

Santiago, 29 de marzo de 2019

Señor
Sebastián Riestra López
Jefe de la División Sanción y Cumplimiento (S)
Superintendencia del Medio Ambiente

Presente

Ref.: Informa al tenor de la solicitud de invalidación y solicitan su rechazo.



Ant.: Resolución Exenta N° 8, de 18 de enero de 2019, de la Superintendencia del Medio Ambiente, mediante la cual se aprobó el Programa de Cumplimiento presentado por Empresa Eléctrica Carén S.A.

Dino Pruzzo González y Javier Ruscica Olivares, ambos en representación de **EMPRESA ELÉCTRICA CARÉN S.A.**, todos ya individualizados, en el marco del procedimiento administrativo seguido bajo el Rol D-077-2017, mediante la presente y dentro del plazo conferido, al Sr. Jefe de la División Sanción y Cumplimiento (S) respetuosamente decimos:

Que, de conformidad a lo dispuesto en la Resolución Exenta N° 9 /ROL D-077-2017, de 14 de marzo de 2019, de la Superintendencia del Medio Ambiente ("RE. N° 9/2019") que admitió a trámite la solicitud de invalidación (en adelante la "Solicitud") interpuesta por el señor Jaime Moraga Carrasco en representación convencional de los señores: i) Margarita Ester Parada Pardo; ii) Carlos Ariel Sanhueza Espinoza, y iii) Juan Antonio Pardo Escobar (en adelante los "Solicitantes"), en contra de la de Resolución Exenta N° 8 de 18 de enero de 2019 ("RE. N°8/2019"), de la Superintendencia del Medio Ambiente ("SMA"), que aprobó el Programa de Cumplimiento ("PdC") presentado por Empresa Eléctrica Carén S.A en este procedimiento sancionatorio, mediante la presente y dentro del plazo conferido, venimos en informar al tenor de lo requerido mediante la RE. N° 9/2019, solicitando su completo rechazo, manteniendo en plena vigencia e

inalterada la RE. N° 8/2019, en virtud de los antecedentes de hecho y de derecho que se exponen a continuación.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La invalidación es una potestad o atribución que se reconoce a todo órgano administrativo para dejar sin efecto sus actos formales por ser contrarios a derecho. Si bien el procedimiento para pronunciarse sobre su legalidad puede iniciarse de oficio o a petición de parte (artículo 53 Ley N° 19.880), la invalidación no constituye un recurso administrativo. Así, por lo demás, lo ha sostenido la Excma. Corte Suprema, al señalar que *“la invalidación prevista en el citado artículo 53 constituye una facultad de la Administración y no un recurso, de lo que se sigue necesariamente que ésta no se encuentra en la obligación de tramitar la solicitud formulada por un particular para ejercer esta potestad, constatación que descarta de plano la necesidad de dar audiencia al interesado respecto de un procedimiento que, como el de la especie, ni tan siquiera comenzó”*.¹

En segundo lugar, la invalidación conlleva un pronunciamiento sobre la legalidad de un acto de la Administración a fin de dejarlo sin efecto, similar en sus efectos a la declaración de nulidad que realiza la autoridad judicial. Por tal razón, se deben tener en consideración los principios de conservación², trascendencia³, confianza legítima y buena fe⁴, que ha reconocido la Excma. Corte Suprema en diversas sentencias, limitando sus alcances en atención a la presunción de legalidad de la cual gozan estos actos, así como del interés público comprometido en su dictación.

De esta forma, el ejercicio de la potestad invalidatoria requiere necesariamente de la existencia de un vicio o irregularidad invalidante en un acto administrativo cuya

¹ Sentencia Rol N° 16814-2013, caratulada *“Molinera del Norte S.A con I. Municipalidad de Antofagasta”*.

² Así, se ha señalado: *“Que, a su vez, uno de los principios que informan la nulidad de derecho público es el de conservación, cuyo fundamento radica en que revistiendo la nulidad el carácter de remedio excepcional frente a la ilegalidad de un acto administrativo, ella sólo será procedente si el vicio es grave y esencial. Subyacen a este principio de conservación otros principios generales del Derecho como la confianza legítima que el acto genera, así como la buena fe de los terceros, el respeto a los derechos adquiridos y la seguridad jurídica. Efectivamente, no cualquier irregularidad o defecto justifica la declaración de nulidad, sino cuando dicha anomalía conculque las garantías de los administrados”*². Así, no cualquier irregularidad o defecto justifica la declaración de nulidad (Corte Suprema, Tercera Sala, 30 de marzo de 2015, Rol 32091-2014. En el mismo sentido, misma Corte y Sala, 16 de junio de 2015, Rol 2614-2015 y 25 de junio de 2015, Rol 2850-2015).

³ Corte Suprema, Tercera Sala, 10 de diciembre de 2014, Rol 16706-2014. En el mismo sentido Sentencias Roles Nos. 5815-2011; 57-2011; 274-2010, y 3078-2013.

⁴ Corte Suprema, Sentencia de 16 de mayo de 2006, Rol N° 3.604-2005.

observancia y entidad haga necesario privar, en forma total o parcial, de los efectos jurídicos del mismo.

Por otra parte, el ejercicio de esta potestad requiere, necesariamente que los vicios de legalidad o supuestos erróneos que la justifican sean suficientemente acreditados por quien los alega⁵.

Dicho lo anterior, es preciso señalar que como se expondrá en el curso de esta presentación, la RE. N° 8/2019 no contiene ningún vicio ni irregularidad invalidante que determine que la Administración pueda ejercer su potestad invalidatoria para privar de los efectos jurídicos al señalado acto administrativo, razón por la cual la solicitud de invalidación debe ser rechazada en todas sus partes.

Es más, como podrá advertir el señor Jefe de la División Sanción y Cumplimiento de la SMA, el abogado de los Solicitantes intenta crear confusión relativizando conceptos jurídicos y torciendo en forma deliberada los hechos que relata en su presentación lo que queda en evidencia al existir contradicciones manifiestas en la forma en que se dan a conocer los hechos, tal como se dará cuenta en el desarrollo de este escrito.

Asimismo, se hace necesario advertir que el señor Moraga utiliza los mismos fundamentos esgrimidos en las presentaciones efectuadas en este mismo procedimiento administrativo – y que han sido rechazadas por la SMA- y en todas las demás presentaciones realizadas ante otros órganos de la Administración y ante los Tribunales de Justicia⁶.

Lo anterior, demuestra la intensión positiva de utilizar arbitrariamente las vías de impugnación administrativa y judicial, para fines distintos a los previstos por el Legislador, pero lo que es peor aún, instrumentalizar y utilizar derechamente a sus representados para obtener fines estrictamente personales.

⁵ Dictamen N° 11.564, de 2007, de la Contraloría General de la República, en Lara Arroyo, José Luis y otra, "Repertorio Ley de Procedimiento Administrativo", Editorial Abeledo Perrot, primera edición, 2011, pág. 421.

⁶ Sobre el particular, véase el contenido de los recursos de protección interpuestos por el abogado de los Solicitantes en la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco. http://corte.pjud.cl/SITCORTEPORWEB/ConsultaDetalleAtPublicoAccion.do?TIP_Consulta=1&COD_Libro=34&ROL_Recurso=6179&ERA_Recurso=2018&COD_Corte=50&.
http://corte.pjud.cl/SITCORTEPORWEB/ConsultaDetalleAtPublicoAccion.do?TIP_Consulta=1&COD_Libro=34&ROL_Recurso=6180&ERA_Recurso=2018&COD_Corte=50&.

Considerando que la resolución que se está intentando invalidar se refiere a la aprobación del PdC presentado por nuestra representada, a continuación se abordarán específicamente las alegaciones realizadas por el abogado de los Solicitantes en relación a una supuesta falta o incumplimiento de los requisitos de integridad y eficacia del mencionado instrumento de incentivo al cumplimiento.

II. SOBRE LA SOLICITUD DE INVALIDACIÓN PRESENTADA POR EL REPRESENTANTE DE LOS SOLICITANTES

El abogado de los Solicitantes plantea, una vez más en el marco del procedimiento administrativo en comento, supuestos fundamentos de hecho y de derecho que intentan inducir a confusión, proporcionando antecedentes que ya han sido objeto de análisis previo y de rechazo por la SMA, tal como se indicará a continuación.

En este contexto el Sr. Moraga esgrime supuestos reparos que adolecería la RE. N° 8/2019 en relación con los criterios de integridad y eficacia, dos de los tres supuestos de aprobación establecidos en el D.S. N° 30, de 2012, de la SMA, Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación.

a. Respecto a las supuestas inobservancias al criterio de integridad

En relación con el criterio de integridad, en su presentación el recurrente señala textualmente que “(...) *el origen esencial de las infracciones y de los daños ambientales debidamente comprobados por la Superintendencia del Medio Ambiente y demás instituciones públicas reside en la construcción y operación del denominado Ducto de Aducción de la Central Hidroeléctrica Carilafquén sin cumplir con las exigencias de ingeniería y seguridad establecidas por la Dirección General de Aguas*”.

Pues bien, el texto citado anteriormente tiene por objeto dar cuenta del juicio de valor completamente arbitrario que el señor abogado consigna en su presentación. En efecto, no hay lugar a dudas que:

- (i) El origen esencial de la infracción no es la construcción ni operación de un ducto con supuestas inobservancias de ingeniería y de seguridad, sino que, por el contrario, la circunstancia de no haber dado aviso a la SMA de los episodios de rotura del mismo, todo lo cual fue constatado por esta Autoridad y reprochado a nuestra representada en la Resolución Exenta N° 1/ ROL D-077-2017 de 28 de septiembre de 2017, que dio inicio al procedimiento sancionatorio formulando un cargo precisamente por el incumplimiento de este deber de comunicación;

- (ii) No existe daño ambiental como consecuencia de los episodios de rotura, sino que sólo la remediación de efectos concretos mediante medidas idóneas y completamente ejecutadas validadas por la SMA en el marco del PdC aprobado. En este aspecto, la SMA sólo puede constatar la ocurrencia de estos efectos a propósito de un hecho concreto, siendo esta materia de competencia exclusiva y excluyente de los Tribunales Ambientales.

En consecuencia, la infundada tesis relativa a los “daños ambientales debidamente comprobados” esgrimida por el abogado de los Solicitantes no es más que una expresión jurídicamente incorrecta y, por lo demás, carente de todo sustento fáctico y técnico, atendido a que no existe causa pendiente alguna ni sentencia judicial que permita “comprobar” lo indicado por el Sr. abogado respecto de los supuestos daños ambientales, y

- (iii) En forma reiterada el abogado de los Solicitantes intenta crear un supuesto ficticio respecto a una inobservancia de exigencias de ingeniería y de seguridad de la Dirección General de Aguas (“DGA”) para la construcción y operación del ducto de la Central Carilafquén, fundamentalmente apoyándose en informes sectoriales atemporales y citados alevosamente para crear confusión, los cuales no guardan relación alguna ni con la situación actual de funcionamiento de la Central Carilafquén.

No obstante las infundadas expresiones y pretensiones invocadas por el abogado de los Solicitantes y tal como ha quedado en evidencia, concluye su presentación respecto de la supuesta infracción al criterio de integridad del PdC indicando que: *“En consecuencia el Programa de Cumplimiento aprobado por la Resolución Exenta N° 8, dictada con fecha 18 de enero de 2019 en expediente D-077-2017 no cumple con la exigencia del denominado Criterio de Integridad que establece el artículo 9° del D.S. N° 30 de 2012”*, constituyendo un verdadero salto cuántico en la forma de arribar a dicha conclusión.

Pero no se detiene ahí, sino que decide invocar injustificadamente las razones por las cuales el criterio de integridad no se habría verificado para aprobar el PdC, utilizando los siguientes superfluos y completamente antojadizos fundamentos:

“Del examen del programa de Cumplimiento aprobado y propuesto por Empresa Eléctrica Carén S.A. no puede inferirse el cumplimiento de ninguno de esos requisitos por lo siguiente: “a) En cuanto al no existir mención alguna al necesario reemplazo del total

de los 2.579 metros del ducto de aducción Carilafquén, no es posible que la empresa se haga cargo de la totalidad de la infracción cometida”.

En otras palabras y al tenor de lo expresado, las acciones del PdC no son del agrado del abogado de los Solicitantes. Él esperaba una acción distinta, esto es, el reemplazo íntegro del ducto, pero partiendo desde un supuesto intencional y equívoco, como es hacer creer que la infracción respecto de la cual se formularon cargos dice relación con los episodios de rotura de los ductos.

En este orden de ideas, es preciso señalar que la acción y meta presente en el PdC consistente en el reforzamiento la tubería de la Central Carilafquén no puede sino ser evaluada en el mérito de un conjunto de medidas propuestas para volver al cumplimiento de las obligaciones contenidas en un instrumento de gestión ambiental.

Es por ello que el cumplimiento satisfactorio de la normativa ambiental es aquel que debe encontrarse circunscrito a los hechos, actos y omisiones que constituyen la infracción, que motivaron la formulación del cargo, el inicio de un procedimiento sancionatorio y el ejercicio de un instrumento de incentivo al cumplimiento, como el de la especie.

Confirma lo anterior, el considerando Vigésimo Noveno de la sentencia de fecha 28 de junio de 2017 del Segundo Tribunal Ambiental de Santiago⁷, el cual dispone: *“que, precisamente, el artículo 9° inciso 1, Letra a) del DS.30/2012 que en virtud del criterio de integridad, [...] Las acciones y metas deben hacerse cargo de cada una de las infracciones en que se ha incurrido y de sus efectos’. Dichas infracciones a las que alude la norma, se refieren exclusivamente a las que hayan sido cargo del procedimiento sancionatorio en el que se presenta el programa de cumplimiento y no a otras posibles infracciones contenidas en otro procedimiento”.*

Este intento de confusión intencional es utilizado reiteradamente por el abogado de los Solicitantes en la presentación y queda de manifiesto cuando expone los motivos para entender verificado el segundo requisito del criterio de integridad, al indicar que:

“b) En cuanto las acciones aprobadas en el plan en relación a los daños provenientes directamente de las deficiencias de ingeniería no son suficientes para reducir o eliminar los efectos dañinos actuales ni futuros”. Esta afirmación no resiste análisis, por cuanto las acciones del PdC no sólo han garantizado el funcionamiento normal de la Central sino que la ejecución progresiva de las mismas ha evidenciado su idoneidad y

⁷ Causa Rol R-116-2017.

eficacia, precisamente las circunstancias que constituyeron condiciones esenciales de aprobación del instrumento en actual ejecución.

Por otra parte, no existe daño alguno como pretende insistir el abogado de los Solicitantes ni tampoco “efectos dañinos”, en tanto ha quedado acreditada la efectividad de las acciones propuestas y la circunstancia de no registrarse procedimiento judicial alguno ante los Tribunales Ambientales que haya sido notificado a esta parte, siquiera, para discutir esta materia. Al menos, en este punto, el abogado de los Solicitantes pudo haber hecho un esfuerzo adicional para mencionar, como referencia, los supuestos daños a los que se refiere y a los posibles alcances o magnitud de los mismos.

Adicionalmente, el abogado de los Solicitantes cita parcialmente algunos párrafos del Informe DARH N° 60, de fecha 12 de abril de 2018, de la Dirección de Administración de Recursos Hídricos, respecto de materias cuya competencia y conocimiento corresponde a la DGA como autoridad técnica sobre la materia.

Sin embargo, los antecedentes técnicos, de ingeniería y de constructibilidad, latamente reproducidos por el abogado de los Solicitantes en su presentación, no guardan relación alguna ni obsta a la aprobación de un PdC, en tanto las acciones contenidas en el mismo deben examinarse en relación con las infracciones contenidas en la formulación de cargos y no respecto a otros procedimientos administrativos, como el que actualmente se encuentra pendiente ante la DGA, iniciado por el propio Sr. Moraga como requirente.

Incluso, citar el informe antes referido es completamente extemporáneo toda vez que la Minuta Técnica N° 19 DARH N° 19, de 24 de octubre de 2018 indica textualmente que:

“En materia de pruebas realizadas entre los días 9 de octubre al 12 de octubre de 2018, se puede concluir que éstas terminaron satisfactoriamente en los términos establecidos y programados, sin que se registrara algún tipo de falla durante y después de las pruebas, esto es soportó la sobrepresión y mantuvo la estanqueidad, por lo que se puede concluir que operacionalmente, Central Carilafquén no tendría problemas de funcionamiento”.

En síntesis, la presentación del abogado de los Solicitantes resulta completamente improcedente respecto del procedimiento administrativo en curso, en tanto la solicitud de nuestra representada no se circunscribe a una autorización de intervención del ducto de la Central Carilafquén, sino que a un conjunto de medidas propuestas en un mecanismo de incentivo para volver al cumplimiento de las obligaciones contenidas en un instrumento de gestión ambiental.

Finalmente, el abogado de los Solicitantes también cita atemporalmente la Resolución Exenta N° 991, de 4 de septiembre de 2017, que ordenó medidas provisionales a nuestra representada en forma previa al inicio del procedimiento sancionatorio instruido meses después. Como es posible advertir, el procedimiento sancionatorio iniciado e instruido por la SMA tuvo su origen, en forma preliminar, en la adopción de medidas provisionales impuestas en el marco del procedimiento Rol MP-016-2017, las que fueron cumplidas satisfactoriamente por Empresa Eléctrica Carén S.A.

En consecuencia, la SMA ha ejercido en la oportunidad correspondiente, todas las herramientas que le reconoce la ley para hacer volver a mi representada al cumplimiento del instrumento infringido, primero mediante la adopción de medidas provisionales y luego mediante la formulación de cargos e inicio de un procedimiento sancionatorio en el cual, a mayor abundamiento, la propia SMA decide no renovar la medida de paralización de la Central Carilafquén precisamente porque es una materia cuya competencia y conocimiento se encuentra legalmente radicado en la DGA.

b. Supuestas inobservancias al criterio de eficacia

Por su parte, en relación con la supuesta inobservancia del criterio de eficacia, el abogado de los recurrentes indica en forma irresponsable que nuestra representada habría omitido información de antecedentes y que ello no habría permitido a la SMA ponderar correctamente las acciones propuestas en el PdC.

Sobre el particular, cabe señalar que esta imputación no es más que otro ejercicio artificioso para intentar confundir acerca de los alcances y objetivos de un Programa de Cumplimiento. En efecto, no puede verificarse en ningún caso un actuar doloso por parte Empresa Eléctrica Carén S.A. mediante la cual ésta haya pretendido en forma intencional ocultar antecedentes, por cuanto el PdC refundido atiende a observaciones y documentos requeridos formalmente por la propia SMA.

Adicionalmente, el informe DARH 60 y la Resolución Exenta DGA N° 2749, de 25 de octubre de 2018, forman parte de un procedimiento administrativo distinto a aquél seguido ante la SMA y que es substanciado ante la DGA como autoridad administrativa con competencias técnicas específicas y potestad exclusiva y excluyente para conocer y resolver estas materias.

Incluso, las aseveraciones del abogado de los Solicitantes son antojadizas y no reflejan la realidad del contenido del Oficio DARH N° 60 respecto de la idoneidad y suficiencia de las obras de reforzamiento de la tubería de aducción y que precisamente consta como acción en el PdC.

En efecto, en el referido oficio consta la proposición de efectuar un plan de monitoreo permanente del ducto de aducción Carilafquén, lo que junto a la ejecución de las obras de reforzamiento le permitió concluir a la DGA, según Minuta Técnica DARH N° 19, de 24 de octubre de 2018 (omitida intencionalmente por el abogado de los Solicitantes) que:

*“En materia de pruebas realizadas entre los días 9 de octubre al 12 de octubre de 2018, se puede concluir que éstas terminaron satisfactoriamente en los términos establecidos y programados, sin que se registrara algún tipo de falla durante y después de las pruebas, esto es soportó la sobrepresión y mantuvo la estanqueidad, **por lo que se puede concluir que operacionalmente, Central Carilafquén no tendría problemas de funcionamiento**”* (El destacado es nuestro).

Lo anterior evidencia en forma manifiesta que las acciones de reforzamiento del ducto propuesta en el PdC cumplieron el objetivo para el cual fueron consideradas como acciones para volver al cumplimiento.

En este sentido, el PdC da cumplimiento a la exigencia del criterio de eficacia, justificándose el raciocinio de la SMA para acreditar la verificación de este criterio ya que las acciones propuestas en el PdC permiten, por una parte, dar cumplimiento a la normativa inicialmente infringida y, además, para atender al control del riesgo de que se provoquen nuevas roturas e infiltraciones en el ducto de aducción Carilafquén, tal como la propia autoridad sectorial (DGA) pudo acreditar en el Informe DARH N° 19, de octubre de 2018, anteriormente citado.

En razón de lo anterior, la DGA decide modificar la norma de operación transitoria permitiendo, en consecuencia, el funcionamiento de la Central Carilafquén.

Por otra parte, el abogado de los Solicitantes cita la Resolución Exenta N° 2749, de octubre de 2018, de la DGA, la cual pese a ser un aspecto técnico de conocimiento y resolución de la DGA, atribuye a la SMA una supuesta “errónea conclusión” del numeral 53 de la RE N° 8/2019, en razón de que la DGA otorgó un plazo máximo de 36 meses para adaptar la tubería de baja presión de la Central Carilafquén.

A este respecto, debe indicarse que no existe error porque la implementación de los reforzamientos permitió que la autoridad técnica autorizara el funcionamiento de la Central, independientemente del reemplazo de la tubería en un plazo de 36 meses, por cuanto en lo inmediato los reforzamientos le han permitido concluir que operacionalmente la Central no tendría problemas de funcionamiento.

Dicha circunstancia confirma el criterio tomado en cuenta por la SMA para comprobar que el PdC contaba con acciones eficaces para hacerse cargo de los hechos

infraccionales identificados y que para el caso en particular, las actividades de reforzamiento del ducto permitían controlar el riesgo de que se puedan provocar nuevas roturas del ducto de Carilafquén, mismo raciocinio que, en forma independiente, siguió la DGA para modificar la norma de operación transitoria que temporalmente impidió el funcionamiento de la Central Carilafquén.

III. CONCLUSIÓN Y PETICIÓN CONCRETA

En definitiva, no hay desarrollo alguno que dé cuenta de los supuestos que permitan evaluar la existencia de un vicio de ilegalidad que justifique la instrucción de un procedimiento administrativo de invalidación en contra de la RE. N° 8/2019, que aprobó el PdC de Empresa Eléctrica Carén S.A.

En efecto, los argumentos expuestos para intentar construir supuestos vicios que adolecería la referida resolución constituyen construcciones artificiosas que no guardan razonabilidad alguna para cuestionar la suficiencia de las acciones propuestas en el PdC, como tampoco la correcta evaluación y ponderación de los criterios de integridad y eficacia que permitieron, finalmente, la aprobación de este instrumento.

Por lo demás, el abogado de los Solicitantes transcribe en gran parte de su presentación informes y antecedentes atemporales, que no responden a la realidad y a la condición operacional actual de la Central Carilafquén y que, desde el punto de vista técnico, corresponden a observaciones emitidas en su momento por la DGA como organismo técnico y sectorial competente para conocer y resolver estas materias.

En consecuencia, nos encontramos frente a una nueva presentación en que el objeto del escrito no es otro que citar párrafos y considerandos de informes técnicos y de sentencias judiciales, respectivamente, que resultan completamente atemporales y que sólo responden a la necesidad del abogado de los Solicitantes de plantear una discusión ficticia que pueda mover a confusión a la SMA.

Ello es evidentemente comprobable al reiterar en forma textual hechos y argumentos que no sólo han sido previamente planteados en el marco de este procedimiento sancionatorio, sino que han sido desestimados por la propia SMA, conforme así queda en evidencia al tenor de lo resuelto por la Resolución Exenta N° 6/D-077-2017, de 23 de mayo de 2018, de esta Superintendencia.

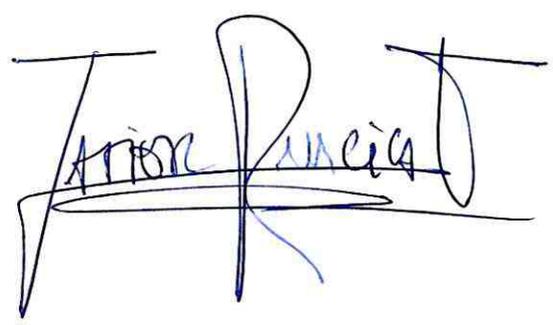
POR TANTO, en mérito de lo antes expuesto,

Al Sr. Jefe de la División Sanción y Cumplimiento (S) solicitamos: tener por evacuado en tiempo y forma los antecedentes y consideraciones señaladas en esta

presentación y tenerlas presentes al momento de resolver la solicitud de invalidación interpuesta por el representante de los Solicitantes en contra de la RE. N° 8/2019, rechazándola íntegramente en tanto la Solicitud no cumple con los requisitos de procedencia de la misma dispuestos en el artículo 53 de la Ley N° 19.880, en razón que la señalada resolución no contiene los actos contrarios a derecho que infundadamente se intenta alegar en su presentación.



FANNO



Javier Ruciat