

EN LO PRINCIPAL: Interpone recurso de reposición; y **EN EL OTROSÍ:** En subsidio, interpone recurso jerárquico.

SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE

Señor Emanuel Ibarra Soto

Jefe (s) de la División de Sanción y Cumplimiento

Claudio Villouta Olivares, en representación de **Patagoniafresh S.A.** ("Patagoniafresh" o la "Compañía"), según la personería que consta en autos, en procedimiento sancionatorio ROL D-035-2019, y de conformidad a los artículos 15 y 59 de la Ley N° 19.880, vengo, dentro de plazo, en interponer recurso de reposición, en contra de la Res. Ex N° 8/ROL D-035-2019, dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente (la "SMA") con fecha 9 de junio de 2020 (la "R.E. 8/2020"), a objeto de que dicha resolución sea dejada sin efecto y, en su lugar, se apruebe el programa de cumplimiento (el "PDC") presentado por mi representada, en virtud de los antecedentes de hecho y de derecho que se desarrollan a continuación y que se resumen en que la SMA por medio de su R.E. 8/2020 rechazó el PDC y al hacerlo:

1. Vulneró el espíritu de los instrumentos de incentivo al cumplimiento, que suponen la colaboración del regulador y la generación de espacios de cooperación entre el regulador y el regulado, la utilización más eficiente de los recursos de la SMA y la instalación de prácticas generalizadas de cumplimiento normativo.
2. No distingue las diversas exigencias y principios que imponen los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad, confundiendo la fundamentación respecto de cada uno de ellos.

3. Pretende imponer exigencias referidas a la acreditación de los efectos de los supuestos hechos infraccionales que se encuentran al margen de la normativa vigente. En efecto, se requiere a Patagoniafresh hacer análisis de riesgo que no tiene sustento normativo, respecto de efectos adversos que nunca se generaron, sin valorar adecuadamente la cuantiosa prueba técnica acompañada en el procedimiento, y, más grave aún, fundando en ello el rechazo al PDC.
4. Contradice sus propias instrucciones en este mismo procedimiento. Es decir, hay una serie de alegaciones que se usa para fundar la R.E. 8/2020 que responden, precisamente, a instrucciones que la propia SMA dio a Patagoniafresh a lo largo del procedimiento sancionatorio.
5. Alega la inexistencia de ciertos medios de verificación que ella misma sugirió que fueran presentados durante la ejecución del PDC.
6. En definitiva, priva a mi representada de su legítimo derecho de ser beneficiaria de un programa de cumplimiento y la deja en la indefensión.

I. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO.

La SMA formuló cargos a Patagoniafresh con fecha 8 de abril de 2019 mediante la Res. Ex N° 1/ROL D-035-2019 (la "Formulación de Cargos") y, con ello, dio inicio al procedimiento administrativo D-035-2019.

En cumplimiento de todos los requisitos y exigencias para poder optar a ejercer su derecho legal de presentar un programa de cumplimiento, Patagoniafresh con fecha 2 de mayo de 2019 sostuvo una primera Reunión de Asistencia al Cumplimiento para abordar los lineamientos del PDC.

La primera versión del PDC fue presentada con fecha 7 de mayo de 2019, la que fue revisada y observada por la SMA. Con fecha 5 de julio de 2019 fue recepcionada en la oficina de Correos de Chile de Molina la resolución de la SMA mediante la cual observó esta primera versión del PDC.

Una vez conocidas por Patagoniafresh las observaciones formuladas por la SMA, solicitó una segunda Reunión de Asistencia al Cumplimiento, que se llevó a cabo el 10 de julio de 2019. Luego de ello, el 22 de julio de 2019, Patagoniafresh presentó a la SMA una segunda versión del PDC, en que se incorporaron las observaciones realizadas por la SMA y las indicaciones abordadas en la segunda Reunión de Asistencia al Cumplimiento.

Con fecha 12 de septiembre de 2019, la Compañía fue notificada de las observaciones efectuadas por la SMA a la segunda versión del PDC, y con fecha 1 de octubre de 2019, la Compañía presentó una tercera versión del PDC, en la que se incorporaron las observaciones realizadas por la SMA.

La presente descripción del procedimiento da cuenta de la diligencia y manifiesto interés de Patagoniafresh por recoger en el PDC todas aquellas orientaciones seguidas establecidas en la normativa vigente y, especialmente, observadas e instruidas por esta SMA. Esto se manifiesta al solicitar reuniones de asistencia al cumplimiento de modo de entender adecuadamente las observaciones formuladas por la SMA a las distintas versiones del PDC y al presentar textos refundidos del PDC considerando lo indicado en dichas reuniones y en las observaciones formuladas. Patagoniafresh siempre estuvo disponible ante cualquier requerimiento de la autoridad y, en definitiva, hizo todo lo que se encontraba a su alcance para lograr la aprobación del PDC en el menor tiempo posible.

Sin embargo, la tramitación del PDC excedió considerablemente el tiempo promedio que transcurre desde que los programas de cumplimiento son presentados y la SMA otorga

su aprobación. De acuerdo con estudios sobre la materia, el tiempo de tramitación promedio entre la presentación de un PDC y su aprobación es de 72 días¹. La tramitación del PDC hasta la fecha se ha extendido por más de 440 días.

En efecto, no obstante haberse presentado la última versión del PDC el 1 de octubre de 2019, recién en junio de 2020 –más de ocho meses después– la Compañía es notificada del rechazo del PDC.

II. COLABORACIÓN DE LA SMA E INCENTIVO AL CUMPLIMIENTO: ELEMENTOS ESENCIALES DEL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO.

El programa de cumplimiento se encuentra consagrado en la Ley 20.417 (la “LOSMA”) como un instrumento de incentivo al cumplimiento con un espíritu esencialmente colaborativo.

Esto se traduce en que, ante la formulación de cargos de la SMA, el presunto infractor, en el evento de que se cumplan los requisitos de procedencia, tiene el derecho de presentar un programa de cumplimiento y la SMA el deber de colaborar en la su elaboración y determinación de contenido para efectos de su aprobación.

“Luego de la formulación de cargos la SMA incide en el contenido del PdC bajo los siguientes mecanismos: (i) reunión de asistencia al cumplimiento, (ii) realización de observaciones al PdC y (iii) realización de correcciones de oficio al PdC”².

¹ Galleguillos, María Victoria (2018), “Cooperación en Medio Ambiente: un análisis del desempeño de los Programas de Cumplimiento Ambiental”, memoria desarrollada en el marco del FONDECYT Regular 1161741, liderado por el prof. Luis Cordero V., Pág. 26.

² Galleguillos, María Victoria (2018) “Cooperación en Medio Ambiente: un análisis del desempeño de los Programas de Cumplimiento Ambiental”, memoria desarrollada en el marco del FONDECYT Regular 1161741, liderado por el prof. Luis Cordero Vega. Pag. 29.

Como se constata a lo largo de esta presentación, el rol de la SMA en la elaboración del PDC presentado por Patagoniafresh ha influido sustancialmente en el desarrollo y contenido de este, solicitando la elaboración de informes que posteriormente no reconoce y exigiendo análisis que exceden lo establecido en la normativa vigente. Todo lo cual es, en definitiva, usado como argumento para rechazar el PDC.

Debe hacerse presente que uno de los pilares de la institucionalidad ambiental creada a partir de 2010 es precisamente la asistencia al cumplimiento, según declaraciones de la propia SMA. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que los programas de cumplimiento tienen como objetivo, además de la protección del medio ambiente mediante el cumplimiento de la normativa ambiental: (i) la utilización más eficiente de los recursos de la SMA, (ii) la generación de espacios de cooperación entre el regulador y los regulados y (iii) la instalación de prácticas generalizadas de cumplimiento normativo³.

En suma, los programas de cumplimiento reflejan la “administración concertada”, por la cual la Administración renuncia a hacer valer imperativa y unilateralmente sus poderes para convenir con los particulares destinatarios, la aplicación concreta de los mismos, ganando una colaboración activa más beneficiosa⁴.

Por lo anterior, la presentación de un programa de cumplimiento –por mandato legal del Artículo 42 de la LOSMA– constituye un derecho para el regulado.

III. SOBRE EL CRITERO DE INTEGRIDAD.

3.1. La propia SMA reconoce que el PDC aborda todos los cargos imputados.

³ Galleguillos, María Victoria (2018), Pag. 23.

⁴ Galleguillos, María Victoria (2018), Pag. 12.

En el considerando N° 34 de la R.E. 8/2020 se reconoce de manera expresa que, por medio de las 20 acciones presentadas en el PDC, *“se abordan la totalidad de los hechos constitutivos de infracción”* contenidos en la Formulación de Cargos.

Este reconocimiento expreso de parte de la SMA da cuenta del cumplimiento del aspecto principal del criterio de integridad, a saber: que las acciones y metas presentadas en el PDC se hacen cargo de todas y cada una de las infracciones en que supuestamente se ha incurrido.

Queda, sin embargo, un aspecto referido al criterio de integridad sin ser abordado en el considerando N° 34 de la R.E. 8/2020: que las acciones y metas presentadas en el PDC, además de hacerse cargo de las supuestas infracciones, se hagan cargo de sus potenciales efectos. El análisis de la SMA respecto de este segundo aspecto es de dudosa rigurosidad y deja a esta parte en la indefensión, según se explicará a continuación.

3.2. La SMA deja a esta parte en indefensión al analizar conjuntamente los criterios de integridad y eficacia.

Los criterios de integridad y eficacia responden a cuestiones diversas y tienen un tratamiento normativo distinto. Ni el Decreto Supremo N° 30 de 2012 del Ministerio del Medio Ambiente que aprueba el Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación (el *“Reglamento”*) ni la Guía para la presentación de Programas de Cumplimiento asimilan estos criterios, sino que, por el contrario, los tratan de manera independiente, exigiendo requisitos distintos para cada uno.

La verdad es que se trata de criterios absolutamente diversos. Por una parte, la jurisprudencia ha establecido que el criterio de integridad implica que el infractor se haga cargo de todas las infracciones incluidas en la formulación de cargos compatibles con un

programa de cumplimiento⁵ y, por otra parte, que el criterio de eficacia tiene como objetivo asegurar que las acciones y metas del PDC garanticen el cumplimiento de la normativa infringida.

La jurisprudencia ha sido clara en sostener que para la aprobación de un PDC cada criterio debe ser analizado en su propio mérito⁶.

Sin embargo, la R.E. 8/2020 se refiere conjuntamente al cumplimiento de ambos criterios sin existir claridad cuándo se refiere a uno u otro y que argumento es aplicable a cada cual. Es más, existen alegaciones referidas a la supuesta falta de uno de los criterios que, al parecer, se refieren al otro. Todo lo cual impide a esta parte entender qué es lo que en realidad se le recrimina y, por lo tanto, no le permite sostener su defensa.

IV. SOBRE EL CRITERIO DE EFICACIA.

4.1. Se exige un estándar de análisis técnico más allá de lo legalmente admisible.

Dado el análisis conjunto de la R.E. 8/2020 de los criterios de integridad y eficacia, es necesario dejar claro que el PDC cumple satisfactoriamente con ambos criterios por cuanto las acciones y metas contenidas en éste, por una parte, se hacen cargo de cada una de las infracciones incluidas en la Formulación de Cargos y de los efectos de éstas, y, por otra parte, aseguran el cumplimiento de la normativa supuestamente infringida.

Sin embargo, en este lamentable análisis conjunto, la SMA le recrimina a Patagoniafresh que no se habría hecho cargo de los efectos adversos que pudieron o no haberse producido con motivo de la supuesta infracción relativa a la peligrosidad de los lodos generados en su planta.

⁵ S2TA, R-75-2015, Considerando 31° y 32° y S2TA, R-82-2015, Considerando 49°.

⁶ Más en Galleguillos (2018). A modo ejemplar: S2TA, R-82-2015

Nada más alejado de la razonabilidad y, por cierto, del estándar exigido por la normativa vigente, tal como se pasa a explicar a continuación.

4.2. La Compañía acreditó de manera absolutamente satisfactoria la no generación de efectos adversos en relación con la peligrosidad de los lodos.

El problema de los lodos radica en su supuesta peligrosidad por cuanto se trata de residuos orgánicos que podrían ser inflamables cuando pierden sus niveles de humedad.

El efecto adverso de estos lodos, en consecuencia, está dado por su inflamabilidad, es decir, por las consecuencias de su eventual combustión. Se sabe, sin embargo, que los lodos a que se refiere la Formulación de Cargos nunca se inflamaron y que no se produjo combustión alguna, ni un mínimo riesgo de incendio que pudiera asociarse directa o indirectamente a estos lodos.

La supuesta inflamabilidad de estos lodos no generó, por lo tanto, efecto adverso alguno. Sin embargo, la SMA determina que debe realizarse un análisis que vaya más allá para efectos de acreditar que no se generaron efectos adversos. La inflamabilidad de los lodos, que nunca sucedió, pudo provocar un efecto adverso que debe descartarse.

Esta parte presentó en el PDC antecedentes para acreditar que estos lodos han sido enviados desde 2013 a la fecha a Agroorgánicos Mostazal para su valorización. En efecto, este último genera compost a partir de estos lodos. Es decir, se puede acreditar que sucedió con los lodos y dónde fueron dispuestos de manera definitiva: los lodos no produjeron incendio ni efecto adverso alguno, sino que, por el contrario, han estado cumpliendo una deseable labor ambiental.

Los antecedentes referidos al envío de los lodos a Agroorgánicos Mostazal fue acompañada, por una parte, con un certificado que da cuenta que el compost generado por Agroorgánicos Mostazal proviene efectivamente de los lodos del proceso productivo de Patagoniafresh y con los comprobantes de declaraciones al SINADER referidas a estos lodos.

Por otra parte, el PDC incluyó un informe técnico emitido por la Facultad de Agronomía e Ingeniería Forestal de la Pontificia Universidad Católica de Chile titulado Estudio sobre normativa de uso de residuos agroindustriales como enmiendas de suelos de marzo de 2014, en el que se da cuenta de las ventajas y conveniencia de aplicar estos lodos en el suelo.

Adicionalmente y a requerimiento de la propia SMA (Res. Ex. 4/2019 / D-035-2019), la Compañía acompañó un análisis de peligrosidad efectuado en mayo de 2019 por la entidad técnica de fiscalización ambiental Hidrolab. Los resultados de este análisis confirmaron la no peligrosidad de los lodos.

Sin embargo, la SMA insiste en que no se han acreditado los efectos adversos que la supuesta inflamabilidad de lodos pudo haber generado. Ello se sostiene en que en la SMA no cuenta con análisis de peligrosidad de los lodos generados durante 2016 y 2018, pero:

¿Por qué habría la SMA de contar con esa información si, por una parte, Patagoniafresh no tenía obligación de realizar esos análisis en ese periodo de tiempo (y, de haberlos hecho, no tenía obligación de conservar sus resultados) y, por otra parte, Patagoniafresh ya no dispone de esos lodos por lo que, aunque quisiera, no podría realizar dichos análisis?

Al parecer, la SMA está imponiendo a Patagoniafresh una obligación que no tiene sustento normativo ni es materialmente posible de cumplir.

Peor aún, la SMA no indica qué es lo que busca ni qué información o análisis específico permitiría a Patagoniafresh cumplir con el requisito de acreditar los efectos adversos que estos lodos pudieron o no generar.

4.3. La R.E. 8/2020 contradice lo instruido por la propia SMA con anterioridad en materia efectos adversos por lodos.

Como se mencionó, la propia SMA en la Res. Ex. 4/2019 / D-035-2019, recriminando a Patagoniafresh la falta de acreditación de los efectos adversos en relación con la peligrosidad de los lodos, le ordenó realizar nuevos análisis de peligrosidad:

9. Respecto de la **descripción de los efectos negativos**, para el presente hecho el titular debe, en primer lugar, evaluar los efectos producidos por haber almacenado y enviado a disposición final lodos generados por la operación de su planta de riles sin haber descartado previamente la concurrencia de las características de peligrosidad señaladas en el artículo 11 del D.S. N° 148/2003, considerando asimismo que la Seremi de Salud del Maule constató características de inflamabilidad en los lodos, en julio de 2015. A continuación, deberá acreditar o descartar la generación de efectos negativos en base a nuevos análisis de peligrosidad. Por ello, para la determinación de los efectos negativos, es necesario que al menos se realice una caracterización de los lodos para determinar a la brevedad posible, y previo a la resolución del programa de cumplimiento, si actualmente estos lodos son peligrosos o no peligrosos.

(lo subrayado es nuestro)

En cumplimiento de ello, Patagoniafresh acompañó un nuevo análisis de peligrosidad, realizado en mayo de 2019 por el laboratorio Hidrolab y que descartó la peligrosidad los lodos. Todo lo anterior es reconocido por la SMA en la R.E. 8/2020:

45. Que, adicionalmente, el titular adjuntó análisis de peligrosidad de los lodos, realizado por el laboratorio Hidrolab en mayo de 2019, conforme al D.S. N° 148/2003. En base a dicho análisis, se descarta la peligrosidad de los lodos provenientes de la planta de tratamiento de riles del titular.

(lo subrayado es nuestro)

Sin embargo, haber cumplido con el requerimiento impuesto por la SMA en la Res. Ex. 4/2019 / D-035-2019 no fue suficiente para que la SMA se pronuncie conforme respecto del análisis de efectos negativos en relación con los lodos.

Patagoniafresh se encuentra, por lo tanto, en una situación de indefensión. Cumple con lo requerido inicialmente por la autoridad, pero ésta cambia su parecer e impone nuevas exigencias, pero éstas no son específicas y ni acotadas, sino que sólo teóricas. En definitiva, el regulado no sabe qué es lo exigido, la norma en virtud que sustenta dicho requerimiento, ni la manera cómo podría obtener un pronunciamiento conforme.

4.4. No pudieron generarse efectos negativos con motivo de los monitoreos de aguas superficiales.

Esta parte ejecutó los monitoreos de aguas superficiales en el estero San Antonio durante el periodo enero de 2017 y febrero de 2018, en la manera establecida en la RCA 141/2013. Los resultados de estos monitoreos cumplieron con los parámetros establecidos en la normativa aplicable, por lo que no pudieron generarse efectos negativos.

Lo anterior fue informado por la Compañía a la SMA en las reuniones de asistencia al cumplimiento, en donde se pidió a Patagoniafresh que los monitoreos se entregaran en el informe inicial una vez aprobado el PDC. Lo anterior quedó constatado en la Res. Ex. N° 4/2019 / D-035-2019, en donde la SMA solicitó a la Compañía modificar la Acción N° 4 del PDC indicando que los monitoreos *“deberán ser remitidos en el informe inicial, en un plazo de 10 días hábiles desde la aprobación del programa de cumplimiento”* y que *“[E]n cuanto, a los medios de verificación, como dichos monitoreos ya fueron realizados, el titular deberá remitir la totalidad de estos en el reporte inicial, junto con los comprobantes de carga en el sistema del RETC”*. Ambas observaciones fueron incorporadas por la Compañía en el PDC consolidado presentado con fecha 22 de julio de 2019.

En consecuencia, dado que los monitoreos de aguas superficiales fueron ejecutados, de sus resultados no se puede sino concluir que no se generaron efectos negativos sobre el medio ambiente y que, por lo tanto, las alegaciones de la SMA en el sentido de que estos efectos no fueron debidamente analizados son necesariamente erradas.

4.1.3. La R.E. 8/2020 contradice lo instruido por la propia SMA con anterioridad en materia efectos adversos por calidad de aguas superficiales.

La R.E. 8/2020 señala que *“no se vislumbran antecedentes suficientes para determinar que, en caso de haber concurrido algún efecto negativo producto de las infracciones, estos no se hayan extendido en el tiempo o hayan variado su magnitud, pues no se cuenta con información sobre calidad de las aguas del estero entre 2016 y 2018.d”* y que *“no es posible determinar cabalmente la calidad actual de las aguas del estero San Antonio”*. Asimismo, señala que *“la constatación en dos meses de 2019 del parámetro coliformes fecales dentro de los estándares normativos señalados, no resulta suficiente para concluir que no han existido efectos negativos. (...) Tampoco se puede concluir que se trate de un evento puntual”*.

Sin embargo, fue la propia SMA quien propuso Patagoniafresh mediante la Res. Ex. 4/2019/ D-035-2019 presentar un estudio técnico sobre el estado actual de las aguas superficiales para descartar los efectos negativos asociados al cargo N° 2:

- Hecho infraccional N° 2

14. Respecto de los efectos negativos, el titular debe realizar una descripción en base a los resultados de un estudio técnico, que incluya al menos la determinación del estado actual de las aguas superficiales del estero San Antonio, mediante mediciones en los puntos indicados en la RCA. Por otro lado, deberá considerar en su análisis la constatación previa de un incremento de coliformes fecales en aproximadamente 2 órdenes de magnitud en el período de abril de 2016. En caso que este corresponda a un evento puntual, deberá indicar los motivos por los cuales se produjo, señalando los efectos que generó en el medio ambiente la descarga de residuos con dicho nivel de coliformes, y si estos se observan en la actualidad. Por otro lado, se debe eliminar la inconsistencia entre lo señalado en primer párrafo, donde se reconoce la existencia de efectos negativos, y en el segundo párrafo, donde se descartan.

(lo subrayado es nuestro)

Para efectos de dar cumplimiento a las observaciones de la SMA, la Compañía encargó la preparación de un informe técnico a la consultora Ecogestión Ambiental Ltda. (el "Informe Ecogestión Ambiental"), que fue acompañado al PDC consolidado presentado con fecha 1 de octubre de 2019. Dicho informe contiene los resultados de la campaña realizada durante el mes de agosto de 2019, en el área del estero Derrames San Antonio Norte.

El informe de Ecogestión Ambiental Ltda. cumple con las dos observaciones realizadas por la SMA en la Res. Ex. 4/2019 / D-035-2019 relativas a la acreditación de la inexistencia de efectos negativos: (i) analiza los resultados del monitoreo realizado con fecha 2 de agosto de 2019 en las tres estaciones de monitoreo establecidas en la RCA 141/2013, concluyendo que éstos cumplen con los parámetros establecidos en la Guía CONAMA; y (ii) indica que el incremento de coliformes fecales fue un hecho puntual, que no generó efectos negativos y que actualmente este parámetro cumple con los estándares de la NCh 1.3337.

⁷ El informe se refiere al incremento de coliformes fecales señalando que "*se evidencia que se debió a razones estrictamente puntuales, dado que con el presente estudio y en la actualidad no se observan efectos negativos que puedan deberse a dichos incrementos y es posible descartar que, de haber habido algún efecto, éste se haya extendido en el tiempo, extensión o magnitud*" y que "*se puede concluir que los coliformes fecales se encuentra dentro de los estándares establecido por la guía CONAMA y la norma chilena que establece los requisitos de calidad*

A mayor abundamiento, la Compañía acompañó el Estudio Limnológico Estero Derrame San Antonio Norte Patagoniafresh S.A., Molina Región del Maule de Cruz Consultores, que se refiere al muestreo de fauna íctica y calidad del agua correspondiente al muestreo realizado por la empresa Ecogestión Ambiental Ltda. con fecha 12 de junio de 2018⁸.

La SMA afirma en la R.E. 8/2020 que estos antecedentes no serían suficientes para determinar la calidad actual de las aguas ni para acreditar que eventuales efectos negativos no se hayan extendido en el tiempo o hayan variado su magnitud. Sin embargo, cabe preguntarse:

Si el informe técnico sobre los monitoreos efectuados a la fecha de presentación del PDC -antecedente sugerido por la propia SMA- no es suficiente, ¿Qué tipo de antecedente sí serviría?

Nuevamente, Patagoniafresh cumple con lo requerido inicialmente por la autoridad, pero ésta cambia su parecer e impone nuevas exigencias no específicas ni acotadas, dejando a esta parte en una situación de indefensión. En efecto, la propuesta que Patagoniafresh realizó en la última presentación del PDC refundido se efectuó con la confianza de que las recomendaciones y sugerencias realizadas por la propia autoridad no habrían de ser desconocidas posteriormente, ni menos utilizadas como argumento para el rechazo del PDC.

Lo anterior va en contra de los actos propios de la SMA en este mismo procedimiento sancionatorio y representa una manifiesta vulneración de los principios de buena fe y confianza legítima que rigen a la Administración del Estado.

de agua para diferentes usos N°1333. Los cual podría descartar en la actualidad efecto negativos, debido al incremento de coliformes fecales en abril de 2016, abril de 2017 y mayo de 2018".

⁸ Este informe concluye que "[e]l cuerpo de agua del área estudiada cumplió con la referencia de la guía CONAMA, además de obtener concentraciones que se encuentran bajo los límites de detección analítica".

4.5. El cumplimiento de los reportes de autocontrol y de los remuestreos da cuenta de que no pudieron generarse efectos negativos.

Los reportes de autocontrol correspondientes al año 2016 fueron ejecutados y cargados en la plataforma del Sistema de Autocontrol de Establecimientos Industriales (SACEI). Estos reportes acreditaron el cumplimiento de los estándares de los parámetros establecidos en el Decreto Supremo 90 de 2000 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia ("D.S. 90/2000").

Tal como se acaba de mencionar respecto del cargo N° 2, la propia SMA propuso remitir estos certificados en el informe inicial del PDC, en un plazo de 10 días hábiles desde su aprobación. Esta observación fue incorporada por la Compañía en el PDC refundido.

En este mismo sentido, respecto del cargo N° 6, la Compañía efectuó remuestreos durante el mes de abril de 2017 y de mayo de 2018 y la SMA también propuso que éstos fueran remitidos en el informe inicial una vez aprobado el PDC. Esta observación fue recogida por Patagoniafresh en el PDC consolidado.

Considerando que los monitoreos de autocontrol fueron ejecutados, y que éstos cumplen con los parámetros establecidos en el D.S. 90/2000, y que los remuestros también fueron realizados, resulta evidente que no pudieron generarse efectos negativos asociados a los Cargos N° 3 y 6.

4.6. La Compañía dio cumplimiento satisfactorio al monitoreo de autocontrol.

Patagoniafresh efectuó los monitoreos de autocontrol con la frecuencia establecida en el D.S. 90/2000⁹, esto es, en base a los días en que la planta estuvo operativa y hubo descarga de residuos líquidos.

Esto significa que sí se cumplió con la frecuencia mínima de reporte de monitoreo para los parámetros pH y temperatura. Como esta parte explicó a la SMA, en los periodos de febrero y entre abril y diciembre de 2017 y en enero, febrero y mayo de 2018, no se efectuaron estos monitoreos porque la planta no operó. Por lo tanto, no existió infracción de monitoreo ni de reporte, sino que el monitoreo no fue efectuado porque no había qué medir si la planta no estaba operando. La operación de la planta de tratamiento puede resumirse así:

2017	Días de operación
Enero	Sin operar
Febrero	18
Marzo	31
Abril	23
Mayo	22
Junio	16
Julio	3
Agosto	6
Septiembre	5
Octubre	6
Noviembre	8
Diciembre	23

2018	Días de operación
Enero	2
Febrero	10
Marzo	31
Abril	30
Mayo	29

⁹ Artículo 6.3.1 del D.S. 90/2000 “El número de días en que la fuente emisora realice los monitoreos debe ser representativo de las condiciones de descarga, en términos tales que corresponda a aquellos en que, de acuerdo a la planificación de la fuente emisora, se viertan los residuos líquidos generados en máxima producción o en máximo caudal de descarga”.

Junio	15
Julio	6
Agosto	8
Septiembre	1
Octubre	6
Noviembre	5
Diciembre	Sin descarga

Lo anterior da cuenta de que no hubo infracción, de modo que no existían efectos adversos que analizar.

4.1.5. Cumpliendo lo requerido por la SMA, el PDC incluyó informes técnicos que acreditaron que el cargo N° 5 no generó efectos negativos.

Como lo acredita el Informe Ecogestión Ambiental, el incremento de coliformes fecales fue un hecho puntual que no causó efectos negativos. Así también lo demuestra el informe de Cruz Consultores que concluye que los monitoreos efectuados sobre el cuerpo de agua cumplen con los parámetros de la Guía CONAMA.

La presentación de estos informes técnicos respecto del análisis de efectos adversos respondió a lo instruido por la propia SMA en la Res. Ex. 4/2019 / D-035-2019:

Hecho infraccional N° 5

27. Respecto de los efectos negativos y la forma en que se eliminan, o contienen y reducen los efectos negativos, se reproducen las observaciones N° 14 y 15 anteriores, considerando que en este caso también se detectaron superaciones a los límites permitidos para el parámetro coliformes fecales durante los períodos de abril de 2017 y mayo de 2018, poniendo especial énfasis en el caso de abril de 2017, donde se detectó una superación en 90 veces sobre límite permitido. Del mismo modo, el informe técnico de efectos negativos deberá incluir un análisis sobre los efectos adversos generados por la descarga de residuos líquidos en el medio acuático, con un nivel de contaminantes que superan los límites normados, incluyendo posibles afectaciones a los usos y/o receptores ubicados en el área circundante al punto de descarga.

(lo subrayado es nuestro)

En este mismo sentido, la Compañía, siguiendo las instrucciones de la SMA, agregó al PDC un informe técnico de efectos negativos sobre la descarga de residuos líquidos en el medio ambiente.

Con todo, debe hacerse presente que, en cumplimiento con el artículo 6.4.1. del D.S. 90/2000¹⁰, Patagoniafresh efectuó remuestreos de los monitoreos en que el nivel de coliformes excedió los parámetros máximos permitidos. Los resultados de estos remuestreos arrojaron valores que no superaban los límites máximos permitidos.

4.7. Sobre los supuestos efectos negativos reconocidos por Patagoniafresh.

En la R.E. 8/2020 se señala respecto de todos los cargos que *“el Titular reconoció efecto negativo asociado a falta de información que limitaron capacidad de predicción de la significancia de los efectos de la actividad sin señalar forma de eliminar o contener dicho efecto”*.

Sin embargo, es necesario aclarar que fue la propia SMA quien solicitó a Patagoniafresh incorporar este efecto al PDC, distinguiendo entre este efecto y los potenciales efectos negativos sobre el medio ambiente. En efecto la Res. Ex. 6/2019 / D-035-2019 da cuenta de ello:

¹⁰ Artículo 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 DBO5, presenta además valores excedidos de alguno de los contaminantes: aceites y grasas, aluminio, arsénico, boro, cadmio, cianuro, cobre, cromo (total o hexavalente), hidrocarburos, manganeso, mercurio, níquel, plomo, sulfato, sulfuro o zinc, se debe efectuar en los remuestreos adicionales la determinación de DBO5, incluyendo el ensayo de toxicidad, especificado en el anexo B de la norma NCh 2313/5 Of 96”.

- Hecho infraccional N° 2

17. Respecto de los efectos negativos, deberá modificar el primer párrafo, indicando que "La falta de información respecto de estos monitoreos generó vacíos que limitaron la capacidad de predicción de la significancia de los efectos que pueda tener la actividad y la propuesta de medidas correctivas", para luego indicar si, en base a los documentos e informes incorporados, es posible descartarlos. El análisis deberá incluir al menos la **determinación del estado actual de las aguas superficiales del estero San Antonio**, mediante mediciones en los puntos indicados en la RCA. Por otro lado, **deberá considerar en su análisis la constatación previa de un incremento de coliformes fecales en aproximadamente 2 órdenes de magnitud en el período de abril de 2016**. En caso que esta corresponda a un evento puntual, deberá indicar los motivos por los cuales se produjo, señalando los efectos que generó en el medio ambiente la descarga de residuos con dicho nivel de coliformes, y si estos se observan en la actualidad.

(lo subrayado es nuestro)

Así, siguiendo las recomendaciones de la SMA recién transcritas, la Compañía agregó este efecto a todos los cargos, y, por otra parte, en base a los informes técnicos propuestos por la misma SMA descartó los efectos negativos sobre el medio ambiente.

4.8. Exigencias que exceden lo normativamente admisible.

Como se ha dado cuenta, Patagoniafresh entregó un gran número de antecedentes para acreditar suficientemente la no generación de efectos adversos con motivo de las supuestas infracciones. Sin embargo, la SMA exige más.

Cabe preguntarse, en consecuencia:

¿Hasta qué punto es admisible el requerimiento de la SMA? ¿Puede la SMA, por ejemplo, requerir efectuar un análisis sobre hechos que sucedieron hace varios años sin un límite de razonabilidad? y en este caso, ¿Cómo puede el regulado cumplir materialmente con estos análisis?

Lo anterior es de suma importancia, sobre todo en el presente procedimiento sancionatorio por cuanto la R.E. 8/2020 rechazó el PDC, aun reconociendo que éste contenía acciones para hacerse cargo de cada uno de los hechos infraccionales, por no haber acreditado suficientemente la generación o no de efectos adversos.

El análisis de los efectos de las supuestas infracciones fue realizado mediante antecedentes e informes técnicos serios y debidamente justificados, realizados por consultoras acreditadas. En efecto, la verdad es que no parece que el problema del PDC advertido en la R.E. 8/2020 -y que es el principal argumento para rechazarlo- se refiera a la idoneidad de dichos antecedentes e informes técnicos, sino que, en realidad, habría un interés por contar con estudios adicionales, con análisis respecto de hipótesis o de riesgos nuevos.

Por ejemplo, en la Res. Ex. 6/2019 / D-035-2019, la SMA solicita a Patagoniafresh identificar los riesgos asociados a la infracción y, a partir de los antecedentes técnicos que se estimen pertinentes, señalar aquellos efectos negativos que se materializaron con ocasión de la infracción:

34. Que, al respecto, la guía establece la forma en que el titular debe realizar la descripción de los efectos negativos, señalando que debe indicar aquellos efectos que pudieron o podrían ocurrir, identificando los riesgos asociados a la infracción y, a partir de antecedentes técnicos que se estimen pertinentes, señalar aquellos efectos negativos que se materializaron con ocasión de la infracción. En caso que los antecedentes técnicos indiquen que no existen efectos negativos asociados a las infracciones imputadas, deberá indicarlo expresamente, en base a las conclusiones de dichos estudios.

(lo subrayado es nuestro)

Cabe preguntarse sobre el análisis de riesgos asociados a la infracción que se exige a Patagoniafresh:

¿Encuentra dicho requerimiento sustento normativo?

Ni la LOSMA y ni el Reglamento establecen esta exigencia.

Lo anterior da cuenta de que la SMA ha impuesto a Patagoniafresh un estándar de acreditación de efectos adversos muy superior a lo establecido en la normativa vigente. Se trata, al parecer, no sólo el análisis de la generación o no de efectos negativos con ocasión de las supuestas infracciones (con lo que la Compañía habría cumplido suficientemente), sino que, además, analizar los riesgos que éstas podrían, eventualmente, producir.

Precisamente, el análisis de nuevos riesgos o de situaciones no previstas o hipotéticas respecto de los efectos de las supuestas infracciones pareciera ser la deficiencia observada en la R.E. 8/2020 y que lleva a concluir que el PDC no cumpliría ni con el criterio de integridad ni con el de eficacia.

Ni la LOSMA ni el Reglamento extienden el análisis técnico a la cuestión, incierta, del riesgo que podría generarse por los supuestos hechos infraccionales. Por lo tanto, el rechazo del PDC se funda, básicamente, en el supuesto incumplimiento de un requisito -referido a los efectos adversos- que no está ni en la LOSMA ni en el Reglamento, por cuanto exigirlo es ilegal y excede las atribuciones de la SMA.

V. SOBRE EL CRITERIO DE VERIFICABILIDAD.

5.1. La presunta falta de verificabilidad no se fundamenta.

La R.E. 8/2020 se refiere al criterio de verificabilidad sin presentar una debida fundamentación, sino que señala simplemente, en el considerando N° 82, que el PDC “no cumple con los criterio de eficacia e integridad, razón suficiente para determinar el rechazo del PDC y la continuación del procedimiento sancionatorio”.

5.2. Se exige contar con medios de verificación de manera adelantada sin fundamentarlo y habiendo sido ello ofrecido por parte de la Compañía.

La R.E. 8/2020 recrimina a Patagoniafresh no haber acompañado al PDC ciertos reportes, como los de autocontrol, y haberlos reservado para la ejecución del PDC:

86. Que, finalmente, cabe destacar en forma adicional, que el titular presentó varias acciones consistentes en remitir reportes de autocontrol que, a su juicio, sí fueron realizados en el momento requerido por la norma. En este sentido, pese a que no es estrictamente obligatorio remitir los medios de verificación de las acciones propuestas en forma previa a la aprobación del programa de cumplimiento, ello no es impedimento para que el titular hubiese remitido estos monitoreos como anexo a su propuesta de programa de cumplimiento, con el objeto de otorgar mayor seriedad a su plan de acciones en relación con el criterio de verificabilidad, como también podría haber servido de insumo para la determinación de los posibles efectos negativos asociados a las infracciones imputadas.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que esta parte no habría tenido ningún problema con entregar esta información junto el PDC, pero en las reuniones de asistencia al cumplimiento se informó de manera expresa a Patagoniafresh que dichos antecedentes tienen que presentarse como reporte una vez que el PDC se encuentre aprobado.

En efecto, se trata de medios de verificación que, de acuerdo al planteamiento del PDC y a lo abordado en las reuniones de asistencia al cumplimiento, se acompañarían durante los reportes de cumplimiento en la plataforma de la SMA, pero que en la R.E. 8/2020 aparecen como necesarios o condiciones para la aprobación del PDC. Esta parte no ve razones -y en la R.E. 8/2020 no se expresan- para suponer la conveniencia de que dichos medios de verificación sean presentados con anterioridad a la aprobación al PDC y no en los hitos previstos para el reporte de su ejecución. Desde el punto de vista normativo, al

menos, no hay razón para exigir el adelanto en la presentación de los medios de verificación.

Lo anterior significa que la SMA está fundando el rechazo del PDC en una cuestión discrecional, que no es necesariamente aplicable a la Compañía y que ésta no tenía cómo prever que le sería requerida (a pesar de haber sostenido dos reuniones de asistencia al cumplimiento).

En efecto, lo que, en realidad, corresponde a esta etapa de aprobación del PDC es comprobar que el medio señalado resultará eficaz para, en su momento, verificar la ejecución de la medida. Sin embargo, en la R.E. 8/2020 se pretende constatar la ejecución efectiva de la misma con anterioridad a la aprobación del PDC.

Por lo anterior, esta parte se ha comprometido a adjuntar los medios de verificación y de prueba idóneos y pertinentes durante el cumplimiento del PDC a través del reporte inicial y los reportes mensuales (según así fue instruido por la propia SMA), siendo el primero de ellos, 10 días hábiles luego de la aprobación del PDC. Si la SMA considerara que dichos medios de prueba acompañados no son idóneos o conformes al plan de metas y acciones, bien podría rechazar el cumplimiento del PDC, pero no rechazar su aprobación, privándole a esta parte de ejercer su derecho conforme al instrumento de incentivo al cumplimiento.

V. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y MOTIVACIÓN DE LA R.E. 8/2020.

Los antecedentes de hecho y derecho expuestos anteriormente, devienen en la ilegalidad y arbitrariedad de la R.E. 8/2020 en cuanto:

1. Vulneración de los principios del Derecho Administrativo establecidos en la Ley N° 19.880.

Como se ha indicado en esta presentación, la R.E. 8/2020 infringe los principios de juridicidad, buena fe, confianza legítima, cooperación, colaboración, celeridad y eficacia.

En materia de cumplimiento de los criterios de integridad y eficacia, la R.E. 8/2020 vulnera al principio de juridicidad al exigirle a la Compañía hacerse cargo de los riesgos que las supuestas infracciones podrían generar, en cuanto lo requerido de acuerdo con la LOSMA y al Reglamento se limita a los efectos de la supuesta infracción.

Por otra parte, con la R.E. 8/2020 se transgreden los principios de buena fe y confianza legítima. En virtud del principio de confianza legítima *“se entiende que existirá una permanencia en la regulación y aplicación del ordenamiento jurídico”*¹¹, y al no haberla se vulnera la buena fe y la doctrina de los actos propios¹². En efecto, como se ha expuesto a lo largo de esta presentación, la R.E. 8/2020 recrimina a Patagoniafresh cuestiones que la propia SMA le instruyó, ya sea en las resoluciones con observaciones al PDC y/o en las reuniones de asistencia al cumplimiento.

Además, con la R.E. 8/2020 la SMA ignora su rol colaborador y de cooperación asociado a los programas de cumplimiento. La infracción a estos principios -de acuerdo con lo que se ha señalado- consagrados en la Ley N° 19.880 devienen en la ilegalidad del acto recurrido, lesionando los derechos de esta parte, así como los principios de cooperación y asistencia al regulado que rigen los instrumentos de incentivo al cumplimiento ambiental.

¹¹ Cordero Vega, Luis (2015), pag. 307

¹² *Ibidem*.

Finalmente, se infringen los principios de celeridad (Artículo 7 de la Ley 19.880), eficiencia (artículos 7º y 9 de la misma Ley)¹³ y buena administración pública¹⁴, que rigen especialmente la actuación de los organismos públicos con competencia ambiental.

2. La motivación del acto administrativo reviste una especial importancia si estamos frente a un acto de gravamen.

La R.E. 8/2020 corresponde a un acto administrativo de gravamen y calificado¹⁵, lo que implica un deber de motivación más intenso que el aplicable a otros actos administrativos.

En efecto, *“los actos de gravamen están sujetos a mayores exigencias desde el principio de legalidad”*¹⁶ y, en concreto, esto supone que *“los actos de gravamen (desfavorables o limitativos de derechos) forman parte del grupo respecto de los cuales la LBPA exige especial motivación”*¹⁷.

La falta de fundamentación de la R.E. 8/2020 se manifiesta de manera evidente en la confusión de los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad y en la carencia de motivación respecto a la ponderación de los antecedentes técnicos que acreditan la no generación de efectos adversos por los hechos supuestamente infraccionales.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto,

¹³ La aplicación de estos principios ha sido especialmente reconocida por la Corte Suprema en materia ambiental, específicamente en casos Quintero Puchuncaví Corte Suprema Rol 5888-2019 de 28 de mayo de 2019, además de Corte Suprema Rol 118-2018, de 27 de agosto de 2018 y Corte Suprema Rol 34.536-2017, de 27 de diciembre de 2017 y recientemente en el Caso Planta San Pedro Corte Suprema Rol N°15.190-2019, de 27 de abril de 2020.

¹⁴ Linazasoro (2018) “El derecho a una buena administración pública en Chile”, Revista de Derecho Público, Núm. 88 (2018): 1er. semestre. 93-109. doi:10.5354/0719-5249.2018.50842.

¹⁵ S2TA Rol 82-2015.

¹⁶ Cordero Vega, Luis (2015), pag. 252

¹⁷ Ibídem.

SOLICITO RESPETUOSAMENTE A USTED, tener por interpuesto recurso de reposición en contra de la Res. Ex N° 8/ROL D-035-2019 de conformidad a los artículos 15 y 59 de la Ley N° 19.880, admitirlo a tramitación de conformidad a las normas legales y, en definitiva, dejarla sin efecto en todas sus partes y, en su lugar, declarar la aprobación del Programa de Cumplimiento presentado por Patagoniafresh, con las enmiendas de oficio que estime pertinentes, de haberlas.

EN EL OTROSÍ, en subsidio de lo anterior, para el improbable caso de que el presente recurso sea rechazado, solicito tener por interpuesto el recurso jerárquico, para que lo conozca y resuelva el Superintendente del Medio Ambiente, fundado en idénticas consideraciones de hecho y derecho, las que solicito tener por reproducidas en todas sus partes.



Claudio Villouta Olivares
pp. Patagoniafresh S.A.