

EIS

**SE PRONUNCIA SOBRE ESCRITO DE AGUA SANTA S.A
Y MODIFICA ACCIÓN N° 1 DEL PROGRAMA DE
CUMPLIMIENTO**

RESOLUCIÓN EXENTA N° 11/ROL D-090-2018

Santiago, 26 de abril de 2021

VISTOS:

Conforme con lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley N° 20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (“LOSMA”); en la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (“Ley N° 19.880”); en la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 11 de septiembre de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija la planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 2.516, de 21 de diciembre de 2020, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que fija la organización interna de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 2.558, de 30 de diciembre de 2020, que establece orden de subrogancia para el cargo de jefe del Departamento de Sanción y Cumplimiento de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 549, de 31 de marzo de 2020, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que renueva reglas de funcionamiento especial de Oficina de Partes y Oficina de Transparencia y Participación Ciudadana; y en la Resolución N° 7, de 16 de marzo de 2019, de la Contraloría General de la República, que fija normas sobre exención del trámite de Toma de Razón.

CONSIDERANDO:

Antecedentes del procedimiento rol D-090-2018

1. Que, en el marco de la tramitación del procedimiento sancionatorio rol D-090-2018, seguido en contra de Empresa Constructora Agua Santa S.A., (“Agua Santa” o “la empresa”), con fecha 12 de abril de 2019, por medio de la Resolución Exenta N° 8/Rol D-090-2018, se aprobó el programa de cumplimiento presentado por la empresa.

2. Que, dicha resolución indica como corrección de oficio, lo siguiente: *“Deberá incluir una nueva acción autónoma, cuya descripción será **“Obtención de nueva visación técnica de la DOH para PAS N° 159”**; su forma de implementación será **“Ingresar los antecedentes técnicos y jurídicos correspondientes y suficientes para obtener una nueva visación de la DOH para el PAS N° 159, conforme las consideraciones sectoriales técnicas que dicho servicio determine”**. Su plazo de ejecución será **“3 meses desde la notificación de la aprobación del Programa de Cumplimiento”**. Se hace presente que **se podrá solicitar ampliación de este plazo por las consideraciones que la empresa presente a la SMA, las que se evaluarán en su mérito**. Luego, el indicador de cumplimiento deberá ser **“Visación técnica de DOH del PAS 159 vigente”**. Los medios de verificación a informarse en los respectivos reportes serán **“copia de solicitud de obtención”** y **“copia de visación técnica DOH del PAS N° 159”**, según correspondiere. Se hace presente que todas las demás acciones deberán ajustar sus plazos de ejecución desde el cumplimiento de esta acción”* (énfasis agregado).

3. Que, por medio de la Resolución Exenta N° 9/Rol D-090-2018, de 27 de julio de 2019, se resolvió conceder una ampliación de plazo para ejecutar la acción N° 1, por el término de 4 meses contados desde la notificación de dicha resolución, por las consideraciones que en dicho acto se contienen.

4. Que, asimismo, el 7 de agosto de 2020, por medio de la Resolución Exenta N° 10/Rol D-090-2018, se resolvió extender el plazo para la ejecución de la acción N° 1 del programa, hasta el 23 de abril de 2021 inclusive, acogiendo la solicitud presentada por la empresa, fundado en que la suspensión del procedimiento judicial de reclamo de ilegalidad municipal ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 58-2019, se mantendría durante la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe en el territorio nacional a causa de la pandemia.

5. Que, así las cosas, en la actualidad, el escenario relacionado con la pandemia de COVID-19 se ha mantenido, incluso agravándose las últimas semanas en la Región Metropolitana de Santiago la que se encuentra actualmente en cuarentena total. Dado lo anterior, se ha comunicado que el estado de excepción constitucional se mantendrá hasta el 30 de junio de 2021¹.

Solicitud de modificación del programa de cumplimiento de 12 de abril de 2021

6. En este contexto, el 12 de abril de 2021, la empresa ingresó un nuevo escrito en orden a modificar el contexto de la acción N° 1 del programa de cumplimiento, fundado en la mantención de las circunstancias fácticas enunciadas en escritos anteriores y consideradas por la SMA en las Resoluciones Exenta N° 9 y 10/Rol D-090-2018, particularmente en cuanto a que la suspensión de plazos judiciales aun se mantiene, lo que en definitiva impide ejecutar la acción N° 1. Fundamenta su solicitud en que (i) se trataría de un hecho imprevisto, irresistible e inimputable al titular; (ii) se habrían adoptado todas las acciones para hacerse cargo diligentemente del impedimento; (iii) la modificación solicitada no incide en el programa de cumplimiento, manteniéndose el cumplimiento de criterios de integridad, eficacia y verificabilidad del mismo; (iv) la modificación solicitada no constituye una elusión de responsabilidad o aprovechamiento de la infracción por parte del titular; (v) se entregan antecedentes suficientes que permiten dar por acreditado el impedimento.

7. Que, en definitiva, la modificación que solicita el titular radica en lo siguiente:

Tabla N° 1: Acción original y modificación

	Acción original N° 1	Modificación
Acción	Obtención de nueva visación técnica de la DOH para PAS N° 159.	Presentación de una nueva visación técnica de la DOH para PAS N° 159.
Forma de implementación	Ingresar los antecedentes técnicos y jurídicos correspondientes y suficientes para obtener una nueva visación de la DOH para el PAS N° 159, conforme las consideraciones sectoriales técnicas que dicho servicio determine.	No modifica.

¹ Decreto Supremo N° 72, de 13 de marzo de 2021, "Prorroga declaración de estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, en el territorio de Chile, y reemplaza a los jefes de la defensa nacional, según se indica", Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

Indicador de cumplimiento	Visación técnica de DOH del PAS 159 vigente.	Copia de presentación de la solicitud de obtención de nueva visación técnica de DOH del PAS 159 vigente.
Medios de verificación	Reporte de avance: Copia de la solicitud de obtención de nueva visación técnica de la DOH para PAS N° 159. Reporte final: Copia de visación técnica DOH del PAS N° 159.	Reporte final: Copia de la presentación de la solicitud de obtención de nueva visación técnica DOH del PAS N° 159.
Costos estimados	\$ 3.350.000	No modifica.
Impedimentos eventuales	No hay.	No modifica.

Fuente: Elaboración propia

Ponderación de la solicitud en este caso concreto

8. Que, la aprobación de un programa de cumplimiento es un hito dentro del procedimiento administrativo sancionatorio que no solo suspende el procedimiento, sino que también manifiesta la conformidad de esta Superintendencia respecto del plan de acciones y metas propuesto como vía idónea para asegurar el cumplimiento satisfactorio de la normativa ambiental y la contención, reducción o eliminación de los efectos negativos de la o las infracciones. Así, la resolución que aprueba el programa pone término a la discusión y propuesta de acciones y metas, fijando un texto final (incluidas las correcciones de oficio que se integran), el cual será fiscalizado por la SMA y, posteriormente, evaluado a fin de determinar el grado de cumplimiento del mismo, con las consecuencias que se sigan según se determine su ejecución satisfactoria o insatisfactoria.

9. Que, sin embargo, resulta razonable admitir determinadas modificaciones a un programa de cumplimiento aprobado, en la medida que el propio instrumento hubiera considerado condiciones externas que imposibilitaran la ejecución de una determinada acción en el plazo comprometido, lo que de acuerdo a la Guía para la Presentación de Programas de Cumplimiento, de julio de 2018, corresponde a los denominados “*impedimentos*”. A su vez, existen situaciones inimputables al titular, que no pueden preverse de forma anticipada, ni tampoco se encuentran dentro de la esfera de control de la empresa. Estos hechos imprevisibles e irresistibles constituyen situaciones excepcionales que, precisamente, por sus características no fueron consignados como impedimentos en un programa, pero en caso de presentarse deben ser ponderados por la SMA, lo que también se ha reconocido en la mencionada Guía, donde se indica que “[...] *en caso de ocurrencia de eventos excepcionales no previstos durante la ejecución de un PDC, deberá informarse a la Superintendencia, para su ponderación del hecho según las circunstancias del caso específico [...]*”.

10. Que, en este escenario, dichos eventos deberán informarse a la SMA, acompañando antecedentes que acrediten la verificación de las circunstancias o impedimento alegado; informar las acciones adoptadas para hacerse cargo diligentemente de ello; fundamentar que por medio de las referidas acciones se mantiene el cumplimiento de los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad tenidos a la vista al momento de aprobación del instrumento; acreditar que no se está generando una situación que permita al infractor eludir su responsabilidad, aprovecharse de su infracción y, finalmente, probar que lo anterior no deviene en un instrumento manifiestamente dilatorio.

11. Que, por su parte, y en el contexto nacional actual, la Contraloría General de la República, mediante dictamen contenido en oficio N° 3.610, de

17 de marzo de 2020, señaló que “[a] la luz de lo prescrito por el artículo 45 del Código Civil, norma de derecho común y de carácter supletorio, **el caso fortuito constituye una situación de excepción que, en diversos textos normativos, permite adoptar medidas especiales, liberar de responsabilidad, eximir del cumplimiento de ciertas obligaciones y plazos, o establecer modalidades especiales de desempeño, entre otras consecuencias que en situaciones normales no serían permitidas por el ordenamiento jurídico**”. (Énfasis agregado). Para luego, señalar que “[e]n la especie, **el brote del COVID-19 representa una situación de caso fortuito que, atendidas las graves, consecuencias que su propagación en la población puede generar, habilita la adopción de medidas extraordinarias de gestión interna de los órganos y servicios públicos que conforman la Administración del Estado [...]**” (énfasis agregado), entendiendo que los jefes superiores de servicio están facultados para suspender o extender los plazos de duración de los procedimientos administrativos.

12. En consecuencia, a continuación se procederán a ponderar estos criterios en relación con la situación fáctica sobreviniente alegada por la empresa Agua Santa.

13. Como se observa de la tabla N° 1, la modificación que se solicita supone acotar la acción hasta el hito de presentación de la solicitud de visación técnica, lo anterior, por cuanto la obtención final de esta visación técnica, esto es, la decisión del organismo sectorial es un hecho que no es posible conocer si se materializará en un plazo conocido, por cuanto se encuentra suspendida la tramitación de la causa judicial donde se está discutiendo dicha materia, a causa de las restricciones y medidas extraordinarias que se han impuesto en todo el territorio nacional a causa del COVID-19. Por tanto, para todos los efectos, es ésta última circunstancia el hecho imprevisto y sobreviniente que se analiza en la presente Resolución.

14. La empresa indica que se trata de un hecho imprevisto, por cuanto la ocurrencia de las restricciones asociadas al COVID-19 son hechos excepcionales y anormales que no era dable esperar. Luego, es un hecho irresistible, por cuanto implica que Agua Santa no puede cumplir ciertas obligaciones, porque no se encuentran dentro de su esfera de control, en este caso, ya que el procedimiento mediante el cual se reclama de la caducidad de las concesiones por la I. Municipalidad de Buin se encuentra suspendido indefinidamente, no encontrándose bajo el control de la empresa la posibilidad de su reanudación. Finalmente, es inimputable ya que el avance de deferentes juicios se ha visto afectado por el cambio de las rutinas diarias y modos de trabajo que la pandemia global ha implicado, sin que estos hechos provengan de la culpa o hecho de la empresa.

15. Que, por su parte, la empresa señala que ha adoptado todas las acciones para hacerse cargo diligentemente del impedimento, compareciendo y haciendo uso de todas las instancias procesales con el objeto de dar curso progresivo a los autos de la tramitación de la causa judicial suspendida que hoy incide en la ejecución de la acción N° 1. Así, consta en los antecedentes que adjuntó la empresa, que se solicitó recientemente a la Corte de Apelaciones en causa rol N° 58-2019 la realización de la absolución de posiciones pendiente, lo que fue rechazado por resolución de 22 de marzo de 2021.

16. Que, asimismo en relación a la diligencia desplegada, la empresa señala haber ejecutado y cumplido todas las restantes acciones y reportes en el contexto del programa de cumplimiento, incluyendo los “Reportes de Estado Operacional Coronavirus”, realizados de manera semanal conforme lo prescribe la Res. Ex. N° 497, de 19 de marzo de 2020.

17. Que, respecto a este punto, con el objeto de contar con antecedentes fidedignos y actualizados, por medio del Memorándum N° 17271/2021, la

SMA solicitó a la Sección Ciudad y Territorio de la División de Fiscalización de la SMA, informar sobre el estado de avance y análisis de cumplimiento del programa aprobado en el procedimiento rol D-090-2018, lo que fue respondido por medio del Memorándum N° 38, de 21 de abril de 2021. La División de Fiscalización señala que con excepción de la acción N° 1 que finalizaba el 23 de abril de 2021, la totalidad de las acciones del programa están con plazos terminados, y que respecto de la revisión de los informes de avance 1 a 11 “desde la acción N°2 hasta la acción N° 16, es posible establecer que se ha dado cumplimiento con lo establecido en la Res. Exenta N°8/ ROL D-090-2018”, entregando un detalle de análisis de cumplimiento de cada acción. Por tanto, y sin perjuicio del análisis pormenorizado que se hará en la oportunidad que corresponda, lo informado por la División de Fiscalización permite confirmar lo señalado por la empresa, en orden a que la totalidad de las acciones restantes se encuentran cumplidas y que han sido remitidos todos los reportes de cumplimiento a tiempo.

18. De esta forma, la empresa afirma que la modificación que solicita no incide en el cumplimiento de los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad, los que se mantienen incólumes.

19. Respecto a los criterios referidos, estos se deben mirar en su conjunto, a la luz del objetivo ambiental del programa de cumplimiento y del problema ambiental que el procedimiento sancionatorio abordó. Considerando ello, respecto a la integridad, esta SMA comparte lo señalado en cuanto a que el hecho infraccional N° 1, relativo a *“extraer áridos fuera del área autorizada, interviniendo un área adicional de 15,9 hectáreas”*, cuya meta dice relación con circunscribir la explotación de áridos al área de extracción asociada a las RCA aplicables, se encuentra abordado por otras acciones, esto es, las N° 2, 3 y 4 y, particularmente, por la paralización que la empresa ha mantenido hasta la fecha, es decir, la no extracción de áridos en la zona.

20. En este sentido, preciso es señalar que la acción N° 1 fue una corrección de oficio realizada por la SMA al programa presentado por el titular y que se aprobó cuyo objetivo, en ese momento, era la realización de una extracción controlada y circunscrita a las áreas aprobadas por las RCA, durante la vigencia del programa, de manera que las acciones en conjunto, respecto de la totalidad del programa, apuntaban a la extracción de áridos según lo aprobado y delimitado. Ahora bien, la no obtención hasta el momento de la visación técnica del PAS que habilita la extracción, y la consecuente y comprobada inactividad en el área, no se contraponen a este objetivo ambiental del programa de cumplimiento ni menos implican una extracción descontrolada y extendida de los áridos, que es lo que se quiso evitar y abordar. De esta forma, la modificación propuesta no afecta sustancialmente a la finalidad intrínseca del programa de cumplimiento del este procedimiento.

21. Luego, respecto de la eficacia, la modificación que propone la empresa efectivamente es una forma de dejar establecido el hito de inicio de la obtención de una nueva visación técnica al PAS, que en las circunstancias actuales es la forma de darle eficacia a la acción.

22. Por último, respecto de la verificabilidad, la modificación propuesta es coherente y abarca los medios de verificación e indicadores de cumplimiento para materializarla proponiendo, así, un mecanismo adecuado para acreditar el cumplimiento de la acción.

23. En este contexto, y teniendo a la vista los argumentos expuestos por la empresa, a la luz de un principio de primacía de la realidad, resulta fundamental considerar que la empresa no se encuentra ejecutando la extracción de áridos, lo que

se ha mantenido durante todo el programa de cumplimiento, por lo que no ha habido ni hay una generación de efectos ambientales en la actualidad.

24. En esta línea, se debe reconocer que las circunstancias fácticas que motivaron la corrección de oficio que originó la acción N° 1 han cambiado, lo que se confirma por las modificaciones que ya se han realizado al programa de cumplimiento en cuanto a la extensión del plazo de ejecución de la acción en comento (Resolución Exenta N° 9/Rol D-090-2018, de 29 de julio de 2019, y Resolución Exenta N° 10/Rol D-090-2018, de 7 de agosto de 2018), fundadas en las mismas circunstancias que las aducidas en esta oportunidad. En este sentido, se contraponen al principio de eficiencia y al principio conclusivo que debe observar la Administración el seguir extendiendo el plazo de ejecución de la acción N° 1, y con ello, de todo el programa de cumplimiento, cuando se tiene información que las restantes acciones se encuentran, en principio, satisfechas.

25. En cuanto a la eventual afectación de derechos de terceros o de los interesados del procedimiento se estima que no se produce, toda vez que el programa de cumplimiento fue ejecutado en su sentido ambiental central y se resguardaron los objetivos ambientales, particularmente en cuanto a los efectos, siendo la acción N° 1 un aspecto sectorial que no deriva de un incumplimiento de relevancia ambiental en el contexto del programa.

26. Por tanto, derivado del cumplimiento del resto del programa, así como de los diversos argumentos que en esta Resolución se analizan, no puede concluirse que la empresa, por medio de la solicitud de modificación, esté eludiendo su responsabilidad, aprovechándose de la infracción o tornando el instrumento en una instancia dilatoria ya que, por el contrario, busca concluir la instancia del programa de cumplimiento y no mantener las extensiones de plazo que desde el año 2019, con el inicio de la pandemia, se han generado.

27. Finalmente, es importante señalar que la actividad que a futuro pueda ejecutar la empresa, y en el evento de requerirse el PAS respectivo, es una materia que excede el periodo que razonablemente la SMA ha considerado para la ejecución del presente programa, en relación a los hechos que en el año 2015 se constataron y que motivaron el inicio del presente procedimiento sancionatorio.

RESUELVO:

I. ACCEDER A LA SOLICITUD DE MODIFICACIÓN DE LA ACCIÓN N° 1 del programa de cumplimiento, en los términos de la tabla N° 1, por las consideraciones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

II. NOTIFICAR POR CARTA CERTIFICADA, o por otro de los medios que establece el artículo 46 de la ley N° 19.880, a los apoderados Francisco de la Vega Giglio, domiciliado en Avenida Nueva Tajamar N° 481, Torre Norte, Oficina N° 2104, comuna de Las Condes, Santiago, Región Metropolitana de Santiago.

Asimismo, notificar por carta certificada o por otro de los medios que establece el artículo 46 de la ley N° 19.880, a Guillermo Ibacache Gómez, Director de Obras Municipales, Ilustre Municipalidad de Buin, domiciliado en Carlos Condell N° 415, comuna de Buin, Región Metropolitana de Santiago.

Emanuel Ibarra Soto
Fiscal
Superintendencia del Medio Ambiente

CUJ

Carta Certificada:

- Francisco de la Vega Giglio, Avenida Nueva Tajamar N° 481, Torre Norte, Oficina N° 2104, comuna de Las Condes, Santiago, Región Metropolitana de Santiago.
- Guillermo Ibacache Gómez, Director de Obras Municipales, Ilustre Municipalidad de Buin, Carlos Condell N° 415, comuna de Buin, Región Metropolitana de Santiago.

C.C.:

- Jefe de la División de Fiscalización SMA.