

REF: Expediente sancionatorio N° D-001-2016.

ANT: Recurso de reposición.

MAT: Se tenga presente.

Sr. Cristián Franz Thorud
Superintendente del Medio Ambiente
Presente



Sebastián Avilés Bezanilla, en representación de CELULOSA ARAUCO Y CONSTITUCIÓN S.A. ("Arauco") según consta de personería acompañada en este proceso, ambos domiciliados para estos efectos en Avenida Isidora Goyenechea 3477, piso 22, comuna de Las Condes, Santiago, al señor Superintendente del Medio Ambiente ("Superintendente") respetuosamente digo:

Que, en relación al recurso de reposición interpuesto por esta parte, con fecha 22 de diciembre de 2017, en contra de la Resolución Exenta N° 1487, de 15 de diciembre de 2017, de la Superintendencia del Medio Ambiente ("SMA"), por medio de la cual se resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-001-2016, seguido en contra de Arauco ("Resolución Recurrída"), vengo en hacer presente a Ud. las siguientes consideraciones de hecho y de derecho, que estimamos permitirán contribuir a una adecuada resolución del recurso de reposición presentado.

En particular, en esta presentación se abordarán más profundamente argumentos vinculados a los cargos 5, 10 y 11, así como a la aplicación de determinadas circunstancias del artículo 40 de la Ley Orgánica de la SMA ("LOSMA"), según se detalla a continuación.

I. CONSIDERACIONES ESPECIALES, RESPECTO DE LOS CARGOS N° 5, 10 Y 11.

- 1) CARGO N° 5: NO SE HA INSTALADO EL SISTEMA DE LAVADOR DE GASES (SCRUBBER) EN EL INCINERADOR DE GASES NO CONDENSABLES.

Conforme consta en el Resuelvo Primero letra e) de la Resolución Recurrída, la SMA sancionó a mi representada por no haber instalado el sistema de lavador de gases (*scrubber*) en el incinerador de gases no condensables, con una multa de 215 UTA.

Lo anterior, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 35 letra a) de la LOSMA, por cuanto mi representada habría infringido el considerando 8.1.2.2 letra a) de la Res. Ex. N° 594/2005, que indica que "(...) *Considera un sistema lavador de gases (scrubber) de alta eficiencia (85%), en el incinerador de gases no condensables (...)*", y el considerando 8.1.2.2 letra a) de la Res. Ex. N° 279/1998 que indica que "(...) *Se deberá instalar un sistema de lavador de gases (scrubber) de alta eficiencia (85%), en la principal fuente emisora de dióxido de azufre, correspondiente al incinerador de gases no condensables (...)*".

El considerando 501 de la Resolución Recurrída da por configurada la infracción fundamentando que "*la instalación del scrubber en el incinerador de gases no condensables, es exigible en la actualidad. Ello, porque tal como se ha mencionado previamente, la empresa no identificó, ni tampoco lo hizo posteriormente CONAMA, que el considerando 8.1.2.2., letra a) de la RCA N° 279/1998, habría sido modificado por las medidas de rectificación. A su vez, resulta contrario a lo establecido por la jurisprudencia administrativa de Contraloría General de la República*".

En este mismo sentido, según se indica en el considerando 510 de la Resolución Recurrída, a juicio de la SMA, se confirmaría la configuración de la infracción toda vez que el informe "Evaluación Sistema Quemado TRS y Emisiones de SO₂. Celulosa Arauco Planta Valdivia, Thermal Engineering, marzo 2016" daría cuenta de la necesidad de instalar un *scrubber* alcalino de SO₂.

Adicionalmente, la SMA descarta que la prueba acompañada en el procedimiento permita sostener que la nueva configuración de Planta Valdivia haya sido validada por la autoridad ambiental, así como terceros auditores independientes.

Finalmente, la Resolución Recurrída calificó la infracción imputada como leve (considerandos 1005 a 1026), en conformidad con lo dispuesto en el número 3 del artículo 36 de LOSMA. En resumen, indica lo siguiente: "*Por los motivos señalados, se estima que no se configura la clasificación de gravedad asignada en la formulación de cargos, debido a que no es posible sostener el criterio de la centralidad de la medida, que resulta ser el más relevante en este caso concreto.*"

Por ende, la infracción se clasifica como leve, en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 numeral 3 de la LO-SMA."

Ahora bien, tal como indicaremos a continuación, la SMA no debió haber sancionado a mi representada por la supuesta infracción comentada, toda vez que no es efectivo que ésta se haya configurado, conforme exponemos a continuación.

a) Existe confianza legítima respecto del cabal cumplimiento de la normativa ambiental.

Contrariamente a lo indicado en la Resolución Recurrída, Arauco ha acreditado en este procedimiento sancionatorio que en este caso opera la confianza legítima como causal de exculpación de responsabilidad administrativa.

En este sentido, cabe recordar que el principio de protección de la confianza legítima dice relación con la legítima expectativa que tienen las personas de que la Administración del Estado adopte decisiones que sean armónicas con los criterios manifestados con anterioridad; es decir, que su actuar sea persistente y coherente en el tiempo, en situaciones equivalentes; asimismo, se exige a la administración ser fiel a sus propios actos o su propia conducta anterior.¹

Este principio supone el amparo que debe dar el juez al ciudadano frente a la Administración Pública, cuando ésta ha venido actuando de una determinada manera, en cuanto a que ésta lo seguirá haciendo de esa misma manera en lo sucesivo y bajo circunstancias (políticas, sociales, económicas) similares².

Ahora bien, en lo pertinente al caso particular, cabe señalar que mi representada siempre entendió, como consecuencia de actos y procedimientos administrativos de la autoridad competente en la materia, que la obligación de instalar el *scrubber* fue modificada y dejada sin efecto, como consecuencia de la configuración definitiva de Planta Valdivia,

¹ MEMBIELA, Juan. El Principio de Confianza Legítima como Criterio Ponderativo de la Actividad Discrecional de la Administración Pública, en *Revista de Administración Pública*, N° 171, Madrid, 2006, p.251.

² BERMÚDEZ SOTO, Jorge. El Principio de Confianza Legítima en la Actuación de la Administración como Límite a la Potestad Invalidatoria. *Rev. derecho (Valdivia)* [online]. 2005, vol.18, n.2, pp.83-105.

que fue expresamente validada por la COREMA de la Región de Los Lagos, mediante la Resolución Exenta N° 387/2004, de 24 de mayo de 2004, que aceptó las medidas de optimización propuestas por el titular para reducir la generación de malos olores, entre ellas la implementación de un incinerador de respaldo para quema de gases concentrados.

Adicionalmente, Arauco presentó una consulta de pertinencia ante la COREMA de la Región de Los Lagos, a través de la presentación de la Carta GPV 096/2004-C, de 9 de agosto de 2004, acompañando antecedentes técnicos en relación a las instalaciones indicadas, obteniendo un pronunciamiento favorable mediante el Ord. N° 1269, de 14 de septiembre de 2004, que indicó -como consecuencia de los antecedentes técnicos entregados relativos a los sistemas de recolección e incineración de gases de la Planta Valdivia- que el proyecto no tenía la obligación de ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Lo anterior, además se complementa con las verificaciones realizadas por auditores externos e independientes durante más de diez años, donde nunca existió una observación al respecto. Por ejemplo, auditores internacionales elegidos por la propia autoridad ambiental según consta de Carta COREMA N° 440, de 18 de abril de 2005, al analizar la existencia en Planta Valdivia de procesos tecnológicos que debieran estar implementados en una planta de celulosa de clase mundial, que operen de manera segura y ambientalmente amigable, concluyeron que la tecnología existente para la recolección de gases, *scrubbing* y/o incineración eran las adecuadas, habiéndose acompañado en los descargos el informe "*Phase 01 Audit Report in Celulosa Arauco y Constitución S.A. Valdivia Planta, Chile*", preparado por CNTL Senai.

Por lo demás, esta configuración fue también previamente constatada por los organismos fiscalizadores, que concedores de los pronunciamientos mencionados, certificaron que no existía incumplimiento al respecto. Así, según consta en informe de visita inspectiva de 26 de noviembre de 2008, los ocho servicios que participaron de la misma (entre ellos, la SEREMI de Salud de la Región de Los Ríos) concluyeron que "*El proyecto se encuentra operando en forma normal*", agregando que entre los componentes verificados se incluyó el "*sistema de incineración de gases TRS concentrados y diluidos*", no constatando desviación alguna.

Finalmente, tal como se indicó en su oportunidad, los Informes de Auditoría Mensual emitidos por el Auditor Ambiental Independiente Knight Piésold, concluyen el cumplimiento de la exigencia contenida en el considerando 8.1.2.2, según consta en la ficha 4.2.6, conforme a las consideraciones expuestas.

Sobre la base de los antecedentes de hecho y de derecho antes expuestos, cabe señalar que la autoridad estaba inequívocamente en conocimiento de la nueva configuración de las instalaciones de Arauco, no existiendo reproches al respecto, sino que por el contrario, hubo actos expresos que validaron el entendimiento de mi representada en cuanto al contenido y exigibilidad de sus obligaciones. Por lo anterior, mi representada obró en todo momento amparada bajo el principio de buena fe y confianza legítima.

En consecuencia, se solicita absolver a mi representada del cargo imputado, atendido que ésta no ha incurrido en infracción alguna, por los argumentos precedentemente señalados. Llegar a una conclusión diversa, es derechamente inaceptable, ya que se atenta contra las reglas de la lógica, habida consideración de toda la prueba aportada en el proceso.

b) La Resolución Recurrida yerra en los fundamentos de hecho y de derecho en que motiva el incumplimiento de la obligación establecida en el considerando 8.1.2.2 letra a) de la RCA N° 279/1998, vulnerando el principio de tipicidad.

Adicionalmente, en el muy improbable evento que la SMA concluya que no operó la confianza legítima como causal de exculpación, cabe señalar que Arauco ha acreditado en este procedimiento sancionatorio que, de acuerdo a la actual configuración de la Planta, se cuenta con medidas eficientes -validadas por la autoridad competente y por terceros expertos- para hacerse cargo de las emisiones de SO₂ provenientes de las principales fuentes generadoras de las mismas, objeto de protección establecido expresamente en el considerando 8.1.2.2 letra a) de la Res. Ex. N° 279/1998 que indica que "(...) *Se deberá instalar un sistema de lavador de gases (scrubber) de alta eficiencia (85%), en la principal fuente emisora de dióxido de azufre, correspondiente al incinerador de gases no condensables (...)*" (énfasis agregado).

Al respecto, cabe recordar que el sistema de recolección de gases no condensables ("GNC") diluidos minimiza su emisión hacia la atmósfera, a través de su recolección desde distintas áreas, para ser lavados, enfriados y, en definitiva, conducidos a la caldera recuperadora, siendo inyectados como parte del aire secundario de combustión. Por su parte, el **nuevo incinerador de respaldo para GNC concentrados** tiene por objeto actuar como respaldo en las detenciones y puestas en marcha ante eventuales problemas operacionales en las calderas (recuperadora y de poder) y frente a eventuales caídas generales de la planta por fallas de energía. En otras palabras, este incinerador, considerando que su funcionamiento es excepcional y puntual, opera únicamente como respaldo.

En este entendido, la actual configuración del sistema de control de gases TRS constituye evidentemente una mejora al sistema de manejo de compuestos TRS previsto en la RCA N° 279/1998, pues el incinerador indicado solo opera como tercera alternativa de control, en subsidio, cuando las calderas recuperadora y de poder no están disponibles. De esta forma, el incinerador originalmente considerado para el control de los TRS pasó de ser el año 2004 "*la principal fuente emisora de dióxido de azufre*" a una **fuentes esporádica, puntual y eventual de emisión**. En efecto, según se acreditó en el proceso, para todo el año 2013 solo se utilizó en tres oportunidades por un total de 255 minutos; a lo largo de todo el año 2014, en dos oportunidades por un total de 101 minutos; y durante el año 2015, en tres oportunidades por un total de 98 minutos.

A mayor abundamiento, como se acreditó en el procedimiento sancionatorio, la configuración descrita cumple con las directrices de emisiones industriales de la Unión Europea, a través de las mejores técnicas disponibles (BAT, por sus siglas en inglés). Asimismo, la no instalación del *scrubber* no afecta la emisión comprometida de TRS y SO₂.

En efecto, mi representada ha acreditado que la emisión de SO₂ generada por Planta Valdivia es mínima en comparación con los límites evaluados ambientalmente en la RCA 279/1998, mediante informe "*Evaluación Sistema Quemado TRS y Emisiones de SO₂*". Celulosa Arauco Planta Valdivia, Thermal Engineering, marzo 2016". Así, actualmente las emisiones de SO₂ corresponden aproximadamente a un tercio del flujo diario de emisiones de la Planta para ese parámetro estimadas en la Res. Ex. 279/1998.

Adicionalmente, no debe dejar de considerarse que el Informe pericial elaborado por el señor Pablo Baraña Díaz concluye que el sistema actual es significativamente más eficiente que el originalmente evaluado en la RCA 279/1998, por cuanto la eficacia del actual sistema de control de emisiones de SO₂ se encuentra en un rango de 98,5%-99,8%, frente a la exigencia de un *scrubber* de alta eficiencia (85%) originalmente contemplado en dicha RCA.

Sobre la base de todo lo anterior, insistimos en aclarar que si bien la exigencia de instalar el *scrubber*, establecida en la RCA 279/1998, no se encontraba sujeta al cumplimiento de un límite de emisiones de SO₂, es claro y manifiesto que su objetivo no era otro que hacerse cargo de las emisiones provenientes de la entonces principal fuente emisora del Proyecto -el incinerador de gases no condensables-, por lo que desde que dicha fuente dejó de revestir tal calidad, al mismo tiempo dejó de ser exigible dicho compromiso.

A mayor abundamiento, mediante Ord. N° 1269, de 14 de septiembre de 2004, la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Los Lagos ("**COREMA Región de Los Lagos**") validó estas modificaciones, concluyendo que estos cambios no eran de consideración, lo que ratifica que la obligación de instalar el *scrubber* estaba condicionada a la configuración anterior de Planta Valdivia, específicamente, a la calidad de fuente principal de emisiones de SO₂ que tenía el antiguo incinerador, cuestión que no acontece en la especie según la configuración actual de Planta Valdivia, la que se encuentra previamente autorizada mediante la Res. Ex. 387/2004, del mismo servicio, que en su resuelvo segundo acepta las medidas propuestas por mi representada para el control de los GNC.

Por todo lo anterior, cabe concluir que en la Resolución Recurrída se ha vulnerado el principio de tipicidad, al dar por configurada la supuesta infracción argumentando que la obligación de instalar el *scrubber* es actualmente exigible, cuando toda la prueba aportada en el proceso, así como el análisis de la obligación, permite concluir en forma fehaciente que la obligación tenía un propósito único y exclusivo (mitigar las emisiones de la principal fuente emisora de SO₂), el que quedó condicionado a la ingeniería de detalle con que finalmente se configuró Planta Valdivia. En este sentido, dicha configuración contempló otras medidas e instalaciones que permiten concluir que la obligación no es exigible, lo que además fue autorizado y ratificado por la autoridad.

Al respecto, el principio de tipicidad se encuentra establecido en el inciso final del N° 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental, conforme al cual *"Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella"*.

Si bien la tipicidad se asemeja al principio de legalidad, no son lo mismo, pues la tipicidad es un modo de realización del principio de legalidad. Es así como la tipicidad *requiere algo más que la legalidad*, pues es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, lo que permite garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta³.

En este sentido, existe consenso jurisprudencial y doctrinario en que el artículo 19, N° 3, de la Constitución Política de la República, es aplicable a las sanciones administrativas, tanto en relación con los principios de legalidad y tipicidad y como –según veremos más adelante– en aplicación del debido proceso, toda vez que tanto el derecho penal como el administrativo sancionador son ejercicio del *ius puniendi* del Estado⁴.

Luego, el referido principio de tipicidad exige que *"(...) Al sujeto se le garantiza que únicamente se lo castigará si se comporta de una cierta forma (...) y para eso es necesario asegurarle que nada le ocurrirá si hace o deja de hacer algo parecido pero diferente de lo que la ley prohíbe"*.⁵

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que dicho principio *"(...) asegura al hombre la facultad de actuar en la sociedad con pleno conocimiento de las consecuencias jurídicas de sus actos"*.⁶

Por lo tanto, del principio de tipicidad se desprende que tanto la conducta como la pena, deben estar establecidas –mediante una descripción precisa– con anterioridad a la ejecución del hecho que se estima constitutivo de infracción.

En el derecho administrativo sancionador de carácter ambiental, este principio se ve reflejado en el artículo 35 y siguientes de la LOSMA, donde para el caso que nos avoca, se

³ Véase STC Rol N° 244, c. 10. En el mismo sentido STC Rol N° 480, c. 5.

⁴ Véanse STC Rol 1.205, c. 16; STC Rol 1.221, c. 16; STC Rol 1.223, c. 13; STC Rol 1.229, c. 16; STC Rol 1.233, c. 13, STC Rol 1.245, c. 13.

⁵ Cury Urzúa, Enrique, *La ley penal en blanco*, Editorial Temis, Bogotá, 1998.

⁶ Sentencia Rol N° 46-1987.

señala que “Corresponderá exclusivamente a la Superintendencia del Medio Ambiente el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las siguientes infracciones: a) El incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental” (énfasis agregado).

Precisamente en dicho orden de ideas, es necesario ser enfáticos en que la obligación reprochada por la SMA no corresponde con la configuración actual y aprobada de Planta Valdivia y, por ende, no se configura el tipo infraccional.

El sistema actualmente operativo es mucho más eficiente que el *scrubber* originalmente evaluado, propendiendo a un mayor resguardo del medio ambiente y la salud de la población, siendo un despropósito y una medida abiertamente regresiva, ilegal y arbitraria, el imponer ahora a mi representada la instalación de un mecanismo de *scrubber* de “alta eficiencia”⁷.

Por lo tanto, de conformidad a lo señalado en la sección 2.26.5.2 del EIA, en relación con el Addendum N° 1, sección 2.26.5, la configuración definitiva de Planta Valdivia autorizada, y el Ord. N° 1269, de 14 de septiembre de 2004 de la COREMA Región de Los Lagos, es inevitable concluir que la SMA ha formulado un cargo fundada en una obligación que no se encuentra vigente, vulnerando el principio de tipicidad.

En definitiva, conforme a las autorizaciones y pronunciamientos de la COREMA de la Región de los Lagos, y atendida la actual configuración del sistema de control de gases no condensable, no puede sino concluirse que la exigencia de contar con un *scrubber* en el incinerador de gases previsto en el proyecto originalmente aprobado por la RCA 279/1998, ya no se encuentra vigente, y dejó de ser exigible para mi representada, correspondiendo que la SMA enmiende la Resolución Recurrída absolviendo a mi representada.

⁷ Los monitoreos de calidad del aire exigidos por la autoridad y que se le entregan en el Informe Trimestral, dan cuenta de que durante todo el periodo monitoreado (2005 - 2015), el SO₂ medido como calidad del aire, se encuentra muy por debajo de los valores establecidos en la norma primaria de calidad del aire para este parámetro (D.S. N°113/02).

2) CARGO N° 10: NO EFECTUAR REMUESTREOS PARA LOS PARÁMETROS MANGANESO, ALUMINIO, ARSÉNICO, NITRÓGENO TOTAL Y NITRÓGENO TOTAL KJELDAHL, SEGÚN SE INDICA EN LA TABLA N° 4 DE LA PRESENTE FORMULACIÓN DE CARGOS.

De acuerdo al Resuelvo Primero letra i) de la Resolución Recurrída, la SMA sancionó a mi representada por no: *“No efectuar remuestreos para los parámetros manganeso, aluminio, arsénico, nitrógeno total y nitrógeno total kjeldahl, según se indica en la Tabla N° 4 de la presente formulación de cargos”*.

Así, la Resolución Recurrída sanciona a mi representada en base al artículo 35 letra g) de la LOSMA, por cuanto habría infringido lo establecido en el D.S. N° 90/2000 MINSEGPRES, en particular lo dispuesto en el numeral 6.4 del artículo 1°, que dispone lo siguiente:

“(…) 6.4 Resultados de los análisis. 6.4.1. Si una o más muestras durante el mes exceden los límites máximos establecidos en las tablas N° 1, 2, 3, 4 y 5, se debe efectuar un muestreo adicional o remuestreo.

El remuestreo debe efectuarse dentro de los 15 días siguientes de la detección de la anomalía. Si una muestra, en la que debe analizarse DB05, presenta además valores excedidos de alguno de los contaminantes: aceites y grasas, aluminio, arsénico, boro, cadmio, cianuro, cobre, croma (total hexavalente), hidrocarburos, manganeso, mercurio, níquel, plomo, sulfato, sulfuro o zinc, se debe efectuar en los remuestreos adicionales/a determinación de 0805, incluyendo el ensayo de toxicidad, especificado en el anexo 8 de la norma NCh2313/5 Of96 (…)”.

De este modo, en el considerando 620, la Resolución Recurrída estima configurada la supuesta infracción en tanto Arauco no habría efectuado ningún remuestreo, contrariando la disposición citada, respecto a supuestas superaciones de los parámetros de aluminio (noviembre y diciembre de 2013 y marzo y junio de 2014), arsénico (diciembre de 2013 y junio de 2014), y nitrógeno total (febrero de 2014).

Sobre la base de lo anterior, la Resolución Recurrída calificó la infracción imputada como leve, en conformidad con lo dispuesto en el número 3 del artículo 36 de LOSMA,

imponiéndole una multa de 1,2 UTA.

Ahora bien, tal como evidenciaremos a continuación, la SMA ha incurrido en un error de derecho al dar por configurada la supuesta infracción en comento, toda vez que mi representada acreditó el cumplimiento de los límites aplicables del D.S. 90/2000 durante el periodo considerado en el supuesto hecho de esta infracción, mediante la realización de autocontroles, que han sido remitidos por la SISS a esta Superintendencia, razón por la cual resulta absolutamente improcedente que le exija cumplir con una obligación de remuestreo que no era aplicable en la especie.

Adicionalmente, se dan por reproducidos los descargos y alegaciones efectuadas durante todo este procedimiento sancionatorio, especialmente, el que la SMA pretende hacer aplicables límites improcedentes, sea porque están establecidos para situaciones diversas a la de Planta Valdivia, o bien, porque representan exigencias que han perdido su vigencia.

En consecuencia, se insiste en la necesidad de absolver a mi representada del cargo imputado, atendido que ésta no ha incurrido en la infracción que en comento, debiendo la SMA proceder a enmendar la Resolución Recurrída en dicho sentido.

3) CARGO N° 11: NO REPORTAR CON LA FRECUENCIA DE MONITOREO ESTABLECIDA EN LA RES. EX. SISS N° 453/2006 PARA LOS PARÁMETROS Y FECHAS QUE SE INDICAN TABLA N° 5 DE LA PRESENTE FORMULACIÓN DE CARGOS.

De acuerdo se establece en el Resuelvo Primero letra j) de la Resolución Recurrída, la SMA sancionó a mi representada por: "*No reportar con la frecuencia de monitoreo establecida en la Res. Ex. 5/55 N° 453/2006 para los parámetros y fechas que se indican Tabla N° 5 de la presente formulación de cargos*". Lo anterior, en base al artículo 35 letra g) de la LOSMA, considerando un supuesto incumplimiento al DS. 90/2000 MINSEGPRES y la Res. Ex. SISS N° 453/2006.

En dicho sentido, en el considerando 634 de la Resolución Recurrída, referido a la ponderación de los descargos presentados por mi representada, se establece que "*No obstante, la empresa informó a la autoridad, de la detención anual de la planta, dichas detenciones son programadas, es decir, no se trata de situaciones imprevisibles, por lo que la empresa podría haber*

planificado los muestreos, efectuando el mínimo requerido de muestras durante los días en que la Planta no se encontraba detenida (...)", para luego agregar, en el considerando 635, que la detención programada no exime a mi representada de la obligación de reportar la frecuencia requerida de muestreos por parámetros.

Es así como la infracción fue calificada de leve, conforme el artículo 36 N° 3 de la LOSMA, imponiéndose a Arauco el pago de una multa de 19 UTA.

Ahora bien, tal como hemos venido sosteniendo a lo largo del presente procedimiento sancionatorio, la SMA ha errado al sancionar a mi representada por la supuesta infracción comentada, toda vez que la configuración de la infracción se basa en una errónea interpretación de las exigencias específicas de seguimiento aplicables.

Es así como Arauco logró acreditar en el marco de este proceso de sanción que el hecho de no haber monitoreado la calidad del efluente del sistema de tratamiento de Planta Valdivia, según las frecuencias establecidas en la Res. Ex. SISS N° 453/2006, durante los meses de noviembre de 2013 y noviembre de 2014, se debió al proceso de Parada General de Planta ("**PGP**"), que se desarrolla cada año, durante el cual no se generan RILes.

Por lo demás, la aplicación de una interpretación de la normativa aplicable, en los términos propuestos por la SMA, podría llevar al absurdo de que los regulados, en el supuesto que prevean PGP, se vean obligados a realizar múltiples muestreos en un lapso manifiestamente acotado, perdiendo las mediciones realizadas toda representatividad, validez y utilidad.

Expuesto lo anterior, lo cierto es que esta situación, oportunamente informada tanto a la SMA como a la Superintendencia de Servicios Sanitarios⁸, se encuentra contemplada en

⁸ En dicho sentido, en nuestros descargos se acompañó copia de 1) Carta GPV N° 122/2013-C de 15 de noviembre de 2013, que informa a la SMA Macrozona Sur, la detención anual de la Planta Valdivia por mantención, la cual se realizaría entre las fechas 23 de noviembre y 10 de diciembre del año 2013. En el mismo sentido se informó a la Oficina Regional de la SISS mediante Carta GPV N° 123/2013-C de 18 de noviembre de 2013; 2) Carta GPV 102/2014-C de 23 de octubre de 2014, que informa a la SMA Macrozona Sur, la detención anual de la Planta Valdivia por mantención para el año 2014, la cual se realizaría entre las fechas 8 y 21 de noviembre de 2014. En el mismo sentido se informó a la Oficina Regional de la SISS mediante Carta GPV N° 108/2014-C de 30 de octubre de 2014; y, 3) Registros de mantenciones.

las mismas condiciones específicas de monitoreo establecidas para el efluente del sistema de tratamiento del Planta Valdivia en la Res. Ex. SISS N° 453/2006, que en su numeral 9° prevé la siguiente situación: *“Si la industria se encuentra en alguna situación que le impida realizar el monitoreo del efluente, deberá informarlo en forma anticipada a esta Superintendencia. Posteriormente, en fiscalización a la industria, se comprobará la veracidad de la información, solicitando el listado de producción de los meses que no fueron informados”*.

Por lo anterior, encontrándose expresamente prevista la imposibilidad de realizar un monitoreo del efluente, y regulándose expresamente que en dicho caso mi representada debe informar tal situación en forma anticipada a la SMA, sólo podría entenderse que ha existido el supuesto incumplimiento sancionado en la letra j) del Resuelvo Primero de la Resolución Sancionatoria, si mi representada no hubiere cumplido con su obligación de informar en forma anticipada a la SMA acerca del hecho que le impedía efectuar el monitoreo en las fechas establecidas, cuestión que por lo demás no ha sucedido en este caso.

En consecuencia, sobre la base de lo precedentemente expuesto, se debe proceder a absolver a mi representada del cargo imputado, atendido que no se ha incurrido en infracción alguna, por los argumentos señalados.

II. INCORRECTA PONDERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LOSMA, EFECTUADA POR LA SMA.

Finalmente, y sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, cabe hacer presente que en el improbable caso que la SMA continuare sosteniendo que mi representada ha incurrido en algún incumplimiento, el examen de la Resolución Recurrída lleva a concluir con certeza que ha habido una incorrecta ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, en los términos que se exponen a continuación.

Adicionalmente, tanto en los informes trimestrales como en los autocontroles mensuales, se precisó el comunicado anterior, en el sentido de indicar los días durante los cuales se dejó de derivar efluente tratado al Río Cruces, y que para el caso de la detención de 2013 corresponde al período entre el 26 de noviembre a 1 de diciembre de 2013 y para el caso de la detención de 2014, correspondió a los días del 12 de noviembre hasta el 16 de noviembre de 2014.

1) INTENCIONALIDAD EN LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN Y EL GRADO DE PARTICIPACIÓN EN EL HECHO, ACCIÓN U OMISIÓN CONSTITUTIVA DE LA MISMA. ARTÍCULO 40, LETRA D) DE LA LOSMA.

Respecto a la intencionalidad en la comisión de la infracción como factor de incremento de la responsabilidad conforme el artículo 40 letra d) de la LOSMA, los considerandos 1181 y siguientes de la Resolución Recurrída señalan, en síntesis, que a mi representada le es aplicable la categoría de "sujeto calificado" dado *"que cuenta con el personal técnico y jurídico para conocer y comprender a cabalidad sus obligaciones, la conducta que realiza en contravención a ellas, así como la antijuricidad asociada a dicha contravención. Teniendo en cuenta que dichos sujetos se encuentran en una especial posición de obediencia, respecto a determinados estándares estrictos de diligencia en razón de los bienes jurídicos que protege la legislación administrativa ambiental (...)"*.

De esta forma, en la Resolución Recurrída se concluye que se debe aplicar esta circunstancia como factor de incremento para los cargos N° 1, 2, 3, 4 y 5, en directa contravención a la correcta aplicación de dicha norma, según se señala a continuación.

a) Inaplicabilidad de la teoría de la sujeción especial en términos generales para efectos de determinar la intencionalidad del supuesto infractor.

La categoría de sujeto calificado o cualificado nace a partir de la denominada "Teoría de la relación de sujeción especial o de supremacía especial". Esta teoría tiene su origen en Alemania a mediados del siglo XIX para dar cierta cobertura al actuar discrecional de la Administración, cuestión que cambia considerablemente a partir de una sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 14 de marzo de 1972, a propósito de la situación de los presos⁹. A partir de esa fecha, la teoría ha decaído en su lugar de origen, cambiando incluso su nombre al de "status especiales", existiendo doctrina que la dio por muerta o abandonada.

⁹ Al respecto, puede consultarse GARCÍA MACHO, Ricardo, "En torno a las garantías de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de especial sujeción", Revista Española de Derecho Administrativo, 64, 1989, págs. 524 y ss.

Situación similar ha sucedido con tal teoría en España, donde la doctrina fue tomada desde el derecho germánico y se generaliza a partir de los años sesenta, con la publicación del artículo "Relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración. Contribución a la teoría del Estado de Derecho" de A. Gallego Anabitarte en 1961, en el número 34 de la Revista de Administración Pública ("**RAP**"), siendo luego acuñada la teoría por los tribunales hispanos, los cuales también prontamente desvirtuaron su concepto tal como se entendió en el país de origen¹⁰.

Sin embargo, a diferencia de lo sucedido en el país germánico, en España esta teoría se mantuvo vigente por varios años, teniendo su apogeo en las décadas de los 80 y 90. Tal categoría ha sido también en la práctica restringida a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español al respecto, donde a partir de esta segunda década ha reconocido que "*el concepto de relación especial de sujeción es de por sí impreciso*" (sentencia 120/1990, de 27 de junio de 1990).

Lo mismo ha sucedido con la doctrina, la cual ha sido crítica de esta teoría y de la categoría de sujeto cualificado, dando cuenta en varias ocasiones de la imprecisión de su concepto y de los abusos a que puede arribarse a partir de ella.

Al respecto, cabe mencionar que existen voces críticas en la doctrina española respecto a la imprecisión con que la jurisprudencia constitucional se ha referido a la distinción entre relaciones de sujeción general y especial. Así, por ejemplo, la incertidumbre del Tribunal Constitucional queda patente cuando se enfrenta a un problema de legalidad sancionadora y lo hace "*desde la perspectiva de las relaciones especiales de sujeción que en principio hay que admitir existentes entre Administración y demandante, debido a la licencia que éste había obtenido de aquélla para ejercer su actividad profesional de detective privado y sin la cual no podría hacerlo*" (STC 61/1990, de 29 de marzo) (énfasis agregado).

Tal doctrina ha repercutido también en autores nacionales. Así, por ejemplo, Cordero Vega hace eco de lo señalado por Santamaría Pastor para dar cuenta de la fragilidad de la

¹⁰ Tal como da cuenta PRIETO, Tomás, *La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción* en Revista de Administración Pública, núm. 178, Madrid, enero-abril (2009), págs. 215-247.

distinción entre sujetos simples y sujetos calificados¹¹. Las críticas atienden a que el concepto de relación de poder es meramente negativo (la hay cuando no existe relación especial de poder), y su contenido se define por alusión ejemplificativa a unas cuantas potestades genéricas. En este sentido, es imposible saber, en la mayor parte de los casos, si una determinada relación de poder es general o especial: todo depende de la perspectiva que se adopte en cada caso. Por lo tanto, si no es posible delimitar con una mínima precisión ambas categorías, ¿son éstas válidas?

Asimismo, se reprocha que esta teoría fue construida por la doctrina alemana de fines del siglo XIX como un procedimiento técnico para eludir el juego del principio de reserva de ley en el ámbito interno de la organización administrativa; y también, que ha sido utilizada posteriormente como un título cuya mera invocación permite a la Administración tener manos libres para limitar la libertad o la propiedad sin que una ley previa lo autorice y que, por lo mismo, dada la vaguedad de su contorno conceptual, se ha prestado a graves abusos¹².

Por otro lado, es necesario destacar que de la categorización de un titular de RCA como "sujeto calificado" no es posible concluir en términos generales su intencionalidad como factor de incremento en la determinación de la sanción, puesto que con ello se cae en el absurdo de que todo incumplimiento será intencional y por tanto, siempre aplicará el artículo 40 letra d) para efectos de incrementar la sanción, lo cual, evidentemente, vulnera el principio de legalidad y permite que la teoría de sujeción especial sea utilizada, precisamente, con abusos, los cuales tanto se critican en el derecho comparado.

En efecto, como bien se señala en la Resolución Recurrída, la intencionalidad no es un elemento necesario para la configuración de la infracción y, por ello, ha sido establecida expresamente por el legislador como una regla para determinar la sanción a aplicar.

¹¹ CORDERO, Luis, "Los particulares como sujetos de derecho en el Derecho Administrativo", en Revista de Derecho Público, 2002, volumen 64, pp. 213 citando a SANTA MARÍA PASTOR, "Principios de Derecho Administrativo", Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, p. 365.

¹² CORDERO, Luis, "Los particulares como sujetos de derecho en el Derecho Administrativo", en Revista de Derecho Público, 2002, volumen 64, pp. 213-236.

En este sentido, la doctrina ha señalado que en aquellos casos en que concurra el elemento de intencionalidad equiparable al dolo, la graduación de la sanción deberá ser más severa, agravando la sanción, mientras que en los casos en que la infracción sea atribuida a título meramente culposo o negligente, la sanción no podrá ser agravada¹³. Lo anterior es de toda lógica, en la medida que para determinar la infracción ya ha operado previamente el criterio de la falta de diligencia, por lo que no puede volver a operar nuevamente para agravar la sanción, siendo solo esta agravada en los casos en que haya habido una actuación dolosa por parte de supuesto infractor.

Así, la Excma. Corte Suprema en su sentencia Rol 14.758-2015, de fecha 29 de septiembre de 2015, ha resuelto que *“en el ámbito administrativo sancionador debe hablarse más bien de principio de responsabilidad, ya que se va a sancionar a quien se estima responsable del incumplimiento del deber de diligencia, sin que sea objeto de análisis si la conducta fue dolosa o culposa”*.

Por lo tanto, en virtud de los principios generales del derecho, en particular del principio de responsabilidad o reprochabilidad, el elemento de la culpa o negligencia se encuentra presente para efectos de determinar la infracción del sujeto. Basta el mero incumplimiento del deber de diligencia para que, entonces, opere la responsabilidad administrativa y, de ahí que el dolo solo opere en una fase posterior como una regla de intencionalidad para incrementar la sanción.

Ahora bien, al aplicarse la teoría de la relación de sujeción especial y la categoría de “sujeto calificado” en una etapa posterior a la determinación de la infracción, para establecer el quantum de la sanción, no se hace más que introducir por segunda vez elementos de diligencia/negligencia en el actuar del supuesto infractor, lo cual es legal y constitucionalmente inaceptable.

Lo anterior queda de manifiesto incluso en la Resolución Recurrída al señalar que *“CELCO necesariamente debe ser considerada como un sujeto calificado, que cuenta con el personal técnico y jurídico para conocer y comprender a cabalidad sus obligaciones, la conducta que realiza en contravención a ellas, así como la antijuricidad asociada a dicha contravención. Teniendo en cuenta*

¹³ BERMÚDEZ, Jorge, Fundamentos de Derecho Ambiental, Ed. Universitaria de Valparaíso, 2014, p. 485.

que dichos sujetos se encuentran en una especial posición de obediencia, respecto a determinados estándares estrictos de diligencia en razón de los bienes jurídicos que protege la legislación administrativa ambiental (...)" (énfasis agregado).

Conforme a lo anterior, en términos abstractos, el introducir la categoría de sujeto calificado para efectos de determinar la intencionalidad del supuesto infractor permite que exista un doble efecto respecto de un actuar negligente en materia ambiental: tanto para determinar la infracción, conforme a principios de derecho sancionador, como para determinar el quantum de la sanción, de acuerdo a la regla del artículo 40 letra d) de la LOSMA. Ello, sin duda alguna, atenta contra las garantías y derechos de cualquier sujeto en el marco de un proceso sancionador, pudiendo incluso llegar al extremo de presumirse la mala fe del supuesto infractor bajo un supuesto manto de legalidad, lo cual, a todas luces, implica un actuar abusivo y contrario a los principios más elementales del Derecho.

Así, la teoría de la relación de especial sujeción no puede servir a la Administración para reemplazar las diligencias necesarias para desentrañar el elemento volitivo del sujeto, debiendo acreditarse fehacientemente en el proceso sancionatorio la existencia de dolo para efectos de determinar una intencionalidad tal que permita incrementar la sanción.

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, se debe enmendar la Resolución Recurrida disminuyéndose la sanción asociada a los cargos a partir de los cuales se estima intencionalidad producto de la condición de "sujeto calificado".

b) Inaplicabilidad de la calidad de sujeto calificado por cargo.

Para el improbable caso en que la SMA decida mantener el análisis del elemento volitivo a partir de la categoría de "sujeto calificado", a continuación se determina la inaplicabilidad de tal categoría en forma específica para cada uno de los cargos asociados:

i. Cargo N° 1:

Respecto al cargo N° 1, el considerando 1194 de la Resolución Recurrida supone que existe una "*intención de ocultar el derrame*" y para presumir la intencionalidad, se basa en la calidad sujeto calificado, señalando que "*no resulta admisible en base al señalar que actuó en*

conciencia de que no se afectaría el efluente. En base a su posición, de experto en la materia y a su trayectoria en el rubro, sólo hace concluir que al no informar, si bien, no es posible afirmar, que perseguía los resultados ocurridos en el río Cruces, particularmente la muerte de peces, si es posible indicar, que pudo representarse las posibilidades de su ocurrencia, conociendo las características de peligrosidad de la sustancia, y no obstante ello, de todas formas optó por no informar y seguir adelante con su operación”.

Pues bien, la conclusión a que arriba la SMA es completamente errada, puesto que es precisamente en base a la posición de experto en la materia y trayectoria en el rubro que mi representada concluye y afirma que no se afectaría el efluente. Tal como se indicó en el recurso de reposición, mi representada estaba en condiciones de determinar previo a las 24 horas de ocurrido el derrame que no habría afectación a la calidad del efluente, por lo cual no es posible presumir la mala fe de mi representada.

Tanto es así, que mi representada reconoce en los descargos la existencia del derrame, es decir, en la primera oportunidad procesal posible, en vez de “ocultar el derrame”, como sostiene la SMA, mi representada lo reconoce, puesto que siempre actuó bajo la lógica de que tal episodio en caso alguno afectaría la calidad del efluente y, por tanto, bajo el convencimiento de que no ha incumplido ninguna obligación.

Por ello, no es posible concluir que hay una intención concreta de no cumplir una obligación en base a supuestos erróneos y elucubraciones forzadas, debiendo descartarse completamente un elemento volitivo intencional como circunstancia que amerite el incremento en la responsabilidad respecto de este cargo.

ii. Cargo N° 2

En el caso del cargo N° 2, la SMA infiere una cierta intencionalidad de mi representada a partir, principalmente, de dos aspectos operacionales.

El primero de ellos dice relación con la utilización permanente del foso N° 4. Cabe aquí replicar lo señalado en el recurso de reposición, en la medida que es un error el suponer y concluir que dicho foso debe estar sin almacenamiento, puesto que, conforme al diseño operacional de Planta Valdivia, es precisamente en dicho lugar donde deben llegar los

excedentes de licor verde resultantes de la toma de muestras periódicas proveniente de las dos líneas de conducción, con el objetivo de medir su densidad. En otras palabras, el Foso N° 4 es utilizado habitualmente como consecuencia de las actividades rutinarias que debe realizar el operador del área de licor. Es más, esta actividad fue constatada por la SMA en su visita a Planta Valdivia, donde la fiscal instructora pudo apreciar que para llevar adelante la medición, se debe dejar escurrir cierto volumen de licor verde, el que es recogido por un embudo y descargado a la canaleta perimetral del estanque disolvedor, desde donde es conducido al Foso N° 4.

Por lo tanto, al igual que para la determinación de la infracción, la SMA parte del mismo supuesto errado para establecer la intencionalidad de mi representada, al suponer que este foso no es de utilización permanente, tal y como queda de manifiesto a partir de la prueba rendida en el proceso.

El segundo aspecto operacional al que se refiere la SMA también parte de un supuesto errado y, nuevamente, aplica de manera doble los fundamentos tanto para determinar la infracción como para determinar la supuesta intencionalidad de mi representada. En este caso, se presume la utilización del *by pass*, mediante la cámara clarificadora, esquivando con ello el clarificador primario, cuestión que, como ya se ha señalado previamente, no es cierta. El licor verde sí pasó por el clarificador primario, tal como se puede verificar luego de revisar los registros de pH y conductividad en el efluente general, el efluente bajo sólidos y el efluente en la cámara de neutralización. Al respecto, cabe señalar que si -como afirma equivocadamente la Resolución Recurrída- se hubiese usado el *by pass* del clarificador primario, se habría visto un efecto inmediato de las conductividades del orden de 10.000 $\mu\text{S}/\text{cm}$ del efluente general en el período 13:54 a 14:02 en la cámara de neutralización, pues el tiempo que tomaría el efluente en llegar a la cámara de neutralización, de haberse utilizado el *by pass*, sería de menos de un minuto.

Por lo tanto, no es posible presumir una intención determinada de mi representada a partir, primero, de hechos falsos y conjeturas erradas; y segundo, a partir de los mismos fundamentos utilizados para determinar la infracción, por lo cual necesariamente, deben ser desechados en esta etapa del proceso lógico.

iii. Cargos N° 3 y 4

En el caso de los cargos 3 y 4, no es posible atribuir a mi representada intencionalidad o dolo basado en que "la empresa estaba en conocimiento de su obligación de implementar con premura las obras de la RCA N° 70/2008".

En efecto, mi representada siempre actuó de buena fe, realizando no solo las acciones que se acostumbran hacer en caso de una modificación al proyecto (consultas de pertinencia), sino que además ejecutó las acciones que la propia autoridad le indicó realizar.

En primer lugar, se debe dejar claramente establecido que mi representada modificó el proyecto precisamente para obtener los mejores resultados ambientales posibles, tanto evitando impactos adversos como logrando en su totalidad los impactos positivos, lo cual incluye los impactos propios de la construcción de las obras complementarias al proyecto original (bocatoma y planta de osmosis inversa). Por lo tanto, la SMA debe partir de la base de que mi representada siempre ha obrado de buena fe, intentando generar mejoras reales en materia ambiental y cumplir los objetivos ambientales planteados en la RCA N°70/2008, cuestión que no ha sido en absoluto considerada en este proceso sancionatorio, pese a no haber sido nunca refutada, quedando todo ello establecido y debidamente acreditado en el proceso sancionatorio.

Por otro lado, la SMA no puede presumir una mala fe por parte de mi representada asumiendo que ésta tiene claridad de una obligación que, en caso alguno, se encuentra clara. Lo anterior, se desprende del hecho de que en la solicitud de pertinencia (Carta N° 243/2011) mi representada expresamente señaló que "*se contempla incorporar dicha tecnología, como reemplazo del sulfato de aluminio en el tratamiento terciario de efluentes y, además, como reemplazo del proyecto calificado mediante la RCA 70 (...)*" (énfasis agregado), cuestión que deja de manifiesto que ese era el entendimiento, lo que no fue objetado ni observado en su momento.

Asimismo, si hubiese habido claridad en el asunto, no hubiese sido necesario por parte de la autoridad ambiental realizar "aclaraciones" posteriores - muy posteriores- como sucedió a partir de la carta N° 224 de 2013. En efecto, en esa carta en caso alguno se aclara al Titular la exigencia de obligaciones, sino que, muy por el contrario, se indica que los cambios deben ser "analizados ambientalmente para determinar si son de consideración y,

por tanto, si debe ingresar o no al SEIA". En ese sentido, la propia autoridad consideró en ese entonces que lo que correspondía era precisamente analizar si los ajustes eran de consideración o no.

Pues bien, en el mismo entendido, mi representada hizo el análisis respectivo y concluyó que no deben ingresar al SEIA tales modificaciones de proyectos y solo para ratificar tal interpretación, decide solicitar al SEA un pronunciamiento al respecto- el cual, ilegal y arbitrariamente, no ha sido emitido hasta el día de hoy, transcurridos dos años y medio desde su presentación-. Así, el solo hecho de existir consultas de pertinencias y aclaraciones por parte de la autoridad ambiental da cuenta por sí solo de que no es posible presumir una determinada intencionalidad a partir de un supuesto conocimiento de las obligaciones derivadas de la RCA N° 70/2008, en la medida que mi representada ha hecho todo lo necesario de acuerdo a los estándares jurídicos y ambientales para los casos de modificaciones de proyectos.

En este sentido, mi representada ha actuado siempre conforme a la ley y al principio de confianza legítima, en miras de obtener el mejor desempeño ambiental posible, y de acuerdo a los propios lineamientos entregados por la autoridad ambiental.

Por último, en estos cargos se hace aún más patente el hecho de que la SMA está utilizando los mismos argumentos tanto para configurar la infracción como para clasificar su gravedad y, además, suponer una intencionalidad que no existe. En efecto, de la propia literalidad de la Resolución Recurrída, específicamente en sus considerandos 1206 y 1209, es posible concluir ello, en la medida que la SMA reconoce que esto también fue señalado a propósito de la configuración de la infracción. Esta interpretación, abusiva y extrema, para configurar agravantes por parte de la SMA, a partir de un supuesto actuar negligente de mi representada, no hace más que vulnerar los principios de legalidad, proporcionalidad y de un procedimiento racional y justo.

iv. Cargo N° 5

Respecto al cargo N° 5, en sus considerandos 1213 y 1214, la Resolución Recurrída indica suponer la existencia de intencionalidad en la comisión de la supuesta infracción, por cuanto *"La falta de instalación del scrubber en el incinerador de gases no condensables, denota una*

intención clara de desconocer la normativa que regula la actividad de la empresa, en este caso la RCA N° 279/1998”, agregando, luego, que “La empresa inevitablemente conocía su deber de instalar el scrubber y el no hacerlo se trató claramente de una decisión y no un simple olvido. Es más, no es posible sostener, que entendía que se habría reemplazado dicho equipo; ello no sería atendible en base al conocimiento que tiene de sus obligaciones, sus años de experiencia y trayectoria en el rubro.”

Sin embargo, la conclusión a que arriba la SMA es derechamente errada, puesto que mi representada siempre actuó de buena fe, ejecutando todas las acciones a que se encontraba realmente obligada.

En efecto, porque mi representada conoce sus obligaciones, ha asumido que la obligación de instalar el *scrubber* ya no se encuentra vigente, al haber sido modificada por la autoridad ambiental competente en la materia. En este sentido, tal como se ha expuesto, mi representada ha actuado siempre conforme a la ley y al principio de confianza legítima, en miras de obtener el mejor desempeño ambiental posible, y de acuerdo a los propios lineamientos entregados por la autoridad ambiental, no en vano, mediante Ord. N° 1269, de 14 de septiembre de 2004, la COREMA Región de Los Lagos validó una serie de modificaciones a la configuración de Planta Valdivia, dejando de ser el incinerador de GNC la principal fuente emisora de SO₂, y por ende, perdiendo todo sentido la instalación del referido *scrubber*.

Por ello, no es posible concluir que haya una intención concreta de no cumplir una obligación, que por lo demás es inexistente, en base a supuestos erróneos y elucubraciones forzadas, debiendo descartarse completamente un elemento volitivo intencional como circunstancia que amerite el incremento en la responsabilidad respecto de este cargo.

2) CONDUCTA ANTERIOR. ARTÍCULO 40 LETRA E) DE LA LOSMA.

Sobre este punto, en su considerando 1234, la Resolución Recurrída indica que “(...) la disposición legal, artículo 40 letra e) LO-SMA, no determinó un límite temporal para considerar la conducta anterior, ni tampoco se restringe a procedimientos sancionatorios únicamente de la SMA. Por ende, no existe ninguna limitación que impida considerar para la valoración de la conducta anterior de la empresa, los sancionatorios previos, en este caso, en otras sedes.”, precisando luego, en su considerando 1259, que mi representada habría sido objeto de múltiples

procedimientos sancionatorios de manera previa, para finalmente concluir, en el considerando 1261, que la circunstancia en comento sería considerada para la determinación de la sanción específica a ser aplicada a cada infracción.

Pues bien, al respecto, se hace necesario reiterar que conforme al criterio conteste y uniforme del Tribunal Constitucional, de la jurisprudencia judicial ampliamente mayoritaria, de la jurisprudencia de la Contraloría General de la República y de la doctrina más especializada, el derecho penal y el derecho administrativo sancionador son una manifestación del *ius puniendi* o poder punitivo del órgano estatal, sometándose al mismo estatuto constitucional que consagra garantías mínimas, tanto sustantivas como procedimentales, esto es, legalidad, tipicidad, culpabilidad, irretroactividad, justo y racional procedimiento previo¹⁴. Luego, dado que en el presente procedimiento nos encontramos frente al ejercicio del denominado *ius puniendi* estatal, son aplicables todas las garantías del derecho penal con matices.

Ahora, de una revisión de la historia de la ley N° 20.417, se aprecia que no existe ningún antecedente legislativo que permita entender qué significa la “conducta anterior del infractor”. De este modo, se debe recurrir a los criterios interpretativos básicos. En tal sentido, la conducta anterior puede actuar como una atenuante de la responsabilidad del infractor, que es lo que se denomina la conducta anterior positiva, o bien puede agravar la responsabilidad¹⁵.

En tal sentido, la conducta anterior negativa necesariamente está referida a la imposición de sanciones previas por la SMA. De ello se sigue que no resulta admisible que se considere como una causal agravante -factor de incremento- de responsabilidad otras sanciones aplicadas por otros órganos fiscalizadores de la Administración del Estado, pues ellos se rigen por un estatuto jurídico diferente y los valores protegidos no son los mismos que los que busca tutelar la LOSMA.

¹⁴ A modo de ejemplo, véanse las sentencias del Tribunal Constitucional Roles 244, 479, 480, 725, 766, 1.183, 1.184, 1.203, 1.205, 1.221, 1.229 y 1.518; sentencia Corte de Apelaciones de Santiago. Reclamación de Ilegalidad. Causa rol N° 6025-2004, de 4 de agosto de 2005. Publicada en Gaceta Jurídica. Editorial Lexis Nexis. Santiago. Año 2005/Agosto/N° 302, p. 74; RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. “Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. Valparaíso. T. 11. 1987. P. 117; Dictamen N° 31.239, de 2005; y, CORDERO QUINZACARA, Eduardo. *Derecho administrativo sancionador. Bases y principios en el derecho chileno*. Legal Publishing, Thompson Reuters, Santiago (2014), p. 217.

¹⁵ Véase Corte Suprema, Sentencia dictada en causa Rol N° 68.722-2016, c. 14°.

La conducta y su posterior sanción debe haberse producido estando vigente el marco del nuevo estatuto jurídico aplicable, esto es la LOSMA. La aplicación como factor de incremento de la conducta anterior negativa por hechos sucedidos con anterioridad a la entrada en funcionamiento de la SMA importa una aplicación retroactiva de la ley, en perjuicio del infractor, afectando el principio de legalidad y de irretroactividad que presiden el derecho administrativo sancionador.

Así lo han entendido el Tribunal Constitucional, la jurisprudencia judicial y la doctrina nacional, toda vez que entre los elementos propios de un Estado de Derecho, se encuentran la seguridad jurídica, la certeza del derecho y la protección de la confianza de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas. Esto implica que toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, si se sujeta al derecho vigente, será reconocido por el ordenamiento jurídico, produciéndose todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizados¹⁶.

Finalmente, cabe atender que las sanciones aplicadas por la SMA podrán ser consideradas como una conducta anterior negativa siempre y cuando estas se hayan aplicado en un plazo que no supere los 3 años de prescripción que establece el artículo 44 de la LOSMA, conforme lo ha dictaminado la Contraloría General de la República, al resolver que: *“en cuanto a la prescripción de la reincidencia, debe consignarse que si bien el Código Sanitario no señala el plazo aplicable al efecto, resulta factible considerar -en concordancia con el criterio interpretativo enunciado en la primera parte del presente oficio- la normativa contenida en el Código Penal, cuyo artículo 494 bis, inciso final, previene que la agravante regulada en el inciso que lo precede -relativo a la reincidencia en hurto falta frustrado- prescribirá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104, agregando que “Tratándose de faltas, el término de la prescripción será de 6 meses”*¹⁷.

En el mismo sentido, cabe tener presente, a modo referencial y aplicando un criterio sistemático normativo, que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha considerado prudente *“no considerar la reincidencia de las requeridas como un elemento relevante para incrementar la multa a aplicar, atendido (i) el largo tiempo transcurrido desde que se dictó por*

¹⁶ Véase STC Rol N° 207, c. 67.

¹⁷ Contraloría General de la República, Dictamen N° 16.165, del 4 de marzo de 2014.

la H. Comisión Resolutiva la Resolución N° 432 [de 1995] y (ii) el hecho que, desde esa fecha y hasta la comisión de la conducta colusoria que motiva la presente sentencia, ninguna de ellas ha sido sancionada nuevamente en esta sede” (sentencia Rol C184-08) (énfasis agregado). Asimismo, en sentencia rol C234-11, se reiteró el criterio estableciendo que “ni Pullman ni Bahía Azul pueden ser consideradas como reincidentes, toda vez que a la fecha de comisión de la infracción no habían sido sancionadas en esta sede” .

Luego, sobre estos puntos, destacamos que la interpretación del artículo 40 letra e) de la LOSMA efectuada por la SMA, constituye un despropósito en sí mismo, ya que resulta del todo arbitraria y contraria a las reglas de interpretación aplicables, transgrediendo los principios de legalidad e irretroactividad que han de orientar la potestad sancionatoria del Estado.

Como ya hemos señalado, la decisión de considerar procedimientos sancionatorios que fueron decididos hace más de una década por una autoridad que ya no existe, que fuere caracterizada por una fuerte dicotomía técnico-política, y bajo un régimen legal diverso, carece de razonabilidad y fundamento legal.

A su vez, la interpretación y aplicación de la norma deviene en arbitraria, también debido a que la SMA ha pretendido ampliar la esfera de interés del presente procedimiento a resoluciones sancionatorias de carácter no ambiental. En efecto, no pueden considerarse decisiones adoptadas por la SISS cuyo fundamento jurídico era diverso, cual es, el artículo 11 de la Ley N° 18.902, que Crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios. En consecuencia, no corresponde en esta instancia la consideración del ejercicio de la potestad sancionadora en materia sanitaria.

Finalmente, conforme hemos venido sosteniendo permanentemente, prácticamente todas las sanciones a las que hace referencia esta Superintendencia a objeto de construir una “conducta anterior negativa” de mi representada, corresponden a procesos concluidos hace más de diez años atrás, es decir, más allá del máximo plazo de prescripción que reconoce el Código Civil, y bastante lejos de la prescripción de las sanciones administrativas aplicadas que regula el artículo 44 de la Ley Orgánica de la SMA, que es de tres años desde la fecha en que la respectiva resolución sancionatoria haya quedado a firme. Así, la interpretación y aplicación que actualmente se encuentra realizando la SMA respecto de la norma en

comento, implica una estigmatización perpetua de los regulados, lo que no sólo es evidentemente injusto, sino que además atenta contra los principios básicos del Derecho, conforme fuera latamente desarrollado por el profesor Julio Pallavicini, en informe en derecho acompañado en el procedimiento administrativo sancionatorio.

POR TANTO,

Se solicita al señor Superintendente se sirva tener presente las consideraciones expuestas, para la adecuada resolución del recurso de reposición interpuesto por esta parte en contra de la Resolución Recurrída, procediendo a acogerlo en todas sus partes.

S. Aules B