

**RESUELVE PRESENTACIÓN QUE INDICA**

**RESOLUCIÓN EXENTA N° 778**

**Santiago, 23 AGO 2016**

**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 adelante "LOSMA"); en la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; en la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, del año 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; en el Decreto Supremo N° 76, de 10 de octubre de 2014, del Ministerio del Medio Ambiente; y, en la Resolución N° 1.600, de 30 de octubre 2008, de la Contraloría General de la República, que fija normas sobre exención del trámite de toma de razón.

**CONSIDERANDO:**

1. Que, con fecha 6 de mayo de 2016, doña Cecilia Urbina, en representación de Empresa de Servicios Sanitarios Los Lagos S.A. ("ESSAL S.A."), presentó un escrito, solicitando ampliación del plazo para ejecutar la acción N° 3 del objetivo específico N° 1 del programa de cumplimiento aprobado en relación al procedimiento rol D-67-2015. Dicha acción consiste en *"Retirar los lodos del fondo de las lagunas para su disposición en lugar autorizado"* y su plazo de ejecución para la laguna N° 1 vencía el *"segundo mes desde la notificación de la resolución que aprueba el PDC"*.

2. Mediante Resolución Exenta N° 8/ Rol D-067-2015, de fecha 9 de mayo de 2016, esta SMA resolvió rechazar la solicitud de ampliación de plazo singularizada en el considerando anterior.

3. Con fecha 20 mayo de 2016, ESSAL S.A. interpuso, en lo principal, recurso de reposición en contra de la Resolución Exenta N° 8/ Rol D-067-2015, en el primer otrosí, interpuso recurso jerárquico en subsidio y, en el segundo otrosí, acompañó documentos.

4. Posteriormente, mediante Resolución Exenta N° 11/ Rol D-067-2015, de 4 de julio de 2016, se procedió a rechazar el recurso de reposición señalado en el considerando anterior. En el resuelto segundo de la misma resolución, se resolvió *"ELEVAR todos los antecedentes de la presente resolución al Superintendente del Medio Ambiente, para que resuelva el recurso jerárquico interpuesto en subsidio por ESSAL S.A., en atención a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 59 de la Ley N° 19.880"*.

5. Con fecha 11 de julio de 2016, ESSAL S.A. realizó una presentación dirigida a este Superintendente, en sede recurso jerárquico, donde realizó una serie de alegaciones similares a las vertidas en el recurso de reposición y, además, mostró su preocupación por el resuelto cuarto de la Resolución Exenta N° 11/ Rol D-067-2015, donde la Jefa

de la División de Sanción y Cumplimiento señaló que ***“SE ADVIERTE que debido a que el recurso de reposición fue interpuesto por ESSAL S.A. con fecha 20 de mayo de 2016, en circunstancias que la acción N° 3 se señaló como ejecutada con fecha 15 de mayo de 2016 en el Primer Informe Bimestral de Programa de Cumplimiento, esto será ponderado en su caso, en la oportunidad procesal correspondiente dentro de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA”***. Esto último es de preocupación para la empresa, porque *“formula una anticipación de un eventual resultado desfavorable, pese a que en los hechos se trata de 9 días corridos de retraso en la ejecución de una acción accesoria al programa. Lo grave del asunto, además, es que la declaración se hace por la propia Jefa de la División de Sanción y Cumplimiento, misma funcionaria que en definitiva deberá pronunciarse acerca de la declaración de ejecución satisfactoria o insatisfactoria del programa de cumplimiento”*.

#### **Improcedencia de la aplicación supletoria de la Ley N° 19.880 en cuanto a la procedencia del recurso jerárquico**

6. De acuerdo al artículo 62 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (“LOSMA”), *“[e]n todo lo no previsto en la presente ley, se aplicará supletoriamente la ley N° 19.880”*.

7. Sin embargo, la Historia de la Ley N° 19.880, la jurisprudencia administrativa y la jurisprudencia judicial han señalado de manera permanente la preeminencia de normas de los procedimientos administrativos especiales que regulan sus aspectos específicos por sobre una eventual aplicación supletoria de la referida legislación, al conceder una preeminencia a la especialidad por sobre la generalidad. Lo anterior, tal como se demostrará, lleva consigo a la conclusión que el recurso jerárquico no aplica supletoriamente en el presente caso.

8. En primer término, en la Historia de la Ley N° 19.880 se señala que la referida legislación tiene por objeto apuntar a aquellos procedimientos sin regulación, sujetos por entero a la discrecionalidad de las autoridades administrativas, no buscando alterar, modificar o desnaturalizar los procedimientos administrativos especiales. En este sentido se señaló:

*“En tercer lugar, se busca uniformar y estandarizar la forma en que se deben expedir los actos. En este aspecto, el contenido del proyecto va especialmente apuntado a aquellos procedimientos sin regulación, sujetos por entero a la discrecionalidad de la administración y sin conocimiento o participación de los ciudadanos.*

*El proyecto no busca alterar los procedimientos administrativos que constan con una regulación legal propia. Ellos seguirán sometidos a sus normas de procedimiento. Apunta, en consecuencia, a poner plazos a los procedimientos que no lo tienen”<sup>1</sup>.* (énfasis agregado)

9. En segundo término, la Contraloría General de la República ha dictaminado de forma clara la improcedencia de aplicar supletoriamente la Ley N° 19.880 en la medida que exista un procedimiento legal especial. En razón de lo anterior, ha generado tres criterios que son los siguientes:

<sup>1</sup> Historia de la Ley N° 19.880. Biblioteca del Congreso Nacional. Pág., 9.

a. *Criterio de la exclusión formal:* La sola existencia de procedimiento especial excluye la aplicación de la Ley N° 19.880 (criterio de intervención mínima por la especialidad). Al respecto señala:

*“(…) Enseguida, en relación al plazo para materializar el traspaso en comento, es necesario consignar que si bien el artículo 1° de la ley N° 19.880 -Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado-, dispone, en lo que interesa, que en caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la presente ley se aplicará con carácter de supletoria, es menester recordar que la jurisprudencia de este Organismo Contralor, contenida, entre otros, en el dictamen N° 26.019, de 2010, ha sostenido que las disposiciones de la aludida ley N° 19.880 son aplicables a todos los procedimientos administrativos que llevan a cabo los órganos de la Administración del Estado, salvo que la ley establezca procedimientos especiales, como ocurre en la especie (...)”<sup>2</sup>. (Énfasis agregado)*

b. *Criterio de la materia no regulada:* Se aplica la supletoriedad en el evento de existir un vacío legal.

*“En este orden de ideas, cabe recordar que dicha supletoriedad procederá frente a la omisión o falta de regulación de algún aspecto del procedimiento administrativo.”<sup>3</sup>*

c. *Criterio de la exclusión material:* No aplica la supletoriedad cuando se afecte, altere o desnaturalice el desarrollo del respectivo procedimiento especial.

*“(…) 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>4</sup>*

<sup>2</sup> Dictamen N°11.543/2011. En este mismo sentido: Dictamen N°19.557/2013, Dictamen N° 60.563/2012, Dictamen N° 30.682/2012, Dictamen N°44.459/2011, Dictamen N° 11.543/2011, Dictamen N° 2379/2011, Dictamen N° 385/2011, Dictamen N° 64.972/2009, Dictamen N° 58.517/2009, Dictamen N° 32.762/2009, Dictamen N° 60.435/2008, Dictamen N° 33.522/Fecha 21-07-2008, Dictamen N° 15.492/2008, Dictamen N° 14.643/2008, Dictamen N° 6.635/2008, Dictamen N° 17.329/2007, Dictamen N° 4.321/2007, Dictamen N° 61.519/2006, Dictamen N° 12.971/Fecha 22-03-2006, Dictamen N° 7390/2006, Dictamen N° 31.414/2005, Dictamen N° 21.025/2005, Dictamen N° 1.896/2005, Dictamen N° 77/2005, Dictamen N° 33.255/2004, Dictamen N° 22.207/2009, Dictamen N° 47.491/ 2005, Dictamen N° 6.184/2005, Dictamen N° 28.873/2006, Dictamen N° 26.019/2010, Dictamen N° 37.747/2003, Dictamen N° 60.513/2004, Dictamen N° 23.824/2003, Dictamen N° 44.032/ 2002, Dictamen N°14.459/ 2001, y Dictamen N° 38.894/1988.

<sup>3</sup> Dictamen N° 44.299/2011. En este mismo sentido aplican: Dictamen N° 19.557/2013, Dictamen N° 81.158/2012, Dictamen N° 80.963/2012, Dictamen N° 74.086/2012, Dictamen N° 65.940/2012, Dictamen N° 9.719/2012, Dictamen N° 64.338/2011, Dictamen N° 61.059/2011, Dictamen N° 44.299/2011, Dictamen N° 32.983/2011, Dictamen N° 2.379/2011, Dictamen N° 79.238/2010, Dictamen N° 64.990/2009, Dictamen N°64.972/2009, Dictamen N° 59.274/2009, Dictamen N° 58.517/2009, Dictamen N° 33.796/2009, Dictamen N° 61.711/2008, Dictamen N° 60.435/2008, Dictamen N° 33.448/2008, Dictamen N° 28.936/2008, Dictamen N° 26.378/2008, Dictamen N° 20.944/2008, Dictamen N° 14.643/2008, Dictamen N° 3.441/2008, Dictamen N° 53.303/2007, Dictamen N°44.314/2007, Dictamen N° 42.639/2007, Dictamen N° 36.234/2007, Dictamen N° 31.063/2007, Dictamen N° 20.119/2006, Dictamen N° 31.414/2005, Dictamen N° 3.825/2005, Dictamen N° 48.869/2004, Dictamen N° 3.559/2004, y Dictamen N° 1.078/2007.

<sup>4</sup> Dictamen N° 64.580/2009. En este mismo sentido aplican: 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°

10. Finalmente, la jurisprudencia judicial se ha pronunciado en el mismo sentido, al resolver que no es necesario acudir a las normas de la Ley N° 19.880 para el otorgamiento del permiso solicitado por existir normas especiales al efecto. Al respecto señaló:

*“DÉCIMO SEXTO: Que de lo explicado resulta evidente que en el presente caso, frente a una solicitud de exploración de aguas subterráneas en terrenos constituidos por bienes nacionales, en la que se afectaban zonas que alimentan áreas de vega y bofedales, necesarios en su conservación para proteger el medio ambiente, el Código de Aguas previó especialmente estas situaciones y dio las regulaciones correspondientes tanto en lo que se refiere al procedimiento administrativo como también en defensa del medio ambiente, de tal modo que para decidir de la manera que se ha indicado no era necesario acudir a las normas de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativos para el otorgamiento del permiso solicitado por existir normas especiales al efecto, ni tampoco, para el sólo efecto de iniciar un procedimiento de exploración, considerar las normas de la ley de bases del medio ambiente, como lo pretende el recurso, ni menos eran atinentes las disposiciones generales del derecho común, de tal manera que en esta parte la sentencia recurrida se ha ajustado al derecho y no hay infracción jurídica que corregir (...)”.*<sup>5</sup> (Énfasis agregado)

11. De este modo, en el presente caso no es aplicable el recurso jerárquico contemplado en el artículo 59 de la Ley N° 19.880 al presente procedimiento, en primer lugar, porque la LOSMA ha dispuesto un procedimiento especial, en segundo término, porque en la LOSMA no existe un vacío legal que permita la aplicación de la aludida normativa y, principalmente, porque de aplicarse supletoriamente desnaturalizaría los procedimientos instruidos por este Servicio.

12. En efecto, si aceptáramos la procedencia del recurso jerárquico en estos procedimientos, se generaría **una grave alteración o desnaturalización del mismo**, ya que implicaría ir en contra del sentido de la LOSMA, toda vez que el legislador resguardó el principio de debido proceso e imparcialidad conforme lo dispone la división de funciones del artículo 7° de la referida norma. Al respecto, el inciso 2° y 3° de dicho artículo establece lo siguiente:

*“Artículo 7°.-*

*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.”*

13. De este modo, uno de los objetivos principales de dicho artículo fue resguardar la imparcialidad que debe gozar el Superintendente del Medio Ambiente para dictar la resolución de término de los procedimientos administrativos sancionatorios seguidos ante este Servicio. Dentro de dichas resoluciones se encuentra aquélla que se pronunciará sobre la ejecución satisfactoria o no de un programa de cumplimiento, la que por lo demás determinará la finalización del procedimiento sancionatorio suspendido. Es así como el artículo 12

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° 3825/2005, Dictamen N° 33.255/2004, Dictamen N° 22.207/2009, y Dictamen N° 47.491/2005.

<sup>5</sup> Sentencia de la Excm. Corte Suprema N° de Ingreso 1652/2010.

del Decreto Supremo N° 30/2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba el Reglamento de Programas de Cumplimiento, Autodenuncia, y Planes de Reparación, dispone que “[c]umplido el programa dentro de los plazos establecidos y de acuerdo a las metas fijadas en él, el procedimiento administrativo se dará por concluido. Para esos efectos, una vez constatada la ejecución satisfactoria del programa, la Superintendencia procederá a dictar una resolución que ponga término al procedimiento administrativo sancionatorio, la que se notificará al infractor”.

14. Por lo tanto, si aceptáramos la aplicación supletoria del recurso jerárquico en contra de un acto trámite del procedimiento, regulado por la LOSMA, el Superintendente entraría a conocer y resolver un asunto que es propio de la instrucción del procedimiento, antes de recibir el pronunciamiento respectivo de la División de Sanción y Cumplimiento, afectándose su imparcialidad y, por lo tanto, inhabilitándolo para dictar la posterior resolución final que procesa conforme a derecho y al mérito del procedimiento.

15. En este sentido, el legislador, cuando ha estimado necesaria la intervención del Superintendente del Medio Ambiente antes de dictar la resolución final de un procedimiento, lo ha regulado expresamente. Dicho es el caso de las medidas provisionales, contempladas en el artículo 48 de la LOSMA.

16. A mayor abundamiento, aplicar supletoriamente el recurso jerárquico para impugnar los actos administrativos de fiscalización, investigación o instrucción del procedimiento administrativo, fuera de atentar contra la división de funciones que impuso el legislador para resguardar el debido proceso y la imparcialidad, generaría una infracción al numeral 6 del artículo 64 de la Ley N° 18.575 que señala:

*“Artículo 64.- Contravienen especialmente el principio de la probidad administrativa, las siguientes conductas:*

*N°6: (...) Asimismo, participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad.”*

17. En razón de lo anterior, se procede a resolver lo siguiente;

#### RESUELVO:

**PRIMERO: RECHAZAR** el recurso jerárquico interpuesto por ESSAL S.A. mediante escrito de 20 de mayo de 2016, **por ser este improcedente**, según las razones indicadas en el presente acto.

Sin perjuicio de lo anterior, este Superintendente estima necesario hacer las siguientes aclaraciones: (i) la advertencia contenida en el resuelvo cuarto de la Resolución Exenta N° 11/ Rol D-067-2015, no significa ningún prejuzgamiento respecto de la posterior determinación sobre la ejecución satisfactoria o no del programa de cumplimiento aprobado respecto del procedimiento Rol D-067-2015. Lo anterior es claro, dado que el referido resuelvo señala que *“esto será ponderado **en su caso**”* (Énfasis agregado); y, (ii) dicha declaración no afectará tampoco la imparcialidad con la que este Superintendente resolverá finalmente si el programa de cumplimiento se ejecutó satisfactoriamente o no. En ese momento se procederán a ponderar todas las circunstancias expuestas, para resolver el asunto conforme a derecho. En definitiva, la declaración de la Jefa de la División de Sanción y Cumplimiento vertida en el señalado

resuelvo cuarto, no determina lo que resolverá este Superintendente en la oportunidad procedimental que corresponda. En ese sentido, se aclara que la División de Sanción y Cumplimiento, en este tipo de casos, recibe el informe de la División de Fiscalización sobre el cumplimiento del programa aprobado, para posteriormente derivar todos los antecedentes a este Superintendente, mediante una "propuesta" vertida en un memorándum de comunicación interna. En consecuencia, quien finalmente resuelve sobre la ejecución satisfactoria de programa un cumplimiento es el Superintendente del Medio Ambiente.

**SEGUNDO: Deriva antecedentes.** Derívese la presentación individualizada en el considerando 5° anterior a la División de Fiscalización de esta Superintendencia, para que pondere lo allí expuesto por la empresa, al momento de emitir su informe respecto del programa de cumplimiento aprobado en el procedimiento rol D-067-2015.

**ANÓTESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE**



*Handwritten initials:* CHE/ES

**Notificación por carta certificada:**

- Cecilia Urbina, domiciliados en calle Covadonga 52, comuna de Puerto Montt, Región de los Lagos.
- Víctor Barría Oyarzo, domiciliado en Calle Los Cipreses N° 93, Villa Los Aromos, Los Muermos, Región de Los Lagos.
- Maria Gina Velásquez Aro, Presidenta Junta de Vecinos N° 39 Los Volcanes; domiciliada en El - Triángulo, sin número, Los Muermos, Región de Los Lagos.
- Jovita Fuentes Gallardo, Presidenta Junta de Vecinos N° 18 Camilo Henríquez, domiciliada en Pasaje Osorno N° 58, Población Los Volcanes, Los Muermos.

**C.C.:**

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

Expediente D-067-2015