

EN LO PRINCIPAL: Deduce recurso de reposición; **PRIMER OTROSÍ:** Solicita suspensión de los efectos del acto recurrido; **SEGUNDO OTROSÍ:** Acompaña documento.

SUPERINTENDENCIA DE MEDIO AMBIENTE



RODRIGO BENÍTEZ URETA, abogado, cédula nacional de identidad N° 14.121.022-K, en representación, de **COMASA S.A.**, (en adelante “**COMASA**”), domiciliado para estos efectos en Isidora Goyenechea N° 3250, piso 8, comuna de Las Condes, Región Metropolitana, en el marco del procedimiento sancionatorio seguido bajo el **Rol F-033-2018**, con respeto digo:

Que, estando dentro de plazo, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley N° 20.417 Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, “Ley Orgánica de la SMA” o “LOSMA”), y 59 de la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (en adelante, “LBPA”), vengo en interponer recurso de reposición en contra de la **Resolución Exenta N°853**, de fecha 14 de junio de 2019, de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, “Resolución Recurrida” o la “Resolución Sancionatoria”), mediante la cual se resolvió aplicar a mi representada una multa de 1.061 Unidades Tributarias Anuales, (en adelante, “UTA”), solicitando a UD. que deje sin efecto el acto impugnado, dictando en su reemplazo la decisión de dejarla sin efecto o, en subsidio, rebajar el monto de la multa impuesta, por los siguientes motivos de hecho y de derecho:

I.

ANTECEDENTES GENERALES

A. DEL PROYECTO

1. Como es de su conocimiento, COMASA opera la Central Termoeléctrica LAUTARO-COMASA, ubicada en la comuna de Lautaro, provincia de Cautín, Región de la Araucanía. El proyecto cuenta con dos unidades de

- generación eléctrica (en adelante “UGE”) que funcionan en base de biomasa.
2. En esta línea, el proyecto cuenta con dos Resoluciones de Calificación Ambiental (en adelante “RCA”), que le permiten operar:
 - a. La Resolución Exenta N°34 de fecha 11 de marzo de 2010, que califica ambientalmente favorable el “Proyecto Generación Energía Renovable Lautaro” (en adelante la “RCA N°34/2010”), dictada por la entonces Comisión Regional del Medio Ambiente de la Araucanía; y
 - b. La Resolución Exenta N°82 de fecha 8 de abril de 2013, que califica ambientalmente favorable el proyecto “Aprovechamiento Energético de Paja de Cereales en Unidad N°2 Central de Energía Renovable” (en adelante la “RCA N°82/2013” y el proyecto en su conjunto, en adelante, el “Proyecto” o la “CTB Lautaro”), dictada por la Comisión de Evaluación de la Región de la Araucanía.
 3. El objetivo del Proyecto es, en síntesis, generar energía eléctrica que será suministrada al Sistema Eléctrico Nacional (“SEN”), mediante la instalación de **dos calderas de poder que utilizarán como combustibles biomasa forestal no tratada y biomasa agrícola**, y la instalación de dos turbogeneradores.
 4. Es decir, uno de los beneficios importantes del proyecto es que produce energía a partir de un desecho (biomasa agrícola), **la que de otro modo se eliminaría a través de su quema no controlada al aire libre, sin ningún tipo de tecnología de control de emisiones, y sin generar ningún valor agregado.**
 5. La UGE Lautaro 1 tiene una potencia térmica de 82,2 MWt, mientras la UGE Lautaro 2 tiene una potencia térmica de 64,9 MWt.

6. Por su parte, el Decreto Supremo N°13 de 2011 del Ministerio del Medio Ambiente, que establece la Norma de Emisión para Centrales Termoeléctricas (en adelante, indistintamente, el “D.S. N°13/2011 MMA” o “NECT”), le es aplicable a las UGE conformadas por calderas o turbinas con potencia térmica igual o superior a 50 MWt. En consecuencia, ambas UGE del Proyecto resultan fuentes afectas al D.S. N° 13/2011 MMA.
7. Cabe señalar que las UGE que componen la CTB Lautaro son las **únicas unidades de generación a biomasa afectas al cumplimiento de la NECT**, ya que las restantes unidades existentes corresponden a procesos de cogeneración, que de conformidad al artículo 2° del D.S. N° 13/2011 MMA se encuentran exentos del cumplimiento de la norma.
8. Finalmente, de acuerdo con las definiciones del artículo 3° del D.S. N°13/2011 MMA, la UGE Lautaro 1 corresponde a una **fuentes emisora existente**, mientras que la UGE Lautaro 2, construida a partir de enero del año 2013 y cuya operación comenzó en abril de 2014, es una **fuentes emisora nueva**.
9. Si bien existen en el país otras centrales de generación a biomasa, éstas se encuentran usualmente asociadas a plantas productoras de celulosa o papel o a productos forestales. Entonces, el suministro de combustible que utilizan está garantizado mediante el uso de los desechos provenientes de los procesos industriales que las alimentan. Es decir, el combustible que utilizan para generar energía proviene de una única fuente: el proceso industrial propio. **Estas plantas, como se ha señalado, son plantas cogeneradoras, por lo que se encuentran exentas del cumplimiento del D.S. N° 13/2011 MMA.**
10. Por el contrario, CTB Lautaro es **la única planta de generación de energía a biomasa en Chile a la cual es aplicable el D.S. N°13/2011 MMA**. CTB Lautaro debe, además, abastecerse de múltiples proveedores para poder obtener materia prima para su proceso, lo que

evidentemente incide en la operación de la central, generando una **variabilidad en las emisiones que es más compleja de controlar que si usara un solo tipo de combustible como el carbón o el diésel** (aun cuando dichos combustibles tengan asociada la emisión de otros componentes complejos como los metales pesados en el caso del carbón).

11. En este sentido, el año 2017, ambas unidades generadoras de la CTB Lautaro fueron abastecidas por un total de **100 proveedores distintos**. No existen contratos asociados con ninguno de ellos, sino que la compra se realiza en un radio de 100 km, dado que el mercado es muy sensible a precios. Estos proveedores entregaron al Proyecto biomasa agrícola compuesta, principalmente, por fardos (16 proveedores) y cáscaras de avena (13 proveedores); así como biomasa forestal (71 proveedores). Se entregan mayores detalles sobre el abastecimiento del Proyecto en el segundo otrosí.
12. En relación a este punto, cabe señalar que la generación de energía a biomasa tiene una serie de beneficios en términos de emisiones, respecto de la generación con otros combustibles como diésel o carbón, entre los que se encuentra su **neutralidad respecto de las emisiones de CO₂, así como también la ausencia de metales pesados y de contenidos de azufre**.

B. DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO SEGUIDO CONTRA COMASA

13. La Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante “SMA”) realizó diversas actividades de fiscalización, que dieron lugar a los siguientes informes:
 - (i) DFZ-2016-2737-IX-NE-EI (en adelante “IFA 2016 – UGE Lautaro 1”), y DFZ-2016-2740-IX-NE-EI, (en adelante “IFA 2016 – UGE

Lautaro 2”), que es el producto del examen de la información presentada por COMASA **durante el año 2015**.

(ii) DFZ-2017-5293-IX-NE-EI (en adelante “IFA 2017 – UGE Lautaro 1”), y DFZ-2017-5292-IX-NE-EI (en adelante “IFA 2017 – UGE Lautaro 2”), que es el producto del examen de la información presentada por COMASA **durante el año 2016**.

(iii) DFZ-2018-1078-IX-NE-EI (en adelante “IFA 2018 – UGE Lautaro 1”), y DFZ-2018-1012-IX-NE-EI (en adelante “IFA 2018 – UGE Lautaro 2”) (todos conjuntamente, en adelante, los “Informes de Fiscalización”), que es el producto del examen de la información presentada por COMASA **durante el año 2017**.

14. Producto del examen de los Informes de Fiscalización, la SMA decidió formular cargos contra COMASA, mediante la Resolución Exenta N° 1/Rol F-033-2018, de fecha 13 de septiembre de 2018 (“Res. Ex. N° 1” o “Resolución que Formula Cargos”) dando inicio a un procedimiento administrativo sancionatorio en contra de mi representada por hechos que, a juicio de dicho organismo, se estiman como constitutivos de infracción.

15. De tal manera, mediante la Res. Ex N° 1, la SMA decidió formular 4 cargos por los siguientes presuntos hechos, actos u omisiones detallados en los resueltos I y II de dicha resolución, atribuyéndoles la calificación jurídica que a continuación se detalla:

Cargo	Normativa que se habría infringido	Calificación
Cargo I. “ <i>Superación de la norma de emisión para Centrales Termoeléctricas en 2017 por la Unidad de Generación Eléctrica</i> ”	Art. 35 letra h) de <u>LOSMA</u> : <i>Corresponderá exclusivamente a la Superintendencia del Medio Ambiente el ejercicio de la potestad sancionadora respecto</i>	Leve Art. 36 numeral 3) de la LOSMA: “ <i>los hechos, actos y omisiones que contravengan cualquier precepto o medida</i> ”

<p>Lautaro 1 (UGE Lautaro 1) para Material Particulado, según lo establecido en la Tabla N°3 de la presente resolución.</p>	<p>de las siguientes infracciones: [...] h) El incumplimiento de las Normas de Emisión, cuando corresponda.”</p>	<p>obligatorios y que no constituyan infracción gravísima o grave, de acuerdo a lo previsto en los números anteriores”.</p>
<p>Cargo II. Superación de la norma de emisión para Centrales Termoeléctricas en el año 2017 por parte de la Unidad de Generación Eléctrica N°2 de la Central Termoeléctrica Lautaro (UGE Lautaro 2), para los parámetros Material Particulado y Óxidos de Nitrógeno, según lo establecido en la Tabla N°4 y en la Tabla N°5 de la presente resolución, respectivamente.</p>	<p>Art. 35 letra h) de <u>LOSMA</u>: Corresponderá exclusivamente a la Superintendencia del Medio Ambiente el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las siguientes infracciones: [...] h) El incumplimiento de las Normas de Emisión, cuando corresponda.”</p>	<p>Grave Art. 36 numeral 2 letra b) de la LOSMA, por haber supuestamente generado un riesgo significativo a la salud de la población.</p>
<p>Cargo III. No presentación de los informes de aseguramiento de calidad para los CEMS de NO_x y O₂ de la Unidad de Generación Eléctrica N°1 de la Central Termoeléctrica Lautaro (UGE Lautaro 1) el año 2015.</p>	<p>Art. 35 letra h) de <u>LOSMA</u>: Corresponderá exclusivamente a la Superintendencia del Medio Ambiente el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las siguientes infracciones: [...] h) El incumplimiento de las Normas de Emisión, cuando corresponda.”</p>	<p>Leve Art. 36 numeral 3) de la LOSMA: “los hechos, actos y omisiones que contravengan cualquier precepto o medida obligatorios y que no constituyan infracción gravísima o grave, de acuerdo a lo previsto en los números anteriores”.</p>
<p>Cargo IV. “Incumplimiento del requerimiento de información respecto a la presentación de los antecedentes que permitieran evaluar cumplimiento de la norma de emisión durante el</p>	<p>Art. 35 j) de la LOSMA, por cuanto sería: “j) El incumplimiento de los requerimientos de información de la Superintendencia dirija a los sujetos fiscalizados, de conformidad a esta ley.”</p>	<p>Gravísimo Art 36 numeral 1, letra e) de la LOSMA, ya que se trataría de “hechos, actos u omisiones que habrían evitado el ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia”.</p>

<p>año 2016 por parte de la Unidad de Generación Eléctrica N°1 (UGE Lautaro 1) y la Unidad de Generación Eléctrica N°2 (UGE Lautaro 2), ambas de la Central Termoeléctrica Lautaro”.</p>		
--	--	--

C. DE LA RESOLUCIÓN EXENTA N°1744, DE FECHA 14 DE JUNIO DE 2019

16. Por medio de carta certificada, con fecha 19 de junio de 2019, esta parte fue notificada de la Resolución Recurrída. Dicha resolución, en su resuelvo primero, sanciona a COMASA por las siguientes infracciones, en el marco del procedimiento sancionatorio Rol F-033-2018:

- (i) Respecto al **Cargo N° I, cuya calificación se mantuvo como leve**, consistente en la superación de la Norma de Emisión para Centrales Termoeléctricas durante 8 horas en el año 2017 por parte de la UGE N°1 de la Central Lautaro, para el parámetro MP, aplicando una multa de trescientas quince unidades tributarias anuales (315 UTA).
- (ii) Respectos al **Cargo N° II, cuya calificación fue modificada de grave a leve**, consistente en la superación de la Norma de Emisión para Centrales Termoeléctricas durante 14 horas en el año 2017 por parte de la UGE N° 2 de la Central Lautaro, para el parámetro MP, así como durante 360 horas, para el parámetro NO_x, aplicando una multa de cuatrocientas veinticinco unidades tributarias anuales (425 UTA).
- (iii) Respecto al **Cargo N° III, cuya calificación se mantuvo como leve**, consistente en la no presentación de los informes de aseguramiento de calidad para los CEMS de NO_x y O₂ de la UGE N°1

de la Central Lautaro el año 2015, aplicando una multa de ochenta y tres unidades tributarias anuales (83 UTA).

- (iv) Finalmente, para el **Cargo N° IV, cuya calificación se mantuvo como gravísima**, consistente en el incumplimiento del requerimiento de información respecto a la presentación de los antecedentes que permitieran evaluar cumplimiento de la norma de emisión durante el año 2016 por parte de la UGE N° 1 y la UGE N°2 de la Central Lautaro, aplicando una multa de doscientas treinta y ocho unidades tributarias anuales (238 UTA).
17. Sin embargo, como se verá, la multa impuesta no toma en cuenta factores relevantes que deben considerarse en relación con las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones, elaborada por la SMA en diciembre de 2017 (en adelante las “Bases Metodológicas”). Por el contrario, ésta se basa en supuestos que no necesariamente se aplican a proyectos como la CTB Lautaro; los que además se apartan de la formulación de cargos. Ello infringe diversos principios que rigen la materia sancionatoria, en especial, los de la debida proporcionalidad y motivación que nuestro Derecho exige de una resolución que impone una sanción.

II.

RESUMEN GENERAL DEL RECURSO

18. A continuación, se resumen los argumentos generales en que se basa el presente recurso. Al efecto, se seguirá el orden que a continuación se indica, solicitando que la Resolución Recurrida sea dejada sin efecto o, en subsidio, se proceda a rebajar el monto de la multa de 1.061 UTA impuesta, por las razones que se analizará.
19. En primer lugar, se entregará argumentos comunes a las 4 supuestas infracciones, y que son los siguientes:

- (i) Falta de motivación de la Resolución Recurrída, vulnerándose lo dispuesto en los artículos 54 de la LOSMA y 41 de la LBPA.
 - (ii) Se vulneró el principio de proporcionalidad al momento de aplicar la circunstancia prevista en el artículo 40 letra f) de la LOSMA: el monto de la multa impuesta es totalmente excesivo en relación a la capacidad económica de COMASA, según se acreditará.
 - (iii) Se ponderó erradamente la circunstancia establecida en el artículo 40, letra e) de la LOSMA: Contrario a lo señalado en la Resolución Recurrída, al no haber sido sancionada anteriormente por la SMA, COMASA goza de irreprochable conducta anterior. Ello deberá ser considerado por la SMA.
20. Con posterioridad, nos centraremos en cada una de las 4 supuestas infracciones, dando cuenta de lo siguiente:
- (iv) Respecto del cargo I: No existe un peligro causado con la supuesta infracción, con lo que se consideró erradamente la circunstancia prevista en el artículo 40 letra a) de la LOSMA.
 - (v) Respecto del cargo II: No existe un peligro causado con la supuesta infracción, con lo que se ponderó erradamente la circunstancia prevista en el artículo 40 letra a) de la LOSMA.
 - (vi) Respecto del cargo III: el supuesto incumplimiento se encontraba prescrito, no existiendo una infracción permanente, al contrario de lo señalado erradamente por la SMA.
 - (vii) Respecto de la infracción IV: falta de dolo en la supuesta infracción y concurrencia de error de tipo; además, se ponderó erradamente la circunstancia prevista en el artículo 40 letra i) de la LOSMA.

III.
ARGUMENTOS COMUNES A TODAS LAS SUPUESTAS
INFRACCIONES

A.

**FALTA DE MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA: SE VULNERÓ LO
DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 54 DE LA LOSMA Y 41 DE LA LBPA.**

21. El deber de fundamentación es una exigencia de todo acto administrativo, que la resolución impugnada claramente incumplió. Como es sabido, el **artículo 41** de la LBPA establece que “*las resoluciones contendrán la decisión, que será **fundada***” [énfasis agregado].
22. La motivación es la **exteriorización o expresión de los motivos o razones que han llevado al autor del acto a adoptarlo**¹. Motivar es fundar la decisión; expresar sus fundamentos.
23. **Hoy la necesidad de expresar las motivaciones, los fundamentos de la decisión administrativa, es un requisito que impone la LBPA en su artículo 41**². Dicha norma exige que las resoluciones sean fundadas, de lo cual cabe colegir que el acto decisorio debe contener **siempre** las motivaciones que lo justifican.
24. De esta manera, en el ordenamiento jurídico vigente se exige motivar expresamente los actos administrativos decisorios, por lo que la falta de motivación puede ser considerada, por sí sola, como una decisión ilegal (por falta de motivación) o arbitraria.

¹ BOQUERA OLIVER, José María (1986): *Derecho Administrativo*, t.,1 (Madrid, Civitas), p.218.

² Art. 41 inc. 4º LBPA: “Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada...”

25. En la actualidad, dado que la LBPA incorporó un nuevo estándar de certeza, seguridad y justicia, y exige motivar los actos administrativos decisorios, **si un acto no se ha motivado, tal hecho, por sí mismo, puede significar ilegalidad o arbitrariedad.**
26. En este sentido, la motivación es diferente a los motivos, y éstos siempre concurren en todos los actos, pues *constituyen su causa, su base fáctica*. Dado que la ley exige que se exterioricen tales motivos en los actos administrativos decisorios o resolutorios (art. 41 LBPA), esto es, que en el acto se señale la motivación o la fundamentación (la ley exige que sea «fundado»), **tal requisito es necesario cumplirlo siempre.**
27. Por otra parte, toda norma jurídica se estructura en base a dos elementos: un presupuesto de hecho, y un efecto jurídico que se detona con la ocurrencia de dicho hecho. Las normas que habilitan a la Administración a ejercer sus potestades no se encuentran exentas de dicha estructura, tomando, además, en consideración la tipicidad que debe regir a la actuación de los órganos administrativos, derivada del principio de legalidad. Así, un órgano administrativo sólo estará facultado para actuar de una manera u otra cuando una norma jurídica lo habilita y en los casos en que ésta prevé, debiendo cumplirse a cabalidad los hechos señalados para que la autoridad pueda actuar.
28. Por lo tanto, al estar los presupuestos de hecho contenidos en la norma misma que habilita a la Administración a ejercer sus potestades mediante la dictación de actos administrativos, la existencia y veracidad de estos constituyen siempre un elemento reglado de toda potestad, susceptible de control judicial o contralor.
29. Debido a que las competencias y posibilidades de actuación de los órganos administrativos están determinadas por los hechos concretos que habilitan el ejercicio de tal o cual potestad, estos **deben ser acreditados durante el procedimiento administrativo.**

debiendo el acto terminal adecuarse a los mismos siendo congruente en su contenido con estos hechos, de tal manera que si esto no ocurre, el acto administrativo adolecerá de un error que vicia su legalidad.

30. Así, el *motivo de un acto administrativo puede estar viciado*, afectando la validez de éste, a **través tanto de la falsedad como de la apreciación errónea de los hechos, siendo, en ambos casos una falsa representación de la realidad a la cual debe adecuarse el acto administrativo.**
31. En otras palabras, lo decidido infringe lo que significa motivar o fundamentar una decisión, que implica “*reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello, motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y en segundo lugar, a razonar cómo tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto*”³.
32. Ahora bien, existe un vicio de falta de fundamentación respecto de la resolución recurrida desde que la misma **no ponderó todos los elementos de prueba acompañados en los descargos**, derechamente omitiendo el análisis respecto de ellos, **lo que implicó una errónea apreciación de los hechos.**
33. En otras palabras, en la Resolución Recurrida la SMA no expresó con fundamentación su parecer, pues no se entregaron argumentos específicos y detallados, entre otros, respecto de los siguientes antecedentes:

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1989): Curso de Derecho Administrativo, T. I, 5ª Ed. Madrid: Civitas, p. 549.

- (i) En primer lugar **no analizó, ponderó o examinó**, la argumentación sostenida por esta parte en los párrafos 19 y siguientes de los Descargos, respecto de la superación de 8 horas durante el año 2017. En efecto, en los párrafos 256 y siguientes de la Resolución Recurrída, no se analizan estos argumentos por la SMA, sino que simplemente se copian párrafos genéricos del expediente de tramitación de la norma de termoeléctricas.
 - (ii) En segundo lugar **no analizó, ponderó o examinó**, los argumentos esgrimidos en los párrafos 130 y siguientes de los Descargos de COMASA, respecto de la errónea calificación en la gravedad de la infracción del Cargo IV. Respecto a este punto, la SMA se apresura a concluir, en el párrafo 226 de la Resolución Recurrída, que un *“error reiterativo sobre un punto esencial requerido para estos efectos, revela un ánimo de impedir una debida fiscalización de este servicio”*.
34. Desde luego, conforme ya se indicó, dicha actuación infringe lo que debe efectuar un órgano de la Administración del Estado para dictar sus decisiones, que no es otra cosa que expresar las razones por las cuales estimó improcedente la reposición deducida, no para efectos de cumplir con un mero capricho, sino que para enterrar cualquier atisbo de arbitrariedad, y así permitir a los interesados impugnar la decisión a través de los mecanismos establecidos por el ordenamiento jurídico para ello.
35. Así entonces desde ya, podemos afirmar que el término de este procedimiento sancionatorio tiene un yerro jurídico evidente que es susceptible de invalidar todo el camino recorrido, habida consideración de su relevancia jurídica, desde que ha impedido a esta parte, **saber cuál o cuáles son los fundamentos que permiten sancionar** a mi

representada por las infracciones o contravenciones en que eventualmente se ha incurrido.

B.

SE VULNERÓ EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD AL MOMENTO DE APLICAR LA CIRCUNSTANCIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 40 LETRA F) DE LA LOSMA: EL MONTO DE LA MULTA IMPUESTA ES TOTALMENTE EXCESIVO EN RELACIÓN A LA CAPACIDAD ECONÓMICA DE COMASA.

36. Uno de los principios que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora es el de proporcionalidad, el cual supone una **correspondencia entre la infracción y la sanción impuesta**, con el fin de impedir que la autoridad tome medidas innecesarias y excesivas.
37. A su vez, el sentido y alcance de este principio al momento de imponer sanciones, como límite a la discrecionalidad administrativa, ha sido descrito por la doctrina como “(...) *un proceso integrador y valorativo de los tres contenidos de la norma jurídica habilitante: el presupuesto de hecho, los medios y el fin. Ello se aplica sobre todo a la potestad sancionadora, lo que trae como consecuencias las siguientes: El principio opera sobre elementos reglados del acto administrativo, por tanto **constituye una vía adecuada para el control de la discrecionalidad***”⁴ [énfasis agregado].
38. Es sumamente importante destacar que este principio constituye un límite a la discrecionalidad que el legislador le ha otorgado al órgano administrativo al momento de determinar la sanción específica que desea imponer a un supuesto infractor.

⁴ BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2010): *Derechos Administrativo General*, (Santiago, Legal Publishing), p.190.

39. Así, por ejemplo, ante una infracción calificada como leve, la SMA puede imponer una multa que va desde las 0,1 UTA hasta las 1.000 UTA, teniendo, prácticamente, 1.010 posibilidades distintas de sanción. Es para guiar a la SMA que la LOSMA entrega en su artículo 40 diversas circunstancias que se deben considerar para guiar a la SMA a determinar el monto de una sanción.
40. En línea con lo anterior, al momento de imponer una determinada sanción, el órgano administrativo debe ponderar: **(i)** primero, cuáles son los hechos acreditados que en su criterio constituyen una infracción administrativa, y; **(ii)** luego, cuál es la sanción específica, dentro del rango y posibilidades de sanciones que el legislador le otorga, que es la más adecuada a dicho hecho constatado.
41. No obstante lo anterior, **la decisión administrativa de imponer tal o cual sanción debe de estar debidamente motivada y fundamentada**, de manera tal de permitir al regulado el conocimiento de las razones de por qué su conducta fue objeto de una determinada sanción y no de otra también posible por el ordenamiento. Lo anterior fluye de la propia LBPA, cuyos artículos 11 y 41 obligan a la Administración a siempre expresar los hechos y fundamentos de derecho que motivan sus decisiones.
42. En suma, no se trata solamente de que, **en virtud del principio de proporcionalidad**, la sanción específica de un acto administrativo sea adecuada y “proporcional” a la infracción cometida, sino que también, **en virtud del deber de motivación** de los actos administrativos, los motivos o razones que llevaron al órgano que sanciona a imponer tal o cual sanción deben de estar debidamente expresados, exponiendo el órgano en su resolución sancionatoria las razones del por qué llegó a la convicción de que el monto elegido por él es el más “proporcional” a la infracción cometida.

43. Pues bien, **en el caso de la Resolución Recurrída**, por solo dar un ejemplo, llama la atención de que **la multa que se impone a mi representada** por el cargo I **es de 315 UTA** y que **el rango que la SMA ostenta para sancionar va desde las 0,1 UTM hasta las 1.000 UTA.**
44. Pues bien, ¿Por qué se sancionó a mi representada con ese monto y no otro distinto? **Los fundamentos de dicha decisión no se encuentran en ninguna parte del acto recurrido**, más allá de señalar cuales circunstancias del artículo 40 de la LOSMA concurren o no en el cargo, dejando a mi representada en total incerteza respecto a por qué razones específicas el órgano que la sanciona decidió aplicar el monto en cuestión.
45. Así, **al no expresar la resolución recurrida las razones por las cuales llegó a la convicción de sancionarla con específicamente, 315 UTM** (existiendo otras 314 posibilidades posibles de una multa menor), lo cual se repite en cada uno de los cargos, **dicho acto impugnado deviene en ilegal por incumplir el deber de motivación** que pesa sobre todos los actos administrativos, **lo que a su vez conlleva una infracción al principio de proporcionalidad** por no expresarse la forma en que se llegó a dicho monto.
46. Dicho aquello, es pertinente mencionar que la resolución recurrida en su párrafo 328, del apartado c) sobre capacidad económica, establece que para la determinación de la capacidad económica del infractor se deben considerar dos criterios: **(i)** tamaño económico y **(ii)** la capacidad de pago.
47. A continuación, respecto al segundo de estos criterios, la capacidad de pago, la SMA sostiene que normalmente este criterio no lo conoce de forma previa a la determinación de la sanción. Por esto, se considera eventualmente a solicitud expresa del infractor.

48. En efecto, de acuerdo a lo señalado por las Bases Metodológicas: “El ajuste por capacidad de pago sólo es considerado en el caso en que el infractor acredite, por propia iniciativa, una condición de deficiencia en su situación financiera que le imposibilite, o dificulte en gran medida, hacer frente a una sanción impuesta por la SMA.”⁵ Por lo anterior, se adjuntan a estos descargos los balances auditados, correspondientes a los ejercicios de los últimos tres años de COMASA.

49. Los principales indicadores del comportamiento financiero se detallan a continuación:

Actividad Financiera	MUS\$ 2018	MUS\$ 2017	MUS\$ 2016
Pasivo	33.376	33.208	28.835
Patrimonio	27.969	28.384	48.166
Endeudamiento	1,19	1,17	0,60
Activo corriente	13.720	8.007	12.883
Pasivo corriente	2.038	2.277	14.235
Relacion corr.	6,73	3,52	0,91
Perdida	-24	-2.679	-1.630
Patrimonio	27.969	28.384	48.166
Rentabilidad	-0,09%	-9,44%	-3,38%
Perdida	-24	-2.679	-1.630
Activo total	61.345	61.592	77.001
Rentabilidad	-0,04%	-4,35%	-2,12%
Perdida	-24	-2.679	-1.630
Ventas	19.617	21.984	23.295
Rentabilidad	-0,12%	-12,19%	-7,00%
Activo total	61.345	61.592	77.001
Pasivo total	33.376	33.208	28.835

⁵ SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE, *Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones*, p. 74.

50. De acuerdo a esta información, COMASA presenta malos resultados durante los últimos 3 años, donde el activo disminuyó en algo más de 20% y el pasivo aumento en un 15,75%. También muestra en los distintos índices una rentabilidad negativa de acuerdo a los balances revisados. Lo anterior es aún más grave dada la situación de la industria generadora eléctrica, por lo que no parece posible revertir estos resultados negativos en el corto plazo.
51. En conclusión, en atención a estos antecedentes, estimamos que la SMA debe tener en consideración la capacidad económica de COMASA, empresa cuya situación financiera se ha deteriorado significativamente. en los últimos 3 años.

C.

**SE PONDERÓ ERRADAMENTE LA CIRCUNSTANCIA ESTABLECIDA EN EL
ARTÍCULO 40, LETRA E) DE LA LOSMA: COMASA GOZA DE
IRREPROCHABLE CONDUCTA ANTERIOR.**

52. La Resolución Recurrida en los párrafos 327 y siguientes, del apartado b.3.1., descarta la concurrencia de la irreprochable conducta anterior por la existencia del procedimiento sancionatorio Rol F-20-2015, seguida por esta Superintendencia respecto a COMASA, donde la Empresa presentó un Programa de Cumplimiento, el que fue aprobado mediante la Res. Ex. N°4/Rol F-020-2015, de 28 de octubre de 2015.
53. Como consideración previa, debe dejarse de manifiesto que el hecho de que COMASA haya presentado un programa de cumplimiento que, como es sabido se encuentra en curso, **no implica en caso alguno una autoincriminación o aceptación en los hechos que configuran los cargos formulados por la SMA en ese procedimiento sancionatorio.**

54. En este sentido se ha pronunciado el Segundo Tribunal Ambiental, al resolver que “(...) **la presentación, aprobación o rechazo de un programa de cumplimiento, no exige que el regulado se autoincrimine o acepte responsabilidad en los hechos que configuran los cargos formulados por la SMA.** Ello, por cuanto dicho requisito no se encuentra en la LOSMA ni tampoco en el D.S N° 30 de 2012, lo que se confirma al verificar lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 42 de la LOSMA y el inciso 2° del artículo 10 del Reglamento respectivo. (...) De esta manera, se resguarda siempre la posibilidad de que el administrado pueda defenderse de los cargos, en caso de que el programa no cumpla con los requisitos de aprobación, pudiendo en consecuencia, desvirtuar, los hechos infraccionales en el procedimiento sancionatorio correspondiente”⁶.
55. A lo anterior debemos agregar la aplicación del principio de inocencia, por lo que **en materia administrativo sancionador la conducta anterior será irreprochable mientras el sujeto no se encuentre sancionado por el organismo correspondiente.**
56. Lo anterior se encuentra reafirmado por la jurisprudencia de la Corte Suprema: “aunque **la sanción** no se haya aplicado por la SMA, lo fue por un organismo con competencia en materia ambiental por una infracción de esta naturaleza (...)”⁷ (el destacado en nuestro). Como nuestro representado solo tiene un procedimiento sancionatorio anterior suspendido, el cual se encuentra con un Programa de Cumplimiento en curso y por ende, no ha sido sancionado con anterioridad por la SMA, se configuraría a su respecto la irreprochable conducta anterior.

⁶ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL, Rol R-75-2015, considerando 17°.

⁷ CORTE SUPREMA, Rol N° 25931-2014, considerando 1°

IV.
ARGUMENTOS ESPECIFICOS A CADA UNA DE LAS SUPUESTAS
INFRACCIONES

A.

RESPECTO DE LA INFRACCIÓN I: NO EXISTE UN PELIGRO CAUSADO CON LA SUPUESTA INFRACCIÓN, SE PONDERÓ ERRADAMENTE LA CIRCUNSTANCIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 40 LETRA A) DE LA LOSMA.

57. Al ponderar las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA que concurren para cada infracción, la SMA analiza el componente de afectación “valor de seriedad” y específicamente se refiere a “*la importancia del daño causado o del peligro ocasionado*”. Al efecto, lo primero que hace correctamente es descartar la existencia de este componente para los cargos II y IV.
58. Sin embargo, en relación con el **cargo I**, la SMA señala que “*sin perjuicio de haberse descartado un riesgo a la salud de la población asociado a las emisiones de MP que deba ser ponderado en la presente sección, sí se verifica un peligro ocasionado para el medio ambiente*”.
59. Para ello, analiza sucintamente las 8 horas de superación en el año 2017, indicando que algunas de estas horas son seguidas (sin reparar en que algunos de estos valores, como se indicará, corresponde a valores de falla y por tanto entran en los valores que no deben contabilizarse para efectos de la sanción) y que los niveles de excedencia serían altos.
60. De ello se sigue, a juicio de la SMA, que la magnitud del incumplimiento sería “significativa”, en particular tratándose de las superaciones de fecha 28 de noviembre de 2017, que corresponde a 4 horas.

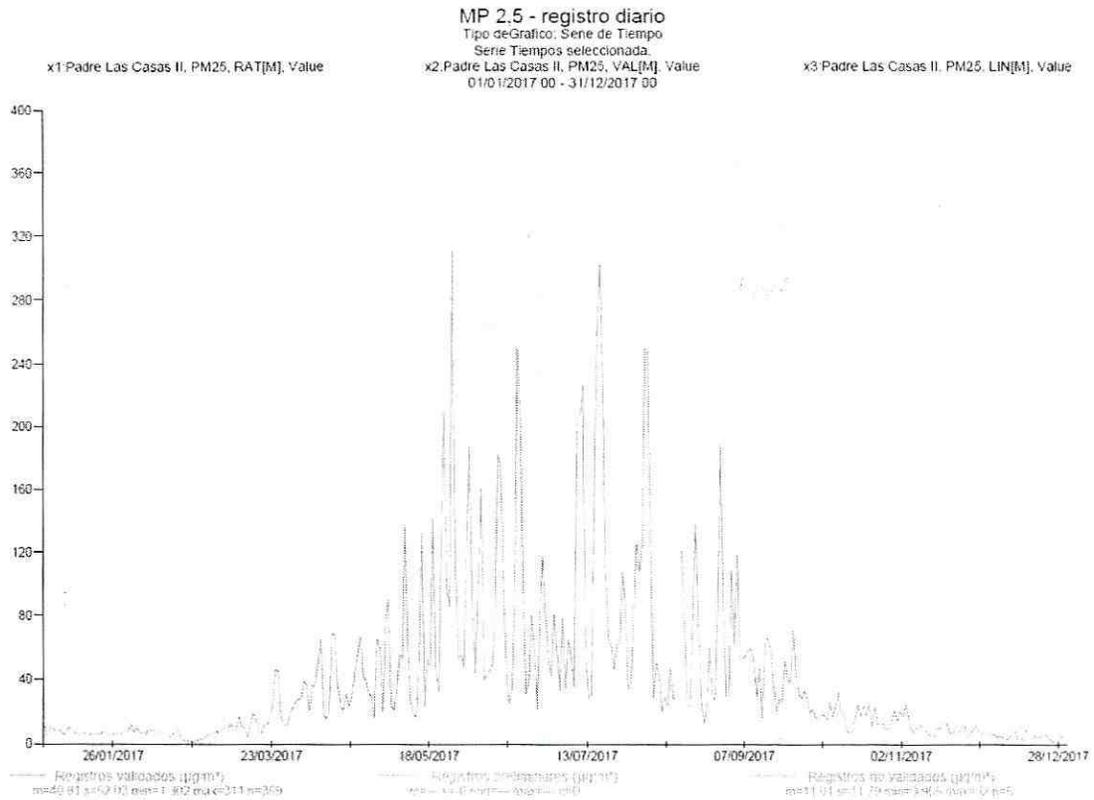
61. Respecto de los datos fuera de norma para las horas que se especifican en la Tabla N°6 del párrafo 178 de la Resolución Recurrída, las explicaciones técnicas de por qué se registró una superación del parámetro MP por parte de la UGE N°1 el año 2017 por cada hora son las siguientes:

(i) 14 de febrero de 2017 a las 17:00: Para esta hora, durante los dos primeros minutos, la central estaba en condición de horas de encendido (HE) con el filtro de mangas en modo By-pass. El equipo al estar en By-pass produce que las emisiones sean muy superiores a las que se obtienen en condición normal de operación, lo que produce que el promedio horario se salga de los límites permitidos. Cabe señalar que los filtros de manga tienen una eficiencia de hasta 99% de abatimiento de MP.

(ii) 27 de mayo de 2017 a las 20:00: Dentro de esta hora se realizó el proceso de calibración de los equipos, el cual generalmente no produce mayores distorsiones en el promedio horario, pero sí en el registro minutil. Por lo anterior, el registro minutil puede llegar a valores que superan los 12.000 Mg/NM₃, e incluso los 30.000 Mg/NM₃. Valores de tal magnitud claramente distorsionan y llevan a que el promedio horario se exceda por sobre la norma. Prueba de esta distorsión, es que el dato de concentración "cruda" Mg/M₃ no están distorsionados, pero si los normalizados.

(iii) 8 de junio de 2017 a las 11:00: La hora señalada no presenta datos de concentración de MP ni gases, por lo que se aplica método de sustitución de datos de la SMA correspondiente al capítulo 4.2.1.1. Realizado lo anterior, se detecta error en asignación de nivel de carga al aplicar procedimiento, asignando un nivel de carga igual a 1 en vez de 10. Al corregir este error la concentración de MP se reduce desde 304,08 a 8,149 mg/Nm₃.

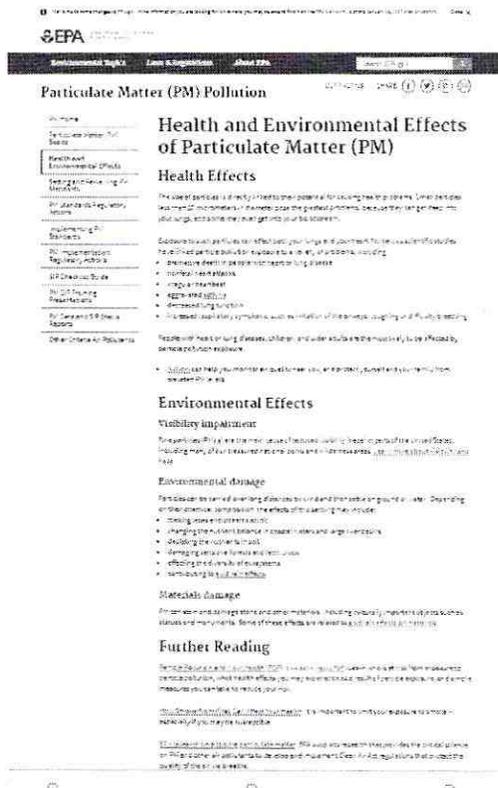
- (iv) 17 de junio de 2017 a las 9:00: La planta se encontraba en condición de encendido (HE), ya que en esa hora específica la generación asociada a la unidad N°1 fue de 12,13 MW/hr, lo que sin embargo, erróneamente, se informó como una condición en régimen (RE).
- (v) 28 de noviembre de 2017 entre las 12:00 y las 15:00: Para este período de horas las altas mediciones se explican porque la planta estaba en proceso de partida. Por lo anterior, en los registros minutales, el parámetro de oxígeno está distorsionado y arrojando valores altos para una condición de combustión. En el minuto correspondiente a la hora 10:13, la unidad pasa a estado RE, pero persistiendo el problema de la medición de oxígeno, lo cual distorsiona la cuantificación de MP normalizado. Dicha situación duró hasta las 14:37. Prueba de que la medición de concentración de MP normalizado estaba distorsionado por la errada medición de concentración del oxígeno, es que los datos “crudos” son normales para una condición normal de operación.
62. En relación con ello, es inexplicable el criterio utilizado por la SMA, toda vez que la superación que se habría constatado (sin descontar las horas a que se ha hecho referencia precedentemente) corresponde a un 0.09 % de las horas del año. En este sentido, es la propia SMA la que reconoce que la mayoría de las superaciones ocurrieron en horario diurno y en el mes de noviembre, que como es sabido corresponde a un mes con buena ventilación atmosférica, de lo que da cuenta la estación de monitoreo Padre Las Casas II, del Sistema de Información Nacional de Calidad del Aire, como se muestra en la siguiente gráfica.



63. Es decir, como se aprecia, el mes de noviembre es un mes con muy bajas concentraciones de MP2,5 en comparación con el período de invierno (lo que se explica por menores emisiones y aun aumento en las condiciones de ventilación). Este patrón es similar en toda la zona sur de Chile y es plenamente aplicable a la zona en que se emplaza el Proyecto. Ello ha sido reconocido por la propia SMA en el procedimiento sancionatorio seguido bajo el Rol F-016-2015 contra la central termoeléctrica a carbón Bocamina.
64. En el numeral 263 de la Resolución Exenta N° SMA N° 211, de 24 de marzo de 2017 que resuelve dicho procedimiento sancionatorio, se indica claramente que *“es importante considerar la época o estación del año en que se producen las horas de superación de norma, en tanto durante el invierno (21 de junio a 21 de septiembre) se generan las peores condiciones de dispersión de contaminantes”*.

65. Lo mismo ocurre respecto del horario, en que el numeral 259 de la misma resolución del sancionatorio de Bocamina expresa que *“En la tropósfera se observan varios tipos de inversión térmica que se distinguen según su mecanismo de formación. La más común es la inversión térmica nocturna o radiativa, que se desarrolla cerca del suelo en las horas de la noche. Su origen es el enfriamiento radiativo del suelo y el consiguiente enfriamiento de las capas de aire cercanas a él.”*
66. Sin embargo, nada de esto es analizado por la SMA en la Resolución Recurrída, sino que simplemente se copian párrafos genéricos tomados del expediente de tramitación de la NECT, que corresponden a un análisis elaborado por Gestión Ambiental Consultores y que no se refiere al caso específico de la biomasa, sino que *“Su objetivo es revisar las distintas normativas existentes, así como los fundamentos tras cada una de ellas, de manera de poder orientar el proceso de dictación de normas que se llevará a cabo en nuestro país durante el presente año”*.
67. No es posible aplicar en forma directa esos párrafos, tomados de un estudio de contexto en el proceso de elaboración de la norma, a fin de analizar un caso particular respecto del cual no se cuenta con prueba alguna que permita dar por acreditado un eventual peligro al medio ambiente.
68. Más aún, si es que ya se ha descartado el riesgo a la salud de la población como lo fue en el presente caso, parece razonable estimar que este tampoco se genera respecto del medio ambiente en general, a menos que exista alguna prueba real para tenerlo por cierto.
69. En este caso, tal prueba sólo se ha basado en suposiciones, pero no en un análisis de si esas concentraciones pudieron de alguna forma generar, efectivamente, un peligro para el medio ambiente.

Tan cierto es ello, que las referencias que la Resolución Recurrída efectúa a la EPA, sólo son una copia de la página de inicio de la web de dicha institución dedicada al material particulado. No existe ningún estudio analizado que permita entender que esas concentraciones de MP podrían generar efectivamente un peligro por su transporte y asentamiento en tierra o agua, ni de qué manera ello podría implicar acidificación de lagos, daño a bosques y cultivos y afectación de ecosistemas. La siguiente imagen muestra la web de la EPA que utilizó la SMA:



70. De lo analizado, parece evidente que 8 horas de superación en un año, principalmente en primavera y en el contexto de una zona que en invierno tiene una concentración varias veces mayor de MP, no permite calificar de envergadura “media alta” este componente para efectos de graduar la multa.
71. En este sentido, si se mira la resolución sancionatoria del Caso Bocamina, a partir del considerando 302, la SMA hace un ejercicio para calcular la

emisión máxima sobre emitida, la que de acuerdo a la autoridad sería de 1,3 toneladas (correspondiente a 340 horas de superación de una central a carbón bituminoso de 128 MW de potencia). Sin perjuicio de ello, la SMA estima que ***“en el marco de este procedimiento sancionatorio no se cuenta con antecedentes que hagan sustentar un peligro de relevancia significativa para el medio ambiente, por lo que en este caso concreto el peligro para el medio ambiente será ponderado como de baja envergadura”***.

72. Este cambio de criterio es inexplicable y es un antecedente relevante a la hora de reponer la multa impuesta a mi representada, que grafica con claridad su falta de motivación y fundamento, además de la desproporcionalidad de la misma.

B.

RESPECTO DE LA INFRACCIÓN II: NO EXISTE UN PELIGRO CAUSADO CON LA SUPUESTA INFRACCIÓN, SE PONDERÓ ERRADAMENTE LA CIRCUNSTANCIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 40 LETRA A) DE LA LOSMA.

73. El mismo argumento del título I anterior, es válido para el **cargo II**, en relación con la superación de 14 horas de MP el año 2017 (0,1 % de las horas del año). La SMA estima que estas horas de superación también implicarían un riesgo ambiental que caracterizan como “medio alto”, sin hacer ningún tipo de análisis respecto de cuál sería la eventual “deposición” de material producto de las concentraciones generadas por los incumplimientos detectados.
74. Respecto de los datos fuera de norma para las horas que se especifican en la Tabla N° 8 del párrafo 193 de la Resolución Recurrída, las explicaciones técnicas de por qué se registró una superación del parámetro MP por parte de la UGE N°2 el año 2017 por cada hora son las siguientes:

- (i) 14 de febrero de 2017 a las 17:00: La superación de las emisiones se debe a que en los primeros 3 minutos la caldera estaba en condición de encendido (HE), con el filtro en estado By-pass, situación que ya se explicó su efecto en relación con el cargo I.

- (ii) 20 de abril de 2017 a las 14:00: Para esta hora hubo un paso a By-pass, el cual no fue registrado como falla, lo que produjo que se registrara la hora en régimen (RE) en vez de Falla (FA).

- (iii) 5 de abril de 2017 a las 10:00: En la hora señalada no presenta datos de concentración de MP ni gases, por lo que se aplica método de sustitución de datos de la SMA. Al aplicar el procedimiento, se detecta error en asignación de nivel de carga, asignando un nivel de carga igual a 1 en vez de 10. Corregido este error la concentración de MP se reduce desde 261,59 a 3,381 mg/Nm³.

- (iv) 12 de mayo de 2017 a las 21:00: A dicha hora las altas mediciones se explican porque el día 12 de mayo la planta estaba en proceso de partida. De esta forma, en los registros minutales el parámetro de oxígeno estaba distorsionado y arrojando valores altos para una condición de combustión. Durante esta hora de medición, entre los minutos 37 y 56, se presentó el problema. La prueba de que la medición de concentración de MP normalizado estaba distorsionado por la errada medición de concentración del oxígeno, está en que los datos “crudos” son normales para una condición normal de operación. Junto con lo anterior, en esos minutos, el filtro de manga opera en By-pass, lo que se debería haber registrado como Falla (FA) y no como equipo en régimen (RE).

- (v) 17 de mayo de 2017 a las 15:00: Datos anómalos no detectados en el proceso de sustitución entre los minutos 6 y 24.

- (vi) 28 de mayo de 2017 a las 20:00: En la hora señalada se realizó el proceso de calibración de los equipos, lo cual generalmente no produce mayores distorsiones en el promedio horario, pero sí los produce en el registro minutil, el cual puede llegar a valores de que superan los 7.900 Mg/NM₃. El valor de esta magnitud claramente distorsiona y lleva a que el promedio horario se exceda por sobre la norma. Prueba de esta distorsión, es que el dato de concentración “cruda” Mg/M₃ no está distorsionado, pero sí los normalizados.
- (vii) 31 de mayo de 2017 a las 11:00: En dicha hora, las altas mediciones se explican porque dicho día la planta estaba en proceso de partida. Así, se observa que en los registros minutales el parámetro de oxígeno estaba distorsionado y arrojando valores altos para una condición de combustión. Durante esta hora entre los minutos 00 y 12 se presentó el problema. Prueba de que la medición de concentración de MP normalizado estaba distorsionado por la errada medición de concentración del oxígeno, es que los datos “crudos” son normales para una condición normal de operación.
- (viii) 12 de julio de 2017 a las 17:00: En el transcurso de la hora señalada se realizó el proceso de calibración de los equipos, lo que generalmente no produce mayores distorsiones en el promedio horario, pero sí lo produce en el registro minutil, el cual puede llegar a valores de que superan los 535 Mg/NM₃ y 209 Mg/NM₃. Valores de esta magnitud claramente distorsionan y llevan a que el promedio horario se exceda por sobre la norma. Prueba de esta distorsión, es que el dato de concentración “cruda” Mg/M₃ no están distorsionados, pero sí los normalizados.
- (ix) 5 de agosto de 2017 a las 7:00: En la hora señalada hubo un paso a By-pass que no fue registrado como falla, lo que produjo que se registrara la hora en régimen (RE) en vez de Falla (FA).

- (x) 6 de octubre de 2017 a las 15:00: Sin justificación.
- (xi) 12 de octubre de 2017 a las 15:00: En la hora señalada se detectaron datos anómalos que no se sustituyeron. Junto a lo anterior, cabe señalar que, durante el transcurso del día, se realizó una mantención al equipo, lo cual no quedó registrado en el sistema.
- (xii) 12 de octubre de 2017 desde las 17:00 hasta las 18:00: Se detectaron datos anómalos que no se sustituyeron. Además, al igual que en el punto anterior, se realizó una mantención al equipo, lo cual no quedo registrado en el sistema.
- (xiii) 12 de octubre de 2017 a las 18:00: Se detectaron datos anómalos que no se sustituyeron. Además, al igual que en el punto anterior, se realizó una mantención al equipo, lo cual no quedo registrado en el sistema.
- (xiv) 22 de octubre de 2017 a las 6:00: Desde el minuto 5 al 60, la unidad estuvo en proceso de apagado (HA), sin embargo se registró la hora en estado de régimen (RE).
75. Ahora, bien, en el mismo cargo II se tratan las superaciones de NOx, que corresponderían a 360 horas (4% de las horas del año).
76. Nuevamente, la SMA hace una referencia genérica al sitio web de la EPA para indicar los efectos del NO₂, indicando que estos componentes causan lluvia ácida, reduciendo visibilidad (lo que redundaría en valor paisajístico), contribución a la contaminación por nutrientes en aguas costeras. Asimismo, vuelve a referirse al estudio presentado en el marco de la elaboración de la norma de centrales termoeléctricas, emitido por Gestión Ambiental Consultores, que indica que el NOx genera lluvia ácida, deterioro de la calidad del agua, calentamiento global, deterioro de la visibilidad.

77. Aun cuando no fue posible establecer un detalle por hora como en el caso de MP, sí nos es posible establecer que aproximadamente 2/3 de las superaciones de NO_x fueron menores a 250 mg/NM₃. Lo anterior se detalla en la siguiente tabla:

Emisión Nox	
Mg/NM ₃	Horas
200-210	88
211-220	68
220-230	45
230-250	57
mayor a 250	102
Total	360

78. Evidentemente, las referencias genéricas utilizadas por la SMA, que no se relacionan con concentraciones ni con periodos de permanencia, impiden dar por acreditado un peligro *per se*, por el solo hecho de haberse emitido. Por ello, no es posible sin más argumentación, calificar también de “medio alto” para efectos de ponderar la sanción.
79. Cabe indicar, por último, que parece inconcebible que la SMA haya decidido no considerar (numeral 276) el tipo de combustible utilizado por CTB Lautaro, teniendo presente que se trata de biomasa, que tiene claras diferencias con otros combustibles sólidos como el carbón en cuanto a su composición y, por lo mismo, en cuanto a sus emisiones.
80. Tal como se señaló en el apartado anterior, no son entendibles las diferencias de criterio aplicados en este caso y en el de la central Bocamina, para efectos de entender el supuesto peligro causado al medio

ambiente. No se entiende que en un caso que sí se acreditó un riesgo significativo para la salud de la población, como fue Bocamina, se indique que el peligro para el medio ambiente es de baja envergadura, mientras que respecto de un caso en que se demostró que no había riesgo a la salud como es el de COMASA, la SMA califique el peligro al medio ambiente como medio alto.

81. Ello implica una evidente falta de motivación y fundamentación, además de una clara desproporción a la hora de sancionar, la que debe ser enmendada.

C.

RESPECTO DE LA INFRACCIÓN III: EL SUPUESTO INCUMPLIMIENTO SE ENCONTRABA PRESCRITO.

82. La SMA, en el párrafo 157 de la Resolución Recurrída, cita dos definiciones de la doctrina española de infracción permanente. Por un lado, cita al catedrático Alejandro Nieto quien lo define como “(...) *una acción u omisión única crea una situación antijurídica, cuyos efectos permanecen hasta que el infractor cambia su conducta*”. Por el otro, cita a los profesores Manuel Gómez Tomillo e Iñigo Sanz quienes lo definen como “*aquella figuras en las que la acción provoca la creación de una situación antijurídica duradera que el sujeto mantiene a lo largo del tiempo dolosa o imprudentemente*”.
83. Es importante destacar de forma previa que es curioso que la SMA cite, para favorecer su postura, dos definiciones incompatibles entre sí. En un caso, Nieto sostiene que la infracción permanente puede realizarse mediante una acción u omisión, mientras los profesores Tomillo y Sanz sostienen que sólo se pueden realizar mediante una acción. En palabras de estos últimos “[en las infracciones administrativas consistentes en una pura omisión] *no estamos exactamente ante infracciones permanentes*

(que requieren de una acción que cree la situación antijurídica y aquí una omisión no crea nada porque es una nada fáctica)”.⁸

84. Lo anterior es relevante precisamente porque el cargo III consiste en una omisión, esto es, en la no presentación de los informes de aseguramiento de calidad para los CEMS de NO_x y O₂ de UGE LAUTARO 1 el año 2015.
85. Sin perjuicio de lo anterior, nuestro argumento va más allá: la infracción permanente no consiste en la creación de una situación antijurídica, cuyos efectos permanecen hasta que el infractor cambia su conducta.
86. El concepto de infracción permanente es tomado por el derecho administrativo sancionador del concepto penal de delito permanente. Por lo anterior, un ejemplo penal puede explicar de mejor manera el punto: *“quien sustrae una cosa ajena sin la voluntad de su dueño da lugar a que, tras la consumación del hurto (= constitución de nueva custodia sobre la cosa), se origine un estado de cosas que puede prolongarse indefinidamente en el tiempo. Pero esto no significa que el hurto constituya un delito permanente. El hurto es un delito de estado y no un delito permanente”*.⁹
87. Por lo anterior, lo característico de los delitos permanente no es la creación de una situación antijurídica, como sostiene la SMA, sino que es otra cosa. *“Aquí sí aparece la particularidad de los delitos permanentes: en ellos, lo permanente no es la consumación, sino la ejecución del comportamiento delictivo. Después de que alguien sustrae una cosa ajena sin la voluntad de su dueño, se origina un estado de cosas*

⁸ GÓMEZ TOMILLO, Manuel/ Sanz Rubiales, Iñigo (2017): *Derecho Administrativo Sancionador*, (Madrid, Tecnos), p.623.

⁹ MAÑALICH, Juan Pablo (2004): *El secuestro como delito permanente frente al DL de Amnistía*, (REJ n°5), p.14.

*contrario a derecho, pero eso no significa que la ejecución del hurto se mantenga indefinidamente en el tiempo”*¹⁰.

88. Como los delitos permanentes se caracterizan porque permanece en el tiempo la ejecución del comportamiento delictivo, los delitos permanentes no pueden consistir en una omisión. En esto están en lo correcto los profesores Tomillo y Sanz. Por lo anterior, es irrelevante que se haya mantenido la situación antijurídica de no presentación de los informes de aseguramiento de la calidad correspondientes, como sostiene la SMA en el párrafo 150 de la Resolución Recurrída. **La prescripción comienza a computarse desde que se materializa el ilícito, esto es, el 10 de julio de 2015, por lo que la infracción se encuentra prescrita.**

D.

RESPECTO DE LA INFRACCIÓN IV: FALTA DE DOLO EN LA SUPUESTA INFRACCIÓN Y CONCURRENCIA DE ERROR DE TIPO; ADEMÁS, SE PONDERÓ ERRADAMENTE LA CIRCUNSTANCIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 40 LETRA I) DE LA LOSMA

89. La primera categoría de imputación de una infracción administrativa es al nivel de la tipicidad. La tipicidad subjetiva se traduce en una exigencia de dolo o culpa en el infractor de la norma de sanción y, por supuesto, la correspondiente prueba de este elemento a lo largo del proceso sancionatorio.
90. De acuerdo a la doctrina el dolo se integra por dos elementos diferenciados *“Por una parte, el elemento intelectual: el conocimiento de los hechos. Por otra, el elemento volitivo o emocional: la voluntad de*

¹⁰ MAÑALICH, Juan Pablo (2004): *El secuestro como delito permanente frente al DL de Amnistía*, (REJ n°5), p.14

realizarlos, el querer realizarlos. Ambos elementos deben concurrir simultáneamente. Es en el elemento volitivo en el que se diferencian el dolo y la imprudencia, toda vez que cabe que el conocimiento esté presente también en la imprudencia consciente o con representación".¹¹

91. Sin embargo, como bien sostuvo esta defensa en los Descargos, específicamente en el párrafo 135, el literal e) del art. 36 N° 1 de la LOSMA señala que una infracción es gravísima cuando haya *"impedido deliberadamente la fiscalización, encubierto una infracción o evitado el ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia"*.
92. La doctrina ha entendido que la exigencia de un obrar deliberado o intencional, como es el caso de esta infracción, limita la aplicación del elemento subjetivo exclusivamente a un obrar doloso: *"el concepto de intencionalidad se viene equiparando al de dolo directo de primer grado (si bien, en ocasiones, se estima que capta también al dolo indirecto o de segundo grado). Es decir, cuando se habla de intencionalidad, parece que se exige que la voluntad capte el fin perseguido por el autor"*.¹²
93. Por lo tanto, en el caso en comento, será necesario determinar si existe o no un actuar doloso por parte de COMASA.
94. La SMA sostiene en el Recurso Recurrido, en su párrafo 225, que *"En efecto, la empresa tenía pleno conocimiento del contenido a reportar y la forma de entregar la información exigida, por lo cual su error reiterativo sobre un punto esencial requerido para estos efectos, revela un ánimo de impedir una debida fiscalización de este Servicio."*

¹¹ GÓMEZ TOMILLO, Manuel/ Sanz Rubiales, Iñigo (2017): *Derecho Administrativo Sancionador*, (Madrid, Tecnos), p.390.

¹² IBÍD. p.396.

95. Como señalamos anteriormente, que la empresa haya tenido “conocimiento”, no constituye necesariamente dolo, ya que el conocimiento también se encuentra presente en la culpa consciente. La distinción relevante es respecto del otro elemento del dolo: el volitivo. Y, como la propia SMA reconoce, COMASA actuó bajo error, el cual es incompatible con cualquier forma de dolo, aun cuando se trate de uno reiterativo.
96. Como sostiene la doctrina: *“El error se viene definiendo como una falsa representación de la realidad. Puede decirse que en el error se posee una representación; el problema es que esa representación no se corresponde con la realidad. A su vez, el error de tipo es aquel que versa sobre las características o elementos reales integrantes del acontecimiento descrito en el tipo legal; es un error sobre las características típicas. Formulado en otros términos, el sujeto realiza los elementos objetivos del tipo, pero desconoce la realización de alguno de ellos. Puede decirse que el error es incompatible con el dolo”*.
97. El error de tipo en materia administrativo sancionadora tiene menor relevancia que en materia penal principalmente por dos razones: la primera es que, en general, se sancionan tanto las infracciones dolosas como las culposas, y la segunda razón es que, en general, la diferencia de magnitud entre ambas sanciones no es tan relevante (circunstancia de la letra d) del artículo 40 de la LOSMA).
98. Precisamente en el caso del literal e) del art. 36 N° 1 de la LOSMA, el error de tipo es relevante, ya que si no concurre dolo, no se puede calificar como gravísima la infracción, por ser incompatible con una imputación a título de culpa.
99. Lo anterior también es relevante a efectos de considerar como circunstancia atenuante la aplicación de medidas correctivas (artículo 40, letra i) de la LOSMA).

100. La SMA, en los párrafos 322 y siguientes de la Resolución Recurrída, no está considerando que mi representada entregó información y que luego intentó corregir la información entregada -aunque sin éxito-. Más aún, al formular este cargo la SMA olvida incluso que COMASA estuvo en conversaciones con la SMA para discutir esta situación, que contrató una consultora especializada para enmendar parte de los reportes (y hacer la reportabilidad a futuro).

101. Es decir, COMASA en ningún momento ha intentado evitar o impedir a la SMA el cumplimiento de sus funciones, es más, tomó medidas correctivas que deberían ser consideradas a efectos de disminuir el monto de la sanción de acuerdo al artículo 40, letra i) de la LOSMA.

POR TANTO, en virtud de las consideraciones de hecho y de derecho expuestas,

A EL SEÑOR SUPERINTENDENTE DE MEDIO AMBIENTE CON RESPETO PIDO, tener por interpuesto en tiempo y forma el presente Recurso de Reposición en conformidad al artículo 55 de la LOSMA, acogerlo en todas sus partes y, en definitiva, dejar sin efecto la **Resolución Exenta N° 853**, de fecha 14 de junio de 2019, o en su defecto, proceda a rebajar el monto de la multa de 1.061 UTA impuesta a mi representada al monto que prudencial y proporcionalmente Ud., estime ajustado a Derecho.

PRIMER OTROSÍ: De conformidad al artículo 57 de la Ley N°19.880, vengo en este acto, asimismo, a solicitar a UD., que **suspenda los efectos de la Resolución Exenta N°853** de 14 de junio de 2019 que se recurre en el presente escrito, por cuanto el cumplimiento de la misma puede llegar a tornarse imposible en el caso de acogerse el recurso interpuesto, ocasionándose un daño irreparable a mi representada.

La suspensión de la ejecución del acto impugnado tiene por finalidad precaver el perjuicio que se produciría a esta parte en el caso de tener que pagar inmediatamente la multa de 1.061 UTA impuesta, sobre todo si se considera la disminuida capacidad de pago de mí representada.

SEGUNDO OTROSÍ: Sírvase Ud. tener por acompañados en formato digital los Estados Financieros de COMASA de los años 2016, 2017 y 2018.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Rodrigo Benítez". The signature is written in a cursive style with a large initial 'R' and a long horizontal stroke.