

RECURSO DE REPOSICIÓN.



SR. SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE

Sebastián Avilés Bezanilla, apoderado por **Celulosa Arauco y Constitución S.A.** ("Arauco"), Rol Único Tributario número 93.458.000-1, ambos domiciliados para estos efectos en calle Isidora Goyenechea 3250, piso 9, Las Condes, Santiago, al señor Superintendente del Medio Ambiente ("Superintendente") respetuosamente digo:

Que por este acto, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente ("LOSMA"), vengo dentro de plazo a interponer recurso de reposición en contra de la Resolución Exenta N° 71, de fecha 1° de febrero de 2017, de la Superintendencia del Medio Ambiente ("SMA"), por medio de la cual se resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio Rol F-020-2016, seguido en contra de Arauco ("Resolución Recurrida").

Como se analizará a continuación, estimamos que la Resolución Recurrida es contraria a derecho y ocasiona un manifiesto perjuicio a mi representada, por lo que solicito se sirva acoger el presente recurso, enmendándola en los términos que a continuación se exponen. Se hace presente desde ya que la mayoría de las consideraciones incluidas en el presente documento (las que, a nuestro juicio fundan adecuadamente la solicitud de que se enmiende la Resolución Recurrida) dicen relación con la infracción imputada N°2, consistente en que mi representada no habría efectuado el abandono de la ex laguna de tratamiento conforme a la RCA N° 308/2006.

I. ANTECEDENTES DE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA.

A) Procedimiento Administrativo Sancionatorio.

i. Con fecha 6 de mayo de 2016, la SMA inició un procedimiento administrativo sancionatorio en contra de Arauco por cuatro supuestas infracciones, tres de ellas consideradas leves y una considerada grave (R.E. N°1/Rol F-020-2016).

ii. Con fecha 8 de junio de 2016, Arauco presentó sus descargos y acompañó prueba documental.

iii. Posteriormente, el 21 de octubre de 2016, a través de Resolución Exenta N° 3/Rol F-020-2016, la SMA solicitó a mi representada la presentación de una serie de antecedentes, información que fue proporcionada con fecha 8 de noviembre de 2016.

iv. Luego, mediante Resolución Exenta N° 5, de fecha 8 de noviembre de 2016, la SMA resolvió oficiar a la Superintendencia de Servicios Sanitarios ("SISS") y a la Dirección Regional de la Dirección General de Aguas de la Región del Maule ("DGA"), solicitándoles cierta información, la que fue despachada a través de los Ord. D.G.A. Maule N° 1789, de 23 de noviembre de 2016, y Ord. SISS N° 59, de 9 de enero de 2017.

v. Finalmente, mi representada, con fecha 11 de enero de 2017, solicitó a la SMA tener presente una serie de consideraciones y acompañó fotografías que daban cuenta del estado de avance –a esa fecha- del cierre de la ex laguna de tratamiento de efluentes.¹

¹ En esa oportunidad se acreditaba que la superficie del sector 1 se encuentra cerrada y con cobertura vegetal y la superficie que quedaba por cerrar se encontraba totalmente seca y con avances destinados a su cierre definitivo.

B) La Resolución Recurrida.

Con fecha 1° de febrero de 2017, el Superintendente del Medio Ambiente dictó la Resolución Exenta N° 71, culminando el procedimiento administrativo sancionatorio en los siguientes términos:

i. En relación con la **infracción N° 1**, correspondiente a la disposición de residuos industriales sólidos, referida a las cenizas, por sobre lo autorizado en la RCA N° 75/2004, aplicar una multa consistente en **3 UTA**.

ii. En relación con la **infracción N° 2**, correspondiente a no hacer abandono de la ex laguna de tratamiento “conforme a la RCA N° 308/2006”, a las fechas de las inspecciones ambientales, mayo del año 2013 y febrero del año 2015, se resolvió aplicar una multa de **234 UTA**.

La SMA decidió mantener la calificación de grave, considerando que el plan de abandono habría sido una medida destinada a eliminar los efectos adversos del proyecto, que, según la SMA, habría sido gravemente incumplida (al respecto, desde ya se debe tener presente que no se consideraron las actividades tendientes al abandono efectivamente realizadas y acreditadas en el procedimiento administrativo sancionatorio, de cuyo análisis estimamos la SMA hubiese podido llegar a una conclusión distinta).

iii. En relación con la **infracción N° 3**, correspondiente a la superación de porcentajes de humedad con que deben disponerse los lodos en el depósito de residuos sólidos, se determinó aplicar una multa de **2 UTA**.

iv. En relación con la **infracción N° 4**, correspondiente a que el punto de descarga de efluente no habría sido construido en la ubicación regulada, **se absolvió** de dicho cargo a Arauco.

II. FUNDAMENTOS DE LA REPOSICIÓN

A continuación, se presentan los fundamentos del presente recurso de reposición, dando cuenta de la necesidad de enmendar, conforme a derecho, la Resolución Recurrída en lo relacionado principalmente a la decisión asociada a la infracción N°2, toda vez que, a nuestro juicio, no corresponde aplicar sanción a mi representada simplemente por no haberse producido infracción; todo ello en consideración a los principios constitucionales y legales aplicables al derecho administrativo sancionador, así como a la regulación expresa contenida en la LOSMA, en la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente ("Ley 19.300") y en la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado ("Ley 19.880"), y en las autorizaciones y antecedentes específicos aplicables sobre el particular.

A) En relación con la infracción N° 2: La obligación establecida en el considerando 7.6 de la RCA N° 308/2006 es distinta de la conducta reprochada, vulnerándose el principio de tipicidad, toda vez que resulta improcedente conforme a dicho principio la integración de actos sectoriales y/o posteriores a la RCA.

La formulación de cargos señala como hecho que se estima constitutivo de infracción, el que mi representada no habría efectuado el abandono de la laguna de tratamiento de efluentes de la Planta conforme a las obligaciones establecidas en el considerando 7.6 de la RCA N° 308/2006.

El referido hecho se fundaría en la constatación realizada en las actividades de inspección ambiental de fechas 23 de mayo de 2013 y 24 de febrero de 2015.

Por su parte, el considerando 4 de la formulación de cargos señala *“la laguna de efluente no se encuentra totalmente desaguada y aproximadamente en ¼ de la laguna se constata la presencia de lodos”*, mientras que el considerando 7 señala *“no hacer abandono de la antigua laguna de Riles dentro del plazo”*.

Respecto de la infracción N° 2, esta parte insiste en sostener que el cargo asociado incumple los requisitos exigidos en el artículo 49 de la LOSMA, afectando el derecho de defensa de mi representada, por cuanto no fue posible determinar con precisión cuál era la conducta específica reprochada, ya que no se trata solamente de la supuesta falta de abandono, sino que se reprocha que éste no habría sido efectuado conforme a las obligaciones establecidas en la RCA N° 308/2006, sin hacer mención a cuál o cuáles de aquellas obligaciones de la citada RCA se refería el citado cargo.

Volvemos a sostener que la obligación contenida en el considerando 7.6 de la RCA N° 308/2006 (que la SMA ha estimado vulnerada), no corresponde a aquella que se reprocharía como incumplida, lo que vulnera ostensiblemente el principio de tipicidad, consagrado en el inciso penúltimo 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”*.

Así, este principio 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".²

En este 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"³. De esta forma, el principio se traduce en un límite formal al establecer que sólo la ley puede sancionar las conductas prohibidas y en un límite material al exigir que la ley describa expresamente aquella conducta humana que prohíbe y sanciona.⁴⁻⁵

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 relación con este principio, el Tribunal Constitucional ha resuelto que, además de establecerse la infracción en una ley, "(...) la tipicidad requiere de algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio de la seguridad jurídica y haciendo realidad, junto con la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta"⁶. Dicha "precisa definición", sin embargo, no requiere que sea completa: "(...) el texto del artículo 19 N° 3 exige que la conducta se encuentre "expresamente" descrita en la ley, pero no que esté

² Cury Urzúa, Enrique, *La ley penal en blanco*, Editorial Temis, Bogotá, 1998.

³ Sentencia Rol N° 46-1987.

⁴ Véase Sentencia Rol N° 1351-2009.

⁵ En estrecha armonía con lo sostenido por nuestro Tribunal Constitucional, los tratadistas españoles García de Enterría y Fernández razonan en sentido análogo, citando una sentencia constitucional de 29 de marzo de 1990, que reza que el principio de legalidad impone la exigencia material absoluta de predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo, Volumen II*, Thompson Reuters (Legal) Limited, Editorial Aranzandi, SA, duodécima edición, Pamplona (2011), p. 183.

⁶ Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 479-2006.

“completamente” descrita en el precepto legal”⁷, de manera que “la vigencia del principio de legalidad en el campo del derecho administrativo sancionador no impide que la Administración pueda legítimamente sancionar conductas cuyo núcleo esencial se encuentre descrito en una ley y más extensamente desarrollado en normas reglamentarias”⁸.

Al respecto, cabe señalar que en el caso concreto, aquel núcleo esencial no puede sino corresponder a las condiciones, normas y medidas establecidas en la propia RCA, acto administrativo de carácter normativo que se transforma en el micro ordenamiento jurídico específico y/o preciso aplicable a la construcción, ejecución y cierre de un proyecto o actividad, fiscalizable y sancionable por la SMA.

Así, 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 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).

En este sentido, cabe preguntarse si cualquiera de las distintas materias reprochadas en los Informes de Fiscalización Ambiental correspondería a una *condición, norma o medida* establecida en la RCA 308/2006.

Pues bien, reiteramos lo ya expuesto en nuestro escrito de descargos; esto es, que el considerando 7.6 de la RCA N° 308/2006 establece exclusivamente dos obligaciones. **La primera, consiste en la**

⁷ Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 480-2006.

⁸ Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 479-2006.

entrega dentro de un plazo determinado de un estudio o plan de abandono de la ex laguna de efluentes, cuestión que se materializó correctamente, según se da cuenta en Carta GPL/050/2007, de fecha 28 de marzo de 2007, entregada a la autoridad. **La segunda**, establece los criterios y/o alcances básicos que deberá contener el referido estudio, cuestión que se materializó correctamente al aprobarse el plan de abandono mediante Acta N° 09/2007, de fecha 15 de noviembre de 2007, de la COREMA de la Región del Maule.

Sobre la base de lo anterior, es que la conducta que la SMA reprochó en la formulación de cargos y que posteriormente sancionó no se encuentra tipificada en la RCA 308/2006, sino que se encuentra fundada en actos trámites posteriores a su dictación, que, si bien tuvieron a ésta como presupuesto, **bajo ningún respecto puede entenderse que hayan pasado a formar parte integrante de ésta**, conforme lo sostuvo la Resolución Recurrída en los considerandos 57 y 68.

En otros términos, para que la obligación establecida en el considerado 7.6 de la referida RCA, hubiese podido ser declarada como infringida, mi representada debiese no haber entregado dentro del plazo determinado el estudio o plan de abandono de la laguna de efluentes, o bien, haberlo entregado sin que su contenido respetase los criterios y/o alcances básicos requeridos. **No obstante, como ha sido acreditado en el procedimiento sancionatorio, mi representada dio fiel cumplimiento a las obligaciones efectivamente establecidas en la RCA.**

Estimamos que en este caso se ha producido una injustificada integración de nuevas obligaciones a la RCA, atribuyéndole la Resolución Recurrída al estudio o plan de abandono una finalidad específica. Ahora bien, dicha finalidad, fuere efectiva o no, no constituye justificación para transgredir los principios citados y desarrollados precedentemente. Así, a

nuestro juicio, erróneamente se ha decidido interpretar la RCA eludiendo su tenor literal, y contraviniendo además el artículo 81, letra g) de la Ley 19.300 que establece que el Servicio de Evaluación Ambiental es la autoridad llamada a efectuar la interpretación de ese tipo de instrumentos de gestión ambiental.

En virtud de lo anterior, estimamos que, a este respecto, en la Resolución Recurrída se ha sancionado a mi representada sobre la base de la formulación de un cargo sobre un hecho no regulado en un instrumento de gestión ambiental, debiendo, por tanto, la SMA proceder a la absolución del cargo número 2.

B) También en relación con la infracción N° 2: Inconsistencia en la ponderación de los hechos para la calificación de grave de la infracción.

En subsidio de lo expuesto en el literal precedente, estimamos que la Resolución Recurrída pondera erróneamente los hechos para la calificación de grave asociada a la infracción N° 2, correspondiendo enmendarla mediante la reclasificación a leve, según los argumentos que se señalan a continuación.

B.1) Si se considerara el plan de abandono como una medida que minimiza o elimina los efectos adversos del proyecto, la acción concreta que cumple ese objetivo era el retiro y el retratamiento -en el nuevo sistema de tratamiento- de los efluentes vaciados previo a su descarga, cuestión que se cumplió a cabalidad.

Tal como señaláramos en los descargos, corresponde reiterar que **el plan de abandono no es una medida en sí misma, sino que comprende un conjunto de acciones, siendo el retiro y retratamiento de los**

efluentes que ahí se contenían una acción concreta que eventualmente podría interpretarse como una que permitiría “minimizar o eliminar” los posibles efectos adversos.

A modo de contexto, cabe reiterar que la Ex Laguna de Tratamiento de Efluentes era un sistema que cumplía la función de tratar adecuadamente los Riles, la que fue reemplazada por el sistema de tratamiento a que hace referencia la RCA 308/2006.

Lo anterior, se constata a lo largo de todo el proceso de evaluación ambiental que culminó con la RCA N° 308/2006, donde la evaluación de los posibles impactos estuvo centrada en los efluentes líquidos que se generarían posteriormente en el proceso (y no en los que se habían generado y tratado con anterioridad en la ex laguna), los que al ser tratados en un nuevo y más moderno sistema de tratamiento de efluentes, permitieron la aprobación ambiental y la certificación de que no se presentaban o generaban aquellas características, circunstancias o efectos del artículo 11 de la Ley N° 19.300.⁹

Pues bien, como ya hemos señalado durante la instrucción del procedimiento, existen actos administrativos de la Autoridad que permiten constatar el vaciamiento de la laguna (y el paso por el nuevo sistema de tratamiento de los efluentes que ahí se contenían), que han sido arbitrariamente desestimados por la SMA en la Resolución Recurrída. En este sentido, cabe recordar que los vistos de la Resolución Exenta N° 4063, de 06 de noviembre de 2009, de la SISS, señalan que las fiscalizaciones efectuadas por dicho servicio los días 10 de octubre y 26 de diciembre, ambos de 2008, constataron el vaciamiento de la Laguna de Tratamiento de Efluentes.

⁹ Puntos 2.2.2.4 y 4 de la DIA “Mejoramiento del Sistema de Tratamiento de los Efluentes de Planta Licancel”.

Asimismo, cabe señalar que mediante Carta GPL/343/2007, de fecha 30 de noviembre de 2007, mi representada dio aviso a la autoridad del inicio de operación del proyecto “*Mejoramiento del Sistema de Tratamiento de los Efluentes de Planta Licancel*”, donde fueron debidamente tratados los efluentes que se contenían en la antigua laguna.

Por lo tanto, la SMA debe concluir que no existe un incumplimiento grave a una medida para minimizar o eliminar un efecto adverso del proyecto, siendo procedente que se recalifique la eventual infracción como una de carácter leve.

B.2) No existe un incumplimiento grave de una medida que minimiza o elimina los efectos adversos del proyecto.

Adicionalmente, corresponde señalar que el legislador estableció como requisito para la aplicación de la clasificación aquí rebatida, el que la SMA pruebe que existió efectivamente un **incumplimiento grave** de una medida que minimiza o elimina los efectos adversos del proyecto en particular.

La jurisprudencia de la SMA establece que *“la LOSMA, no define expresamente la palabra “gravemente”, por lo que, respetando las reglas de interpretación, dispuestas en los artículos 19 y siguientes del Código Civil, se debe recurrir a su significado natural y obvio. En este sentido, la Real Academia de la lengua Española define la palabra “gravemente” como: “De manera grave”; y, a su vez, define “grave” como: “Grande, de mucha entidad o importancia”.*¹⁰

¹⁰ Resolución de Término procedimiento sancionatorio rol F-007-2013.

Asimismo, la jurisprudencia administrativa ha señalado que, para estar en presencia de un incumplimiento grave, se debe atender al carácter cuantitativo y cualitativo de la obligación en cuestión.

Pues bien, no existe un incumplimiento de importancia o grave en términos cuantitativos, toda vez que, como hemos señalado, gran parte de las actividades de abandono ya se encontraban ejecutadas a la época del levantamiento de cargos¹¹ y a su vez se encontraban en plena ejecución aquellas contempladas en el cronograma actualizado. En particular, y como se ha indicado, las acciones del plan destinadas a “minimizar o eliminar” los efectos adversos (esto es, el retiro de los efluentes que ahí se contenían y su debida derivación al nuevo sistema de tratamiento de efluentes) fueron oportunamente realizadas, incluso mucho antes de las inspecciones ambientales efectuadas por la SMA en 2013 y 2015, lo cual fue debidamente informado por mi representada y acreditado por la SISS, órgano competente en ese entonces. En dicho sentido, a continuación se presenta fotografía de fecha 9 de febrero de 2017, que da cuenta del estado de avance de las labores de abandono de la ex laguna de efluentes a la fecha indicada:

¹¹ Esto es: i) Puesta en marcha de nuevo sistema de tratamiento a que se refiere la RCA 308; ii) Vaciado de efluente de antigua laguna de tratamiento de efluentes; iii) Manejo de lluvia en laguna de tratamiento de efluente; iv) Retiro de bafles y aireadores; v) Retiro de canalizaciones eléctricas y equipos; vi) Retiro de obras civiles, anclajes y material de construcción; vii) Inicio período de secado del lodo; y, viii) Análisis de parámetros de peligrosidad.



Vista desde Nororiente. Sectores 2, 3 y 4. Cierre Ex Laguna Tratamiento Efluentes. 9 de febrero de 2017

Además, es necesario precisar que hemos desplegado los esfuerzos necesarios para programar que la parte final del abandono de la ex laguna de efluentes, sea concluida durante el primer semestre del presente año, lo que esperamos se materialice si se mantienen las condiciones meteorológicas que se han presentado en este periodo estival 2016-2017, de altas temperaturas y bajas precipitaciones. En este sentido, cabe hacer presente que el año 2016 fue particularmente seco, lo que permitió dar celeridad al proceso final de cierre.

Así, es evidente que, aun cuando se estimase que ha existido un incumplimiento al plan de abandono, este únicamente sería parcial, circunstancia que no podría bajo ningún punto de vista revestir la misma importancia, peligro o significación que una omisión o incumplimiento de carácter total, siendo esta última, en la escala de gradualidad, la que pudiese haber constituido una eventual situación de gravedad.

Por otro lado, tampoco existe un incumplimiento de importancia o grave, en términos cualitativos, toda vez que, como hemos señalado, el efluente fue oportunamente vaciado y conducido al nuevo sistema de

tratamiento de efluentes, donde fue debidamente retratado, cumpliéndose con todos los límites establecidos. De esta forma, es posible concluir que en ningún caso existió afectación o riesgo de afectación sobre el medio ambiente y la salud de la población.

Finalmente, estimamos que la Resolución Recurrída incurre en un error al establecer que solo mediante la ejecución de todas las acciones contempladas en el cronograma de ejecución se podrían evitar los riesgos a los que se hace referencia, puesto que, a modo de ejemplo, la siembra de césped no es determinante para tales efectos.

En dicho contexto, cabe prestar especial atención, conforme a la sana crítica, al informe acompañado por esta parte en su escrito de descargos, identificado como Anexo N° 17, que da cuenta de que en diciembre de 2008, se analizaron las características de peligrosidad a 16 muestras de residuos sólidos, tomadas por el laboratorio de la Unidad de Desarrollo Tecnológico (UDT), de la Universidad de Concepción, sobre los lodos resultantes del vaciado de la ex laguna, cuyo resultado no arrojó peligrosidad en las muestras analizadas, respecto de las características de corrosividad, inflamabilidad, toxicidad por lixiviación de analitos inorgánicos y orgánicos. Lo anterior fue además conocido por la autoridad competente de la época la que, junto con el análisis de otros antecedentes, aprobó el plan de abandono sin haber efectuado condiciones adicionales en la materia salvo los relativos a la humedad de los mismos.

Corresponde destacar que de acuerdo al Art. 51 LOSMA, la prueba en el procedimiento sancionador debe valorarse conforme a la sana crítica¹², en la que resultan aplicables las reglas de la razón, pero muy

¹² Véase: Coloma Correa, Rodrigo, “¿Realmente importa la sana crítica?” en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39, N°3, pp. 753 a 781, y COLOMA, Rodrigo y AGÜERO, Claudio,

especialmente las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

Así, conforme a las reglas de la sana crítica, estimamos que no es procedente restar absolutamente todo mérito probatorio al Anexo N° 17 del escrito de descargos, por el mero hecho de que el Laboratorio UDT no se encontraba a esa fecha autorizado para los análisis de peligrosidad, además considerando que dicho Laboratorio y Universidad son instituciones de reconocido prestigio y que, tal como consta en la nota al pie N° 18 de la Resolución Sancionatoria, en la actualidad cuenta con acreditación INN para realizar ensayos de características de peligrosidad, corrosividad, inflamabilidad y toxicidad por lixiviación para analitos inorgánicos¹³. Todo lo anterior, permite al menos presumir que la metodología utilizada por el laboratorio y los resultados obtenidos como consecuencia de los análisis realizados, gozan de plena validez y no debieron haber sido descartados por la SMA, según consta en los considerandos N° 137 y 169 de la Resolución Recurrída.

Consecuentemente, cotejados los criterios que la SMA utiliza en la Resolución Recurrída para determinar la entidad o gravedad de la medida incumplida¹⁴, con los hechos del caso concreto, tenemos que: i) La medida que la SMA estima como incumplida no es de carácter central, en relación con el resto de las actividades tendientes a hacerse cargo de los supuestos efectos adversos del proyecto, identificados en la evaluación ambiental (como sí lo era vaciamiento de los efluentes presentes en la ex laguna y el retratamiento de los mismos en el nuevo sistema de tratamiento, cuestión realizada a cabalidad por Arauco); ii) La medida que la SMA estima como

“Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba” en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, N° 2, pp. 673 a 703.

¹³ Según consta en certificado LE 638, autorizado sanitariamente para las mismas características de peligrosidad, según consta en Res. Ex. N° 16695, de la Seremi de Salud de la Región del Biobío

¹⁴ Véase considerando N° 130 de la Resolución recurrída.

incumplida no ha sido permanente en el tiempo, sino que se ejecutó en su oportunidad gran parte de las acciones contempladas en el plan de abandono (incluidas aquellas acciones para controlar los efectos que pudieren considerarse relevantes; esto es, el retiro de los efluentes); iii) las acciones pendientes de ejecución a la fecha de levantamiento de cargos no tienen la entidad como para incidir en los riesgos indicados en el proceso; y, iv) el plan de abandono ha continuado ejecutándose, habiéndose ya implementado la mayoría de las medidas.

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, en el improbable caso que esta Superintendencia continuara sosteniendo que mi representada ha efectivamente incurrido en una infracción, se solicita a la SMA que la reclasifique como una de carácter **leve**, procediendo a reducir al mínimo que en derecho corresponda, la multa impuesta en la Resolución Recurrída.

C) En relación con la infracción N° 2: Errónea estimación del beneficio económico.

En el improbable evento que la SMA estimara que existió una infracción administrativa en relación al cargo N° 2, solicitamos que se enmiende la Resolución Recurrída toda vez que estimamos que el beneficio económico calculado por la SMA incurre en errores y no cumple con el estándar de motivación aplicable a la resolución de término del procedimiento administrativo sancionatorio.

La Resolución Recurrída, en los considerandos 147 y siguientes, determina que Arauco habría incurrido en un beneficio económico de 197 UTA, asociado a costos retrasados por una suma total de 519 UTA.

Al respecto, postulamos que la SMA no cumple con el estándar de motivación exigible, conforme a la jurisprudencia y doctrina nacional y comparada, al momento de fundamentar la determinación del beneficio económico en 197 UTA.

En la Resolución Recurrída no se expone claramente la metodología utilizada para el cálculo de dicho beneficio económico. El análisis sobre la aplicación del beneficio económico al caso concreto, fue realizado respecto a las circunstancias que configuran los escenarios de cumplimiento e incumplimiento, pero aplicándose como costo de oportunidad del dinero una tasa de descuento que no fue debidamente motivada, y que supera el porcentaje real aplicable a la industria forestal.

La tasa utilizada en el considerando 145 de la Resolución Recurrída, supuestamente estimada en base a información financiera de la empresa y parámetros de referencia del sector de productos forestales, no cumple con el estándar de motivación, puesto que no es posible determinar cómo se definieron los criterios para el establecimiento de la tasa de descuento de 13,1%, ni los datos de referencia del rubro que se mencionan para ese efecto, pues no consta incorporación o fundamentación en parte alguna del expediente.

Es decir, la SMA ha restado total importancia al deber de fundamentación respecto de este aspecto, lo que incide significativamente en el monto final de la sanción aplicada.

Finalmente, cabe señalar que la tasa de descuento aplicada en la Resolución Recurrída es errónea, toda vez que sobre la base de información financiera pública, disponible en el mercado, es posible concluir que la tasa de descuento del sector forestal es inferior a la aplicada en la Resolución Recurrída.

Por tanto, considerando todo lo anteriormente expuesto, es que se solicita a esta Superintendencia se sirva revisar los cálculos realizados a propósito de la determinación del beneficio económico, determinando, fijando y liquidando explícitamente y en forma clara, lógica y secuencial, los pasos y operaciones matemáticas utilizadas para la fijación del monto de la multa impuesta y que, en definitiva, proceda a rebajar significativamente la multa, en la resolución de reemplazo que se dicte acogiendo el presente recurso.

D) En relación con la infracción N° 2: Inconsistente ponderación del peligro ocasionado, como factor de incremento del valor de seriedad de la infracción (artículo 40 letra a) de la LOSMA).

A propósito de la infracción N° 2, la SMA estimó que no haber efectuado el abandono de la laguna de tratamiento (a juicio de la SMA, “conforme a la RCA N° 308/2006”), podría implicar la generación de un riesgo o peligro de importancia al menos de tipo media. No obstante, es necesario destacar que, para llegar a esa afirmación, la SMA no contaba ni cuenta con ningún antecedente que permita fundar en forma más o menos razonable la concurrencia de un peligro, su importancia, ni mucho menos su posibilidad de concreción, tal como expondremos a continuación.

En cuanto a la determinación del peligro, el considerando 163 de la Resolución Recurrída, razona que: *“debido a las condiciones de ubicación, operación y estructurales de la laguna, existe un peligro, y el peligro asociado, corresponde a la filtración del contenido de la laguna hacia las napas subterráneas, el cual posee condiciones de pH sobre 9 y conductividad sobre los 8 mS/cm, según la medición realizada en la inspección del año 2015”.*

Por otra parte, en lo que respecta a la probabilidad de que dicho peligro genere un efecto adverso en un receptor, la SMA aun cuando reconoció que la realidad actual de la laguna es distinta a la constatada por la Dirección General de Aguas, debido a que los líquidos contenidos en ésta, según la fiscalización del año 2015 y conforme los antecedentes entregados por Arauco en el marco de sus descargos, no tienen las mismas características que los de aquella época, consideró que los antecedentes aportados al procedimiento *“sí permiten establecer una idea del estado actual de ésta (...)”*.

En dicho contexto se refiere a que, conforme a los antecedentes aportados por esta parte en el Anexo N° 17 del escrito de descargos, en diciembre de 2008 se efectuó un análisis de peligrosidad a 16 muestras de residuos sólidos, tomadas por el laboratorio de la Unidad de Desarrollo Tecnológico (UDT), de la Universidad de Concepción, sobre los lodos resultantes del vaciado de la ex laguna, cuyo resultado no arrojó peligrosidad en las muestras analizadas, respecto de las características de corrosividad, inflamabilidad, toxicidad por lixiviación de analitos inorgánicos y orgánicos. No obstante, como hemos dicho, lamentablemente en la Resolución Recurrída se ha restado todo mérito probatorio a los antecedentes, por el hecho de que el informe no estaría firmado, no daría cuenta de la localización de las muestras y, finalmente, el Laboratorio UDT no se encontraba a esa fecha autorizado para los análisis de peligrosidad por toxicidad y lixiviación (sin perjuicio de que después obtuvo dicha autorización). Sobre la base de lo anterior, la SMA estima que dichos resultados no pueden ser considerados válidos para efectos de descartar esta característica de peligrosidad de esos residuos.

Al respecto, reiteramos que de acuerdo al Art. 51 LOSMA, la prueba en el procedimiento sancionador debe valorarse conforme a la sana crítica, siendo precisamente en dicho sentido que corresponde reconocer valor

probatorio a los informes elaborados por el Laboratorio UDT, sin que proceda descartarlos de plano por las razones indicadas. En este sentido nos remitimos a lo ya señalado a propósito de la errónea clasificación de gravedad de la supuesta infracción (sección B.2).

Pues bien, es pacífico que en el expediente del procedimiento sancionatorio no existe antecedente alguno que permita afirmar que ha habido afectación a aguas subterráneas ni menos un efecto negativo en la calidad de las aguas superficiales¹⁵.

En este contexto, habiendo analizado la totalidad de los antecedentes que obran en el procedimiento sancionatorio, no podría concluirse que ha habido riesgo o peligro, sino que por el contrario, existen antecedentes que permiten descartarlos, no procediendo, por tanto, que en la Resolución Recurrída esta Superintendencia considerase la circunstancia consagrada en el artículo 40 letra a), de la LOSMA, como un factor de incremento del valor de seriedad de la infracción y, mucho menos, que asumiera la concurrencia de un peligro de importancia al menos de tipo media.

Por lo tanto, considerando todo lo anteriormente expuesto, es que se solicita que esta circunstancia no sea considerada como un factor de incremento del valor de seriedad de la infracción y, por ende, que la SMA descuenta de la multa aplicada el incremento dado por esta circunstancia, modificando en lo pertinente la Resolución Recurrída.

E) En relación con las infracciones N° 1, 2 y 3: Inconsistente ponderación de la conducta anterior positiva, como factor de

¹⁵ A modo ejemplo, ver considerando N° 172 de la Resolución recurrída.

disminución del componente de afectación (artículo 40 letra e) de la LOSMA).

Tal como se precisa en el considerando 195 de la Resolución Recurrída, la circunstancia consagrada en el artículo 40 letra e) de la LOSMA, esta es, la conducta anterior del infractor, *“se refiere a determinar si existen procedimientos sancionatorios previos, dirigidos contra el presunto infractor por parte de los órganos de competencia ambiental sectorial y de la Superintendencia del Medio Ambiente, y que hayan finalizado en la aplicación de una sanción”*.

Pues bien, en relación con esta circunstancia, en el considerando 196 de la Resolución Recurrída, la SMA indicó que: *“La empresa no tiene antecedentes sancionatorios ante esta Superintendencia, y además, se ha revisado la información disponible en www.e-seia.cl sin precisarse procedimientos sancionatorios bajo el régimen previo a esta SMA, relacionados a la unidad fiscalizable en análisis”*.

No obstante, contrariando su jurisprudencia administrativa y las Bases, en el considerando 197 de la citada Resolución, la SMA determinó que esta circunstancia será considerada para las tres infracciones *“(...) en el sentido de que **no es necesario incrementar el componente disuasivo de la sanción específica aplicable**”* (énfasis agregado).

Estimamos que se ha incurrido en un evidente error en la aplicación de la circunstancia consagrada en la letra e) del artículo 40 de la LOSMA, toda vez que habiéndose descartado la existencia de un historial negativo de infracciones de mi representada, lo que procedía era considerar su conducta anterior positiva como una **circunstancia que disminuye el componente de afectación** de la supuesta infracción y no sólo como una **circunstancia que no hace necesario incrementarlo**, más aún, cuando su

análisis por parte de la SMA se enmarcó dentro del acápite denominado “d) Componente de Afectación: Factores de Disminución”.

En materia penal, la doctrina señala que el fundamento de la irreprochable conducta anterior como circunstancia atenuante -a la cual asimilamos la conducta anterior positiva-, radicaría, por una parte, en la conducta intachable de la persona, que permitiría presumir que cuando incurrió en una conducta antijurídica, lo habría hecho ante circunstancias extraordinarias que conmovieron su capacidad de autodeterminación y, por otra parte, en aspectos prácticos vinculados a la sensibilidad del hechor a los efectos de la sanción, sumados a que la primera rebeldía al derecho sería menos reprochable y, por ende, la necesidad de pena sería menor¹⁶.

En este sentido, y en directa relación con lo anterior, a propósito del principio de intervención mínima como límite al *Ius Puniendi* estatal, se ha indicado que “*la idea rectora es que debe ser preferible la sanción más leve a la más grave, si con ello se reestablece ya el orden jurídico perturbado con el delito*”¹⁷.

De este modo, las circunstancias modificatorias de la responsabilidad, sea que las apreciemos como expresión de requerimientos de certeza o que las consideremos una manifestación de la necesidad de llegar a una sanción justa, “*constituyen un instrumento de garantía, y, desde este punto de vista, es necesario que al aplicarlas el sentenciador*

¹⁶ Mario Garrido Montt, *Derecho Penal Parte General, T. I.* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, 2001), 191.

¹⁷ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal. Parte General* (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1998), 92

*observe una serie de resguardos, básicamente los principios de legalidad, non bis in idem, lesividad y culpabilidad*¹⁸.

La jurisprudencia de la SMA ha señalado respecto de esta circunstancia que *“Considerar la conducta anterior como una circunstancia agravante o atenuante en miras a la determinación de la sanción para el caso concreto, abarca un análisis que comprende básicamente la observancia de las normas ambientales que rigen la actividad, la existencia de infracciones a la ley ambiental y lesividad de las mismas a los bienes jurídicos protegidos por dicha legislación. Dado que este Servicio no ha constatado la existencia de procesos de fiscalización con multas cursadas en contra del regulado, este Superintendente procederá a considerar esta circunstancia **como una atenuante para la determinación específica de la sanción**”* (énfasis agregado).

En definitiva, la conducta anterior positiva debe ser considerada como un factor de disminución del componente de afectación en todos aquellos casos en que no existan sanciones previas dictadas por dicha Autoridad (lo que ocurre en el presente caso).

Por lo tanto, se solicita sea aplicada la conducta anterior positiva como un factor de disminución del componente de afectación, procediendo a rebajar la sanción aplicada, modificando en lo pertinente la Resolución Recurrida.

F) En relación con la infracción N° 1: Improcedencia de realización de interpretación de RCA.

¹⁸ Luis Rodríguez Collao, “Los Principios Rectores del Derecho Penal y su proyección en el campo de las Circunstancias Modificadorias de Responsabilidad Criminal” *Revista de Derechos Fundamentales* (Viña del Mar), N° 8 (2012): 147

Si bien mi representada fue absuelta del cargo N° 1 (respecto a lo señalado sobre los lodos), en el Resuelvo Segundo de la Resolución recurrida se indica: *“Otras consideraciones. En relación al Cargo N° 1, y considerando lo expuesto en el considerando N° 47 de la presente Resolución, se instruye derivar los antecedentes referidos a los límites de disposición de lodos contenidos en la RCA N° 308/2006, a la División de Fiscalización de la SMA, de modo que esta proceda a efectuar los análisis pertinentes”*.

A su vez, en el considerando 47 de la Resolución Recurrida se estableció que: *“Por otro lado, es necesario indicar que el hecho de que no se configure la infracción con respecto a la superación de los límites, se debe particularmente a que la obligación y normativa considerada en la formulación de cargos, se habría visto modificada por una obligación posterior. Pero lo anterior, no implica que Celulosa Arauco y Constitución S.A., Planta Licancel, se encuentre en cumplimiento del límite establecido en la RCA N° 308/2006, ni que esta Superintendencia vaya a considerar el límite de 2.563 m³/mes calculado por la empresa (...)”*.

Pues bien, estimamos que en su razonamiento y resolución, esta Superintendencia ha ido más allá de sus competencias, por cuanto debió limitarse a concluir que la normativa aplicada en la formulación de cargos no se encontraba vigente, como consecuencia de la dictación de una nueva RCA, mas no podía interpretar el sentido y alcance de las RCA, cuando dicha atribución corresponde exclusivamente al Servicio de Evaluación Ambiental (“SEA”).

En efecto, conforme al artículo 81 letra g), de la Ley 19.300, es facultad del SEA: *“Interpretar administrativamente las Resoluciones de Calificación Ambiental, previo informe del o los organismos con competencia*

*en la materia específica que participaron de la evaluación, del Ministerio y la Superintendencia del Medio Ambiente, según corresponda (...)*¹⁹.

Por otro lado, conforme a lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 19.880, el acto terminal debe referirse a las alegaciones de las partes, ajustándose a las peticiones formuladas por éstas. Sin embargo, contrariando el texto expreso de la Ley, en la Resolución recurrida, esta Superintendencia se ha pronunciado respecto a un punto que no fue objeto de discusión en el marco del presente procedimiento sancionatorio, y sobre el cual ésta parte no tuvo oportunidad de presentar alegación ni observación alguna. En consecuencia, la SMA fue más allá de la materia a la cual debía avocarse, dando lugar a una inobservancia al deber de congruencia que es posible exigir a los órganos de la Administración del Estado, que en este caso se traduciría precisamente en que la referida Resolución únicamente debiese pronunciarse acerca de los aspectos discutidos en el procedimiento sancionatorio.

En razón de lo anteriormente expuesto, se solicita a esta Superintendencia se sirva proceder a enmendar la Resolución Recurrida eliminando el considerando 47 y el Resuelvo Segundo de la misma.

POR TANTO,

Se solicita al señor Superintendente se sirva tener por interpuesto el presente recurso de reposición en contra de la Resolución Exenta N° 71, de 1° de febrero de 2017, de esta Superintendencia del Medio Ambiente, que

¹⁹ A este respecto, cabe citar el dictamen N° 62.223, de 27 de septiembre de 2013, de la Contraloría General de la República, que ha indicado, expresamente, que *"en el caso del Servicio de Evaluación Ambiental, la función establecida en el mencionado artículo 81, letra g), debe ser ejercida en el contexto de la estructura orgánica determinada por la señalada preceptiva y atendiendo al carácter de organismo descentralizado que le otorga el artículo 80 del texto legal en estudio, a través del jefe superior de esa entidad, que es su Director Ejecutivo"*.

Resuelve el Procedimiento Administrativo Sancionador Rol F-020-2016, seguido en contra de Celulosa Arauco y Constitución S.A., y que considerando los antecedentes de hecho y de derecho expuestos en el cuerpo de este escrito, lo acoja en todas sus partes, procediendo a absolver en lo pertinente a mi representada o, en subsidio, rebajar en lo que corresponda, las sanciones impuestas a mi representada, enmendando también el Resuelvo Segundo de la referida Resolución.

S. Andrés B

