

PL-045-2016

MAT: Solicita corrección del procedimiento; en subsidio solicita modificación del informe de fiscalización.

ANT: Res. Ex. D.S.C./P.S.A. N° 000264, de 31 de marzo de 2016.

REF: Expediente Sancionatorio Rol A-002-2013.



Santiago, 11 de abril 2016

Sra. Camila Martínez Encina

Fiscal Instructora de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente
Teatinos N° 280 piso 8, Santiago
Presente

Javier Vergara Fisher, en representación de Compañía Minera Nevada SpA, ambos domiciliados para estos efectos en La Concepción 141, oficina 1106, Comuna de Providencia, Región Metropolitana, en procedimiento sancionatorio Rol A-002-2013, a Ud., respetuosamente digo.

Que con fecha 4 de abril de 2016 se notificó a mi representada de la Resolución Exenta D.S.C./P.S.A. N° 000264, de fecha 31 de marzo de 2016 (en adelante R.E. 264), la cual resuelve un conjunto de cuestiones procedimentales cuya providencia se encontraba pendiente en la sustanciación del presente procedimiento de sanción.

Entre las diversas cuestiones que señala esta resolución, en su sección C, numeral 10, indica: *“Luego y en otro orden de ideas, con fecha 14 de marzo de 2016, el Jefe de la División de Fiscalización remitió a la División de Sanción y Cumplimiento, el Memorandum DFZ N° 107, el cual contiene el anexo denominado “Corrección Informe DFZ-2013-63-III-RCA-IA”, mediante el cual se da cumplimiento a lo ordenado en el Resuelvo III, numeral 7.5 de la Resolución Exenta D.S.C./P.S.A. N° 1191, de 17 de*

diciembre de 2015;”, luego, en su numeral 12 precisa: “*Ambos Memorándums antes individualizados, así como también la documentación que se adjunta a los mismos, deben ser tenidos como parte integrante del procedimiento administrativo sancionatorio, tanto material como jurídicamente*”.

En congruencia con las consideraciones expuestas se resuelve: “*II. En relación a las presentaciones detalladas en el literal C de la presente Resolución: a) En relación a lo señalado en el numeral 10 de la presente Resolución, **téngase por incorporado al presente procedimiento sancionatorio, tanto material como jurídicamente, el Memorándum DFZ N° 107, de 14 de marzo de 2016 y la información anexa a él, denominada “Corrección Informe DFZ-2013-63-III-RCA-IA”*** (lo destacado es nuestro).

Respecto de lo resuelto es que venimos en solicitar, en primer término, la corrección del procedimiento, debiéndose por tanto dejar sin efecto en esta parte la R.E. 264; en subsidio, y para el evento de que dicha solicitud sea rechazada es que venimos en solicitar que el citado Informe de Fiscalización sea complementado, incorporando la totalidad de los antecedentes que forman parte de dicho proceso, solicitudes que se fundan en los argumentos que a continuación paso a exponer.

I. Solicitud de Corrección del Procedimiento.

El artículo 10 de la Ley 19.880 consagra el denominado principio de contradictoriedad, en virtud del cual “*Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio. **Los interesados podrán, en todo momento, alegar defectos de tramitación, especialmente los que supongan paralización, infracción de los plazos señalados o la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto***” (lo destacado es nuestro).

Además, el artículo 11 de la citada Ley consagra el principio de imparcialidad, el cual impone a la Administración el deber de actuar con imparcialidad y a través de actuaciones debidamente fundadas. A su vez, el artículo 13 inciso final de la Ley referida dispone que: “*La Administración podrá subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afectaren los intereses de terceros*”.

Este conjunto de disposiciones, aplicables supletoriamente al presente procedimiento, habilitan a mi representada para solicitar la corrección del procedimiento en los términos que se pasarán a exponer.

El artículo 19 N° 3 de nuestra Carta Fundamental asegura a todas las personas el derecho a contar con un “racional y justo procedimiento”. Esta garantía fundamental posee múltiples manifestaciones, siendo una de ellas el derecho a defensa que asiste a quien se convierte en sujeto pasivo del “*ius puniendi*” del Estado. A su vez, este derecho a defensa se materializa en un conjunto de garantías concretas y procedimentales, que permiten otorgar al justiciable

un marco certero de actuación ante el Estado, ello con la finalidad de poder desarrollar su defensa.

Es elemental, para el desarrollo de una adecuada defensa, el hecho de que quien es objeto del procedimiento conozca ex-ante sus ritualidades, pudiendo de esta manera precaver y diseñar los distintos medios de prueba o alegaciones que fundarán su posición en el marco de un procedimiento sancionatorio. El respeto de esta mínima garantía, que da seguridad jurídica al desarrollo del procedimiento de sanción, se hace particularmente más relevante en el presente proceso, dada su extensión temporal, magnitud y eventuales sanciones involucradas.

Pues bien, la R.E. 264 precisamente viene en alterar gravemente la ritualidad y el orden consecutivo legal del procedimiento de sanción, motivo por el cual solicitamos sea dejada sin efecto, en lo referente a sus Considerandos C. 10, C. 12 y su Resuelvo II a), apartados que establecen una modificación procedimental que causa perjuicio a mi representada.

La LO-SMA le entrega a la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante SMA) diversas funciones. Así, la letra a) del artículo 3° consagra la potestad de la SMA de *“Fiscalizar el permanente cumplimiento de las normas, condiciones y medidas establecidas en las Resoluciones de Calificación Ambiental”*. A su vez, la letra o) de la misma disposición establece su facultad de *“Imponer sanciones de conformidad a lo señalado en la presente ley”*. De esta forma la facultad de fiscalizar el cumplimiento de las herramientas de gestión ambiental y de sancionar aquellos hechos constitutivos de infracción son, por esencia, potestades diversas entregadas a una misma institución.

Esta clara distinción se expresa en la propia LO-SMA, la cual regula procedimientos diversos para el desarrollo del proceso de fiscalización y de sanción. Así, el desarrollo del proceso de fiscalización se regula en el Título II de la Ley, mientras que el procedimiento sancionatorio se regula en el Párrafo 3° del Título III *“De las Infracciones y Sanciones”*.

Ahora bien, sin perjuicio de configurar la fiscalización y la sanción, respecto de herramientas de gestión ambiental potestades distintas atribuidas a la SMA), existe entre ellas una íntima conexión, por cuanto sin lugar a dudas el procedimiento de fiscalización, y en particular el informe que resume y pondera la totalidad de las actuaciones desarrolladas en él, constituye la base elemental a partir de la cual se desarrollará un futuro procedimiento sancionatorio, motivo por el cual, la ritualidad procedimental indica que el procedimiento de fiscalización antecede al de sanción.

Esta aseveración posee expresa consagración normativa por cuanto el artículo vigésimo de la Resolución Exenta N° 1184, dictada por la SMA con fecha 14 de diciembre de 2015, dispone: *“Una vez finalizado el informe técnico de fiscalización ambiental en los términos establecidos en el artículo anterior, y con el objeto de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 26 de la ley, La División de Fiscalización de la Superintendencia deberá*

remitirlo al Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental. Sin embargo, cuando se constaten hallazgos que revistan características de eventuales infracciones de competencia de la Superintendencia, se remitirán los antecedentes a la División de Sanción y Cumplimiento de esta Superintendencia para el análisis jurídico respectivo a fin de determinar si ésta realizará actividades de investigación para determinar el inicio o no de un procedimiento sancionatorio, en cuyo caso los antecedentes serán publicados en el Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental en conjunto con la formulación de cargos” (lo destacado es nuestro).

Lo dispuesto en esta regulación obliga efectivamente a los funcionarios de la SMA en virtud de lo dispuesto en el artículo 25 de la LO-SMA, el cual dispone que las acciones de fiscalización deberán *“ajustarse a las instrucciones técnicas de carácter general impartidas por ésta relativas a los protocolos, procedimientos y métodos de análisis en ellas definidos”*.

A su vez, el artículo 47 inciso segundo de la LO-SMA señala: *“La denuncia formulada conforme al inciso anterior originará un procedimiento sancionatorio si a juicio de la Superintendencia está revestida de seriedad y tiene mérito suficiente. **En caso contrario, se podrá disponer la realización de acciones de fiscalización sobre el presunto infractor...**”* (lo destacado es nuestro). De esta forma la propia Ley da cuenta de que el procedimiento de fiscalización precede al de sanción, el cual debemos recordar, según lo dispone el artículo 49 de la misma se *“iniciará con una formulación precisa de los cargos”*.

La R.E. 264 precisamente vulnera el orden consecutivo legal contemplado para el procedimiento sancionatorio, por cuanto manda incorporar a éste un Informe de Fiscalización modificado, el cual incorpora nuevos antecedentes, posteriores todos ellos a los hechos fiscalizados (que datan del 2013) y al procedimiento de fiscalización propiamente tal, todo ello respecto de un procedimiento de fiscalización que se encontraba afinado y cuya modificación a lo menos, habría exigido, en primer lugar, se dejasen sin efecto los cargos que se formularon como consecuencia de aquella parte del informe de fiscalización que la Resolución Exenta N° 1191 de la SMA manda a modificar.

Cabe recordar que la Resolución Exenta N°696 de 22 de abril de 2015, que ordena la reapertura de este proceso de sanción, en su Resuelvo I *“ordena retrotraer el procedimiento administrativo en comento hasta el momento inmediatamente posterior a la última actuación útil del procedimiento, es decir, el Memorándum DFZ N°258 de 14 de mayo de 2013, que rola a fojas 330 a 337.”* (Lo destacado es nuestro). De esta forma, sólo se dejan sin efecto las actuaciones y resoluciones posteriores a dicho Memorándum N°258, no existiendo facultad que permita alterar ni modificar de modo alguno las actuaciones y diligencias efectuadas previamente.

Por otro lado, cuando la referida Resolución N°696, en el mismo Resuelvo I, ordena corregir los vicios identificados por el Segundo Tribunal Ambiental en la oportunidad procedimental que corresponda, se refiere a aquellos identificados en el Considerando Centésimo Sexagésimo Octavo del fallo del Tribunal, relacionados con diligencias probatorias y en ningún caso con la etapa de fiscalización, instrucción respecto de la cual – dada su imprecisión y vaguedad- esta parte efectuó expresa reserva de impugnar cuando dicha corrección se materializara efectivamente durante el procedimiento (escrito de Evacua Traslado, de 14 de mayo de 2015.)

De esta manera, una recta tramitación del procedimiento hubiese exigido, a lo menos: (i) dejar sin efecto los cargos formulados en relación a la presunta infracción del Considerando 9.8 y 9.9 de la RCA 23/2006; (ii) luego de ello reabrir formalmente el procedimiento de fiscalización notificándose a los interesados; y (iii) otorgar la oportunidad a los interesados para hacer ver o incorporar antecedentes que pudiesen incidir en la modificación del informe de fiscalización respectivo.

Por estos motivos los términos en que ha sido ejecutado el Resuelvo 7.5 de la R.E. 1191 hace imposible incorporar el informe de fiscalización corregido de manera retroactiva al presente procedimiento de sanción.

II. En subsidio, solicita el complemento del Informe de Fiscalización.

Para el evento que se resuelva no dar lugar a la corrección del procedimiento requerida en los términos solicitados en el numeral I de esta presentación, solicito disponga, en virtud del principio de imparcialidad consagrado en el artículo 10 de la Ley 19.880, lo dispuesto en el artículo 25 de la LO-SMA y lo preceptuado en la Resolución Exenta de esta Superintendencia N° 1184 (en adelante R.E. 1184), la modificación y el complemento del Informe DFZ-2013-63-III-RCA-IA en los términos que se indicarán.

La R.E. 1184 tiene por finalidad dictar instrucciones de carácter general sobre la fiscalización ambiental, estableciendo una precisa regulación que debe ser observada por los funcionarios de la SMA, ello en virtud de lo establecido tanto en el artículo 1° de la misma resolución como lo contemplado en el ya referido artículo 25 de la LO-SMA.

El artículo 5° de la R.E. 1184 señala qué actividades comprenden la fiscalización, entre las cuales se encuentra el: “*b) Examen de información*”. La misma disposición señala además que: “*...los resultados consolidados de las actividades de fiscalización ejecutadas respecto de una unidad fiscalizable, deberán constar en un informe técnico de fiscalización ambiental*” (lo destacado es nuestro), de esta forma el informe de fiscalización se constituye en una pieza que debe recoger la totalidad de las actividades que forman parte del procedimiento de fiscalización y que como vimos servirán de base para la decisión de iniciar o no un procedimiento de sanción según se formulen cargos o no.

Posteriormente el artículo Decimoséptimo de la resolución en análisis señala en su inciso 1º, respecto de las labores de examen de información que: ***“La información que la Superintendencia reciba en el marco de su competencia, será objeto de un examen de información según las prioridades establecidas en los programas y subprogramas respectivos, sin perjuicio de las denuncias que reciba conforme a la ley”*** (lo destacado es nuestro), de modo tal que la SMA está obligada a ponderar y analizar aquellos antecedentes que habiendo sido admitidos le sean presentados en el desarrollo del procedimiento. Luego el inciso 3º establece los criterios para el desarrollo adecuado de dicho examen, exigiendo de la SMA realizar una *“valorización cuantitativa y/o cualitativa”*.

Luego el artículo Decimonoveno regula en concreto el contenido del Informe Técnico de Fiscalización Ambiental, el cual debe incorporar ***“Los resultados consolidados de las actividades de fiscalización desarrolladas...”*** (Lo destacado es nuestro). De esta manera se le exige a la División de Fiscalización un análisis de la totalidad de los antecedentes que acompañados válidamente al procedimiento puedan tener incidencia en “consolidar” una determinada conclusión en relación a la configuración de una determinada infracción. En aplicación del principio de imparcialidad ya referido, evidentemente en esta labor la SMA debe considerar tanto aquellos antecedentes que beneficien o que perjudiquen al presunto infractor, sin distingo.

Pues bien, la modificación al informe de fiscalización que se manda a incorporar a través de la R.E. 267 precisamente infringe tanto el principio de imparcialidad como lo dispuesto en los artículos Quinto y Decimonoveno de la R.E. 1184, ello por cuanto sólo incorpora en el análisis para establecer la existencia de infracciones a los considerandos 9.8 y 9.9 de la RCA 24/2006 algunos antecedentes generados en forma posterior a la efectiva constatación de los hechos consignados en el Informe de Fiscalización, pero no todos aquellos antecedentes que fueron generados o invocados con posterioridad a dicha constatación de hechos.

Esto es evidente por cuanto con fecha 29 de abril de 2013, en escrito de contestación al ORD U.I.P.S. N°58, mi representada acompañó ante la SMA la Carta N°120941 del 7 de junio de 2012, emitida por la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental, que contiene el pronunciamiento que –a la fecha de constatación de los hechos supuestamente constitutivos de infracción (diciembre 2012 y enero 2013) se encontraba vigente la solicitud de pertinencia en relación a la modificación del cambio de metodología de cálculo de los niveles de alerta.

A mayor abundamiento, con fecha 24 de diciembre de 2013, CMN SpA actualizó el Sistema de Resoluciones de Calificación Ambiental del SNIFA, incorporando a éste la referida Carta N°120941 de la D.E. del SEA. Y con posterioridad, esta parte reiteró y volvió a acompañar dicho antecedente junto al escrito de “Evacua Traslado” presentado con fecha 14 de mayo de 2015, tras la reapertura del procedimiento administrativo.

Este pronunciamiento da cuenta de una modificación relevante en la metodología de cálculo establecida en los considerandos 9.8 y 9.9 de la RCA 24/2006 y con ello cambia de manera sustantiva la forma de establecer una eventual infracción a su respecto.

El impacto concreto que posee la pertinencia en comento es evidente por cuanto permite de forma legítima el empleo por parte de CMN de una metodología de cálculo de los niveles de alerta que incorpore la información de calidad de agua aportada con posterioridad al año 2005, información que por tanto modifica tales niveles de alerta, que eran los que se encontraban vigentes para la CMN al momento de verificarse los hechos supuestamente constitutivos de infracción que fueron consignados en el Informe de Fiscalización DFZ-2013-63-III-RCA-IA. Y, de acuerdo con dicha legítima aplicación de los niveles de alerta, CMN no se encontraba en el supuesto de activar los planes de preemergencia ni de emergencia durante los meses de diciembre 2012 ni enero 2013.

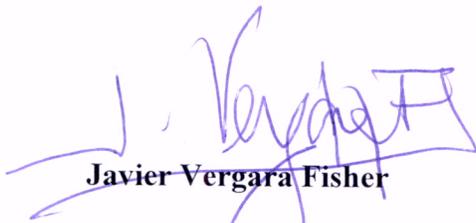
De esta forma queda en evidencia que la SMA ha actuado de manera parcial, pues ordenó sólo reabrir y modificar el informe de fiscalización para incorporar un único antecedente posterior al cierre de dicho procedimiento, la sentencia dictada por el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, pero incumple su deber de consolidar la totalidad de la información disponible y relevante para la configuración de una eventual infracción al omitir examinar y analizar las implicancias que el pronunciamiento sobre la pertinencia (Carta 120941) tendría a su respecto, perjudicando con ello gravemente a mi representada, por cuanto, como vimos, su debida ponderación, tendría como consecuencia directa que uno de los cargos formulados a su respecto debería quedar sin efecto, cuestión que debe ser necesariamente analizada a la luz de incorporación de la totalidad de los antecedentes relativos a los niveles de alerta a la fecha en que ocurrieron los hechos que iniciaron el proceso en cuestión.

III. Peticiones concretas.

En base a las disposiciones legales y reglamentarias citadas y los argumentos expuestos solicito a Ud.:

- (i) Ordenar la corrección del procedimiento sancionatorio rol A-002-2013, dejando sin efecto la incorporación en éste del Memorándum DFZ N° 107, de 14 de marzo de 2016 y la información anexa a él, denominada “Corrección Informe DFZ-2013-63-III-RCA-IA.
- (ii) En subsidio, ordenar la modificación del Informe DFZ-2013-63-III-RCA-IA, incorporando en éste el análisis de las implicancias que el pronunciamiento contenido en la Carta N°120941 sobre la consulta de pertinencia formulada por mi representada, poseen en la configuración de las infracciones de los considerandos 9.8 y 9.9 de la RCA 24/2006.

Sin otro particular, le saluda atentamente,



Javier Vergara Fisher
pp. Compañía Minera Nevada SpA