresa Obrascon Huarte Lain S.A., domiciliada en calle Rosario Norte N° 407, oficina 1401, piso 14, comuna de Las Condes, Región Metropolitana.



DHE/RPL

#### Notifíquese por carta certificada:

- Obrascon Huarte Lain S.A., Rosario Norte N° 407, oficina 1401, piso 14, comuna de Las Condes, Región Metropolitana.

#### C.C.:

- Fiscalía, Superintendencia del Medio Ambiente.
- División de Sanción y Cumplimiento, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Oficina de Partes, Superintendencia del Medio Ambiente.

<sup>7</sup> En este mismo sentido Dictamen N° 72.012/2012, Dictamen N° 37.245/2012, Dictamen N° 44.299/2011, Dictamen N° 32.983/2011, Dictamen N° 79.238/2010, Dictamen N° 60.633/2010, Dictamen N° 64.985/2009, Dictamen N° 60.435/2008, Dictamen N° 36.734/2008, Dictamen N° 39.348/2007, Dictamen N° 31.063/2007, Dictamen N° 61.519/2006, Dictamen N° 45.503/2005, Dictamen N° 31.414/2005, Dictamen N° 3.825/2005, Dictamen N° 33.255/2004, Dictamen N° 22.207/2009, y Dictamen N° 47.491/2005.