



**RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR
EMPRESA DE SERVICIOS SANITARIOS DE LOS LAGOS S.A.**

RES. EX. N° 13/ROL N° D-067-2015

Santiago, 11 NOV 2016

VISTOS:

Conforme con lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley N° 20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (LO-SMA); 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° 30, de 11 de febrero de 2013, del Ministerio del Medio Ambiente, que Aprueba Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación (en adelante, Reglamento de Programas de Cumplimiento); en la Resolución Exenta N°374, de 7 de mayo de 2015, de la Superintendencia de Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 332, de 20 de abril de 2015, de la Superintendencia 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 30 de noviembre de 2015, y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, se formularon los cargos en el marco del procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-067-2015, en contra de Empresa de Servicios Sanitarios de Los Lagos S.A. (en adelante e indistintamente "ESSAL S.A."), representada por Hernán König Besa, es titular del proyecto "Transformación de las Lagunas de Estabilización de Los Muermos en Lodos Activados" aprobado por la Resolución de Calificación Ambiental N° 90, de 21 de enero de 2002 (en adelante, "RCA N° 90/2002"), de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Décima Región de Los Lagos (en adelante, "COREMA X Región").

2. Que, con fecha 16 de diciembre de 2015, ESSAL S.A., presentó un escrito en que en lo principal solicita ampliar el plazo para la presentación de programa de cumplimiento (en adelante e indistintamente "PdC") y en el primer otrosí solicita la ampliación del plazo para presentar descargos, con la finalidad de recopilar, ordenar y citar de manera adecuada, los antecedentes técnicos y legales que sustentarán la elaboración de ambas presentaciones. Adicionalmente en el segundo otrosí solicita tener presente poder.

3. Que, con fecha 18 de diciembre de 2015, se realizó una reunión de asistencia al cumplimiento, en las oficinas de esta Superintendencia.

4. Que, con fecha 21 de diciembre de 2015, esta Superintendencia mediante Resolución Exenta N°2/Rol D-067-2015, resuelve la solicitud de ampliación de plazo, concediendo al efecto un plazo adicional de 5 días hábiles contados desde el vencimiento del plazo original para la presentación de programa de cumplimiento, y de 7 días hábiles contados desde igual fecha para la presentación de descargos.



5. Que, con fecha 29 de diciembre de 2015, estando dentro de plazo legal, ESSAL S.A., presentó una carta, por medio de la cual solicita tener por acompañado programa de cumplimiento, que propone acciones para las infracciones imputadas.

6. Que, con fecha 20 de enero de 2016, mediante Resolución Exenta N° 3, se tiene por presentado el programa de cumplimiento, por acompañados los documentos ingresados con fecha 29 de diciembre, rechazada la solicitud de reserva respecto de algunos de ellos por las razones señaladas en dicha resolución, y a la vez declarada de oficio la reserva respecto de los documentos singularizados en el considerando 17 de la mencionada resolución.

7. Que, con fecha 26 de enero de 2016, mediante la Res. Ex. N° 4/Rol D-067-2015, se realizaron observaciones al Programa de Cumplimiento presentado por ESSAL S.A.;

8. Que, con fecha 15 de febrero de 2016, estando dentro del plazo legal, ESSAL S.A. solicitó aumento de plazo para la presentación del Programa de Cumplimiento Refundido, la cual fue acogida mediante Resolución Exenta N°5/Rol D-067-2015, de fecha 17 de febrero de 2016; en consecuencia, fue otorgado un plazo adicional de 2 días hábiles, contados desde el vencimiento del plazo original para la presentación de dicho programa de cumplimiento refundido.

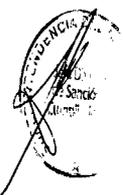
9. Que, con fecha 22 de febrero de 2016, estando dentro de plazo, ESSAL S.A. presentó ante esta Superintendencia el programa de cumplimiento refundido, recogiendo las observaciones realizadas por esta Superintendencia;

10. Que, con fecha 29 de febrero de 2016, mediante Resolución Exenta N° 6/ Rol D-067-2015, se resolvió aprobar el programa de cumplimiento, realizando correcciones de oficio en su resuelto II que se hicieran cargo de las observaciones no consideradas, y disponiendo suspender el procedimiento sancionatorio hasta su cumplimiento satisfactorio o hasta su término por el incumplimiento de las acciones comprometidas, ello en conformidad al artículo 42 de la LO-SMA.

11. Que, con fecha 11 de marzo de 2016, Cecilia Urbina en representación de ESSAL S.A., presenta el texto refundido y sistematizado de programa de cumplimiento, haciéndose cargo de todas las correcciones de oficio.

12. Que, con fecha 23 de marzo de 2016 ESSAL S.A. presentó un escrito solicitando ampliación del plazo para ejecutar la acción N° 10 del objetivo específico N° 3 del programa de cumplimiento, a saber: "Implementar un tratamiento primario, consistente en dos unidades compactas con su respectivo desbaste, desengrasado y desarenado para la totalidad de las aguas afluentes a la planta desde el sistema de recolección existente, conforme lo establecido en Res. Ex. N° 168/2015 del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Los Lagos: (i) Instalación de faenas, limpieza y escarpe de terreno. (ii) Compra y recepción de equipos; (iii) Construcción de infraestructura y montaje de equipos", cuyo plazo de ejecución se extendía hasta mayo de 2016.

13. Que, con fecha 04 de abril de 2016 y mediante la Resolución Exenta N° 7/Rol D-067-2015, esta SMA requiere información a ESSAL S.A., solicitando acompañar: i) Cotización del equipo de pre tratamiento modelo PCP-020, con capacidad de tratamiento de 80 l/s; ii) Recepción de orden de compra por parte del proveedor del mismo equipo. Asimismo, se solicitó aclarar los siguientes aspectos: a) Descripción técnica del equipo de pretratamiento que se mantendrá operativo mientras no sean recepcionadas las nuevas unidades de capacidad de tratamiento de 40 l/s cada una; b) Equipo al que pertenece la cotización N° 2889 Rev. 1/02/2016 de fecha 09 de febrero de 2016, contenida en el Anexo N° 3 de la presentación de fecha 23



de marzo de 2016, puesto que no se hace referencia a dos unidades, y señala que su capacidad de tratamiento es de 80 l/s; c) Señalar el procedimiento de reemplazo de la unidad de 80 l/s y su destino una vez llegadas las nuevas unidades, así como también el procedimiento de instalación y forma de operación de las dos unidades de pretratamiento de 40 l/s.

14. Que, mediante carta de fecha 15 de abril de 2016 y dentro de plazo, ESSAL S.A. responde en lo principal el requerimiento de información, en el primer otrosí acompaña documentos, y en el segundo otrosí solicita reserva de información financiera y comercial.

15. Que, en virtud de la facultad conferida por el artículo 3° letra e) de la LO-SMA, esta SMA mediante ORD. N° 792, de fecha 03 de mayo de 2016, solicita información al Superintendente de Servicios Sanitarios respecto a la planta de tratamiento de aguas servidas de Los Muermos, consultando entre otras cosas, respecto a las implicancias técnicas de incorporar una planta compacta de 80 l/s en lugar de dos unidades de 40 l/s.

16. Que, con fecha 06 de mayo de 2016, doña Cecilia Urbina, en representación de 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, consistente en "Retirar los lodos del fondo de las lagunas para su disposición en lugar autorizado". Acción cuyo plazo de ejecución para la laguna N° 1 consistía en "segundo mes desde la notificación de la resolución que aprueba el PDC".

17. Que, mediante Resolución Exenta N° 8/ Rol D-067-2015, de fecha 09 de mayo de 2016 (en adelante "Res. Ex. N° 8"), esta SMA resuelve rechazar la solicitud de ampliación de plazo singularizada en el considerando anterior, debido a que "es posible concluir que en la especie, las precipitaciones reportadas por la empresa son incluso inferiores a lo que la Dirección Meteorológica de Chile (en adelante e indistintamente "DMCH") en su oficio 10/2/1/0161, define como moderadas, y en ningún caso se correspondería con lluvias fuertes ni intensas. Lo anterior, sumado a que el resto de antecedentes acompañados por la empresa no logran formar convicción respecto a la configuración de la hipótesis prevista por el supuesto, se concluye que las circunstancias no aconsejan una ampliación de plazo".

18. Que, con fecha 20 mayo de 2016, ESSAL S.A. interpone en lo principal recurso de reposición en contra de la Res. Ex. N° 8, en el primer otrosí interpone recurso jerárquico en subsidio, y en el segundo otrosí acompaña documentos.

19. Que, con igual fecha 20 de mayo de 2016, Cecilia Urbina en representación de ESSAL S.A., presentó un escrito en el que acompaña su Primer Informe Bimestral de Programa Cumplimiento, que da cuenta del cumplimiento de las obligaciones comprometidas en el PdC a la fecha de su presentación.

20. Que, mediante ORD. N° 2066, de fecha 27 de mayo de 2016, el Superintendente de Servicios Sanitarios responde la solicitud de información del ORD. N° 792, remitiendo la documentación solicitada.

21. Que, con fecha 31 de mayo de 2016, mediante Resolución Exenta N° 9/Rol D-067-2015, esta SMA resuelve aprobar la solicitud de ampliación de plazo de fecha 23 de marzo de 2016.

22. Que, mediante la Resolución Exenta N° 10/Rol D-067-2015, de fecha 07 de junio de 2016, esta SMA solicita información al Instituto de Investigaciones Agropecuarias Remehue – Osorno, respecto a los registros de Agromet para la región de Los Lagos, y a lo que se entiende por precipitaciones de carácter normal, moderada, fuerte e intensa, para esta



región. Así también se solicitó las cartas de suelo asociadas a la localidad de Los Muermos, Región de Los Lagos, en las que se detalle las principales características físicas y químicas del mismo.

23. Que, mediante carta de fecha 16 de junio de 2016, Cecilia Urbina en representación de ESSAL S.A., en lo principal cumple lo ordenado en el Resuelvo III de la Resolución Exenta N° 9/Rol D-067-2015 y en el otrosí acompaña documentos.

24. Que, con fecha 29 de junio de 2016, mediante Ordinario N° 274, el Director Regional del Instituto de Investigaciones Agropecuarias (en adelante "INIA") da respuesta a la solicitud de información de la Resolución Exenta N° 10/Rol D-067-2015.

25. Que, con fecha 04 de julio de 2016, mediante Resolución Exenta N° 11/ Rol D-067-2015, esta SMA rechaza el recurso de reposición presentado por ESSAL S.A. y eleva los antecedentes al Superintendente del Medio Ambiente a fin de que resuelva el recurso jerárquico interpuesto en subsidio.

26. Que, con fecha 11 de julio de 2016, ESSAL S.A. realizó una presentación dirigida a este Superintendente, en sede de recurso jerárquico, dónde realizó una serie de alegaciones algunas de ellas contenidas en el recurso de reposición, controvirtiendo además el resuelvo cuarto de la Resolución Exenta N° 11/Rol D-067-2015.

27. Que, mediante Resolución Exenta N° 778, de fecha 23 de agosto de 2016, el Superintendente del Medio Ambiente resuelve rechazar el recurso jerárquico, aclarando además que el resuelvo cuarto de la Resolución Exenta N° 11/Rol D-067-2015, no constituye ningún prejuzgamiento respecto de la posterior determinación sobre la ejecución satisfactoria o no del programa de cumplimiento.

28. Que, con fecha 14 de septiembre de 2016, mediante Resolución Exenta N° 12/ Rol D-067-2015, esta SMA cumple lo ordenado en sentencia de fecha 19 de agosto de 2016, por el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental (en adelante e indistintamente el "Tribunal") en causa Rol N° R 36-2016, complementando el programa de cumplimiento en las acciones N° 8 y 9.

29. Que, mediante carta de fecha 30 de septiembre de 2016, ESSAL S.A. deduce recurso de reposición, en contra de la Resolución Exenta N° 12/ Rol D-067-2015 que complementa el programa de cumplimiento.

I. Procedencia del Recurso de Reposición respecto de Actos Trámites dentro de un Procedimiento Administrativo Sancionatorio.

30. Que, ESSAL S.A. señala que *"el recurso es procedente, ya que el acto recurrido corresponde a un acto de mero trámite que produce indefensión, en los términos del art. 15 de la ley 19.880 (...) La indefensión en este caso está dada por la imposibilidad de satisfacer las garantías mínimas del debido proceso administrativo, toda vez que la resolución infringe el principio de juridicidad que rige el procedimiento administrativo y el ejercicio de sus atribuciones, consagrado en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, ya que al incorporar exigencias adicionales aplicables al proyecto de mi representada, que no tienen sustento en la RCA 90/2002 ni en lo mandatado por el Tribunal Ambiental, impide a mi representada dar cumplimiento cabal al programa aprobado."*(el destacado es nuestro).

31. Que, así las cosas, los requisitos para que un acto de mero trámite sea impugnado son que por un lado, que el acto determine la imposibilidad de continuar un procedimiento, o que por otro, produzca indefensión.



32. Que, entonces, el primer análisis que se debe realizar es si la Res. Ex. N° 12/ Rol D-067-2015 constituye un acto de mero trámite. Al respecto nuestra jurisprudencia administrativa ha señalado que “[...] el procedimiento administrativo es una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto terminal [...]”¹.

33. Que, por su parte, la doctrina nacional ha determinado que “Son actos trámites aquellos que se dictan dentro de un procedimiento administrativo y que dan curso progresivo al mismo. Actos terminales o decisorios son aquellos en los que radica la resolución administrativa, es decir, la decisión que pone fin al procedimiento. Se trata de la resolución que pone fin al procedimiento administrativo y en la que se contiene la decisión de las cuestiones planteadas por los interesados o por la propia Administración Pública [...]”².

34. Que, esta definición se ha complementado al expresarse que “los actos trámite son presupuesto de la decisión de fondo. Son actos previos a la resolución que ordenan el procedimiento, como son, por ejemplo: los actos de incoación, de instrucción, comunicaciones, notificaciones. No son impugnables en sede administrativa, salvo que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión”³.

35. Que, de esta manera, en el presente caso, la Res. Ex. N° 12/ Rol D-067-2015, sí es un acto de mero trámite, debido a que no constituye una decisión que ponga fin al procedimiento.

36. Que, en cuanto a los requisitos de impugnabilidad del acto recurrido, éste no produce la imposibilidad de continuar el procedimiento, debido a que la Res. Ex. N° 12 sólo resuelve una cuestión de mero trámite, ordenada por el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental, en su sentencia de fecha 19 de agosto de 2016, en causa Rol N° R 36-2016. El procedimiento sancionatorio Rol D-067-2015, se encuentra suspendido por la presentación del programa de cumplimiento aprobado por la Resolución Exenta N° 6/Rol D-067-2015, de fecha 29 de febrero de 2016, y por consiguiente éste sólo concluirá una vez cumplido el programa dentro de los plazos establecidos y de acuerdo a las metas fijadas en él (artículo 42 inc. 6° de la LO-SMA), o bien se reiniciará en caso de incumplirse las obligaciones contraídas en el programa, caso en el cual la empresa contará con un plazo para presentar descargos, y el procedimiento concluirá una vez dictada la resolución del Superintendente que absuelve al infractor o aplica sanción. Así, todo lo señalado anteriormente da cuenta que el procedimiento ha continuado su curso.

37. Que, respecto a la indefensión esta puede ser entendida como la imposibilidad de satisfacer garantías mínimas del debido proceso administrativo, requisito que no concurre en la especie toda vez que el procedimiento sancionatorio incoado ha tenido apego estricto a la ley y en particular al Principio de Contradictoriedad del artículo 10 de la Ley N° 19.880, en virtud del cual existe la posibilidad de expresar lo contrario, permitir que el investigado pueda hacer valer sus derechos legítimos, al haber sido válidamente notificado de todas las resoluciones del procedimiento, lo que no es otra cosa que la puerta de entrada para el pleno ejercicio del derecho a la defensa. A este principio también se ha dado apego estricto, ya que la empresa ha podido en todo momento aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio; asimismo se ha dado cumplimiento al Principio de Doble Instancia, cuyo objetivo es asegurar la posibilidad de revisar tanto las resoluciones, como los vicios del procedimiento a través de los recursos que franquea la ley, puesto que la empresa ha tenido la posibilidad y oportunidad de recurrir respecto de todas las resoluciones que ha dictado la SMA, y en efecto así lo ha hecho en diversas instancias del procedimiento Rol D-067-2015.

¹ Contraloría General de la República. Dictamen N° 37111//2014.

² Bermúdez Soto, Jorge. Derecho Administrativo General. Legal Publishing. Año 2011. Pág. 112.

³ Rojas, Jaime. Notas sobre el Procedimiento Administrativo Establecido en la Ley N° 19.880. Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, 11 (2004). Pág. 1.



38. Que, tal como se expuso en el considerando 30 de la presente resolución, la supuesta indefensión es sustentada por la empresa, en la circunstancia que la Res. Ex. N° 12 infringe el Principio de Juridicidad, ya que la SMA habría excedido sus atribuciones al haber modificado el PdC más allá de lo solicitado por el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental, impidiendo así cumplir cabalmente el programa de cumplimiento aprobado.

39. Que, el principio de juridicidad en conformidad al artículo 6° inciso 1° de la Constitución Política de la República, postula que los órganos de la administración del Estado, deben adecuar su actuación a la Constitución y a las normas que se dictan conforme a ella. El artículo 7° del mismo cuerpo legal complementa lo anterior al establecer que: *“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.”*

40. Que, el artículo 2° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, dispone que: *“Los órganos de la Administración del Estado, someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes.”*

41. Que, en consideración a lo antes expuesto, es posible sostener que, para estimar que la actuación de esta SMA al dictar la Res. Ex. N°12 se encuentra ajustada a derecho y en consecuencia con apego estricto al Principio de Juridicidad, deben satisfacerse tres exigencias: a) El acto haya sido dictado por organismo competente; b) Dentro de la órbita de su competencia o atribuciones legales; c) En la forma prescrita por la Constitución y las leyes.

42. Que, en virtud del artículo 3° letra r) de la LO-SMA, es la SMA el organismo competente para aprobar programas de cumplimiento, así como también dictar los actos que lo modifiquen, complementen o dejen sin efecto. Adicionalmente, cabe mencionar que existió un mandato expreso del Ilustre Tercer Tribunal Ambiental, quién en virtud del resuelto primero a) de la sentencia de fecha 19 de agosto de 2016: *“(…) ordena, en consecuencia, a la Superintendencia del Medio Ambiente que proceda a dictar el acto que complemente la Resolución reclamada y que resuelva de manera íntegra respecto de la obligación de la empresa de limpiar el estero El Clavito (...)”* (el destacado es nuestro). En consecuencia esta SMA era el organismo competente para modificar el PdC de ESSAL S.A., y lo hizo actuando dentro de la esfera de su competencia.

43. Que, la empresa argumenta que no obstante el contenido de esta modificación excedió sus atribuciones, al haber incorporado exigencias adicionales que fueron más allá de lo mandatado por el Tribunal y la RCA 90/2002.

44. Que, el programa de cumplimiento es un instrumento ambiental unitario e integral, cuyas partes deben comunicarse todas entre sí, existiendo una debida correspondencia y armonía entre todas ellas. En efecto, es usual que una acción dentro de un programa se relacione con una o varias acciones más, tal como ocurrió con las acciones N° 8 y 9 del programa de cumplimiento. En este sentido esta SMA, no podía ni debía realizar una modificación literal del PdC, agregando sólo la modificación ordenada por el resuelto primero a), sin realizar las adecuaciones que dicho cambio implicaba. Ahora bien, la forma específica que adoptó esta modificación y los fundamentos que la sustentan serán tratados en extenso en punto II de la presente resolución, por razones de economía procesal y a fin de evitar repeticiones innecesarias. No obstante desde ya es posible adelantar que esta SMA no podía sino modificar el resultado esperado de la acción N° 9, del objetivo específico N°3, incorporando la aplicación de la NCh 1333 para abrevadero animal y



riego en el parámetro de coliformes fecales, ya que la superación de dicho parámetro es incompatible con la vida animal y vegetal, siendo éste el fundamento último de ampliar la limpieza del Estero el Clavito (en adelante e indistintamente el "Estero").

45. Que, en conclusión en modo alguno se ha configurado una hipótesis de indefensión en contra de ESSAL S.A., ni se ha transgredido el principio de juridicidad, ya que la Res. Ex. N°12 fue dictada por el organismo competente, en el ejercicio de sus atribuciones y en la forma prescrita por la Constitución y las Leyes.

46. Que, en razón del análisis realizado, se rechazará el recurso de reposición interpuesto por ESSAL S.A. en contra de la Res. Ex. N° 12, por no cumplir con los requisitos de procedencia establecidos en el artículo 15 de la Ley N° 19.880.

II. Análisis del fondo del recurso de reposición interpuesto en contra de la Res. Ex. N° 12/ Rol D-067-2015.

47. Que, sin perjuicio de la improcedencia de este recurso respecto del acto trámite impugnado por ESSAL S.A., por cuanto no se configuran los requisitos del artículo 15 de la Ley 19.880, esta Superintendencia procederá a pronunciarse respecto de cada uno de los fundamentos de fondo de su recurso, los que también se estiman improcedentes por las razones que se analizan a continuación, y que serán ordenados y expuestos en dos ejes argumentativos principales, para evitar reiteraciones.

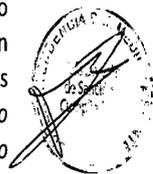
48. Que, ESSAL S.A fundamenta su recurso en los siguientes argumentos:

a.- Alcance de la modificación ordenada por el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental y Vulneración al Principio de Legalidad, en particular del ejercicio de las atribuciones de la SMA en el ámbito de su potestad de fiscalización y sanción y de aprobación de programas de cumplimiento.

b.- La acción de limpieza manual del Estero El Clavito, por su naturaleza, no permite hacerse cargo del parámetro biológico de coliformes fecales, existiendo otras acciones dentro del PdC destinadas a ello.

a.- Alcance de la modificación ordenada por el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental y Vulneración al Principio de Legalidad, en particular del ejercicio de las atribuciones de la SMA en el ámbito de su potestad de fiscalización y sanción y de aprobación de programas de cumplimiento.

49. Que, ESSAL S.A. comienza exponiendo en su recurso lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, así como lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 18.575 (considerandos 39 y 40 de la presente resolución), concluyendo que ellos se traducen en el ámbito administrativo sancionador, *"en que la potestad se ejerza cuando haya sido expresamente atribuida por una norma con rango de ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de conformidad con lo que prescriben los demás principios que rigen su ejercicio"*.



50. Que, la recurrente reconoce en forma expresa, que esta SMA actuó en el ejercicio de sus atribuciones conferidas por el artículo 3 letra a) de la ley N° 20.417, en virtud del cual le compete fiscalizar el cumplimiento de las normas, condiciones y medidas establecidas en las Resoluciones de Calificación Ambiental, formulando cargos válidamente y que luego aprobó el programa de cumplimiento presentado por la empresa, en conformidad a la facultad conferida por el mismo artículo en su letra r).

51. Que, ESSAL S.A. luego señala que en conformidad al artículo 42 de la LO-SMA, la empresa presentó oportunamente un programa de cumplimiento, el que estaba en plena concordancia con las infracciones imputadas, satisfaciendo así el criterio de integridad establecido en el artículo 9 del D.S. 30/2012.

52. Que, dicho programa de cumplimiento, a fin de cumplir con la NCh 1.333 Of. 78/87 para la vida acuática en los parámetros de **sólidos flotantes visibles y espumas no naturales**, comprometió la limpieza del Estero como acción N° 9. Y que para hacerse cargo del aumento considerable de **coliformes fecales**, considerado como impacto no previsto, se comprometió el robustecimiento de la planta de tratamiento de aguas servidas, mediante la incorporación de un sistema de tratamiento biológico, de decantación y desinfección, adicional al existente.

53. Que, adicionalmente afirma que la modificación introducida por la Res. Ex. N° 12 al resultado esperado de la acción N° 9, pretende que la limpieza del Estero se asocie al cumplimiento de límites para coliformes fecales en el cuerpo receptor establecidos en la NCh 1.333 de agua para riego y bebida animal, **excediendo con ello las exigencias ambientales aplicables en el cuerpo receptor, así como lo ordenado por el Tribunal Ambiental**. Tal excedencia, la sustentaría en el hecho que *"la RCA 90/2002 no establece límite alguno para el parámetro coliformes fecales en el cuerpo receptor, menos aún los señalados en la NCh 1.333 del agua para riego y para bebida de animales"*. Lo que estaría confirmado por la propia SMA, quién en el informe evacuado en la reclamación judicial rol R-36-2016, de fecha 15 de abril de 2016, afirma en su punto 80 que *"la RCA N° 90/2002 sólo hace aplicable la NCh 1.333 para la vida acuática, la que no regula "coliformes fecales"*.

54. Que, en conformidad a lo señalado por la empresa, a lo dispuesto en los considerandos 39 al 42 de la presente resolución, así como también en virtud de la Teoría de las Potestades Implícitas, aceptada tanto por la doctrina⁴, como por la jurisprudencia nacional, esta SMA se encontraba autorizada no sólo a realizar lo directamente mandatado por el Tribunal, esto es, dictar el acto complementario del PdC extendiendo la limpieza, sino además a fijar el contenido y alcance de dicha modificación, teniendo además la facultad de adecuar la acción con todos sus elementos (resultado esperado, plazos, medios de verificación, etc), a fin de resguardar el interés público ambiental que existía detrás de la ampliación de la limpieza.

55. Que, esta teoría reconoce la existencia *"de una atribución implícita derivada de una potestad expresamente conferida; esto es, de una facultad genérica que incluye aquello que accesoriamente resulta necesario y conveniente para el cumplimiento de sus fines, sin lo cual se tornaría ineficaz"*⁵. Así, al tener esta SMA la facultad expresa de aprobar programas de cumplimiento, conferida por el artículo 3 letra r) de la LO-SMA, tiene implícitamente derivada además la facultad de poder modificarlos y adecuarlos, de manera tal que exista entre todas las acciones y elementos de ella la debida correspondencia y armonía.

56. Que, cabe mencionar que tanto la empresa, el Tribunal y esta SMA se encuentran contestes en que la RCA 90/2002 no regula el parámetro de coliformes fecales, al incorporar en su considerando quinto dentro de la normativa aplicable al proyecto, únicamente la "NCh 1333, Of 78/87 para la vida acuática", parámetro no regulado en la tabla

⁴ Cordero, Luis. "Lecciones de Derecho Administrativo". Editorial Thomson Reuters. 81 p.

⁵ Sentencia del Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, de fecha 05 de octubre de 2016, en causa Rol R N° 76-2015.



Nº 4 de dicha norma. No obstante ello, esta SMA comparte el criterio del considerando cuadragésimo de la sentencia del Tribunal, en cuanto a que "(...) *la presencia de residuos sólidos de origen fecal y espumas no naturales, no solo afectan la biota acuática y el abrevadero de animales, sino que eventualmente la salud humana (...)* Con lo señalado, no corresponde que la SMA obvie los usos reales del Estero El Clavito (abrevadero de animales y riego), **aún cuando la RCA 90/2002 no los considere**" (el destacado es nuestro).

57. Que, en conformidad a la empresa, lo dispuesto por el Tribunal debe ser entendido como que "*únicamente mandata considerar los límites de la NCh 1.333 para el parámetro coliformes fecales para efectos de evaluar los impactos ambientales no previstos a fin de adoptar las medidas necesarias para abordarlas, pero en caso alguno hace aplicable dicha norma directamente como instrumento de carácter ambiental directamente fiscalizable por su Superintendencia*" (el destacado es nuestro).

58. Que, a juicio de esta SMA lo que el Tribunal hace al aseverar que no se debe obviar los otros usos del estero, aún cuándo la RCA no los considere, es aplicar el principio de realidad, conforme al cual puede aplicarse a un programa de cumplimiento normativa que, si bien no fue contemplada inicialmente en la RCA, es plenamente aplicable en la práctica, dados los usos reales del Estero El Clavito.

59. Que, dicho principio se encuentra expresado en diversos pasajes de su sentencia:

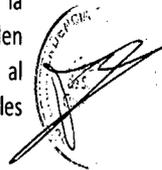
"Considerando Trigésimo Quinto: "Esto ha de imponer a la SMA, someterse a los principios de coherencia, realidad y precautorio (...) realidad, respecto a la procedencia de no obviar la SMA el uso que los vecinos aguas debajo de la PTAS le dan al estero, utilizando tanto para fines de abrevadero animal como riego (...)" (el destacado es nuestro).

Considerando Trigésimo Noveno: "(...) no sólo es evidente el incumplimiento de la NCh 1333 en relación al numeral 8°, que fija los requisitos para aguas destinadas a la vida acuática, sino también respecto de todos los usos para la cual fue creada. Este Tribunal no puede abstraerse de los incumplimientos de la norma, tanto respecto del real uso del agua del Estero El Clavito, como respecto de los impactos ambientales no previstos (...)" (el destacado es nuestro).

Considerando Cuadragésimo Primero: "Que, con los antecedentes tenidos a la vista (...) justifican estimar infringida la NCh 1333 para todos sus usos, atendida la realidad de la afectación de los usos acreditados y la coherencia que debe existir entre los cargos Nº 3 y Nº 4 de la R.E. Nº 1" (el destacado es nuestro).

60. Que, el Tribunal ordena sólo dictar el acto que complementa el PdC, y no fija el alcance específico de dicha modificación. No obstante lo anterior, de todo lo razonado en su sentencia se colige que el fundamento final de extender la limpieza, se debe a que estima acreditada la existencia de coliformes fecales excedidos y la presencia de sólidos flotantes visibles y espumas no naturales, en una extensión mayor a la abarcada por el programa aprobado, y por consiguiente el riesgo para la vida no sólo acuática, sino que animal y vegetal, habida consideración de todos los usos que comprende el Estero.

61. Que, en este escenario esta SMA no podía sino realizar una modificación sistemática del PdC, adecuando el resultado esperado de la acción Nº9, ya que la ampliación de la limpieza obedece a una causa y objetivos específicos. En efecto, modificar la acción Nº 9 extendiendo la limpieza del Estero, sin modificar a la vez el resultado esperado en el orden de exigir el cumplimiento de la NCh 1333 para los otros usos que reconoce el Tribunal, llevaría al absurdo de disponer una limpieza ineficaz, que no estaría destinada a producir los efectos ambientales esperados con la modificación.

A handwritten signature in black ink is written over a circular stamp. The stamp contains the text "SECRETARÍA DE ESTADO" at the top and "SECRETARÍA DE ESTADO" at the bottom, with a central emblem. The signature is written in a cursive style.

62. Que, ESSAL S.A. continúa su recurso sosteniendo que en caso de considerar que el alcance de la modificación del Tribunal, conlleva la aplicación de la NCh 1.333 para bebida animal y riego, implicaría una infracción al artículo 30 de la Ley N° 20.600, conforme al cual "(...) el Tribunal no podrá determinar el contenido específico de un precepto de alcance general en sustitución de los que anulare en el caso de los actos de los números 1) y 7) del artículo 17, así como tampoco podrá determinar el contenido discrecional de los actos anulados". En consecuencia, lo mandatado por el Tribunal haría aplicable únicamente la NCh 1.333 para la vida acuática, "aún cuándo se consideren los demás usos para efectos de evaluar los impactos ambientales no previstos, específicamente coliformes fecales".

63. Que, el Tribunal da debida observancia al artículo 30 de la ley 20.600, al declarar en su resuelvo primero letra a) que la Res. Ex N° 12 no es conforme a la normativa vigente y, anula parcialmente el acto recurrido "en la parte que aprueba la limpieza del Estero el Clavito hasta la distancia indicada (150 mts.)", y ordena consecuentemente que "la SMA proceda a dictar el acto que complemente la resolución reclamada y que resuelva de manera íntegra, respecto de la obligación de la empresa de limpiar el estero el clavito, en conformidad a los antecedentes que obran en el procedimiento administrativo". Por consiguiente, el Tribunal no se encuentra determinando el contenido específico de un precepto de carácter general, ni estableciendo el contenido discrecional del acto anulado, dejando a la SMA libertad para ejercer las facultades discrecionales que le franquea la ley, determinando el alcance de la modificación en su resolución que complementa el PdC.

64. Que, habida consideración de la orden del Tribunal y encontrándose esta SMA facultada a fijar el contenido de los programas de cumplimiento, procedió a dictar la Res. Ex. N° 12, disponiendo la extensión de la limpieza hasta 600 mts, sin que el Tribunal en su resuelvo primero letra a), determinara el contenido específico del acto que se debía dictar, muy por el contrario los alcances específicos de la modificación fueron los que esta Superintendencia estimó conveniente, analizado el mérito de todos los antecedentes que obran en el proceso rol D-067-2016, incluida la sentencia de fecha 19 de agosto de 2016, teniendo siempre en miras el interés público ambiental tutelado, que exige hacerse cargo de todos los efectos generados por una infracción.

65. Que, cabe mencionar que por consiguiente esta SMA actuó ajustada a derecho toda vez que en el marco de un PdC, es factible disponer exigencias adicionales a las contenidas en una RCA, con la finalidad de hacerse cargo de la infracción y de sus efectos según lo dispuesto en el artículo 9 letra a) del Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación (en adelante "el Reglamento"), ya que el escenario de infracción es distinto del evaluado, existiendo variables ambientales que pueden verse modificadas con el transcurso del tiempo, tal como ocurrió en la especie. Los efectos de la infracción, son precisamente los que confieren un margen más amplio a esta SMA que el otorgado por la RCA, para fijar obligaciones no previstas en la RCA durante la vigencia de un PdC, con el objeto de volver a una situación de cumplimiento ambiental. En caso contrario, de no ajustarse el PdC a la realidad en la que se aprueba el programa y con especial atención en los efectos generados por la infracción, se le estaría permitiendo a la empresa aprovecharse de su propia infracción, situación repudiada en forma expresa por el artículo 9 inc. 2° del Reglamento.

66. Que, finalmente cabe mencionar que la NCh 1333 en sus otros usos, sólo fue incorporada en aquellas acciones que dicen relación con la limpieza del Estero (N° 8 y 9), no extralimitando sus funciones en sentido alguno.

67. Que, en conclusión el sentido y alcance específico que adoptó la modificación fueron determinados por esta SMA en pleno ejercicio de sus facultades, y en la forma prescrita por la Constitución y las leyes, no existiendo vulneración al principio de legalidad como intenta sostener la empresa.

b.- La acción de limpieza manual del Estero El Clavito, por su naturaleza, no permite hacerse cargo del parámetro biológico de coliformes fecales, existiendo otras acciones dentro del PdC destinadas a ello.

68. Que, respecto a este punto la recurrente señala que la acción N° 9 del programa de cumplimiento, asociada a la limpieza mensual del Estero, se comprometió como acción para alcanzar el resultado esperado N° 1, referido a cumplir con los parámetros sólidos flotantes visibles y espumas no naturales de la NCh 1.333 para la vida acuática. Y que las acciones N° 11 y siguientes se asociaron al resultado esperado N° 2, que buscaba prevenir el aumento considerable de coliformes fecales, mediante el aseguramiento del correcto funcionamiento del actual sistema de desinfección UV, así como el robustecimiento de la PTAS, que incluye tratamiento biológico, decantación y desinfección para un caudal de 31 l/s, adicional al sistema existente, lo que permitiría asumir la sobrecarga hidráulica actual de la PTAS.

69. Que, no obstante lo anterior, si bien existían diversas acciones contempladas en el PdC para hacerse cargo del aumento de los coliformes fecales sólidos flotantes y espumas no naturales en el Estero el Clavito (acciones N° 9 y 11 a 14 del PdC), fue el propio Tribunal quién estimó que estas eran insuficientes, disponiendo la ampliación de la limpieza del Estero. Siendo deber de ésta SMA dar debido cumplimiento a las órdenes del Tribunal.

70. Que, ESSAL S.A. agrega que *"la limpieza del estero únicamente contribuye a cumplir con los parámetros físicos, como serían espumas no naturales y sólidos flotantes visibles, pero no permite abatir coliformes fecales, que corresponde a un parámetro bacteriológico"* (el destacado es nuestro). En consecuencia con lo anterior, la resolución que se repone generaría un agravio a la empresa por cuanto *"la medida asociada al nuevo resultado esperado no es idónea para cumplir con su objetivo, destinando a mi representada a enfrentar eventuales imputaciones de incumplimiento de su programa, con las graves consecuencia legales que ello posee"* (el destacado es nuestro).

71. Que, en cuanto a este argumento, cabe mencionar que en conformidad inciso segundo del artículo 51 de la Ley N° 19.880 *"[l]os decretos y las resoluciones producirán efectos jurídicos desde su notificación o publicación, según sean de contenido individual o general"* y en consecuencia la modificación incorporada a través de la Res. Ex. N° 12, produce efectos desde el 27 de septiembre de 2016 en adelante, fecha en que se realizó su notificación por carta certificada, siendo por tanto exigible el cumplimiento del parámetro de coliformes fecales, en conformidad a la NCh 1.333 para bebida animal y riego, sólo a partir del mes de octubre de 2016.

72. Que, en consideración a lo anterior, la modificación introducidas por la Res. Ex. N° 12 a las acciones N° 8 y 9 del PdC, son exigibles a partir del mes de octubre de 2016, mes en el que en conformidad a la acción N° 11 del PdC, debía estar ya implementado el nuevo sistema de tratamiento biológico, de decantación y desinfección, que buscaba precisamente evitar el aumento de coliformes fecales en el Estero El Clavito. Adicionalmente, se contemplaron las acciones N° 12, 13 y 14 del PdC orientadas a este objetivo, debiendo desde la aprobación del PdC y durante toda su vigencia, generar un protocolo de mantención, reparación e inspección diaria del sistema de desinfección UV, de manera tal que la desinfección se realizase de manera efectiva e ininterrumpida.

73. Que, en consecuencia el argumento de la empresa de verse expuesta a un eventual incumplimiento de programa, por no poder cumplir con el resultado esperado de la acción N° 9, es infundado toda vez que la extensión de la limpieza, sumado a las otras acciones dispuestas en el PdC para abatir coliformes fecales, sólidos flotantes visibles y espumas no naturales, generaran el efecto positivo de reducir éstos considerablemente, de manera tal que el uso del agua del Estero sea compatible con la vida animal y vegetal. El PdC no puede ser entendido de

manera parcelada e incompleta, como pretende la empresa, sino que debe estarse a todo lo dispuesto en él, y por consiguiente tanto las acciones N° 9, 11, 12, 13 y 14 deben contribuir a abatir estos parámetros, acciones que por lo demás son exigibles desde marzo de 2016, y que a la fecha, ya debieran presentar efectos ambientales considerablemente positivos en el Estero.

74. Que, finalmente la empresa afirma que *“una vez que dicho sistema (robustecimiento de la PTAS) se encuentre operativo en octubre del presente año, será posible cumplir con los valores de coliformes fecales en el efluente, de acuerdo al D.S. 90/00 y con ello obtener el decrecimiento progresivo de dicho parámetro en el cuerpo receptor, conforme reconoce el mismo informe de la SMA evacuado ante el Tribunal Ambiental”*.

75. Que, en conformidad a lo dispuesto en el considerando anterior, la empresa afirma que podrá cumplir con el parámetro de coliformes fecales dentro de norma en el efluente, a partir del mes de octubre de 2016, y según lo ya expuesto en el considerando N° 71 de esta resolución y al hecho de existir otras acciones encaminadas hacia este efecto desde marzo de 2016, es esperable que ESSAL S.A. pueda alcanzar el resultado esperado de la acción N° 9. Y aún en el evento improbable de que lo anterior no ocurra, deberá estarse a lo establecido en el resuelvo N° II de la presente resolución.

76. Que, esta Superintendencia a la luz de los antecedentes presentados en su recurso, ha concluido que no se configuran los supuestos necesarios para la procedencia del recurso de reposición y que siendo el programa de cumplimiento un instrumento orgánico, cuyas partes deben ser consistentes entre sí y converger, de manera tal de que exista debida congruencia entre todas las acciones, plazos, metas, medios de verificación, etc., esta SMA debía modificar no sólo la acción N° 9 mediante la extensión de la limpieza, sino además adecuar el resto de los elementos constitutivos de esta acción, con especial atención en el resultado esperado de ésta, de manera tal de hacerse cargo de todos los efectos generados a consecuencia de la infracción.

RESUELVO:

I. **RECHAZAR** el recurso de reposición interpuesto por ESSAL S.A. el día 30 de septiembre de 2016, en contra de la Res. Ex. N°12/ Rol D-067-2015, por no cumplir con los requisitos de procedencia establecidos en el artículo 15 de la Ley N° 19.880.

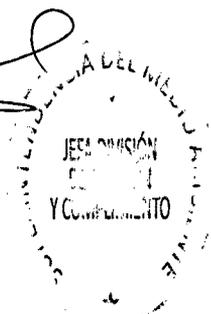
II. **ACLARAR** que para efectos de evaluar el cumplimiento de la acción N° 9, en relación al nuevo resultado esperado, será determinante el monitoreo del Estero el Clavito obtenido en el mes de noviembre de 2016 (acción N° 8), con la nueva planta de tratamiento de aguas servidas en funcionamiento (acción N° 11 del objetivo específico N° 3 del programa de cumplimiento).

III. **NOTIFICAR por carta certificada**, o por otro de los medios que establece el artículo 46 de la Ley N° 19.880, a ESSAL S.A., representada por doña Cecilia Urbina, [REDACTED] los Lagos.

CUMPLIMIENTO.

ANÓTESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y DÉSE


Marie Claude Plumer Bodin
Jefa División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente



ARS/EWS

Carta certificada:

- Ronaldo Bruna V., Superintendente de Servicios Sanitarios, domiciliado en calle Moneda N° 673, piso 9, Santiago.
- Cecilia Urbina, [REDACTED]
- Víctor Barriá Oyarzo, [REDACTED]
- María Gina Velásquez Aro, [REDACTED]
- Jovita Fuentes Gallardo, [REDACTED]



C.C.:

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

INUTILIZADO