

RESUELVE PRESENTACIÓN QUE INDICA

RESOLUCIÓN EXENTA N° 1728

SANTIAGO, 28 de agosto de 2020

VISTOS:

Lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley N° 20.417, que dispone la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (LOSMA); 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 (LBPA); en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1/19.653, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; en la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, del año 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA); en el Decreto N° 31, de 08 de octubre de 2019, del Ministerio del Medio Ambiente, que nombra a Cristóbal de la Maza Guzmán en el cargo de Superintendente del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 1076, de fecha 26 de junio de 2020, que fija la orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente; en el expediente administrativo sancionador Rol F-033-2018 de la Superintendencia del Medio Ambiente; y en la Resolución N° 7, de 26 de marzo de 2019, de la Contraloría General de la República, que fija normas sobre exención del trámite de Toma de Razón.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES GENERALES

1. Con fecha 13 de septiembre de 2018, conforme a lo dispuesto en el artículo 49 de la LOSMA, se dio inicio a la instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio Rol F-033-2018, con la formulación de cargos a COMASA S.A. (en adelante, "la empresa", "la recurrente" y/o "la titular"), Rol Único Tributario N° 96.546.010-1, titular de la Central Termoeléctrica LAUTARO-COMASA, la que se encuentra ubicada en el kilómetro 1 del camino a Colonia S/N, a la altura del kilómetro 645 de la Ruta 5 Sur, comuna de Lautaro, provincia de Cautín, IX Región de la Araucanía; en conformidad a lo dispuesto en el artículo 35 letra h) de la LOSMA en cuanto incumplimiento de normas de emisión-Norma de Emisión para Centrales Termoeléctricas (en adelante "NECT" y/o "D.S. N° 13/2011")-, y artículo 35 letra j) de la LOSMA, en cuanto incumplimiento a un requerimiento de información efectuado por parte de esta Superintendencia.

2. Con fecha 14 de junio de 2019, mediante Resolución Exenta N° 853, dictada por el Superintendente del Medio Ambiente, se procedió a sancionar a COMASA S.A., con una **multa total de 1.061 UTA**, con ocasión de que se tuvo por configuradas las cuatro infracciones imputadas. Específicamente, los cargos que se tuvieron por configurados, fueron los siguientes: i) **Cargo I**, 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", aplicándose una multa de 315 UTA; ii) **Cargo II**, 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", aplicándose una multa de 425 UTA; iii) **Cargo III**, 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", aplicándose una multa de 83 UTA; iv) **Cargo IV**, 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”, aplicándose una multa de 238 UTA.

3. La mencionada resolución fue enviada por carta certificada al domicilio registrado de la titular, siendo recepcionada en la oficina de Correos de Chile de la comuna de Providencia, con fecha 19 de junio de 2019, de acuerdo con la información proporcionada por dicho servicio, mediante seguimiento asociado a la carta certificada N° 1180851730666.

4. Con fecha 27 de junio de 2019, Rodrigo Benítez Ureta, abogado en representación de COMASA S.A., dedujo recurso de reposición en contra de la Resolución Exenta N° 853 antes citada, solicitando en términos generales que este servicio 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 argumentos de hecho y de derecho que expone, y que se analizarán en los acápites correspondientes de esta resolución. Por su parte, en el segundo otrosí de su presentación, acompaña los estados financieros de la empresa, correspondientes a los años 2016, 2017 y 2018.

5. Con fecha 01 de julio de 2020, mediante Resolución Exenta N° 1095 de este servicio, se solicitó, previo a resolver el recurso de reposición interpuesto por la empresa, acompañar información financiera correspondiente al año 2019 y 2020, con el objeto de ponderar adecuadamente la capacidad de pago alegada por la recurrente. Dicha resolución fue notificada mediante correo electrónico con fecha 03 de julio de 2020, y la información solicitada fue presentada con fecha 09 de julio de 2020, por el mismo medio.

II. PROCEDENCIA DEL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA RECURRENTE

6. Como se expuso precedentemente, mediante la Resolución Exenta N° 853, de 14 de junio de 2019, este servicio puso término al procedimiento administrativo sancionatorio Rol F-033-2018, aplicando una sanción consistente en multa total de 1.061 UTA. Dicha resolución fue enviada por carta certificada dirigida al domicilio registrado de la titular, siendo recepcionada en la oficina de Correos de Chile de la comuna de Providencia, con fecha 19 de junio de 2019, de acuerdo con la información proporcionada por dicho servicio, mediante seguimiento asociado a la carta certificada N° 1180851730666. En esta línea, y conforme a lo dispuesto en el artículo 46, inciso segundo de la ley 19.880, que establece que *“las notificaciones por carta certificada se entenderán practicadas a contar del tercer día siguiente a su recepción en la oficina de Correos que corresponda”*, la empresa se presume notificada el día 24 de junio de 2019.

7. Establecido lo anterior, procede a continuación evaluar si dicho recurso ha sido interpuesto dentro del plazo de 5 días hábiles contados desde la notificación del acto que se pretende reponer, conforme lo establece el artículo 59 de la ley N° 19.880, de aplicación supletoria a la LOSMA. En esta línea, considerando que el recurrente se presume notificado de la resolución recurrida con fecha 24 de junio de 2019, es posible concluir que el recurso de reposición ha sido interpuesto dentro de plazo, ya que dicho término vencía el día 01 de julio de 2019, habiendo presentado el recurso el día 27 de junio de 2019.

8. Conforme a lo expuesto, procede a continuación analizar el fondo de las cuestiones planteadas por el recurrente.

III. ALEGACIONES EFECTUADAS POR LA RECURRENTE

9. Al respecto, la recurrente en su escrito expone una serie de argumentos que a grandes rasgos dicen relación con lo siguiente:

i) Argumentos comunes a las 4 infracciones configuradas:

a) Falta de motivación de la resolución recurrida, vulnerándose a su juicio el artículo 54 de la LOSMA y 41 de la LBPA. En esta línea, postula que la resolución recurrida no habría expresado con fundamentación su parecer, pues no se habrían entregado argumentos específicos y detallados, entre otros, respecto de los siguientes antecedentes:

a.1) No se habría analizado ni ponderado, la argumentación sostenida en los descargos en el párrafo 19 y siguientes, referente a la superación de 8 horas en 2019. En efecto, en los considerandos 256 y siguientes de la resolución recurrida, no se habrían analizado estos argumentos, sino que simplemente se copiarían párrafos genéricos del expediente de tramitación de la NECT.

a.2) No se habría analizado ni ponderado, la argumentación sostenida en los descargos en el párrafo 130 y siguientes, respecto de la errónea calificación de gravedad del cargo 4.

b) Se habría vulnerado el principio de proporcionalidad al momento de aplicar la circunstancia de la letra f) del artículo 40 de la LOSMA, dado que el monto de la multa impuesta sería excesivo en relación a la capacidad económica de la empresa.

b.1) Sostiene que la decisión administrativa de imponer tal o cual sanción dentro del rango de multas contempladas para las infracciones conforme a su clasificación, debe estar debidamente fundamentada, permitiendo así al regulado conocer las razones de por qué su conducta fue objeto de una determinada sanción. Lo anterior fluye de la propia LBPA, artículos 11 y 41, que obligarían a la administración a siempre expresar los hechos y fundamentos de derecho que motivan sus decisiones. Agrega que no se trata solamente de que, en virtud del principio de proporcionalidad, la sanción específica de un acto sea adecuada y proporcional a la infracción cometida, sino que también, en virtud del deber de motivación de los actos administrativos, los motivos que llevaron al órgano a imponer tal o cual sanción deben de estar debidamente expresados. En esta línea, postula que no se habrían dado las razones que tuvo la autoridad para sancionar específicamente con un monto y no con otro distinto, lo que, a su juicio, conllevaría una infracción al principio de proporcionalidad, por no expresarse la forma en que se llegó a dicho monto.

b.2) Respecto de la capacidad económica, acompaña antecedentes que serán analizados en la sección respectiva. En particular, en el segundo otrosí del recurso de reposición, se acompañan los estados financieros de la empresa, correspondientes a los años 2016, 2017 y 2018. En atención a dichos antecedentes, postula que la capacidad económica de la empresa debe ser considerada, en atención a que su situación financiera se ha deteriorado significativamente en los últimos 3 años. Finalmente, conforme fue indicado en el considerando 5 precedente, este servicio efectuó un requerimiento solicitando los antecedentes financieros del año 2019 y 2020, con el objeto de ponderar adecuadamente las alegaciones en esta materia.

c) Se habría ponderado erróneamente la circunstancia de la letra e) del artículo 40 de la LOSMA, ya que la empresa gozaría de irreprochable conducta anterior. Sostiene que el procedimiento invocado para efectos de no aplicar la irreprochable conducta anterior tiene un programa de cumplimiento (PdC) aprobado, y que la presentación de un PdC en caso alguno implica una autoincriminación o aceptación de los hechos,

por lo que, en virtud del principio de inocencia, la conducta anterior será irreprochable mientras el sujeto no se encuentre sancionado por el organismo correspondiente.

ii) Argumentos específicos aplicables a cada una de las infracciones configuradas:

d) Respecto del cargo N° 1: No existiría un peligro causado con la infracción, por lo que se habría considerado erradamente la circunstancia de la letra a) del artículo 40 de la LOSMA.

d.1) Respecto de los datos fuera de norma para las horas que se especifican en la Tabla N° 6 del considerando 178 de la resolución recurrida, da cuenta de las explicaciones técnicas que justificarían el por qué se habría registrado una superación del parámetro MP por parte de la UGE N° 1 el año 2017.

d.2) A su juicio sería inexplicable el criterio utilizado por la SMA, toda vez que la superación que se habría constatado- descontando las horas a que se hizo referencia precedentemente-, corresponde a un 0,09% de las horas del año. Agrega que la propia SMA reconoce que las superaciones ocurrieron en horario diurno, y en noviembre, que como es sabido, corresponde a un buen mes en términos de ventilación atmosférica. Sin embargo, nada de esto habría sido analizado, limitándose este servicio a copiar párrafos genéricos del expediente de tramitación de la NECT, sin analizar el caso en particular.

d.3) Concluye señalando que parece evidente que 8 horas de superación 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. Cita el caso que este servicio llevo en contra de Bocamina- Rol F-016-2015-, en que, por 340 horas de superación de una central a carbón, se ponderó el peligro para el medio ambiente como de envergadura baja.

e) Respecto del cargo N° 2: No existiría un peligro causado con la infracción, por lo que se habría considerado erradamente la circunstancia de la letra a) del artículo 40 de la LOSMA.

e.1) Postula que la superación de 14 horas de MP el año 2017 representaría el 0,1% de las horas del año. Respecto de las horas fuera de norma- al igual que en el cargo N° 1-, da cuenta de las explicaciones técnicas que explicarían la superación de dicho parámetro.

e.2) Por su parte, la superación de 360 horas de Nox el año 2017, representaría el 4% de las horas del año. Aun cuando no habría sido posible establecer un detalle por hora como en el caso de MP, afirma que aproximadamente 2/3 de las superaciones de NOx fueron menores a 250 mg/NM3, y acompañan una tabla.

e.3) Agrega que este servicio habría efectuado una referencia genérica a lo señalado por la EPA, y al estudio presentado en el marco de la elaboración de la NECT. Concluye señalando que las referencias genéricas que este servicio habría utilizado, y 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.

e.4) Sostiene que parece inconcebible que la SMA no haya considerado el tipo de combustible utilizado por CTB Lautaro, teniendo presente que se trata de biomasa, que tiene claras diferencias con otros combustibles sólidos en cuanto a su composición y emisiones.

e.5) Finalmente, reitera que no se entiende la diferencia con Bocamina, en que el riesgo para el medio ambiente fue calificado de envergadura baja.

f) Respecto del cargo N° 3: Postula que la infracción se encontraría prescrita, no existiendo como sostiene este servicio, una infracción permanente. A juicio del recurrente, el concepto de infracción permanente es tomado por el derecho administrativo sancionador del concepto penal de delito permanente. En esta línea, lo característico de los delitos permanentes no es la creación de una situación antijurídica, como sostendría la SMA, sino la ejecución del comportamiento delictivo. Así, como los delitos permanentes se caracterizan porque permanece en el tiempo la ejecución del comportamiento de la delictivo, los delitos permanentes no pueden consistir en una omisión. Por lo anterior, a su juicio es irrelevante que se haya mantenido la situación antijurídica de no presentación de los informes de aseguramiento de calidad correspondiente, como lo sostiene este servicio en el considerando 150 de la resolución recurrida. A su juicio la prescripción comenzaría a computarse desde que se materializa el ilícito, esto es, el 10 de julio de 2015, por lo que la infracción se encontraría prescrita.

g) Respecto del cargo N° 4: Postula falta de dolo en la infracción y concurrencia de error de tipo, además, se habría ponderado erróneamente la circunstancia prevista en la letra i) del artículo 40 de la LOSMA, ya que no se habría considerado como medida correctiva la contratación de una asesoría externa para futuros reportes.

10. Finalmente, en cuanto a los documentos acompañados por la recurrente, estos fueron individualizados en los considerandos 4 y 5 de la presente resolución. Dichos antecedentes serán ponderados en el contexto de la capacidad de pago alegada por la empresa.

IV. ANÁLISIS DE LAS ALEGACIONES EFECTUADAS

POR LA RECURRENTE

i) Argumentos comunes a las 4 infracciones configuradas:

a) Falta de motivación de la resolución recurrida, vulnerándose a su juicio el artículo 54 de la LOSMA y 41 de la LBPA.

11. Dado que para fundamentar esta alegación el recurrente se remite a dar solo dos ejemplos en que este servicio no habría ponderado adecuadamente las alegaciones vertidas en los descargos; uno de los cuales alude a argumentos vertidos a propósito de la generación de riesgo en el marco de la letra a) de la LOSMA, en el contexto de la infracción N° 1, y el segundo, referente a argumentos asociados a la calificación de gravedad dada a la infracción N° 4; es que se procederá a ponderar dichas alegaciones en los acápites correspondientes a las mencionadas infracciones.

b) Se habría vulnerado el principio de proporcionalidad al momento de aplicar la circunstancia de la letra f) del artículo 40 de la LOSMA, dado que el monto de la multa impuesta sería excesivo en relación a la capacidad económica de la empresa.

b.1) La decisión administrativa de imponer tal o cual sanción dentro del rango de multas contempladas para las infracciones conforme a su clasificación, debe estar debidamente fundamentada. Postula que no se habrían dado las razones que tuvo la autoridad para sancionar específicamente con un monto y no con otro distinto, infringiendo el principio de proporcionalidad, por no expresarse la forma en que se llegó a dicho monto.

12. Al respecto, es menester señalar que las resoluciones exentas por medio de las cuales la SMA aplica sanciones, constituyen actos administrativos que -evidentemente- deben cumplir con el deber de fundamentación y motivación que exige la ley. En efecto, el artículo 41 de la Ley N° 19.880 dispone en sus incisos primero y cuarto que *“La resolución que ponga fin al procedimiento decidirá las cuestiones planteadas por los interesados. (...) Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada”*. Por su parte, el deber de motivación de los actos administrativos ha sido definido por la doctrina como *“la exteriorización o expresión de los motivos o razones que han llevado al autor del acto a adoptarlo”*.¹ Enseguida, la proporcionalidad se relaciona con el *“vínculo directo entre el hecho y la finalidad perseguida con el procedimiento”*,² es decir, con los fundamentos por los cuales se adopta la decisión.

13. La Superintendencia del Medio Ambiente cumple con este estándar de fundamentación en sus decisiones, en la medida en que detalla respecto de cada una, la descripción del hecho imputado, su disvalor jurídico, especificando cada uno de los siguientes elementos, considerados en el artículo 40 de la LOSMA: la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental; los efectos nocivos para el medio ambiente y la salud de las personas; la intencionalidad de la comisión de la infracción; los beneficios económicos obtenidos, el tamaño económico; las conducta anterior y las medidas correctivas ejecutadas.

14. Adicionalmente, establece rangos máximos y mínimos según los cuales cada uno de estos elementos puede incidir en la multa final. Para ello, debe tenerse en cuenta que es la propia ley la que establece el primer rango al definir en el artículo 36 de la LOSMA la clasificación de infracciones leves, graves y gravísimas, clasificación que se encuentra asociada a un tipo de sanción y a un rango de multa. Además, según lo que se encuentra desarrollado en la Guía de Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales, existen más espacios de limitación de la ponderación de estas circunstancias, en la medida en que la Superintendencia ha establecido rangos dentro del cual puede fijarse la multa final. Así, para el valor de seriedad, contempla tres categorías, que se encuentran especificadas en la tabla 3.1. de la guía. Dichas categorías están asociadas a cada una de las tres circunstancias que inciden en el valor de seriedad: Importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental; efectos al medio ambiente; y, efectos sobre la salud de las personas. A su vez, cada una de estas categorías está relacionada con un puntaje de seriedad que condiciona la multa final, según se especifica en la tabla 3.2. de la misma guía. Junto con ello, en la tabla 3.2. se especifica cada uno de los aspectos considerados para poder definir que la infracción se encuentra en una determinada categoría, disgregándose de forma detallada cada subcriterio que es considerado.

15. Más aún, el resto de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, también son acotadas en la Guía de Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales. En primer lugar, se dividen entre factores de incremento o disminución del valor de seriedad. Así, según se indica en la página 60 de la guía, *“[c]on el fin de acotar la magnitud del ajuste del Valor de Seriedad, las sumas, tanto de los factores de incremento, como de los factores de disminución, se encuentran sujetas a la restricción de topes máximos. Estos valores máximos corresponden a un 100% como límite para la suma de los factores de incremento y un 50% como límite para la suma de los factores de disminución”*.

16. Por lo tanto, según la mencionada guía, más allá de la limitación que ya establece la ley, existe una detallada especificación de las razones que llevan a colocar una infracción en una de las tres categorías del valor de seriedad, la cual se encuentra desarrollada de forma abierta en la resolución recurrida. Junto con ello, se limita el alcance de las

¹ VERGARA BLANCO, Alejandro. La motivación de los actos administrativos. En: La Contraloría General de la República y Estado de Derecho. Conmemoración por su 75° Aniversario de vida institucional. Santiago, 2002. pp. 343-351. p. 439.

² CORDERO VEGA, Luis. Lecciones de Derecho Administrativo. Thomson Reuters, 2 ed., 2015. p.93

demás circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, estableciendo límites acotados para su influencia, ascendentes a un 100% para los factores de incremento y un 50% de los factores de disminución.

17. Todo lo anterior garantiza el control de proporcionalidad de la sanción finalmente impuesta, el cual, como se ha señalado, se refiere a la razonabilidad de la decisión y la vinculación entre el hecho y sus características específicas -norma infringida, daño al medio ambiente y la salud de las personas, y las demás circunstancias del artículo 40 de la LOSMA- y la finalidad perseguida con el procedimiento.

18. En definitiva, la SMA ha dictado la Guía de Bases Metodológicas justamente como una manera de cumplir con el deber de fundamentación de sus actos, entregando en ella un conjunto de información general sobre la aplicación de las circunstancias establecidas en la ley, estableciendo categorías límite, de acuerdo a las circunstancias del caso, las cuales son incorporadas en cada una de las resoluciones finales emitidas por la SMA, tal como ha ocurrido en el presente caso. En esta línea, la determinación de sanciones por parte de la SMA es **una potestad que mezcla aspectos reglados con aspectos discrecionales**. La Superintendencia para aplicar una sanción debe, primero, configurar la infracción, lo cual implica analizar la prueba respecto de los hechos y ver si la conducta se inserta dentro de algunos de los tipos infraccionales. Segundo, debe clasificar la infracción, según lo establece el artículo 36 de la LOSMA, estableciendo si es una infracción leve, grave o gravísima. Por último, una vez clasificada la infracción, el legislador, en el artículo 39 de la LOSMA, entrega expresamente el rango de sanciones en que la Superintendencia debe escoger. Incluso en esta última instancia, la Superintendencia debe considerar el conjunto de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA.

19. En definitiva, en la decisión final de la SMA, una vez ponderados la concurrencia de cada uno de estos elementos reglados, **existe un espacio de discrecionalidad, el cual debe ser motivado, pero que permite diferenciarlo claramente de la actividad estrictamente reglada**. En esta línea, la potestad discrecional permite un margen de decisiones posibles, las cuales son igualmente admisibles conforme a la ley, siendo tarea de la administración el decidir cuál de ellos es el que se adecúa a los hechos de esa decisión particular. En otras palabras, luego de ponderar de manera fundada las respectivas circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, existe un espacio de discrecionalidad para elegir el monto exacto de la multa, no exigiendo el deber de fundamentación que esta Superintendencia llegue a explicar por qué no fue una UTA más o una UTA menos. En coherencia con este criterio se ha pronunciado el Tercer Tribunal Ambiental, en causa Rol R-6-2014, sobre la legalidad de la Resolución Exenta N° 421/2014, que terminó por sancionar a Empresa Nacional de Electricidad S.A. por los incumplimientos relativos a su proyecto Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad,³ así como también la Excm. Corte Suprema, en su sentencia de fecha 13 de diciembre de 2016, causa Rol 17.736-2016.

20. Por las razones expuestas, se procederá rechazar la alegación de la recurrente sobre este punto.

b.2) Capacidad económica alegada por la empresa.

21. Al respecto, cabe indicar que previo a la evaluación de la capacidad de pago alegada por la empresa, es necesario determinar qué multa en definitiva se impondrá, luego de ponderadas todas las otras alegaciones efectuadas por la recurrente, y que puedan tener un impacto en la sanción final a aplicar. En razón de lo anterior, esta alegación será abordada al final de la parte considerativa de la presente resolución.

³ Dicha sentencia fue confirmada por la Corte Suprema, en la causa Rol 5.838-2015.

c) Se habría ponderado erróneamente la circunstancia de la letra e) del artículo 40 de la LOSMA, ya que la empresa gozaría de irreprochable conducta anterior.

22. Como se expuso precedentemente, el recurrente sostiene que el procedimiento invocado para efectos de no aplicar la irreprochable conducta anterior, tiene un programa de cumplimiento aprobado, y que la presentación de un PdC en caso alguno implica una autoincriminación o aceptación de los hechos, por lo que, en virtud del principio de inocencia, la conducta anterior será irreprochable mientras el sujeto no se encuentre sancionado por el organismo correspondiente.

23. Al respecto, tal como se señaló en la resolución recurrida- considerandos 309 a 312-, a propósito de la ponderación de esta circunstancia del artículo 40 de la LOSMA, conforme establecen las Bases Metodológicas en función de lo dispuesto en la letra e) del artículo 40, la conducta anterior del infractor puede ser considerada como un factor que aumente o que disminuya la sanción a aplicar. En esta línea, según se expuso a propósito de la ponderación de la conducta anterior negativa, se pudo observar que COMASA no ha sido sancionada por este servicio, o por la Comisión de Evaluación Ambiental u organismos sectoriales con competencias ambientales, **por lo que se procedió a descartar dicha circunstancia como un factor de aumento de la sanción final aplicable.**

24. No obstante, tratándose de las UGE N° 1 y N° 2 de la Central Lautaro, cabe señalar que COMASA fue objeto de una formulación de cargos⁴ que incluyó entre sus imputaciones la infracción al D.S. N° 13/2011, e incumplimientos asociados a las RCA N° 34/2010 y N° 82/2013. Sin embargo, como ya es sabido, la empresa presentó un programa de cumplimiento en dicho procedimiento, el que fue aprobado por este servicio y respecto al cual se declaró su ejecución satisfactoria, mediante Resolución Exenta N° 944, de 03 de julio de 2019, y, en consecuencia, se puso término a dicho procedimiento administrativo sancionatorio. En esta línea, si bien dicho antecedente no es suficiente para efectos de aplicar en este caso el factor de aumento de la sanción asociado a la conducta anterior negativa, dado que dicho procedimiento no concluyó con la aplicación de una sanción, lo cierto es que para valorar la irreprochable conducta anterior, este servicio evalúa la conducta que en materia ambiental ha sostenido en el pasado la unidad fiscalizable, estableciendo las Bases Metodológicas⁵ que el infractor tiene una irreprochable conducta anterior, cuando no está dentro de una serie de circunstancias que enumera, entre las que se encuentra el caso en que la unidad fiscalizable haya obtenido la aprobación de un PdC en un procedimiento sancionatorio anterior.

25. Así, este servicio no puede desconocer los antecedentes que fundaron la formulación de cargos del procedimiento Rol F-020-2015, cuyos cargos están sustentados por 3 informes de fiscalización ambiental, que incluyen el resultado de una inspección ambiental efectuada en 2013, y análisis de información efectuado en 2015, asociado a los reportes trimestrales de los monitoreos continuos de emisiones de ambas centrales generadoras. A mayor abundamiento, como ya se señaló, al igual que en el presente caso, en dicho procedimiento también se imputaron infracciones a la NECT.

26. En definitiva, los antecedentes expuestos dan luces de la conducta que en materia ambiental ha sostenido en el pasado la empresa en relación a la unidad fiscalizable, antecedentes que este servicio no puede desconocer, y que justifican a nuestro juicio la decisión de no aplicar en este caso el factor de disminución asociado a la irreprochable conducta anterior.

⁴ Rol F-020-2015.

⁵ Véase página 42 de la Guía.

27. Por las razones expuestas, se procederá rechazar la alegación de la recurrente sobre este punto.

ii) Argumentos específicos aplicables a cada una de las infracciones configuradas:

d) Respetto del cargo N° 1: No existiría un peligro causado con la infracción, con lo que se habría considerado erradamente la circunstancia de la letra a) del artículo 40 de la LOSMA.

d.1) Respetto de los datos fuera de norma para las horas que se especifican en la Tabla N° 6 del considerando 178 de la resolución recurrida, da cuenta de las explicaciones técnicas que justificarían el por qué se habría registrado una superación del parámetro MP por parte de la UGE N° 1 el año 2017.

28. Sobre el particular, cabe señalar que la información de emisiones medidas por el CEMS de MP, así como la información del régimen de operación de las unidades de generación de energía, son entregadas por el propio titular en el marco del seguimiento de la NECT. Dicha información es la que sirvió de base para que esta SMA elaborara los informes de fiscalización ambiental DFZ-2016-2737-IX-NE-EI y DFZ-2016-2740-IX-NE-EI, en los cuales se realizó el análisis de cumplimiento normativo de acuerdo a lo que se señala en la norma de emisión, y, por consiguiente, fue la información que se consideró para efectos de formular cargos en el presente procedimiento.

29. En esta línea, cabe señalar que la Res. Ex. N° 404, de 8 de mayo de 2017, de esta SMA, aprueba la actualización de la Guía sobre el Sistema de Información para Centrales Termoeléctricas (en adelante, Guía SICTER), estableciendo, entre otras materias, las instrucciones sobre cómo cargar los informes trimestrales. La Sección 6 de la Guía SICTER (p. 18) dispone los contenidos y requisitos asociados a los reportes trimestrales. En lo que se refiere al reporte trimestral para Monitoreo Continuo de Emisiones, se establecen los siguientes contenidos: (i) un archivo de datos minuto a minuto que contenga las concentraciones para MP, NOx, SO2 tanto en datos crudos como normalizados y corregidos por oxígeno, además de otros parámetros de interés en formato csv comprimido en zip; (ii) un archivo de datos de promedios horarios que contenga las concentraciones para MP, NOx, SO2 tanto en datos crudos como normalizados y corregidos por oxígeno, además de otros parámetros de interés en formato csv comprimido en zip; (iii) un archivo de datos entregado por el CEMS en formato xls, txt, o csv comprimido en zip para el periodo correspondiente; (iv) un informe que contenga una descripción de contenidos tales como rutinas de mantención de equipos de abatimiento, análisis de fallas, informe sobre temperatura de combustión, condiciones operacionales y, respecto a *“cada parámetro según corresponda, un análisis de los periodos en que aplica sustitución de datos, así como el criterio utilizado según lo señalado en la Resolución Exenta N° 33 de 19 de enero de 2015(...). Además se deberá incorporar la información solicitada de acuerdo al punto 6.2.1-iii – Tabla 4 de la presente guía”*; y, (v) un archivo Excel que señale el tipo de falla y justificación de las horas que presenten fallas, indicando el tiempo transcurrido desde el momento de inicio de la falla hasta la superación de la misma.

30. En definitiva, cabe reiterar que la integridad y veracidad de la información reportada es de exclusiva responsabilidad del titular, y que existe una oportunidad para presentar dicha información- reportes trimestrales durante el año calendario, en base a lo dispuesto en el artículo 12 de la NECT-, y un procedimiento establecido para efectos de cargar dichos informes trimestrales, aprobado por la Res. Ex. N° 404 de 2017, antes citada. Ello es de suma relevancia, ya que el apego de los titulares a dicho procedimiento permite controlar la calidad de los datos, los cuales no solo se utilizan para efectos de evaluar el cumplimiento de la NECT, sino que también son utilizados para efectos de determinar el impuesto a las emisiones de fuentes fijas, establecido en la ley 20.780.

31. Si bien en la resolución sancionatoria este servicio acogió el argumento de la empresa, dado en el contexto del cargo II, que apuntaba a que las horas de superación del límite normativo de Nox en 2017, no eran las 2.282 imputadas en la formulación de cargos, sino 360, basado en que se habría cargado por error la información de los CEMS del primer trimestre de 2017, correspondiente a la UGE N° 1, como los datos horarios de emisiones correspondientes a la UGE N° 2; se aclara que se trató de una situación excepcional, procediéndose a contrastar lo señalado por la empresa con los datos crudos entregados por el CEMS, los que como se indicó en la resolución recurrida, fueron cargados correctamente junto al informe correspondiente, ejercicio que permitió en definitiva validar lo informado por la empresa a este respecto.

32. En virtud de lo expuesto, no corresponde analizar en esta instancia la información que a este respecto acompaña la empresa.

d.2) A juicio de la empresa, sería inexplicable el criterio utilizado por la SMA, toda vez que la superación que se habría constatado- descontando las horas a que se hizo referencia precedentemente-, corresponde a un 0,09% de las horas del año. Agrega que la propia SMA reconoce que las superaciones ocurrieron en horario diurno, y en noviembre, que como es sabido, corresponde a un buen mes en términos de ventilación atmosférica. Sin embargo, nada de esto habría sido analizado, limitándose este servicio a copiar párrafos genéricos del expediente de tramitación de la NECT, sin analizar el caso en particular.

d.3) Concluye señalando que parece evidente que 8 horas de superación 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. Cita el caso que este servicio llevo en contra de Bocamina, en que, por 340 horas de superación de una central a carbón, se ponderó el peligro para el medio ambiente como de envergadura baja.

33. Específicamente en cuanto a la alegación descrita en el literal d.2) y d.3), en que se cuestiona la forma en que este servicio habría ponderado el peligro ocasionado por esta infracción, y en que se hace especial hincapié en las diferencias que a juicio de la recurrente existirían en el tratamiento que este servicio habría dado a este caso en comparación al seguido en contra de la Central Termoeléctrica Bocamina; cabe señalar lo siguiente: en primer lugar, dicho procedimiento- Rol F-016-2015-, contempló la imputación de un solo cargo, consistente en la superación de la NECT en 340 horas para MP, en el año 2014, siendo calificado de grave en virtud de la letra b) del artículo 36 N° 2 de la LOSMA, por riesgo significativo a la salud de las personas, aplicándose una sanción consistente en una multa de 1.032 UTA. Es decir, en dicha oportunidad, este servicio por una única infracción, aplicó una multa similar a la multa total aplicada a COMASA, considerando las 4 infracciones configuradas, aplicando una multa total de 1.061 UTA. En segundo lugar, si bien es efectivo que en el caso de Bocamina se ponderó el peligro al medio ambiente como de baja envergadura, ello se debe a que la gran mayoría de las horas con superación- 273 de las 340 horas-, fueron ponderadas a propósito del riesgo para la salud de la población, conforme se expuso en el considerando 253 de la resolución que resolvió dicho procedimiento sancionatorio.⁶ En esta línea, dadas las características de las horas que se consideró generaron un riesgo para el medio ambiente, y las magnitudes de dichas superaciones, es que se concluyó en ese caso concreto, que no habían antecedentes para determinar que el riesgo era de envergadura media o alta, considerándose por tanto como de baja envergadura.

34. En tercer lugar, al igual que en el caso seguido contra Bocamina, en este caso, tal como se dispuso en el considerando 258 de la resolución recurrida, este servicio tuvo en cuenta una serie de criterios básicos y no copulativos para ponderar la importancia del peligro ocasionado por superaciones a la NECT, entre los que se encuentra la

⁶ Resolución Exenta N° 211, de 24 de marzo de 2017, de la Superintendencia del Medio Ambiente.

magnitud del incumplimiento, la concentración temporal de las horas de superación a la norma, entre otros. En esta línea, en el considerando 259 se indica que “[t]ratándose de las 8 horas de superación de MP en la UGE N° 1, se puede apreciar que cuatro de las horas de superación fueron sucesivas, encadenándose todas entre las 12:00 y las 16:00 horas del día 28 de noviembre de 2017. Tal como se ha señalado anteriormente, se presentan 8 superaciones, las que van de 53mg/m³N a los 1114 mg/m³N, vale decir, **entre 6% y 2128% por sobre el valor de la norma**. Además de la elevada magnitud, este último registro destaca porque es parte de **un periodo continuo de superaciones, los que registran valores de 553 mg/m³N, 335 mg/ m³N y 188 mg/ m³N, vale decir 1006%, 610% y 276% por sobre el valor normativo**. Junto con lo anterior, existen otros niveles que presentan un nivel alto de superación, entre los que destacan registros de 765 mg/m³N y 304 mg/m³N, es decir 1412% y 508% por sobre el valor indicado en la norma. De esta manera, se puede indicar que 6 de los 8 incumplimientos al valor límite de emisión para esta UGE presentan altas magnitudes.”. En relación a la evaluación de los criterios de importancia del riesgo a partir de las emisiones de MP, en el considerando 260, se expuso que la magnitud del incumplimiento era significativa, en particular tratándose de las superaciones ocurridas el 28 de noviembre de 2017. Se agrega que la amplia mayoría de las superaciones ocurrieron en horario diurno, que las superaciones sucesivas ocurridas en el mes de noviembre, se verificaron en primavera, existiendo no obstante una concentración temporal de las mismas.

35. Todo lo anterior da cuenta que este servicio consideró una serie de criterios para efectos de ponderar el riesgo ocasionado por la infracción asociada al cargo I, considerando en forma especialmente relevante la magnitud de las superaciones- existiendo una superación no consecutiva de 2.128% por sobre el valor de la norma-, y la concentración temporal de las horas de superación- 4 horas consecutivas-, y cuyas magnitudes también son considerables, llegando una de ellas a 1.006% por sobre la norma. Por su parte, en cuanto al horario y época del año en que ocurrieron las superaciones, es menester señalar que dichas circunstancias si fueron consideradas por este servicio para efectos de ponderar la importancia del peligro ocasionado. En esta línea, las superaciones ocurridas en horario diurno y en meses con mayor ventilación atmosférica, son ponderadas en términos de no incrementar el nivel de seriedad de los efectos de la infracción en base a este criterio, como si sucede con aquellas superaciones que ocurren en horario nocturno y/o en meses con menor ventilación.

36. Finalmente, en cuanto a la alegación consistente en que no se habría efectuado un análisis del peligro concreto ocasionado por la infracción, como si se habría efectuado en el caso seguido contra Bocamina, corresponde señalar en primer lugar, que para este servicio sí son relevantes los antecedentes citados en los considerandos 261 a 264, en que se recogen estudios de la EPA, antecedentes que fueron recogidos en el marco del proceso de elaboración de la NECT, y aquellos contenidos en la parte considerativa de dicha norma de emisión, ya que son antecedentes que permiten vislumbrar el potencial efecto del MP en el medio ambiente. Si a ello le sumamos las características de las superaciones del presente cargo, especialmente su magnitud y concentración temporal, es posible concluir la generación de un peligro en los términos expuestos en la resolución recurrida.

37. En segundo lugar, es importante aclarar que el valor de seriedad de la infracción, se determina a través de la ponderación conjunta del nivel de seriedad de los efectos de la infracción y de la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental, así, en este caso, dado que no se acreditó la generación de un riesgo para la salud de la población, el valor de seriedad fue ponderado en base a la importancia del peligro ocasionado al medio ambiente y el análisis relativo a la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental. En esta línea, tal como se dispuso en los considerandos 281 a 283, la superación del límite normativo establecido para el MP durante 8 horas el año 2017 por parte de la UGE N° 1, en vista de su magnitud y su concentración horaria, representa una vulneración significativa al sistema jurídico de protección ambiental, más aún tratándose de una norma de emisión que regula materias específicas y que aplican a un determinado sector productivo. De esta forma, dado que las características de las superaciones, especialmente en cuanto a magnitud de la

excedencia y concentración horaria, son criterios que se consideran tanto para ponderar el peligro ocasionado, como para ponderar la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental, su consideración en el valor de seriedad de la infracción se pondera en términos únicos, no existiendo una doble ponderación a este respecto.

38. Todo lo anterior permite descartar a su vez la alegación que el recurrente hizo respecto a que no se habrían analizado los argumentos dados en los descargos, en relación a las características de las superaciones contenidas en el cargo I, y sus potenciales efectos, detallada en el literal a.1) precedente.

39. Por las razones expuestas, se procederá rechazar la alegación de la recurrente sobre este punto.

e) Respetto del cargo N° 2: No existiría un peligro causado con la infracción, por lo que se habría considerado erradamente la circunstancia de la letra a) del artículo 40 de la LOSMA.

e.1) Postula que la superación de 14 horas de MP el año 2017 representaría el 0,1% de las horas del año. Respecto de las horas fuera de norma- al igual que en el cargo N° 1-, da cuenta de las explicaciones técnicas que explicarían la superación de dicho parámetro.

40. Al respecto, se reproduce lo señalado a propósito del cargo I, específicamente lo dicho en relación a la alegación descrita en el literal d.1). En cuanto a las características de las superaciones de MP, el considerando 266 de la resolución recurrida, dispuso que "(...) se aprecia que las horas de superación, si bien son más numerosas que en la infracción del Cargo I representan, en general, magnitudes más bajas de superación en relación al límite normativo, el cual no obstante es menor en este caso (30 mg/m³N), al tratarse de una fuente nueva. Lo anterior, exceptuando una superación de gran magnitud el 22 de diciembre de 2017, a las 6:00, en que se verificó una emisión de 1.283 mg/m³N. Las superaciones se encuentran distribuidas en distintas estaciones del año y se verifican mayoritariamente en el horario diurno.". Agrega el considerando 268 que "(...) en el caso de la UGE N° 2, se presentan 14 superaciones, las que van **de 30,3mg/m³N a los 1282 mg/m³N, vale decir, entre 1% y 4176% por sobre el valor de la norma. Sin embargo, este último registro destaca junto a varios otros por su elevada magnitud, encontrándose otros 6 registros que presentan magnitudes de 85 mg/m³N, 134 mg/m³N, 139 mg/m³N, 219 mg/m³N y 266 mg/m³N, vale decir 182%, 348%, 363%, 637%, 772% y 787% por sobre el valor normativo. Así, se puede indicar que la mitad de los incumplimientos al valor límite de emisión para esta UGE N° 2 presentan altas magnitudes**".

41. En definitiva, y al igual que en el cargo anterior, es especialmente relevante para este servicio la magnitud de las superaciones y su concentración horaria.

e.2) Por su parte, la recurrente indica que la superación de 360 horas de Nox el año 2017, representaría el 4% de las horas del año. Aun cuando no habría sido posible establecer un detalle por hora como en el caso de MP, afirma que aproximadamente 2/3 de las superaciones de NOx fueron menores a 250 mg/NM3, y acompañan una tabla.

42. Al respecto, se reproduce lo señalado a propósito del cargo I, específicamente lo dicho en relación a la alegación descrita en el literal d.1). En lo referente a las superaciones del límite normativo de NOx el año 2017, el considerando 271 dispuso lo siguiente: "cabe señalar que, en total, se registraron 360 superaciones, las que van desde los **201 a los 564 mg/m³, lo que equivale a un 1% y 182% sobre el valor de la norma. De ellas, el 28% (102 registros) se encuentra en niveles por sobre los 250 mg/m³N. Por otra parte, el 9% de las superaciones**

(34 registros) presentan magnitudes superiores a 300mg/m³N, y el 2% (7 registros) se encuentran por encima de los 400 mg/m³N. Al categorizar los incumplimientos por día, se puede indicar que el valor de la norma se superó en 106 días del año, la gran mayoría de ellos presentan incumplimientos consecutivos de 2 a 6 horas. Particularmente existen 8 días en que las superaciones corresponden a más de 10 horas consecutivas, alcanzando incluso las 14 horas continuas de superación.”. Por su parte, el considerando 272 agrega que “[p]or tanto, se aprecia que las horas de superación, son numerosas y representan magnitudes relevantes respecto al límite de emisión (200 mg/m³N). Las superaciones se encuentran distribuidas en distintas estaciones del año y se verifican mayoritariamente en el horario diurno. En general, las horas de superación se encuentran concentradas horariamente, verificándose las 360 horas de superación en un total de 106 días del año, con incumplimientos consecutivos entre 2 y 6 horas, lo que también cumple un criterio de seriedad adicional en relación al riesgo creado.”.

43. En definitiva, y al igual que en el cargo anterior, es especialmente relevante para este servicio la magnitud de las superaciones y su concentración horaria.

e.3) La recurrente agrega que este servicio habría efectuado una referencia genérica a lo señalado por la EPA, y al estudio presentado en el marco de la elaboración de la NECT. Concluye señalando que las referencias genéricas que este servicio habría utilizado, y 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.

44. Sobre este punto, se reitera lo señalado en relación a la ponderación del peligro a propósito de la infracción contenida en el cargo I, y lo dicho respecto a la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental, en términos de su ponderación para efectos de determinar el valor de seriedad de la infracción.

e.4) Adicionalmente, la recurrente señala que parece inconcebible que la SMA no haya considerado el tipo de combustible utilizado por CTB Lautaro, teniendo presente que se trata de biomasa, que tiene claras diferencias con otros combustibles sólidos en cuanto a su composición y emisiones.

45. En esta línea, es menester señalar que la razón obedece a lo señalado en el considerando 276 de la resolución recurrida, que dispuso que “(...) en el análisis de esta Superintendencia sobre los criterios a ponderar para determinar el peligro ocasionado con ocasión de las infracciones, se ha descartado la atención al tipo de combustible utilizado al momento de superarse el límite normativo. Ello por cuanto la definición normativa del D.S. N° 13/2011, estableció un límite diferenciado dependiendo si se utiliza combustible sólido o líquido, otorgando un mayor límite de emisión tanto de MP como de NOx tratándose de combustible sólido, como es el presente caso”.

e.5) Finalmente, la recurrente reitera que no se entiende la diferencia con el caso Bocamina, en que el riesgo para el medio ambiente fue calificado de envergadura baja.

46. Al respecto, se reitera lo señalado en relación al caso seguido contra la Central Termoeléctrica Bocamina, en el contexto del cargo I.

47. En virtud de todo lo expuesto, se procederá a rechazar las alegaciones de la recurrente en esta materia.

f) Respecto del cargo N° 3: Postula que la infracción se encontraría prescrita, no existiendo como sostiene este servicio, una infracción permanente.

48. Sobre este punto, tal como se expuso precedentemente en esta resolución, la recurrente postula que sería irrelevante que se haya mantenido la situación antijurídica de no presentación de los informes de aseguramiento de calidad correspondiente, por lo que a su juicio la prescripción comenzaría a computarse desde que se materializa el ilícito, esto es, el 10 de julio de 2015, encontrándose la infracción prescrita.

49. Al respecto, cabe recordar que el hecho infraccional imputado en el Cargo III consistió en la no presentación de los informes de aseguramiento de calidad para los CEMS de NOx y O2 de la UGE N° 1 el año 2015. Respecto a esta infracción, COMASA argumentó en sus descargos que la misma se encontraría prescrita, al haber transcurrido más de 3 años desde la comisión del hecho infraccional, dado que el informe de resultado de aseguramiento de calidad debía ingresarse antes de los 12 meses siguientes a la fecha establecida en la Res. Ex. N° 503/2015, esto es, antes del 10 de julio de 2015. Agrega que, al haberse omitido el cumplimiento de esta obligación, la infracción se habría verificado con esa fecha, a partir de lo cual habría empezado a correr el plazo de prescripción de 3 años, establecido en el artículo 37 de la LOSMA.

50. Cabe señalar que la resolución recurrida se hace cargo de dichas alegaciones en los considerandos 152 y 159, a propósito de la configuración de la infracción, concluyendo que en este caso, se darían los presupuestos para considerar que estamos frente a una infracción permanente, descartando así la alegación de prescripción sostenida por la empresa. En esta línea, se hacen algunas referencias en torno a lo que la doctrina ha entendido por infracción permanente, como aquella que señala que esta se define como aquella en que “[...] una acción u omisión única crea una situación antijurídica, cuyos efectos permanecen hasta que el infractor cambia su conducta”.⁷ Una de las alegaciones que expone el recurrente en su recurso, es que llama la atención que este servicio haya citado dos definiciones incompatibles entre sí, toda vez que además de la cita señalada precedentemente, se da otra definición que señala que las infracciones permanentes son “aquellas 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”.⁸ Así, mientras una definición habla de que la infracción permanente puede tener su origen en una acción u omisión, la segunda de las definiciones solo contempla la primera de dichas hipótesis, postura a la que adhiere el recurrente.

51. En esta línea, a juicio de este servicio, más allá de si se trata de una acción u omisión, pareciera ser que lo característico de las infracciones permanentes- y en esto hay amplia doctrina, que a continuación se cita- **es la creación de una situación antijurídica duradera que el sujeto mantiene en el tiempo dolosa o imprudentemente, o, dicho en otras palabras, que los efectos de esa situación antijurídica permanezcan hasta que el infractor cambie su conducta.** Lo relevante entonces es que el administrado se mantenga en una situación infractora, y cuyo mantenimiento le sea imputable.⁹ Sobre el particular, Ángeles de Palma del Teso¹⁰ señala que las infracciones permanentes se caracterizan porque determinan la creación de una situación antijurídica que se prolonga durante el tiempo por voluntad de su autor, de tal forma que el ilícito se sigue consumando. En esta línea, puede que exista discusión en torno a si puede dar origen a una infracción permanente una conducta omisiva, pero en ningún caso existe una opinión

⁷ NIETO GARCÍA, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador, 5ª Edición, Madrid, Editorial Tecnos, p. 493.

⁸ GÓMEZ TOMILLO, Manuel/SANZ RUBIALES, Iñigo, Derecho Administrativo Sancionador. Parte General, 3ª Edición, Pamplona, Editorial Aranzandi, Año 2013, p. 649.

⁹ BACA ONETO, Víctor, La Prescripción de las Infracciones y su Clasificación en la Ley del Procedimiento Administrativo General (En especial, análisis de los supuestos de Infracciones Permanentes y Continuadas), Derecho y Sociedad 37 Asociación Civil, 2011, p. 268. En palabras de Baca Oneto, «son aquellas infracciones en donde el administrado se mantiene en una situación infractora, cuyo mantenimiento le es imputable».

¹⁰ PALMA DEL TESO, Ángeles, Las infracciones administrativas continuadas, las infracciones permanentes, las infracciones de estado y las infracciones de pluralidad de actos: distinción a efectos del cómputo de plazo de prescripción en Revista Española de Derecho Administrativo N° 112, 2001 p. 557.

unánime en la doctrina en torno a este tema, como pretende dar a entender el recurrente. Así, se reitera la definición dada por Alejandro Nieto García, que habla de una “acción u omisión”, destacándose también lo señalado por Víctor Baca Oneto, que incluye dentro del concepto de infracciones permanentes, ciertas infracciones por omisión, en donde la conducta infractora- y aquí da como ejemplo la no entrega de determinada información- permanece mientras se mantenga el deber de actuar.¹¹ En esta misma línea se ha pronunciado el Segundo Tribunal Ambiental, destacándose un fallo reciente-Rol R N° 206-2019, de fecha 15 de julio de 2020-, en que señala que la elusión al SEIA-omisión- es una infracción permanente.

52. Ahora bien, aclarado lo anterior, corresponde evaluar si estamos frente a una infracción que haya generado una situación antijurídica duradera que el sujeto mantuvo en el tiempo dolosa o imprudentemente. Sobre este punto, la resolución recurrida aborda adecuadamente el alcance y sentido de la obligación cuya infracción se imputó, señalando que la omisión de entrega de los informes constituye una infracción al numeral 4 de la Res. Ex. N° 583/2014, que aprueba el Anexo III del Protocolo para Validación de CEMS, referido, entre otras materias, a los informes de aseguramiento de calidad. Se expuso que dicho Protocolo se fundamenta, por su parte, en lo señalado en el artículo 13° del D.S. N° 13/2011. Así, conforme al numeral 4 recién citado, que establece requisitos generales del sistema de aseguramiento de calidad CEMS de gases, “[l]a fecha de ingreso a la SMA del “Informe de resultados de los Ensayos de Validación” deberá ser previa al cumplimiento de 12 meses, contados a partir de la fecha establecida en la resolución otorgada por la SMA donde se aprueba el CEMS”. La importancia de estos informes de resultado de aseguramiento de calidad es patente, pues según establece el mismo Anexo III del Protocolo, “el titular de la fuente, deberá velar por el óptimo funcionamiento del CEMS validado, cumpliendo en todo momento con un sistema de aseguramiento de calidad y una serie de actividades orientadas al resguardo del buen funcionamiento del CEMS que ha sido instalado en la chimenea para medir sus emisiones”. En tales circunstancias, los requisitos de aseguramiento de calidad son esenciales para permitir la evaluación de cumplimiento del D.S. N° 13/2011.

53. En esta línea, de conformidad a lo señalado, se sostuvo en la resolución recurrida que la infracción de la exigencia de presentar los informes de resultados de aseguramiento de calidad no puede entenderse agotada en la misma fecha en que vence el plazo para su presentación, en particular, al no verificarse una validación de los datos a partir de dicha fecha. Por cada día que transcurre, una vez cumplido el plazo con fecha 10 de julio de 2015, en que COMASA no ha presentado los informes de resultados ni ha informado a esta Superintendencia sobre la ejecución de estos ensayos, se configura una infracción al Protocolo para Validación de CEMS, lo que a su vez se traduce en una infracción al D.S. N° 13/2011. Cabe reiterar que la presentación de dichos informes es esencial para evaluar la calidad de los datos permitiendo la validación para los parámetros NOx y O2, lo que a su vez es esencial para evaluar el cumplimiento del D.S. N° 13/2011.

54. Bajo el entendido que la Res. Ex. N° 503/2015 otorgaba un plazo hasta el 10 de julio de 2015 para presentar los ensayos de validación respectivos para el período inmediatamente siguiente, COMASA no solo no presentó los ensayos, sino que omitió informar sobre la materia a esta SMA. Como se especificó en la formulación de cargos, se requirió a la Empresa que presentara los ensayos de aseguramiento de calidad mediante Res. Ex. N° 438/2016, ante lo cual, el 16 de junio de 2016, COMASA responde en su carta PEL.G.16.011 que no se habían

¹¹ Señala que son infracciones permanentes, aquellas infracciones en donde el administrado se mantiene en una situación infractora, cuyo mantenimiento le es imputable. A diferencia del caso anterior (infracciones instantáneas con efectos permanentes), no son los efectos jurídicos de la conducta infractora los que persisten, sino la conducta misma. Es el caso, por ejemplo, de quien opera sin licencia (que sería distinto del tipificado como abrir o construir sin licencia, que se consuma en un momento determinado, luego del cual perduran únicamente sus efectos). En estos casos, se admite que la prescripción se produce desde que cesa la conducta infractora, asimilándose a este supuesto ciertas infracciones por omisión, en donde la conducta infractora (por ejemplo, no entregar determinada información) permanece mientras se mantenga el deber de actuar. Baca Oneto, Víctor, Ob. Cit., p. 268.

realizado estos ensayos. Más aún, la Empresa realizó los ensayos recién en junio de 2016, entendiéndose validados los datos, de acuerdo a la Res. Ex. N° 28, de 17 de enero de 2017, solo a partir del 8 de junio de 2016. Como puede apreciarse, la omisión de presentar informes de aseguramiento de calidad para NOx y O2, tuvo como consecuencia una ventana de aproximadamente 11 meses en que no se contó con datos de calidad asegurada para dichos parámetros.

55. Sobre este punto es importante destacar que la obligación de presentar dichos informes resultaba exigible en el año 2016, en que esta SMA requirió los informes omitidos, es decir, el objetivo o sentido que está detrás de dicha obligación se mantiene, independiente de que haya pasado el plazo estipulado para su presentación, permaneciendo el deber de actuar, en este caso de efectuar los ensayos- aunque estos se realicen fuera de plazo- y entregar dicha información a la administración. En esta línea, a juicio de este servicio, y dadas las características particulares de la infracción imputada en este caso, se estima que se dan los presupuestos que caracterizan a las infracciones permanentes, debiendo comenzar a contabilizarse el plazo de prescripción desde el día en que el titular modificó su conducta en el año 2016.

56. En razón de lo expuesto, y en base además a lo señalado sobre este punto en la resolución recurrida, se procede a rechazar la alegación de la recurrente en esta materia.

g) Respecto del cargo N° 4: Postula falta de dolo en la infracción y concurrencia de error de tipo, además, se habría ponderado erróneamente la circunstancia prevista en la letra i) del artículo 40 de la LOSMA.

57. En esta línea, señala el recurrente que la doctrina ha entendido que la exigencia de un obrar deliberado o intencional, como sería el caso de esta infracción, limita la aplicación del elemento subjetivo exclusivamente a un obrar doloso, lo que no ha sucedido en este caso, ya que el hecho de que la empresa haya tenido conocimiento de la obligación no necesariamente implica que su actuar fue doloso, dado que el conocimiento también se encuentra presente en la culpa consciente. Agrega que la distinción relevante es respecto del otro elemento del dolo, a saber, el volitivo. Y como la propia SMA habría reconocido en la resolución recurrida, la empresa habría actuado bajo error, lo cual es incompatible con cualquier forma de dolo, aun cuando se trate de un error reiterativo. En base a lo anterior, considera que no se dan los presupuestos para calificar esta infracción como gravísima.

58. Al respecto, sobre este punto es relevante indicar que un obrar intencional no necesariamente exige que el regulado actúe con conocimiento y voluntad de incumplir la norma- dolo directo-, sino que también contempla la hipótesis de aquel que sabe que si actúa de una determinada manera hay posibilidades de que se produzca el resultado lesivo, y sin embargo decide seguir adelante- dolo eventual.¹² En esta línea, las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales, a propósito de la ponderación de la intencionalidad como circunstancia del artículo 40 de la LOSMA, señala que al evaluar la concurrencia de esta circunstancia se tendrá especialmente en cuenta la prueba indirecta, principalmente la prueba indiciaria o circunstancial¹³. Agrega que esta prueba podrá dar luces sobre las decisiones adoptadas

¹² En relación a las diferentes categorías de dolo, véase sentencia Segundo Tribunal Ambiental caso Pampa Camarones, considerando centésimo quincuagésimo sexto, en la cual señala: “[...] para que estemos en presencia de una conducta dolosa, a lo menos debe probarse la concurrencia de dolo eventual [...]”. Véase también la sentencia de la Excm. Corte Suprema en el fallo del caso Boyeco, considerando decimosexto: “[...] la intencionalidad, en sede administrativa sancionadora, corresponde al conocimiento de la obligación contenida en la norma, así como de la conducta que se realiza y sus alcances jurídicos [...]”

¹³ Véase sentencia Segundo Tribunal Ambiental, caso Pampa Camarones, considerando centésimo quincuagésimo octavo: “[...] uno de los problemas fundamentales que se presenta respecto del dolo, es la dificultad para acreditarlo, debido a que su configuración requiere averiguar determinadas circunstancias de carácter subjetivas. Por esta razón, la Excelentísima Corte Suprema ha explicitado que “el medio probatorio

por el infractor y su adecuación con la normativa. En línea con lo anterior, dispone que, en la evaluación de la intencionalidad, se considerarán las características particulares del sujeto infractor y el alcance propio del instrumento de carácter ambiental respectivo. Esto debido a que elementos como la experiencia, el grado de organización, las condiciones técnicas y materiales de operación, entre otros, influyen en la capacidad para adoptar decisiones informadas.

59. Por su parte, el Tercer Tribunal Ambiental, en causa Rol N° R 64-2018, considerando octogésimo segundo, sostuvo lo siguiente: *“No obstante, debe tenerse presente que las tres circunstancias descritas en la citada letra e) del N° 1 del art. 36 de la LOSMA, esto es «hayan impedido deliberadamente la fiscalización», «encubierto una infracción» o «evitado el ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia», requieren que exista intencionalidad, ya que suponen acciones conscientes y deliberadas. Para probar la intencionalidad, el estándar de prueba aplicable en el procedimiento sancionatorio, no es más allá de toda duda razonable, sino la probabilidad preponderante, por tanto, no es necesaria una prueba que demuestre la intencionalidad más allá de toda duda razonable, sino que basta que exista mayor probabilidad de un actuar deliberado”*.

60. En el presente caso, este servicio tuvo en consideración una serie de antecedentes, tales como el grado de organización de la empresa, el rubro específico en que desarrolla sus actividades, las condiciones técnicas y materiales de operación y, sobre todo, la experiencia en presentar los reportes trimestrales en años anteriores, antecedentes que a juicio de este servicio se traducen en una capacidad para adoptar una decisión informada al momento de responder el requerimiento de información que efectuó esta Superintendencia, y cuyo incumplimiento se imputó en el cargo IV. Conforme a lo ya señalado, el cumplimiento oportuno, íntegro y correcto de las exigencias establecidas en el D.S. N° 13/2011, resulta esencial para asegurar la concreción de los objetivos ambientales de la normativa infringida. La situación no podía sino estar en conocimiento de COMASA al momento de verificarse la infracción, debiendo la empresa haber contado con mecanismos idóneos para evitar los errores que hicieron imposible la evaluación de cumplimiento normativo el año 2016.

61. Por su parte, tal como se expuso en la resolución recurrida, a propósito de la clasificación de gravedad de esta infracción, la norma de emisión tuvo un dilatado proceso de implementación, existiendo asimismo una gradualidad en el cumplimiento de la norma, que se encuentra prevista específicamente para las fuentes existentes que debieron ajustarse a la nueva regulación. Los antecedentes apuntan a un período de implementación inicial que ya había transcurrido al momento de verificarse la infracción del Cargo IV. Sobre este punto cabe señalar que el año 2017, la División de Fiscalización de esta Superintendencia analizó los informes trimestrales enviados por COMASA para las UGE Lautaro I y Lautaro II a lo largo del año 2016, detectando respecto de ambas UGE, que los informes enviados para el primer, segundo, tercer y cuarto trimestre presentaban numerosas inconsistencias, reportando potencia igual a cero durante horas de régimen, entregando además datos de concentración en blanco y valores negativos en horas de funcionamiento de la fuente, todo lo cual impedía la evaluación del cumplimiento normativo. En razón de lo anterior, se requirió de información a la empresa, mediante Resolución Exenta N° 359, de 25 de abril de 2017, solicitando los antecedentes necesarios para evaluar el cumplimiento de la norma de emisión durante el año 2016, instruyendo la forma y modo de presentación. No obstante, la información presentada por COMASA en respuesta al requerimiento de información no logró subsanar las deficiencias detectadas inicialmente en los informes trimestrales, presentando nuevamente información con inconsistencias, incluso en ciertos casos las inconsistencias aumentaron en la segunda versión del informe, a pesar de haber dado este servicio la oportunidad de reingresar los datos requeridos por la norma. En consideración a lo anterior es que se le imputó

por excelencia al que se recurre en la praxis para determinar la concurrencia de procesos psíquicos sobre los que se asienta el dolo no son las ciencias empíricas, ni la confesión autoinculpatoria del imputado, sino la llamada prueba indiciaria o circunstancial, plasmada en los denominados 'juicios de inferencia' (Ragües y Vallés, op. cit., pág. 238) [...]”. Véase, asimismo, sentencia de la Excm. Corte Suprema, caso Pampa Camarones, en la cual confirma la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental.

el cargo IV, consistente en incumplir el requerimiento de información antes citado, calificando dicha infracción como gravísima.

62. A mayor abundamiento, según se expuso en la resolución recurrida, no puede desconocerse el historial de cumplimiento del D.S. N° 13/2011 por parte de la empresa. Cabe destacar que, ya el año 2014, resultaba exigible a COMASA la entrega de los informes trimestrales del CEMS, para dar cumplimiento al D.S. N° 13/2011. La falta de presentación de esos informes dio lugar al procedimiento sancionatorio Rol F-020-2015, presentando la titular un programa de cumplimiento cuya ejecución satisfactoria fue declarada por este servicio. Asimismo, con posterioridad, es posible comprobar que la empresa ha incurrido sostenidamente en errores al momento de reportar los resultados de los CEMS, habiendo gozado ya en numerosas oportunidades, de espacios de aprendizaje tras los cuales no fue objeto de sanción alguna. Esta situación ya impide seguir sosteniendo, al momento de presentar los informes trimestrales respecto al cumplimiento de la norma de emisión durante el año 2016, que la infracción obedece a errores justificables por parte de la empresa, o que esta no pudo representarse las consecuencias o alcances de su actuar negligente.

63. Asimismo, es relevante destacar las graves consecuencias de lo ocurrido. Al haberse presentado información inconsistente, que impedía evaluar el cumplimiento normativo, esta SMA se vio impedida de la posibilidad de determinar si el año 2016, la Central Lautaro emitió MP o NOx en cantidades superiores a lo permitido por la norma de emisión. Ello acarrea la imposibilidad de determinar, por otra parte, si estas eventuales excedencias causan situaciones de riesgo para la salud de la población o el medio ambiente. El hecho de que la presentación de información errada en este caso acarree, como consecuencia, la imposibilidad de evaluar el cumplimiento de la norma, corresponde a una infracción gravísima, pues de otra manera se burlaría el sentido de la norma de emisión.

64. Todo lo anterior revela, a lo menos, que la empresa estaba en condiciones de representarse la posibilidad cierta de que su actuar estaba evitando en los hechos el ejercicio de las atribuciones de la SMA, es decir, tenía conciencia del alcance de sus actos y de la elevada probabilidad de que se produjese el resultado dañoso, no obstante, persistió en su conducta. Lo anterior, a juicio de este servicio es suficiente para clasificar dicha infracción por el artículo 36 N° 1 letra e) de la LOSMA. Con todo, para este cargo este servicio aplicó una multa de 238 UTA, pudiendo llegar este tipo de infracciones a un tope de multa de 10.000 UTA. Finalmente, en base a lo expuesto, se descarta asimismo las alegaciones referentes a que este servicio no habría ponderado adecuadamente los descargos en lo que respecta a la clasificación de gravedad de esta infracción, y que fuera detallada en el literal a.2) precedente.

65. En otro orden de ideas, en cuanto a la alegación referente a que este servicio habría ponderado erróneamente la circunstancia prevista en la letra i) del artículo 40 de la LOSMA, en el sentido de no ponderar como medida correctiva la contratación de una asesoría especializada para efectos de enmendar parte de los reportes y efectuar los futuros; es menester señalar que, tras un nuevo análisis de los antecedentes acompañados por la empresa en el procedimiento sancionatorio, se aprecia que esta contrató los servicios de la empresa "Proterm" en diciembre de 2017, acompañando la respectiva orden de compra para una auditoría de reportes asociada al D.S. N° 13/2011, y factura de la misma fecha. Es decir, la contratación de la asesoría fue efectuada con posterioridad a la respuesta al requerimiento de información- junio de 2017-, que sirvió de base para formular el cargo IV. Asimismo, es importante considerar que la contratación de la asesoría no se habría orientado a subsanar los problemas detectados en la entrega de la información que dio lugar al cargo IV, pues nunca fue presentada la información necesaria para efectos de poder evaluar el cumplimiento de la norma en el año 2016, sin embargo, este servicio no puede desconocer que se solucionó la entrega de los reportes en 2017.

66. En esta línea, la medida en realidad buscó perfeccionar la entrega de los reportes posteriores correspondientes al año 2017, en circunstancias

que las Bases Metodológicas habla de "*corregir los hechos constitutivos de infracción y eliminar o reducir sus efectos, o para evitar que se generen nuevos efectos*". En cuanto a la idoneidad, eficacia y oportunidad de las acciones, este Superintendente estima que la acción es idónea (asesoría técnica especializada) y eficaz (solucionaron la entrega de reportes el año 2017), pero no puede decirse que sea oportuna para corregir el hecho constitutivo de infracción y hacerse cargo de los efectos de la infracción del cargo IV.

67. En razón de lo anterior, se procederá a acoger dicha alegación en los términos expuestos, lo que **será considerado como una circunstancia que procede como factor de disminución del componente de afectación**, para efectos de la sanción correspondiente a esta infracción.

Capacidad económica alegada por la empresa

68. Finalmente, en cuanto a la capacidad económica alegada por la empresa, cabe señalar en primer lugar, que la capacidad de pago corresponde a una circunstancia ponderada de forma eventual, excepcional y a solicitud expresa del infractor, quién debe proveer la información correspondiente para acreditar que efectivamente se encuentra en situación financiera que le dificulta en gran medida, o le imposibilita, hacer frente a la multa.¹⁴ Es importante señalar que en la ponderación de una eventual reducción de la multa por motivo de la capacidad de pago del infractor, esta Superintendencia debe considerar no solamente aspectos puramente económicos o financieros, sino también la seriedad de las infracciones y los efectos que estas generaron o pudieron generar, la intencionalidad en la comisión de las infracciones, entre otras circunstancias que concurran en el caso. La deficiente capacidad de pago del infractor no puede ser fundamento para imponer una sanción que no cumpla su fin preventivo, pues la respuesta sancionatoria debe generar un efecto disuasivo, de manera de prevenir futuros incumplimientos ambientales.¹⁵

69. Para la evaluación de la capacidad de pago del infractor por parte de esta Superintendencia, fue necesario contar con información adicional a la presentada inicialmente en el marco del recurso de reposición, información que fue requerida a la empresa por la SMA.

La empresa acompañó la siguiente información:

- a) Los Estados Financieros al 31 de diciembre de los años 2015 a 2019, auditados.
- b) El Estado de Situación Financiera y el Estado de Resultados al 31 de mayo del año 2020.
- c) Balances tributarios al 31 de diciembre de 2019 y al 31 de mayo de 2020.
- d) Cálculo de los siguientes ratios para los años 2016, 2017 y 2018: Ratio de endeudamiento (deuda sobre patrimonio), razón corriente (activo circulante sobre pasivo circulante) y tres ratios de rentabilidad (utilidad neta sobre patrimonio, activo total y ventas, respectivamente).¹⁶

70. Previo a la evaluación de la capacidad de pago por parte de la empresa, se debe explicitar claramente cuál es la multa que finalmente se impondrá, luego de las alegaciones de la empresa presentadas en el recurso de reposición que fueron acogidas por esta Superintendencia, y que tienen un impacto en la sanción final a imponer. En este sentido, en el presente caso se acogió la alegación relativa a la consideración de medidas correctivas, de acuerdo a lo señalado en los considerandos 64 a 66. Adicionalmente, en el marco del presente recurso de reposición, procede ponderar una circunstancia excepcional, la cual se describe a continuación.

¹⁴ "Bases Metodológicas para la determinación de sanciones ambientales, actualización 2017", páginas 44 y 74.

¹⁵ "Bases Metodológicas para la determinación de sanciones ambientales, actualización 2017", páginas 74 y 75.

¹⁶ Véase página 17 del recurso de reposición presentado por la empresa.

71. Como es de público conocimiento, el país se encuentra atravesando una crisis sanitaria causada por la pandemia de coronavirus (COVID-19). Al respecto, el Ministerio de Salud decretó alerta sanitaria por emergencia de salud pública de importancia internacional, mediante D.S. N° 4, de 5 de enero de 2020. Con fecha 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud calificó el brote de COVID-19 como una pandemia global. Luego, el 18 de marzo de 2020, el Ministerio del Interior declaró estado de excepción constitucional de catástrofe, mediante el D.S. N° 104, de 18 de marzo de 2020, modificado luego por el D.S. N° 106 de 19 de marzo del mismo año.

72. Es un hecho público y notorio que el manejo sanitario de la pandemia de COVID-19 ha generado restricciones a los derechos de las personas. Estas restricciones significan, en adición a las consecuencias inherentes a la crisis sanitaria, un impacto económico significativo, al afectarse la operación tradicional de las empresas, situación que está afectando transversalmente a los distintos actores de la economía nacional, aunque con distinta intensidad según el tamaño económico o giro de los mismos.

73. Así las cosas, resulta necesario que esta Superintendencia internalice los efectos económicos de la pandemia de COVID-19 al ejercer su potestad sancionatoria, en particular tomando en cuenta que conforme al artículo 40, letra i) de la LOSMA, para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerará "todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción". La circunstancia de la pandemia de COVID-19 y sus consecuencias para el normal funcionamiento de las empresas, resulta del todo relevante para determinar la sanción que será propuesta al Superintendente.

74. Al respecto, para efectos de cuantificar el impacto de la crisis sanitaria en la actividad de los diferentes actores económicos, se tuvo a la vista la Segunda Encuesta a Empresas ante COVID-19, efectuada por la Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de Chile en el mes de abril de 2020,¹⁷ conforme a la cual es posible observar la capacidad de funcionamiento promedio de las empresas, según su tamaño, respecto de su funcionamiento bajo condiciones normales. En base a una proyección de la capacidad de funcionamiento promedio por tamaño de empresa para el periodo abril-diciembre 2020, se establecieron factores de ponderación base para la determinación de las sanciones, los cuales, de acuerdo a la categoría de tamaño económico del infractor, resultan o no en una disminución de la sanción a aplicar. Conforme a lo anterior, se aplicará el factor correspondiente al infractor en el presente caso.

75. Sin perjuicio del tamaño económico considerado para la determinación de la sanción impuesta mediante la resolución sancionatoria recurrida, se considerará para estos efectos el tamaño económico determinado con la información más reciente que dispone esta Superintendencia al día de hoy, el cual corresponde a Gran Empresa N°2.¹⁸

¹⁷ Disponible en <https://www.cnc.cl/wp-content/uploads/2020/04/Resultados-Segunda-Encuesta-Empresas-ante-COVID19-Abril.pdf> [fecha última visita: 21 de mayo de 2020].

¹⁸ De acuerdo al estado de resultados al 31 de diciembre de 2019, la empresa presenta ingresos de operación de MUS\$19.783, equivalentes a \$14.812.323.420 considerando el tipo de cambio 748,74 señalado en los EEEF presentados por la empresa. Dichos ingresos se encuentran en el rango de entre UF 200.000 y UF 600.000, al valor de la UF del 31 de diciembre de 2019, de \$28.310.

76. Luego de la aplicación de los ajustes señalados anteriormente, la multa total del caso asciende a 809 UTA, equivalente a \$ 487.919.92319. Puesto que las cifras contenidas en los Estados Financieros de la empresa (en adelante, "EEFF") se encuentran expresados en dólares estadounidenses, para efectos del análisis se considerará un valor referencial de la multa en esta moneda, considerando el valor del tipo de cambio promedio del mes de mayo de 2020,²⁰ puesto que los EEFF más recientes aportados por la empresa corresponden a dicho mes. Lo anterior resulta en un valor de multa de MUS\$ 594.

77. A partir de la información que se tuvo a la vista, con el objeto de evaluar la capacidad de pago de la multa, la SMA efectuó un análisis de la situación de la empresa fundamentalmente en base a los Estados Financieros auditados informados para los años 2017 a 2019, el Estado de Situación y el Estado de Resultados al 31 de mayo de 2020.

Análisis general en base a información de resultados, ratios de liquidez y de solvencia

78. La información contenida en los Estados de Resultados del periodo 2017 a mayo 2020, permite evaluar los resultados de la empresa en el periodo. Se observa que ésta presenta resultados operacionales positivos en los años 2017 y 2018, de MUS\$ 5.585 y MUS\$ 6.429 respectivamente²¹ y resultados a nivel de utilidad neta negativos (pérdidas) de MUS\$ 2.879 y MUS\$ 24, para los años 2017 y 2018 respectivamente²². Los resultados a nivel operacional y utilidad neta en 2019 resultan, ser valores positivos, de MUS\$ 6.662 y MUS\$ 479, respectivamente.

79. En relación a los resultados observados en el año 2019, la empresa señala: *"El resultado de la empresa Comasa SpA el año 2019, fue una utilidad de MUSD 479 (se adjunta EEFF Auditado). Sin embargo, a pesar de ser un resultado positivo (luego de tres años anteriores con pérdidas) la naturaleza del negocio presenta una estacionalidad en los resultados de la compañía durante el año, donde el primer semestre tiene buenos resultados, los cuales en su mayoría se revierten el segundo semestre de cada año. Esto se debe a que el precio de venta de energía cae en promedio un 30% los segundos semestres respecto de los primeros. De esta manera el resultado de la compañía el primer semestre de 2019 era una utilidad de MUSD 2.480, sin embargo, el resultado el segundo semestre de ese año fue una pérdida MUSD 2.008, terminando el año finalmente con una utilidad de MUSD 479."*²³ Respecto de los resultados del año 2020 al mes de mayo, se observa un resultado operacional de MUS\$ 1.670²⁴ y una utilidad neta del ejercicio de MUS\$ 2.255. Cabe señalar que la empresa hace presente ciertas prevenciones respecto de las proyecciones de estas cifras a diciembre de este año señalando lo siguiente: *"Durante el presente año, la compañía lleva una utilidad a Mayo de MUSD 2.255 (se adjunta a esta carta el pre-balance a Mayo 2020), pero se estima que este año los resultados de la compañía terminarán con pérdidas. La disminución en la*

¹⁹ Al valor de la UTA del mes de agosto de 2020, de \$603.264.

²⁰ Correspondiente a \$821,81.

²¹ Se considera resultado operacional descontando el efecto contable de la depreciación del activo fijo, contenida en los costos de ventas y gastos de administración, por no constituir un gasto desembolsable.

²² Cabe indicar que el resultado a nivel de utilidad neta incorpora ingresos y gastos generados por actividades no relacionadas con la operación de la empresa, ingresos y costos financieros, así como también partidas que no constituyen gastos desembolsables o ingresos efectivos, como los resultados por unidades de reajuste y diferencias de cambio. Además, incorpora la partida de impuestos, que no necesariamente corresponde a lo desembolsado efectivamente por concepto de impuestos.

²³ Véase página 2 del escrito de respuesta de COMASA a la Res. Ex. N°1095 de 1 de julio de 2020, de la SMA, que solicita antecedentes que indica, previo a resolver recurso de reposición interpuesto.

²⁴ Este valor se encuentra subestimado respecto a los resultados calculados para los años anteriores, puesto que no se cuenta con la información de gastos de administración desagregados y por lo tanto no fue posible sustraer el monto de la depreciación del activo fijo.

demanda de energía producto de la caída económica que está sufriendo el país, a raíz de la Pandemia Mundial del Covid-19, y por otro lado la gran cantidad de agua caída las últimas semanas, llevarán a precios históricamente bajos de la energía durante el segundo semestre.”

80. A partir de la información contenida en los Estados de Situación del periodo 2017-2020, se realizó un análisis en base al método de ratios financieros,²⁵ el cual permite obtener una visión respecto de la liquidez y la solvencia de la empresa, dos aspectos determinantes en la capacidad de pago. A partir del análisis se observa que la empresa presenta un déficit de liquidez a mayo del año 2020, habiendo presentado positivos indicadores de liquidez a diciembre de los años 2017, 2018 y 2019. El ratio razón circulante -activos circulantes sobre pasivos circulantes- al 31 de diciembre de los años 2017, 2018 y 2019 es de 3,52, 6,73 y 1,86 respectivamente, lo que indica que la empresa contaba con activos liquidables en el corto plazo que superaban con creces el monto necesario para para cubrir sus obligaciones de corto plazo con terceros. Al 31 de mayo del año 2020, en cambio, se observa un déficit de liquidez, aunque reducido, con un ratio de 0,55, que indica que a esa fecha los activos de corto plazo no eran suficientes para cubrir en su totalidad las obligaciones de corto plazo de la empresa.

81. Respecto del nivel de endeudamiento, a partir de los indicadores de solvencia se observa un nivel de endeudamiento moderado en todo el periodo observado, y una disminución del nivel de endeudamiento en el año 2019 y el 2020. El ratio deuda sobre patrimonio al 31 de diciembre de 2018 fue de 1,19 y el ratio de deuda sobre activos fue de 0,54, dando cuenta de un nivel moderado de apalancamiento de la empresa para la financiación de sus activos, al igual que lo observado el año anterior²⁶. Al 31 de diciembre de 2019 y al 31 de mayo de 2020 estos ratios disminuyen, con ratios de deuda sobre patrimonio de 0,87 y deuda sobre activos de 0,47 a diciembre de 2019, y ratios de deuda sobre patrimonio de 0,63 y deuda sobre activos de 0,38 a mayo de 2020. A partir de estos valores se advierte que el nivel de endeudamiento es bajo en relación a los rangos observados en la industria²⁷.

Referencia a los argumentos específicos aportados por la empresa respecto de su capacidad de pago

82. A continuación, se hará referencia a los aspectos específicos que la empresa señala respecto a su situación financiera. La empresa sustenta su alegación de capacidad de pago en los siguientes puntos:

83. (i) el aumento del pasivo total de la empresa en un 15,75% y la disminución del activo total en cerca de un 20% en el periodo 2016 y 2018; (ii) los resultados de pérdidas obtenidos en dicho periodo; (iii) Resultados de ratios de endeudamiento (deuda sobre patrimonio), razón corriente (activo circulante sobre pasivo circulante) y tres ratios de rentabilidad (utilidad neta sobre patrimonio, activo total y ventas, respectivamente).

84. Al respecto, es posible señalar que los elementos que la empresa indica no constituyen motivos suficientes para sostener que se encuentra en una condición de deficiencia en su situación financiera que le imposibilite, o dificulte en gran medida,

²⁵ El análisis en base a ratios financieros es una de las bases que sustenta el modelo utilizado por la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos para la evaluación de la capacidad de pago una multa impuesta por la agencia, denominado modelo ABEL. Véase Reitze, Arnold. Environmental Law Institute Washington, D.C. 2005. “Stationary Source Air Pollution Law”, pág 279. Véase también US-EPA. 2003. “Abel User’s Manual”, pág. 5, Capítulo 4. Disponible en <http://seneca-economics.com/ABEL%20USER'S%20MANUAL.pdf>. [Última consulta: 11 de julio de 2019].

²⁶ El ratio deuda sobre patrimonio al 31 de diciembre de 2017 fue de 1,17 y el ratio de deuda sobre activos fue de 0,54.

²⁷ Los ratios observados en cuatro empresas del rubro de generación de energía termoeléctrica, cuya información financiera se encuentra públicamente disponible, se encuentran en el rango de 0,55 y 10,72 para el ratio deuda sobre patrimonio, y entre 0,35 y 0,91 para el ratio deuda sobre activos.

hacer frente a la sanción impuesta por la SMA. Si bien la información de años anteriores es necesaria para observar evolución de las diferentes variables financieras, la información reciente tiene mayor relevancia, puesto que la capacidad de hacer frente a la multa responde en mayor medida a situación financiera de la empresa en el momento más cercano al pago de la misma y lo que sea posible inferir respecto de sus proyecciones futuras. En este sentido, los resultados de pérdida obtenidos hasta 2018 no obstan la obtención de mejores resultados en periodos más recientes, como señala la empresa en su escrito de reposición: *“no parece posible revertir estos resultados negativos en el corto plazo”*. En efecto, esto se contradice con los resultados positivos de la empresa en 2019 que fueron expuestos anteriormente.

85. Por otra parte, el análisis efectuado en relación a activos y pasivos no toma en consideración elementos importantes, como el hecho de que el aumento de un 15,75% en el pasivo se debe fundamentalmente al aumento de las cuentas por pagar de largo plazo a entidades relacionadas, mientras que los pasivos con entidades financieras -tanto de largo como de corto plazo- son nulos en los años 2017 y 2018. En el mismo sentido, el activo de la empresa disminuye en un 20% debido fundamentalmente a la disminución del valor de los activos en 2017 por motivo de los efectos contables de la depreciación acumulada. Por otra parte, las Notas a los EEF dan cuenta de una disminución en 2018 de la partida denominada “otros activos fijos”, la cual, sin embargo, se acompaña de un incremento de activos fijos operacionales en ese mismo año de acuerdo al siguiente hecho reportado: *“Con fecha 24 de enero de 2018, la Sociedad ejerció la opción de compra por el leaseback que mantenía con el Banco Santander, por los bienes correspondientes a la planta generadora de energía y terrenos ubicados en la comuna de Lautaro”*.²⁸ La empresa en su alegación tampoco se refiere a aspectos relevantes como su liquidez y ratios de endeudamiento, aun cuando entrega los resultados de dichos ratios para el periodo 2016-2018.

Consideraciones respecto del análisis general en base a ratios financieros y resultados de la empresa

86. Los resultados operacionales positivos de la empresa en el periodo 2017 a 2019, con un resultado incierto para el año 2020 de acuerdo a lo señalado por la recurrente, no permiten ser concluyentes respecto de que la situación financiera de la empresa sea particularmente difícil o que su continuidad esté en riesgo.

87. A partir de los ratios liquidez y solvencia, no se observa una situación grave de falta de liquidez y su nivel de endeudamiento se estima como bajo, dentro de los rangos observados en empresas del mismo rubro.

88. Observando en mayor detalle la liquidez de la empresa, que tiene relación directa con los recursos que podrían destinarse al pago de la multa, a mayo del año 2020 se tiene un indicador deficitario, por cuanto las obligaciones de corto plazo con terceros superan el monto de los activos de corto plazo, siendo el único año del periodo en que se observa dicha situación. Esto se debe a que, a pesar de existir un aumento de cerca de un 100% en los activos de corto plazo en mayo de 2020 respecto del mes de diciembre 2019, los pasivos de corto plazo sufren un incremento de cerca del 600%. Sin embargo, el aumento de los pasivos de corto plazo se debe, prácticamente en su totalidad, al aumento de la partida “cuentas por pagar a entidades relacionadas” en MUS\$ 10.666 en el año 2020, indicando, en primer lugar, la existencia de empresas relacionadas, además de indicios de posibilidades de negociación para el pago de estas cuentas y de la obtención de recursos adicionales provenientes de estas entidades. Por otra parte, desde el año 2017 hasta 2020, la empresa no mantiene pasivos financieros de corto plazo ni de largo plazo, lo cual se estima como un indicio de que la empresa tendría capacidad de obtención de recursos adicionales desde entidades financieras.

²⁸ Véase Nota N°8 a los Estados Financieros de COMASA S.A. al 31 de diciembre de 2018. Página 9 de los Estados Financieros.

89. Finalmente, cabe comparar el monto de la multa con las partidas señaladas. Se aprecia que el impacto relativo que tendría adicionar el monto de la multa impuesta por la SMA a los pasivos de corto plazo con terceros al 31 de mayo de 2020, resultaría en un incremento de un 5%. Los activos liquidables en el corto plazo con que cuenta la empresa, los cuales pueden considerarse como susceptibles de ser destinados al pago de la multa, ascienden a MUS\$ 7.159 al 31 de mayo de 2020, correspondiendo la multa a un 8% de estos. Si se compara con los recursos líquidos disponibles por la empresa a dicha fecha -partida de efectivo y equivalentes al efectivo-, la multa corresponde a un 40% de estos.

Conclusión

90. A partir del análisis anteriormente expuesto, no se colige que la empresa se encuentre en una situación crítica de dificultades financieras, ni que la obligación de pago de una multa de **809 UTA**, considerada como una obligación adicional con terceros a pagar en el corto plazo, pudiese comprometer su solvencia y viabilidad futuras, infiriéndose que la empresa podría contar con la capacidad de pago para hacer frente a esta.

91. En virtud de lo anteriormente expuesto, estese a lo que resolverá este Superintendente.

RESUELVO:

PRIMERO: Acoger parcialmente el recurso de reposición interpuesto por Rodrigo Benítez Ureta, abogado en representación de COMASA S.A., en contra de la Resolución Exenta N° 853, de fecha 14 de junio de 2019, de esta Superintendencia, por los motivos expuestos en los considerandos de la presente resolución. En consecuencia, **modifíquese el Resuelvo Primero de la Res. Ex. N° 853/2019, sólo en cuanto a rebajar la multa total impuesta por las cuatro infracciones configuradas, a ochocientos nueve unidades tributarias anuales (809 UTA).**

SEGUNDO: En todo lo no modificado por la presente resolución, se mantiene lo previsto en la Resolución Exenta N° 853, de 14 de junio de 2019, de la Superintendencia del Medio Ambiente.

TERCERO: Recursos que proceden contra esta resolución y beneficio del inciso final del artículo 56 de la LOSMA. De conformidad a lo establecido en el párrafo 4° de los Recursos de la LOSMA, en contra de la presente resolución procede el reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental, dentro del remanente del plazo de quince días hábiles, el cual fuera suspendido con ocasión de la presentación del recurso de reposición aludido, según lo establecido en los artículos 55 y 56.

Para el caso que el infractor no interponga reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental en contra de las resoluciones de la Superintendencia que impongan sanciones pecuniarias y pague la respectiva multa, dentro del plazo de cinco días hábiles, contado desde la notificación de la resolución, **se le reducirá un 25% del valor de la multa.** Dicho pago deberá ser acreditado en el plazo señalado, presentando copia de la consignación del valor de la multa reducida efectuado en la Tesorería General de la República.

CUARTO: Del pago de las sanciones. De acuerdo a lo establecido en el artículo 45 de la LOSMA, las resoluciones de la Superintendencia que apliquen multa tienen mérito ejecutivo.

El monto de las multas impuestas por la Superintendencia serán a beneficio fiscal, y deberá ser pagado en la Tesorería General de la República, dentro del plazo de diez días, contado desde la fecha de notificación de la resolución sancionatoria, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 56 ya citado. El pago de la multa deberá ser acreditado ante la Superintendencia, dentro de los diez días siguientes a la fecha en que ésta debió ser pagada. El retardo en el pago de toda multa que aplique la Superintendencia en conformidad a la ley, devengará los reajustes e intereses establecidos en el artículo 53 del Código Tributario. Para mayor información dirigirse al siguiente link: <https://portal.sma.gob.cl/index.php/portal-regulados/pago-de-multas/>.

Si el infractor fuere una persona jurídica, las personas naturales que la representen legalmente o que actúen en su nombre, serán subsidiariamente responsables del pago de la multa.

QUINTO: De la prescripción de la sanción. Las sanciones administrativas aplicadas de conformidad a esta ley, prescribirán a los tres años desde la fecha en que la respectiva resolución sancionatoria haya quedado a firme. Esta prescripción se interrumpirá por la notificación del respectivo procedimiento de ejecución o de la formulación de cargos por incumplimiento, según la naturaleza de la sanción aplicada.

SEXTO: Consignación de la sanción en el Registro Público de Sanciones de la Superintendencia del Medio Ambiente. En virtud de lo establecido en el artículo 58 de la LOSMA y en el Decreto Supremo N° 31 del Ministerio del Medio Ambiente, del 20 de agosto de 2012, publicado en el Diario Oficial el día lunes 11 de febrero de 2013, que establece el Reglamento del Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental, y de los Registros Públicos de Resoluciones de Calificación Ambiental y de Sanciones; se instruye que una vez que la presente resolución sancionatoria quede a firme, se proceda a formular la anotación respectiva en el Registro Público de Sanciones de la Superintendencia del Medio Ambiente, en los términos establecidos en los artículos 17 y siguientes del Reglamento.

ANÓTESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE


CRISTÓBAL DE LA MAZA GUZMÁN
SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE



PTB/IMA

Distribución:

- Rodrigo Benítez Ureta, abogado representante de COMASA S.A., con domicilio en Isidora Goyenechea N° 3250, piso 8, comuna de Las Condes, región Metropolitana de Santiago. rbenitez@scyb.cl

C.C.:

- Gabinete, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Fiscalía, Superintendencia del Medio Ambiente.
- División de Sanción y Cumplimiento, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Oficina Regional de La Araucanía, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Oficina de Partes, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Equipo Sancionatorio, Superintendencia del Medio Ambiente.

Rol F-033-2018

Expediente N° 15.688/2019