

RU 102842

MAG.
K76 S
2018.



UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
(“*LEGUM MAGISTER*”)



SUPERPOSICIÓN DE POTESTADES FISCALIZADORAS Y SANCIONADORAS DE
LAS SUPERINTENDENCIAS DEL MEDIO AMBIENTE Y DE SERVICIOS
SANITARIOS, EN RELACIÓN A LAS DESCARGAS DE RESIDUOS INDUSTRIALES
LÍQUIDOS.

TESIS PARA POSTULAR AL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO



OSCAR ENRIQUE KOCK SAN MARTÍN
PROFESOR GUÍA: MATIAS EDUARDO GUILOFF TITIUN

MAG
K76s
018

Valparaíso, enero 2018.

Tabla de contenido

.- Tabla de Abreviaturas.	5
.- Abstract.	6
.- Descriptores.	7
I.- Introducción.	7
II.- Problemática.	12
1.- Principio de Juridicidad.	14
2.- Unidad de Acción Administrativa.	18
2.1.- La Competencia.	19
2.1.1.- Elementos fundamentales que determinan la competencia administrativa.	19
2.1.2.- Contendidas de Competencia.	20
3.- Seguridad Jurídica.	21
3.1.- Potestad Dictaminante.	22
3.2.- Análisis Jurisprudencial.	27
4.- Conclusiones.	36
III.- Actividad Material de la SMA y la SISS.	37
1.- Estudio de la SMA y la SISS.	37
1.1.- La Superintendencia del Medio Ambiente.	37
1.2.- La Superintendencia de Servicios Sanitarios.	38
2.- Categorías de la actividad material de la administración.	39
2.1.- La actividad de Policía.	39
2.1.1.- Manifestaciones.	39
2.1.1.1.- Autorización y Prohibición.	39
2.1.1.2.- Poder de Regulación o potestad normativa.	40
2.1.1.2.1.- Manifestación en la SMA.	41
2.1.1.2.2.- Manifestación en la SISS.	42

2.1.1.3.- Potestad de Inspección o Fiscalización.	43
2.1.1.3.1.- Manifestación en la SMA.	443
2.1.1.3.2.- Manifestación en la SISS.	46
2.1.1.4.- Potestad Sancionadora.	49
2.1.1.4.1.- Manifestación en la SMA.	50
2.1.1.4.2.- Manifestación en la SISS.	54
3.- Conclusiones.	56
IV.- Protección Ambiental.	57
1.- Derecho a vivir en un Medio Ambiente libre de contaminación.	57
2.- Deber de Protección Ambiental del Estado.	58
3.- Instrumentos de Protección Ambiental.	59
3.1.- Derecho Ambiental.	60
3.1.1.- Normas de Emisión.	62
3.1.1.1.- DS Nº 609/98 del MOP. Norma de Emisión para la Regulación de Contaminantes asociados a las Descargas de RILES a Sistemas de Alcantarillado.	63
3.1.1.1.1.- Marco Regulatorio.	63
3.1.1.1.2.- Convenios.	65
3.1.1.1.3.- Fiscalización y Sanción.	65
3.1.1.1.4.- Medición y Control.	70
3.1.1.2.- DS MINSEGPRES Nº 90/00. Norma de emisión para la regulación de contaminantes asociados a las descargas de residuos líquidos a aguas marinas y continentales superficiales... 71	71
3.1.1.2.1.- Marco Regulatorio.	71
3.1.1.2.2.- Fiscalización y Sanción.	73
3.1.1.3.- DS MINSEGPRES Nº 46/02. Norma de emisión de residuos líquidos a aguas subterráneas.	74
3.1.1.3.1.- Marco Regulatorio.	74

3.1.1.3.2.- Medición y Control.....	775
3.1.1.3.3.- Fiscalización y Sanción.....	76
3.1.1.4.- DS MINSEGPRES N° 80/06. Establece la Norma de Emisión para Molibdeno y Sulfatos de efluentes descargados desde Tranques de Relaves al Estero Caren	76
3.1.1.4.1.- Marco Regulatorio.....	76
3.1.1.4.2.- Medición y Control.....	77
3.1.1.4.3.- Fiscalización y Sanción.....	78
3.1.2.- Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA).....	78
4.- Conclusiones.....	79
V.- Jurisprudencia Administrativa.....	80
1.- Dictamen de la CGR N° 25.248, de fecha 02 de mayo de 2012.....	80
2.- Dictamen de la CGR N° 298, de fecha 03 de enero de 2014.....	82
3.- Dictamen de la CGR N° 20.018, de fecha 13 de marzo de 2015.....	83
4.- Conclusiones.....	84
VI.- Protocolo suscrito por la SMA y la SISS, de fecha 28 de mayo de 2015.....	84
1.- Delimitación de competencias.....	85
2.- Conclusiones.....	87
VII.- Conclusión.....	87
VIII.- Bibliografía.....	89
1.- Libros.....	89
2.- Artículos.....	91
3.- Colaboración en Obras Colectivas.....	92
4.- Documentos.....	93
5.- Jurisprudencia.....	93
6.- Documentos Electrónicos.....	95

.- Tabla de Abreviaturas.

ADP: Alta Dirección Pública.

AFP: Administradora de Fondos de Pensión.

Art.: Artículo

CAPREDENA: Caja de Previsión de la Defensa Nacional

CGR: Contraloría General de la república.

CIIU: Clasificación Internacional Industrial Uniforme.

CPR: Constitución Política de la República.

DIA: Declaración de Impacto Ambiental

DBO5: Demanda bioquímica de oxígeno a los 5 días y a 20 °C.

DGAC: Dirección General de Aeronáutica Civil.

DIRECTEMAR: Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante.

DL: Decreto Ley.

DS: Decreto Supremo.

EIA: Estudio de Impacto Ambiental.

LBGMA: Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente.

LBPA: Ley 19880 de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

LOCBGAE: Ley 18575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

LOSMA: Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, contenida en el art.2º de la ley 20417.

LTAA: Ley 20.600 que crea los Tribunales Ambientales.

MINAGRI: Ministerio de Agricultura.

MOP: Ministerio de Obras Públicas.

MSGP: Ministerio de la Secretaria General de la Presidencia.

ONU: Organización de Naciones Unidas.

PAS: Permiso ambiental sectorial.

PROCOF: Procedimiento de Control y Fiscalización de RILES de Concesionarias Sanitarias.

PTAS: Planta de tratamiento de aguas servidas.

RCA: Resolución de Calificación Ambiental.

RETC: Registro de Emisiones y Transferencias de Contaminantes.

RILES: Residuos Industriales Líquidos.

RPM: Resolución de Programa de Monitoreo.

RSEIA: Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto ambiental.

SACEI: Sistema de autocontrol de Establecimientos Industriales.

SEA: Servicio de Evaluación Ambiental.

SEIA: Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

SMA: Superintendencia del Medio Ambiente.

SISS: Superintendencia de Servicios Sanitarios.

TC: Tribunal Constitucional.

UTA: Unidades Tributarias Anuales.

.- Abstract.

Este trabajo trata sobre la superposición de potestades fiscalizadoras y sancionadoras de la SMA y la SISS. Lo que ha pretendido ser resuelto mediante dictámenes de la CGR que han fijado un criterio delimitador de competencias, basado en una discutible interpretación de la normativa, que ha sido adoptado por un protocolo suscrito por ambas superintendencias.

Esto vulnera el principio de juridicidad, el orden público económico, genera incerteza jurídica y atenta contra el principio de unidad de acción administrativa.

La problemática planteada es abordada desde tres perspectivas: una teórica, otra desde la actividad material de la administración y finalmente desde la protección del medio ambiente. Arribando a la conclusión de que no existe una solución en nuestro ordenamiento jurídico. Por lo que es necesaria una reforma legal delimitadora de competencias.

.- Descriptores.

Potestad, competencia, superintendencia, fiscalización y sanción.

I.- Introducción.

El ordenamiento jurídico administrativo esta cimentado y organizado en base a la creación de órganos y asignación de potestades, por lo que las fuentes del derecho serán el fruto de cada órgano y en virtud de la jerarquía de estos, es que dichas fuentes serán jerarquizadas y priorizadas. El art. 5 de la CPR establece que la soberanía reside esencialmente en la nación y su ejercicio se realiza por el pueblo. Es en este último donde está radicada la potestad constituyente, que es originaria y que le da a la CPR la mayor jerarquía normativa del ordenamiento jurídico. Siendo el pueblo quien va a determinar que autoridades ejercerán la soberanía o los mecanismos en que lo hará directamente. El art. 4 de la CPR consagra que Chile es una República democrática, del carácter republicano se desprende el principio de la separación de funciones estatales y la distribución de competencias. La CPR consagra además el principio de juridicidad¹.

Este trabajo trata sobre la superposición de potestades fiscalizadoras y sancionadoras de la SMA y la SISS, de conformidad a los arts. 3° letra N y 35 letra G de la LOSMA y art. 2 de la ley 18902. Dada esta situación ambas superintendencias concurren a la CGR para que se pronunciara y delimitara las potestades legalmente asignadas a ambas. Por lo que el organismo contralor fijo un criterio delimitador², luego reafirmado en otros dos dictámenes³, en base al cual ambas superintendencias firmaron un protocolo auto limitando sus facultades. Mi propósito es reflejar como esto vulnera el principio de juridicidad, el orden público

¹ Contenido en los arts. 6, 7 y 65 inc. 4° N° 2 de la CPR.

² Dictamen de la CGR N° 25248 de fecha 02 de mayo de 2012.

³ Dictámenes de la CGR N° 298 de 31 de enero de 2014 y N° 20018 de 13 de marzo de 2015.

económico y genera incerteza jurídica. Sin perjuicio de que se vulnera el principio de unidad de acción administrativa al plasmar, nuestro ordenamiento jurídico, una evidente contienda de competencias. Esto no encuentra una solución en este, al tratarse de potestades determinadas que solo se pueden asignar, modificar y quitar por ley, por lo que solo cabe recurrir a una reforma legal.

La situación descrita y la solución que se le ha dado por parte de nuestra institucionalidad, plantean una clásica discusión en el Derecho Administrativo sobre si es legítimo que organismos administrativos, habitualmente asociados a sectores regulados, puedan disponer de poderes normativos complementarios a las establecidas por ley. Los objetores de esto y partidarios de la teoría de la reserva legal absoluta sostienen que al entregar esas atribuciones a la Administración se viola la Constitución porque: (a) sería una verdadera especie de delegación legislativa no autorizada y (b) permitiría regular, limitar o restringir derechos fundamentales mediante simples resoluciones administrativas. Los partidarios de la constitucionalidad de este tipo de competencias sostienen argumentos de legitimidad pragmáticos, en términos que sería sencillamente imposible sostener las complejidades técnicas de una buena cantidad de sectores al margen de la complementación normativa de los organismos administrativos a cargo de disciplinar dichos sectores⁴. Comparto que la teoría de la reserva legal absoluta es inviable, por los evidentes problemas prácticos que esto acarrea. Las normas abiertas son un medio indispensable para hacer posible la necesaria flexibilidad y capacidad de innovación de la administración frente a los desarrollos técnicos y económicos (Schmidt- Assmann, 2003: p. 208). Ninguna legislación podrá prescindir por completo de conceptos generales como “leal saber y entender” o “las buenas costumbres”, pero la triste celebridad que adquirió la “sana intuición del pueblo” en la jurisprudencia nacionalsocialista, demuestra cual es el rol nefasto que este tipo de conceptos difusos pueden cumplir, abriendo de par en par las puertas a una justicia de arbitrariedad. Una legislación que se ajusta a los preceptos del Estado de Derecho, se esforzará siempre por obtener la mayor precisión y claridad (Besson, Waldemar y Gotthard, Jasper, 1999: p. 125). De acuerdo a lo señalado por Eberhard Schmidt- Assmann, lo que

⁴ Cordero Vega, Luis (2017): Columna del Mercurio Legal de fecha 28 de abril de 2017. Disponible en <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Análisis-Juridico/2017/04/28/Una-verdad-incomoda-las-potestades-normativas-de-organismos-administrativos-y-el-dogma-de-los-90.aspx?disp=1>. Fecha última consulta: 13 de diciembre de 2017.

pretende el principio de separación de poderes es que también las instancias llamadas a aplicar la ley hagan una aportación sustancial al proceso de concreción jurídica. En este contexto se inscribe la utilización por el legislador de conceptos normativos indeterminados, de cláusulas generales y de habilitaciones discrecionales. Los que por lo general combinan elementos sustantivos y procedimentales, tales como las denominadas "cláusulas de revisión posterior", esto es, mandatos legales de revisión de su contenido. Precisamente los importantes ámbitos a los que se extiende el Derecho de la seguridad técnica no se pueden regular adecuadamente si no es a través de la procedimentalización de las estructuras que sirven para la concreción de los supuestos de hecho de las normas. La medida o el grado de la determinación legal exigida vienen asimismo determinados por el tipo y la estructura de los procedimientos operativos a través de los cuales las instancias competentes para aplicar la ley "elaboran" y "transforman" la indeterminación de esta última (2003: pp. 207- 208).

En el caso en estudio no hay una asignación indeterminada de potestades, lo que existe es una asignación determinada de potestades competenciales que se encuentran superpuestas, pero esto no las convierte per se en indeterminadas para habilitar su delimitación por parte de la CGR, ni su autolimitación mediante la celebración de un protocolo. Por lo que nos enfrentamos a una situación sin salida en nuestro ordenamiento jurídico que hace necesaria la reforma legal pertinente. Parte de la doctrina legitima la respuesta que se ha dado por parte de nuestro ordenamiento jurídico con argumentos pragmáticos⁵. Lo que claramente permite una solución a un problema concreto y ya especificado, la que sin embargo no nos permite pasar el filtro al que se refiere el profesor Eberhard Schmidt- Assmann. Esto, porque no existe indeterminación, por lo que incurre en antijuricidad, al tratarse de potestades asignadas por ley. En el mismo sentido señala Gustavo Zagrebelsky que: "en presencia de objetivos sustanciales de amplio alcance, indicados necesariamente mediante formulaciones genéricas y cuya realización supone una cantidad y variedad de valoraciones operativas que no pueden ser previstas, *la ley se limita a identificar a la autoridad pública y a facultarla para actuar en pro de un fin de interés público*. Para todo lo demás, la Administración actúa haciendo

⁵ Doña Brigitte Leal Vásquez señala que los órganos de la Administración, con competencias para realizar inspecciones, deben realizar esfuerzos coordinados en esta materia, de tal manera de evitar la duplicidad de funciones y que los convenios de colaboración constituyen ejemplos concretos de como la Administración necesita de ciertos instrumentos normativos para coordinar de manera interna el ejercicio de sus funciones en pos del cumplimiento de sus fines (Leal Vásquez, 2015: pp. 241-242).

uso de una específica autonomía instrumental, cuyos límites, en relación con el respeto a las posiciones subjetivas de terceros, resultan fundamentalmente imprecisos” (2011: p. 35).

Siguiendo dicho argumento y como ya señale, sin hacer una defensa de la teoría de la reserva legal absoluta, es que no he querido abordar, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, las implicancias que para los particulares tiene la superposición de potestades de ambas superintendencias, por lo que lo hago desde la seguridad jurídica. Señala Eberhard Schmidt- Assmann, refiriéndose al grado de determinación legal constitucionalmente exigido⁶ que: “la afectación de derechos fundamentales no es en el presente contexto sino un criterio para precisar la exigencia de determinación legal en cada caso. Una elevación automática de esta exigencia en función de la intensidad de la intervención o limitación operada, esto es, aplicando la fórmula «cuanto mayor sea dicha intensidad, mayor será también la exigencia de determinación legal», no está justificada. Precisamente el Derecho de la seguridad técnica, que atiende a bienes jurídicos de alto rango y valor, demuestra que la rápida evolución de las condiciones de vida puede exigir el empleo de estructuras normativas cuya determinación puede ser muy inferior a la exigida en normas reguladoras de otros ámbitos o materias de mucha menor importancia, pero, en cambio, de estructura más sencilla y abarcable y, por ello, más fácilmente regulables desde el punto de vista técnico” (Schmidt- Assmann, 2003: p. 210).

Las potestades determinan las competencias de los organismos públicos, la superposición de ellas da pie a las denominadas contiendas de competencia, las que son resueltas de acuerdo al art. 39 de la LOCBGAE si se trata de órganos administrativos o de conformidad al art. 93 N° 12 de la CPR, que otorga al Tribunal Constitucional la atribución de: “resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia que no correspondan al Senado”, siendo estas últimas, conforme al art. 53 N° 3 de la CPR las que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia.

⁶ En el caso en estudio no hay una asignación indeterminada de potestades, lo que existe es una asignación de potestades competenciales y determinadas que se encuentran superpuestas, condiciones que generan una situación de incerteza, asimilable a la indeterminación *desde la perspectiva del particular*, por lo que resulta aplicable la cita de Eberhard Schmidt- Assmann.

Recientemente la CGR ha planteado contiendas de competencia ante el Tribunal Constitucional⁷ y ante el Senado⁸ debido a la acción presentada por un grupo de funcionarios de la Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC) para resolver el régimen previsional que les corresponde pues exigen ser traspasados desde las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) a la Caja de Previsión de la Defensa Nacional (CAPREDENA).

En el capítulo II de este trabajo formulo y desarrollo esta problemática que no tiene una solución en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que se hace necesaria una modificación legal al respecto⁹.

En el capítulo III estudio las Superintendencias y específicamente la SMA y la SISS, puesto que respecto a sus potestades fiscalizadoras y sancionadoras es que existe una superposición. Dichas potestades son parte de la actividad material de la administración y como tales son estudiadas¹⁰.

En el capítulo IV son estudiadas cada una de las normas de emisión existentes respecto a las descargas de RILES en diversos cuerpos receptores: el DS MOP 609/1998 respecto a sistemas de alcantarillado, DS MSGP N° 90/2000 respecto a aguas marinas y continentales superficiales, Decreto MSGP 46/2002 respecto a aguas subterráneas y Decreto MSGP 80/2006 referido a molibdeno y sulfatos de efluentes descargados desde los tranques de relave al Estero Carén. Ello permite apreciar la superposición normativa de potestades fiscalizadoras y sancionadoras de ambas superintendencias en la referida normativa.

En el capítulo V analizo la jurisprudencia administrativa existente en la materia que comprende los 3 dictámenes de la CGR que han fijado el criterio para delimitar la competencia y que ha sido respetado por ambas superintendencias, las que incluso han

⁷ Respecto al 29° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago. Con fecha 18 de enero de 2017, en causa ROL N° 3283-16-CCO, por decisión unánime (5 votos a favor y 0 en contra) el TC se pronunció en favor de la CGR, al determinar que los Tribunales de Justicia carecen de atribuciones para interpretar de manera general, obligatoria y retroactiva los textos constitucionales y legales que rigen la materia.

⁸ El 28 de diciembre de 2016 la Contraloría dedujo una contienda de competencia ante el Senado pidiendo que declare que la Corte Suprema carece de atribuciones para conocer un recurso de casación en el fondo que se encuentra en trámite en esa magistratura.

⁹ Dicha problemática incluye las soluciones que nuestra institucionalidad ha pretendido darle, consistentes en el criterio delimitador de competencias establecido por la CGR y el posterior protocolo celebrado por ambas superintendencias en el que autolimitan sus potestades.

¹⁰ En el capítulo IV profundizo en ello. Al analizar la fiscalización y sanción respecto a cada una de las normas de emisión estudiadas.

suscrito un protocolo entre ellas conforme a estos dictámenes, en el que auto limitan sus potestades y que es abordado en el capítulo VI.

II.- Problemática.

La Ley 20417, que crea la SMA, establece en su art. 3° letra N que a esta le corresponde fiscalizar las leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con las descargas de RILES y en su art. 35° letra G establece que tendrá la potestad exclusiva para sancionar su incumplimiento. La ley 18902, que crea la SISS, en su art. 2°, dispone que a esta corresponderá la fiscalización de los prestadores de servicios sanitarios, del cumplimiento de las normas relativas a tales servicios y el control de los RILES que se encuentren vinculados a las prestaciones o servicios de las empresas sanitarias, contemplando en su art. 11° su potestad sancionadora. Claramente existe una superposición normativa respecto a las competencias fiscalizadoras y sancionadoras de la SMA y la SISS. Es posible que la competencia de ambas instituciones concorra en caso de que haya proyectos sujetos a normas de emisión y/o a una resolución de calificación ambiental. Por esta razón, ambas superintendencias se dirigieron a la CGR solicitando un pronunciamiento, el que obtuvieron mediante el dictamen N° 25248 de fecha 02 de mayo de 2012.

En esta decisión la Contraloría establece que a la SMA le corresponde la fiscalización y sanción de las normas relacionadas con las descargas de RILES, y a la SISS, el control y sanción de “los residuos líquidos industriales que se encuentren vinculados a las prestaciones o servicios de las empresas sanitarias”¹¹. Posteriormente, reafirma el mismo criterio en los dictámenes N° 298 de 31 de enero de 2014 y N° 20018 de 13 de marzo de 2015, al establecer que la incorporación de normas de emisión como normativa ambiental aplicable a una PTAS que ha ingresado al SEIA no altera la competencia de la SISS y al pronunciarse sobre su reconsideración, respectivamente.

Ambas superintendencias suscriben con fecha 28 de mayo de 2015 un protocolo. Este instrumento¹² reafirma el criterio de la CGR y establece que respecto a la infraestructura sanitaria afecta a concesión se debe hacer la siguiente distinción. Cuando no exista RCA será competencia de la SISS. Habiéndola, de tratarse de aspectos propios del ciclo-giro sanitario

¹¹ Art. 2 de la ley 18902.

¹² En su numeral 1, referido a la delimitación de competencias.

o de olores molestos, también será competente dicha superintendencia. Con todo, respecto de las medidas de mitigación, reparación o compensación y seguimiento ambiental será competente la SMA.

Esta solución administrativa ante una superposición de competencias implica que dos organismos públicos mediante un convenio autolimitaron sus potestades, contraviniendo el principio de juridicidad contenido en los arts. 6, 7 y 65 inc. 4º N° 2 de la CPR. Sobre todo si tenemos en cuenta que el criterio utilizado se desprende de fallos de la CGR cuando el único llamado a delimitar las potestades es el propio ordenamiento jurídico mediante los mecanismos que él establece.

El problema jurídico planteado en este trabajo, de no mediar una reforma legal, no tiene solución en nuestra institucionalidad. Porque, como expondré más adelante, la CGR no es un organismo colegislador y su jurisprudencia administrativa, respecto a las contiendas de competencia, no puede delimitar las de otros organismos públicos cuyas potestades fueron claramente establecidas por la ley, aunque se encuentran superpuestas, como en el caso en estudio. Distinto es cuando las competencias concurrentes han sido atribuidas de forma ambigua, en cuyo caso resulta pertinente el pronunciamiento de la CGR al respecto. También vulnera el ordenamiento jurídico la suscripción de un protocolo en que ambas superintendencias limitan sus potestades, sobre todo teniendo en consideración, que dado su origen legal, estas son inalienables, intransmisibles, irrenunciables, indisponibles, intransferibles, imprescriptibles, inagotables, idénticas a través de su ejercicio e insusceptibles de modificación por el titular (García de Enterría y Fernández, 2015: p. 483).

Los pronunciamientos delimitadores de competencia de la CGR y el convenio auto limitador de potestades suscrito entre ambas superintendencias son vulneratorios del principio de juridicidad. Sin perjuicio de que se vulnera el principio de unidad de acción administrativa al plasmar, nuestro ordenamiento jurídico, una evidente contienda de competencias. Además de generar incerteza jurídica en quienes invierten en este sector de la economía. A continuación se desarrollan estos planteamientos.

1.- Principio de Juridicidad.

El principio de juridicidad supone la subordinación de la administración al ordenamiento jurídico¹³, en donde no solo importa la habilitación para actuar, sino que también la legitimidad del contenido material de la decisión (Cordero Vega, 2015: p. 77). Según Ignacio de Otto: “el principio de Juridicidad no expresa otra cosa que la idea de una limitación jurídica del poder público, entendiendo el termino limitación en un sentido amplio. Se trata de una concreción del principio del Estado de Derecho, que exige la limitación jurídica del poder del Estado, exigencia llevada a sus últimas consecuencias con la sujeción del propio legislador a la Constitución. El principio de Juridicidad impone, por tanto, la existencia de normas jurídicas que vinculan a la Administración cuando actúa y que de este modo la someten a Derecho”. Luego, respecto al principio de legalidad añade que éste “exige que no se autorice a la Administración para perseguir libremente sus fines, que no se concedan apoderamientos en blanco y que las normas sirvan de criterio para enjuiciar en su contenido la actuación administrativa. De ese principio nace todo el Derecho Administrativo y la sujeción de la Administración al control de los Tribunales” (1995: pp. 157-158).

La CPR consagra la existencia de los poderes del Estado y de sus órganos fundamentales, es la fuente del Derecho Administrativo, el que, a su vez, debe regular la actividad de esos poderes y órganos. La Concordancia de la organización administrativa con la CPR es una de las bases orgánicas de la administración del Estado (Silva Cimma, 1995: p. 86). De conformidad al inc. 4º del N° 2 del artículo 65 de la CPR¹⁴, debe existir una previa deliberación en el Congreso que le otorgue legitimidad democrática a la actuación del Estado.

El principio de juridicidad es fuente de la organización y la actuación administrativa. Respecto a la primera porque todo servicio público, cualquiera que sea su naturaleza, requiere ser creado por una ley, al igual que la determinación de sus funciones, de la planta del servicio, de las atribuciones de estos cargos y de sus remuneraciones. En cuanto a la actuación administrativa, su validez se ve condicionada a la concurrencia de tres requisitos: a) la existencia de una previa investidura regular de sus integrantes, es decir, que accedan a sus

¹³ Arts. 6, 7 y 65 inc. 4º N° 2 de la CPR y art. 2º de la LOCBGAE.

¹⁴ El que establece expresamente que es materia de ley, de iniciativa exclusiva del Presidente de la República: “Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos o de las empresas del Estado; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones”.

cargos a través de elección o nombramiento, b) a la competencia, esto es, que la actuación de que se trate se encuadre dentro de las atribuciones asignadas por ley y c) que se ejerza en la forma prescrita por la ley, es decir, debe ajustarse tanto a exigencias de formación del acto, como las de carácter externo o solemne (Vergara Blanco, 2005: pp. 137-139). Como afirma el profesor Bermúdez para estar en presencia de un Estado de Derecho es necesario el sometimiento de la Administración a la ley. Así se aprecia que la Administración Pública es un sujeto de Derecho, una persona jurídica destinataria de las normas que deben ser observadas (2014: p. 43).

La actividad de la administración debe estar previamente autorizada por el legislador al órgano administrativo, pues la legalidad atribuye potestades a la administración, otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la administración para su acción confiriéndole al efecto poderes jurídicos¹⁵. Como consecuencia de este origen legal las potestades son inalienables, intransmisibles e irrenunciables, justamente porque son indisponibles por el sujeto en cuanto creación del Derecho objetivo supraordenado al mismo. El titular de la potestad puede ejercitarla o no, pero no puede transferirla; la propia ley puede, a lo sumo, permitir su delegación de ejercicio. Las potestades son también imprescriptibles, aunque su ejercicio puede estar sometido a caducidad o decadencia. Las potestades son, en fin, inagotables e idénticas a través de su ejercicio, que más que consumirlas las confirma. Son también insusceptibles de modificación por el titular; solo la ley, en que tienen su origen, puede alterarlas o extinguirlas (García de Enterría y Fernández, 2015: p. 483).

¹⁵ Entendiendo el concepto de potestad a través de un contraste dialéctico con el derecho subjetivo, de lo que desprendemos: que la potestad procede directamente del ordenamiento jurídico; que no recae sobre ningún objeto específico y determinado, sino que tiene un carácter genérico y se refiere a un ámbito de actuación definido en grandes líneas o direcciones genéricas. No consiste en una pretensión particular, sino en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos, de donde eventualmente pueden surgir, como una simple consecuencia de su ejercicio, relaciones jurídicas particulares. En fin, a la potestad no corresponde ningún deber, positivo o negativo, sino una simple sujeción o sometimiento de otros sujetos (normalmente de un círculo de sujetos) a soportar sobre su esfera jurídica los eventuales efectos derivados del ejercicio de la potestad; esa sujeción puede ser para esos sujetos ventajosa (si del ejercicio de la potestad deriva para ellos un beneficio), o desventajosa (si de la potestad surge para ellos un gravamen; sería la sujeción *stricto sensu* o por excelencia), o indiferente (si no llega a afectar a su esfera jurídica), pero en ningún caso implicará un deber o una obligación, los cuales podrán surgir eventualmente de la relación jurídica que el ejercicio de la potestad es capaz de crear, pero no del simple sometimiento a la potestad misma. No hay, por ello, frente a la potestad un sujeto obligado, sino una situación pasiva de inercia, que implica un sometimiento a los efectos que la potestad puede crear en su ejercicio, la inexcusabilidad de soportar que tales efectos se produzcan y que eventualmente afecten a la esfera jurídica del sometido (García de Enterría y Fernández, 2015: pp. 481-484).

Existe una distinción entre potestades regladas y discrecionales, las primeras constriñen a la administración a la constatación del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y a aplicar la consecuencia que ha previsto la ley, aunque ello no quiere decir que desaparezca por completo la interpretación administrativa que ineludiblemente puede conllevar determinadas valoraciones. Por el contrario, la potestad discrecional introduce en el proceso aplicativo una estimación subjetiva de la Administración, al permitirle decidir entre una pluralidad de opciones o alternativas (Cordero Vega, 2015: p. 80). Como señala don Jorge Bermúdez Soto, “la Administración puede asumir diversos comportamientos frente al acaecimiento de unos determinados hechos, surgiendo una distinción entre potestades regladas y potestades discrecionales, y si bien ambas son regladas, los márgenes de apreciación para la potestad discrecional son más amplios en consideración a su facultad de opción y la graduación que se haga dentro de la solución elegida” (2014: p. 115). En el caso en estudio se trata de potestades regladas asignadas por ley a ambas superintendencias, con un supuesto de hecho coincidente, determinante de su competencia. No se trata de varias opciones ni de indeterminación al respecto, como en el caso de las discrecionales. En este caso, no hay lugar a la interpretación, se trata de dos potestades regladas, problemática que, dado el carácter legal de estas, solo puede ser solucionada por una reforma legal, tesis central de este trabajo. Ambas disposiciones¹⁶ determinan claramente las potestades de cada superintendencia por lo que existe una superposición respecto a la fiscalización y sanción respecto a las normas de emisión de residuos líquidos a cuerpos de agua receptores. Puesto que es posible que la competencia de ambas instituciones concorra en caso de que haya proyectos sujetos a normas de emisión y/o a una resolución de calificación ambiental.

¹⁶ La LOSMA establece en su art. 3º letra N que a esta le corresponde fiscalizar las leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con las descargas de RILES y en su art. 35º letra G establece que tendrá la potestad exclusiva para sancionar su incumplimiento. La ley 18902, que crea la SISS, en su art. 2º, dispone que a esta corresponderá la fiscalización de los prestadores de servicios sanitarios, del cumplimiento de las normas relativas a tales servicios y el control de los RILES que se encuentren vinculados a las prestaciones o servicios de las empresas sanitarias. En su art. 11 establece la potestad sancionatoria respecto a los prestadores de servicios sanitarios que incurrieren en alguna infracción a las leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con los servicios sanitarios, o en incumplimiento de las instrucciones, órdenes y resoluciones que dicte la SISS. También respecto de los establecimientos que incurrieren en alguna infracción a las leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con las descargas de RILES o en incumplimiento de las instrucciones, órdenes y resoluciones que dicte la SISS.

La LOSMA es posterior a la ley 18902, que crea la SISS¹⁷. Desde la perspectiva del derecho administrativo, lo que hace la LOSMA es entregar a la SMA la fiscalización ambiental como una competencia esencial, es decir, aquella que le da razón de ser y justifica su existencia. Los demás órganos sectoriales con competencia en la fiscalización de los instrumentos de gestión ambiental, si bien conservan dicho poder respecto de todas aquellas materias que no correspondan a la SMA, no pueden ejercerlo de manera directa, a menos que hubieren sido incluidos en un subprograma de fiscalización (Bermúdez Soto, 2015: p. 97). Respecto a las competencias sancionadoras la LOSMA no hace una diversificación en múltiples organismos, como sí lo hace con las facultades fiscalizadoras. De conformidad a su art. 35 las facultades sancionadoras son siempre exclusivas, el profesor Bermúdez señala que: “El criterio unificador se impuso en la reforma ambiental, sin perjuicio que subsistan dificultades, por ejemplo, respecto de la mantención de competencias por parte de la SISS (art. 61 LOSMA)” (2015: p. 101).

Existe una vulneración de la juridicidad al tratarse de potestades expresamente otorgadas por ley a dos Superintendencias. Al efectuar la aludida interpretación, la CGR legisla y las delimita. La CGR se está excediendo, pues no puede resolver la solicitud de pronunciamiento de ambas superintendencias, puesto que en el caso de la superposición normativa existente y ya explicitada, se trata de potestades claramente asignadas que determinan la competencia. Distinto es el caso del ejercicio de una potestad discrecional o que la asignación de potestades realizada por el legislador pudiera ser catalogada de ambigua, casos en los que resulta necesario y conforme al principio de juridicidad el pronunciamiento del organismo contralor.

Posteriormente, ambas Superintendencias celebran un protocolo auto limitando sus potestades, lo que es inconcebible en un Estado de Derecho, pues dado el origen legal de estas, solo pueden ser modificadas por una norma del mismo rango legal.

Hoy en día, se exige de la administración pública una mayor capacidad de respuesta, por diversos factores: el cada vez mayor empoderamiento de la ciudadanía; los avances tecnológicos; la evolución de la regulación económica existente, la que incide directamente en el bienestar social, pues progresivamente ha estado sujeta a un proceso de desregulación,

¹⁷ La LOSMA es de fecha 26 de enero de 2010 y la 18902 de fecha 27 de enero de 1990.

privatización de servicios y crecimiento en cuanto a las materias abarcadas. En este contexto se inscribe la utilización por el legislador de conceptos normativos indeterminados, de cláusulas generales. La indeterminación de la ley es más tolerable cuando dichos procedimientos y controles ofrecen garantías suficientes de que el proceso de concreción de la inicialmente vaga regulación legal se llevará a cabo de manera especialmente diligente y en condiciones de imparcialidad y no discriminación respecto de los distintos niveles implicados. La actividad legislativa y la de aplicación de la ley son entendidas de este modo, como partes de un mismo circuito directivo en el que los procedimientos administrativos de control y jurisdiccionales tienen la función de compensar la indeterminación de la ley. Estas reglas generales poseen ambigüedad aplicativa, lo que genera efectos complejos en la discusión jurídica que proviene del control público, en la cual la exigencia de un estándar delimitado es su condición esencial, siendo de vital importancia el alcance o los diferentes procedimientos que se dispongan para hacer efectivo el control (Cordero Vega, 2015: pp. 45-48). Precisamente, dentro de la determinación de dicho estándar, se enmarca este trabajo, pues dicho intento no puede exceder el principio de juridicidad¹⁸. Evidentemente, esto no implica aseverar que todas las decisiones en una democracia deban ser adoptadas por el Legislador, pues ello no se corresponde con el principio constitucional de distribución de funciones.

2.- Unidad de Acción Administrativa.

Es una de las principales bases orgánicas de la administración del Estado¹⁹. Persigue que la órbita de acción de los servicios públicos se precise de manera que se eviten las interferencias de unos con respecto a otros, planteándose contiendas de competencia o de jurisdicción que, además de esterilizar la acción del Estado, perjudican los intereses de la colectividad, puesto que una de las finalidades primordiales del Estado es la satisfacción de las necesidades colectivas, la que afronta mediante los servicios públicos. Esta unidad supone, además, la necesidad de que exista armonía en las atribuciones de dirección dentro

¹⁸ Conforme a lo ya señalado, en este contexto de ambigüedad se ha querido situar la problemática de este trabajo para luego arribar a una solución, siendo que en realidad se trata de potestades determinadas y claramente asignadas.

¹⁹ Por tales se entiende, el conjunto de normas e ideas matrices que han de servir de fundamento a la organización y funcionamiento de los servicios públicos y dicen relación con el régimen general de estos, con su adaptación a las disposiciones constitucionales, con su acción en el territorio nacional, etc. (Silva Cimma, 1995: p. 85).

de cada servicio para evitar que las responsabilidades por esa dirección se diluyan y los controles se hagan ineficaces (Silva Cimma, 1995: p. 87).

2.1.- La Competencia.

En el Derecho Público, de conformidad al art. 7º de la CPR, los órganos de la Administración no pueden actuar válidamente sino dentro de los límites que la ley les ha señalado, no así en el Derecho Privado, donde las personas naturales o jurídicas, no tienen otro límite en sus funciones que el de que sus actos no vayan en contra de la ley o del derecho ajeno. Para la realización de esta base orgánica de la administración del Estado, es menester que la competencia de los servicios se encuentre claramente delimitada. Por lo que resulta fundamental el estudio de este concepto²⁰ (Silva Cimma, 1995: p. 87).

2.1.1.- Elementos fundamentales que determinan la competencia administrativa.

2.1.1.2.- El Territorio: Es el Ámbito espacial en que accionan las personas públicas y los órganos administrativos.

2.1.1.3.- La Materia: Cada servicio o ente público tiene a su cargo la satisfacción de determinadas materias. Su actividad jurídica es diversa y sus cometidos son también diferentes.

2.1.1.4.- El grado: Este elemento solo es considerado por algunos autores y se refiere a si un asunto puede ser conocido por dos o más autoridades en un grado jerárquico diferente, existirán servicios que conocerán en único grado y otros en segundo, etc.

2.1.1.5.- Los Poderes Jurídicos: Para actuar en la materia que les compete y dentro de los límites territoriales fijados, los entes públicos disponen de potestades diversas. Dichas potestades pueden ser poderes de legislación, administración o jurisdiccionales. Los que están entregados a distintos órganos del Estado. Don Enrique Silva Cimma señala que: “Los entes autónomos, solo poseen poderes de administración, ya que estos actúan como delegatarios del Presidente de la República, que es el Supremo Administrador del Estado. No obstante ello, disponen a menudo de la potestad reglamentaria. Los servicios dependientes,

²⁰ Que puede definirse como el ámbito de acción de las personas públicas o servicios públicos. Se le ha definido también como la aptitud o facultad de actuar de los diferentes órganos de la administración del Estado. Ella determina los límites dentro de los cuales han de moverse y desarrollar su acción aquellos órganos (Silva Cimma, 1995: pp. 87-88).

en cambio, por su naturaleza, gozan de potestades jurídicas más restringidas” (1995: pp. 88-89).

De acuerdo a don Jorge Bermúdez Soto, las Superintendencias ejercen orgánicamente los poderes de regulación, fiscalización y sanción, respecto a esta última potestad está ampliamente aceptado su carácter jurisdiccional, si entendemos por función jurisdiccional toda aquella actividad destinada a la aplicación del Derecho a un caso concreto, a decir el Derecho en un caso particular (*iuris dictio*). Debemos tener presente que la acepción natural y obvia de Jurisdicción engloba a gran parte de la actividad administrativa y no solo a la sancionadora (2014: pp. 313, 327). Las potestades de los órganos de la administración del Estado, tienen su fundamento y explicación en los intereses públicos que tutelan, lo que justifica la exorbitancia de su contenido y su fuerza coactiva con los ciudadanos. La potestad extraordinaria de poner en ejecución los contenidos normativos del ordenamiento, declarando los derechos y obligaciones que impone este, se denomina potestad de autotutela declarativa y se encuentra consagrada en nuestro ordenamiento jurídico²¹ (Ferrada Bórquez, 2007: pp. 70-79).

Las potestades son un elemento determinante de la competencia administrativa, la que está fijada por ley, por lo que tiene el carácter de improrrogable, salvo en los excepcionales casos de avocación y delegación. Además de ser inalienable, intransmisible, irrenunciable, indisponible, intransferible, imprescriptible, inagotable e insusceptible de modificación por el titular (García de Enterría y Fernández, 2015: p. 483).

2.1.2.- Contindas de Competencia.

De acuerdo a lo señalado en el art. 39 de la LOCBGAE son resueltas por el superior jerárquico del cual dependan o con el cual se relacionen. Tratándose de autoridades dependientes o vinculadas con distintos Ministerios, decidirán en conjunto los Ministros correspondientes, y si hubiera desacuerdo, resolverá el Presidente de la República.

Para evitar acudir a las autoridades dispuestas en el art. 36 de la LOCBGAE se ha recurrido a la jurisprudencia administrativa de la CGR para que se pronuncie al respecto, mediante dictámenes, justificándose en que se trata de una instancia que comparte una unidad

²¹ Arts. 24 y 27 de la CPR; y arts. 3 y 51 de la LBPA.

de fin con los servicios en conflicto²² (Letelier Wartenberg, 2015: p. 304). Es así como en el caso en estudio de este trabajo ambas Superintendencias solicitaron su pronunciamiento a la CGR con las implicancias ya señaladas.

Debemos tener presente que de conformidad a lo dispuesto en el art. 93 N° 12 de la CPR, el Tribunal Constitucional cuenta con atribución de “Resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado” y que el art. 53 N° 3 de la CPR establece: “Son atribuciones exclusivas del Senado:

3.- Conocer de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia”.

3.- Seguridad Jurídica.

De acuerdo a la sentencia N° 27, de 20 de julio de 1981, del Tribunal Constitucional Español, la Seguridad Jurídica es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad.

Conforme a lo señalado en el numeral 1 el principio de juridicidad implica la exclusión de la arbitrariedad y el respeto de los derechos establecidos en el propio ordenamiento jurídico. Para ello debe existir seguridad jurídica que resulta vital para la convivencia en sociedad, el Derecho existe para establecer un orden entre las personas y hacer posible con él un régimen de convivencia. El Derecho organiza e impone el orden social dentro del cual todos saben con certeza a qué atenerse y las consecuencias que va a tener su conducta y la de los otros, representando una garantía de continuidad y permanencia de la propia sociedad y sin la cual es imposible que se cumplan adecuadamente los fines de ella. Con esto, el individuo puede saber con entera claridad hasta donde llega su esfera de

²² El art. 1° de la LOCBGAE incluye a la CGR en la Administración Pública y la única forma de entender esto es con un criterio finalista, el de cumplir eficientemente las tareas de Gobierno y Administración Pública del país. La autonomía e independencia es requisito para que dicha tarea sea llevada a cabo con éxito y con ello comparte con los demás servicios públicos una misma finalidad, y es parte de ellos en tanto todos poseen una unidad de fin (Letelier Wartenberg, 2015: p. 293).

actuación jurídica y donde empieza la de los demás. La finalidad del derecho tiene que ser la supresión de toda situación dudosa e imprecisa y su sustitución por situaciones netas y definidas (Fernández-Galiano, 1963: pp. 139-145).

No puede existir seguridad jurídica para aquellos administrados que en principio no saben a qué legislación atenerse, dado que existe una superposición normativa que, como veremos más adelante, implica distintos efectos patrimoniales dependiendo de cuál se aplica. Tampoco otorgan seguridad jurídica las soluciones que se le han querido dar a esta problemática, pues como se ha señalado, ambas vulneran el ordenamiento jurídico, tanto la delimitación de potestades que realiza la CGR, como la autolimitación de potestades por parte de ambas Superintendencias en el protocolo suscrito con fecha 28 de mayo de 2015.

Hoy existe un debilitamiento de la legalidad, puesto que la ley tiene una difícil adaptación a la dinámica económica actual. Por lo que ha adquirido un evidente protagonismo el reglamento²³ como instrumento para ordenar la economía dada su mayor flexibilidad, lo que facilita la revisión, modificación o derogación de la norma administrativa con menores exigencias que las que requieren los cambios a una norma legal. La mayor o menor seguridad jurídica de un sistema incide en un factor muy importante como son los costos de transacción, cuyo descubrimiento y formulación son atribuidos a Coase quien advierte sobre su decisiva incidencia en el intercambio de bienes y servicios que es lo que en última instancia constituye la actividad económica (Camacho Cepeda, 2005: pp. 424-428). Sin que esto implique que las potestades hayan dejado de asignarse por ley, por lo que el fenómeno del debilitamiento de la legalidad no incide en la problemática expuesta en este trabajo, puesto que entenderlo de otra forma implicaría el debilitamiento del ordenamiento jurídico y la anarquía normativa.

3.1.- Potestad Dictaminante.

De las funciones que le son encomendadas a la CGR, por el art. 98 de la CPR²⁴, se desprende claramente su rol eminentemente fiscalizador o controlador de las actuaciones de

²³ A través de este se manifiesta la actividad material de la administración.

²⁴ “Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva”.

la administración pública. Nuestro ordenamiento jurídico ha establecido un órgano especial que controla que la administración se ajuste a la legalidad. No se ha querido dejar que ese examen o juicio de legalidad sea desarrollado simplemente por el órgano que actúa o que emite un específico acto administrativo, opción por lo demás que es perfectamente válida dentro de una organización administrativa, sino que se ha construido un segundo control ex ante o ex post de legalidad, revelándose la importancia que le asigna nuestro ordenamiento jurídico a la legalidad en el comportamiento de los servicios públicos.

La Contraloría General de la República es un órgano de control, el art. 1º de la LCGR hace referencia a las funciones de control que esta debe desarrollar. Estas son las siguientes: la función jurídica, la función de auditoría, la función de control del personal de la administración del Estado, la función de contabilidad general de la nación y la función de juzgamiento de cuentas. Dentro de la primera de ellas se encuentra la potestad dictaminadora, que tiene su base legal en los arts. 1º, 6º y 19º de la LCGR (Letelier Wartenberg, 2015: pp. 285-296). El art. 6º en su inc. final señala: "... sólo las decisiones y dictámenes de la CGR serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa en las materias a que se refiere el art. 1º", de acuerdo al dictamen de la CGR N° 2406 de 1998, los dictámenes "constituyen la doctrina vigente de [la] Contraloría sobre [un asunto], [pues] al limitarse a determinar el verdadero sentido y alcance de [una norma] es un juicio declarativo respecto a la materia, que nada agrega al precepto interpretado". Existe consenso en la literatura que los dictámenes de la CGR son obligatorios para los empleados públicos²⁵, y que el desconocimiento de los mismos por un jefe de servicio que resuelva contra lo informado por esta, acarreará la responsabilidad de ese funcionario, sea en vía civil, administrativa o penal, según corresponda²⁶ (Navarro Beltrán, 2012: p. 185).

El profesor Luis Cordero Vega expresa que existe una doctrina del precedente administrativo²⁷, que constituye un control de la discrecionalidad, pues a través de ella la Administración se autolimita en un determinado sentido. Esto, porque se le exige cierta

²⁵ El fundamento Jurídico para ello son los arts. 6, 7 y 98 de la CPR; 2 de la LOCBGAE y 1, 5, 6, 9, 16 y 19 de la LCGR.

²⁶ Dictamen CGR N° 95727 de 2015.

²⁷ Forma reiterada de aplicar una norma por la administración. Es el supuesto ya resuelto anteriormente en un caso similar. Se contrapone al consiguiente, que es la resolución que realiza la administración con posterioridad (Cordero Vega, 2015: pp. 169-170).

uniformidad en sus criterios y actuaciones, utilizando como título de justificación la aplicación del principio de igualdad como medio de control de medidas arbitrarias. También permite que se alegue algún grado de responsabilidad en el evento que el cambio de la expectativa ocasione alguna lesión (2015: pp. 169-170). En el mismo sentido, en aras de la seguridad jurídica, don Jorge Bermúdez señala que la Administración Pública de haber venido actuando de una determinada manera, deberá seguir haciéndolo en lo sucesivo y bajo circunstancias similares, por cuanto no parece justo que esta pueda cambiar su práctica con efectos retroactivos o de forma sorpresiva, fundando esto en el principio de la confianza legítima. Aun cuando éste no tiene expresa consagración en la CPR, se deduciría de los principios constitucionales del Estado de Derecho²⁸ y de seguridad jurídica²⁹ (2014: pp. 110 y 111). Si bien ambas teorías otorgan cierto grado de seguridad jurídica ante una normativa ambigua, en la que la administración puede cambiar su criterio y resolver casos iguales con discrecionalidad, por ejemplo el concepto de “necesidades del servicio” o “buenas costumbres”. En dichos casos no se trata de una superposición legal de potestades, que es la existente en la problemática expuesta en este trabajo, en que están claramente asignadas y delimitadas por normas distintas, respecto a las cuales se genera una superposición.

La CGR en su dictamen N° 35397 de fecha 06 de agosto de 2007, se pronuncia respecto a la función de dictaminar³⁰, señalando que esta consiste en la materialización de la

²⁸ Arts. 5, 6, 7 y 8 de la CPR.

²⁹ Art. 19 N° 26 de la CPR.

³⁰ Al definir su función de dictaminar establece: “Es necesario tener en cuenta que todas las funciones de la Contraloría General de la República en último término son funciones jurídicas, pues todas ellas están destinadas a cauterizar el principio de legalidad, esto es, a verificar que los órganos de la Administración del Estado actúen dentro del ámbito de sus atribuciones y con sujeción a los procedimientos que la ley contempla.

a. La función de dictaminar

En este contexto, una de las funciones trascendentales que el Estado de Derecho le reconoce a la Contraloría General lo constituye la facultad de interpretar las normas jurídicas que inciden en el ámbito administrativo, labor que se materializa en la emisión de informes jurídicos que son obligatorios para los servicios sometidos a su fiscalización.

Esta potestad, que importa una valiosa creación intelectual de nuestra Contraloría, permite la elaboración de una doctrina administrativa conformada por un sistema de precedentes obligatorios y favorece la unidad del sistema normativo mediante su interpretación uniforme y consistente, donde cada decisión contribuye a orientar otras múltiples decisiones posibles, haciendo que la regulación aplicable a los entes públicos sea más coherente, íntegra y estable.

Para que opere el Estado de Derecho no basta con la existencia de un texto constitucional y de leyes formalmente establecidas. Es indispensable la existencia de mecanismos y procedimientos especializados y expeditos de solución de conflictos, que colaboren con la Administración del Estado, que fijen el sentido y alcance de las normas jurídicas y que, de ser necesario, sean capaces de actuar para impugnar los actos que sobrepasen al Derecho.

facultad de interpretar las normas jurídicas que inciden en el ámbito administrativo. Esto ratifica lo anteriormente expuesto, en el sentido de que no cabe la interpretación respecto a la problemática de este trabajo, pues se trata de potestades regladas, tanto en la ley 20417, que crea la SMA, en sus arts. 3 letra N y 35 letra G; como en el art. 2° de la ley 18902, que crea la SISS y la interpretación, en este caso, no recae sobre determinada norma jurídica, jurídicamente no cabe interpretar la realidad, consistente en la problemática generada y al no hacerlo, ya no se puede hablar de interpretación, lo que ocurre es que en este caso existen 2 normas jurídicas que superponen potestades y por lo tanto existe una situación de incertidumbre respecto a la normativa a aplicar ante la ocurrencia de la situación descrita en ambas normas, por lo que ya no cabe la interpretación sino derechamente la creación de derecho para poder darle una respuesta a esa problemática. Obviamente ello plantea una dificultad en su aplicación y la administración pública no puede permanecer en la inacción ante la ocurrencia de hechos que determinan su tipicidad competencial, sin embargo este deber no legitima las soluciones a las que ha arribado nuestra institucionalidad. Pues implican que un organismo que no goza de legitimidad democrática, como la CGR, tenga los poderes legislativos para delimitar las potestades que la ley le entrega a las Superintendencias sujetas a su control y que luego, en función de ello, dichos organismos celebren un protocolo delimitando en los mismos términos sus potestades, que son de origen legal, limitando y/o renunciando a algunas potestades que, de acuerdo a García de Enterría y Fernández, en su esencia son inalienables, intransmisibles e irrenunciables (2015: p. 483).

De este modo, con la labor interpretativa de la Contraloría General se facilita que las declaraciones generales y abstractas de la normativa legal relacionada con la ética pública se transformen, a través de su aplicación concreta, uniforme y reiterada, en normas específicas de conducta, con lo que el Estado de Derecho gana en eficacia, atribuyéndole a la Constitución y las normas dictadas conforme a ella, un sentido y alcance concretos que van más allá del tenor explícito del propio texto. De esta manera, la labor interpretativa que realiza la Contraloría complementa la labor normativa que, en el ámbito de sus potestades, llevan a cabo el Congreso Nacional y el Presidente de la República.

Asimismo, el sistema jurídico basado en el precedente administrativo -esto es, la interpretación uniforme de una misma regla jurídica- permite que la actuación administrativa gane en previsibilidad, esto es, afirma la legítima expectativa que tienen los ciudadanos de que la Administración tome decisiones que sean armónicas con los criterios manifestados con anterioridad en situaciones equivalentes.

De este modo, la función que la Constitución ha encargado a la Contraloría General de la República de interpretar con fuerza obligatoria las leyes y actos administrativos, y el uso que de esta facultad ha hecho esta Institución, permiten dar cumplimiento al principio de la igualdad ante la ley reconocido por la Carta Fundamental y a los principios de buena fe y de confianza legítima y a la teoría de la inducción al error”.

La Corte Suprema³¹ ha establecido que los dictámenes de la CGR no tienen el efecto de anular y tampoco de constatar la ilegalidad del acto administrativo, solo obligar a la autoridad respectiva a revocarlo. Si la interpretación de la CGR no deja sin efecto un acto administrativo, tampoco se podría sostener que está facultada para limitar el contenido de potestades regladas que tienen su origen en la ley, donde no cabe la interpretación administrativa como en el caso de la superposición de potestades discrecionales. De acuerdo a lo establecido en la CPR³² hay una jerarquización de los órganos que ejercen potestades normativas y consecuentemente, también respecto a las fuentes del derecho.

Si bien la LCGR en sus arts. 16 y 19 establece la obligatoriedad de la jurisprudencia administrativa respecto a todos los órganos de la administración, esta no constituye fuente formal del derecho, de la que puedan nacer derechos de los particulares, de quienes en este caso, invierten en obras referidas a la descarga de RILES a cuerpos receptores, por lo que les resulta importante la determinación del organismo que tenga facultades fiscalizadoras y sancionadoras a su respecto. Pues como veremos más adelante, son distintos los efectos dependiendo de cuál sea la legislación aplicable al caso concreto, lo que puede resultar decisivo respecto a la inversión realizada. Generándose una situación de incerteza respecto a los particulares, teniendo presente que el desarrollo de la prestación del servicio de tratamiento de RILES requiere inversión privada, por lo que es necesaria una reforma legislativa que delimite claramente las facultades fiscalizadoras y sancionadoras de la SMA y la SISS.

Puesto que la solución dada por nuestra institucionalidad a la problemática expuesta pasa por la pretendida seguridad jurídica que otorga la facultad dictaminadora de la CGR, es importante analizar que ha sostenido la Jurisprudencia Judicial, sobre todo teniendo en cuenta

³¹ Sentencia de fecha 28 de mayo de 2015, en autos Rol N° 21.920-2014, caratulados "Abufrut Limitada con Servicio Agrícola y Ganadero y Fisco de Chile".

³² Arts. 4, 5, 32 N° 1, 46, 76 y 92 de la CPR.

que el principio de tutela judicial se encuentra consagrado en nuestra CPR, en su vertiente objetiva³³ y subjetiva³⁴ (Cordero Vega, 2015: p. 98).

3.2.- Análisis Jurisprudencial.

La superposición normativa ya referida es atentatoria a la seguridad jurídica de aquellos administrados que invierten o se relacionan con la descarga de RILES en cuerpos de agua receptores y que no saben a qué legislación atenerse. Nuestra institucionalidad para enfrentar dicha problemática ha recurrido a la CGR con la pretensión de brindar seguridad jurídica en la materia mediante sus dictámenes. Los fallos que estudiaremos a continuación dan cuenta de que la jurisprudencia administrativa debe inclinarse ante la jurisprudencia judicial, pues esta última prima en el derecho administrativo chileno.

3.2.1.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 16 de enero de 1989, en autos Rol 427-1988, recaída en recurso de protección. En la que se estimó que los dictámenes pueden ser impugnados por la vía de recursos de protección, cuyo considerando séptimo dispone: "*Que tampoco es efectivo que no puede recurrirse de protección en contra de un dictamen de la Contraloría, porque ésta los emite de acuerdo con sus facultades.* En efecto, aunque, al emitir un dictamen, la Contraloría lo hace dentro de sus atribuciones y aun de sus obligaciones, en la forma no puede considerarse este acto arbitrario o ilegal, pero su contenido puede serlo y, al igual que una resolución pronunciada por un juez competente, pero contrariando una disposición legal, puede y debe ser enmendada por la autoridad superior, así un dictamen de la Contraloría por la autoridad judicial competente, en este caso la Corte de Apelaciones respectiva", sentencia que fue confirmada por la Corte Suprema.

3.2.2.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 19 de mayo de 1989, en autos Rol 89-1989. En la que fue declarado sin lugar recurso de protección, resolviendo en su considerando 5º "que los dictámenes de la Contraloría agregados a esta causa si bien significan un aporte valioso en relación con el fondo del problema planteado en el recurso,

³³ Se traduce en la existencia de una potestad jurisdiccional, atribuida a los órganos del Poder Judicial (art. 76 de la CPR), que sin prejuzgar el tipo de juez, reconoce en todos ellos la competencia para conocer de los asuntos contenciosos administrativos, salvo la existencia de soluciones jurisdiccionales especializadas para conocer de ciertos asuntos.

³⁴ Se traduce en el deber constitucionalizado de dar tutela efectiva a los derechos de las personas, frente a decisiones estatales ilegítimas (arts. 19 N° 3 y 38 inc. 2 de la CPR), lo que deriva en un derecho a la acción contencioso administrativa genérica.

esto es, la legalidad o ilegalidad con que se habría tomado el acuerdo que dio origen a las sociedades en cuestión, es lo cierto que tal problema escapa al objeto de la protección solicitada, tal como se dijo anteriormente; además, *tales dictámenes no obligan a este Tribunal y a lo sumo podrían ser considerados como antecedentes ilustrativos en relación con la cuestión que nos preocupa*", es decir, habiéndose pretendido hacer valer la obligatoriedad de los dictámenes, se estableció que estos no tienen tal carácter para los tribunales y solo pueden ser considerados como antecedentes ilustrativos, es importante hacer notar que en esta causa no era parte la CGR.

3.2.3.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 12 de enero de 2012, en autos Rol N° 10499-2011, caratulados "Encina y otro con Contraloría Regional de Tarapacá y la Dirección del Servicio de Salud de Iquique". La Corte Suprema, conociendo vía apelación, se pronuncia sobre Recurso de Protección³⁵. Establece la Corte en sus considerandos lo siguiente:

"Quinto: Que la cuestión jurídica ventilada en estos autos se refiere en primer lugar a si es procedente por la vía de un recurso de protección revisar las actuaciones de la CGR. Al respecto necesario es señalar que en principio no puede quedar excluida del recurso de amparo de garantías constitucionales la actuación del órgano fiscalizador, sin perjuicio de formular algunas distinciones y precisiones en cuanto al control que en esta vía puede ejercerse. En efecto, a través del tiempo se han interpuesto recursos de protección en contra de las siguientes actuaciones de la Contraloría General de la República: dictámenes, resoluciones recaídas en sumarios administrativos sustanciados por órganos de la Administración o por la propia Contraloría, para obtener que se tome razón de un acto o cuestionando la toma de razón realizada, y por último del trámite de registro, existiendo muy pocos casos que se refieran a otras materias.

Sexto: *Que con respecto a los dictámenes de la Contraloría, y no obstante que la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, en su artículo tercero, los califica como actos*

³⁵ Interpuesto por dos funcionarios del Hospital Regional de Iquique respecto a actos que estiman arbitrarios e ilegales consistentes en haber dictado, la Contraloría Regional de Tarapacá, el oficio N° 1406 de 3 de junio del 2011 mediante el cual representó la resolución N° 108 de 2011 por la cual se les dispensaba de la sanción disciplinaria de destitución, aduciendo la Contraloría que no hubo doble sanción por un mismo hecho al ser los procesos calificadorio y sumarial de distinta naturaleza. Por su parte, se le reprocha al Servicio de Salud el haber acatado lo dispuesto por el organismo contralor, y en virtud de ello haber dictado la resolución afecta N° 173 que dispuso la medida disciplinaria de destitución a los recurrentes. Por lo anterior estiman conculcados sus derechos de igualdad ante la ley y propiedad, establecidos en los números 2 y 24 del artículo 19 de la CPR.

administrativos y por lo tanto claramente recurribles por la vía jurisdiccional, puede distinguirse entre: dictámenes constitutivos de “decisiones”, que son verdaderos actos terminales; aquellos que pueden dar lugar a actos administrativos posteriores, que constituyen actos de trámite; y por último, dictámenes que *no son creadores de derecho* y que tienen por objeto instruir a la Administración respecto al alcance o interpretación que debe darse a algún precepto legal, tipo de dictámenes que no cabe dentro de la definición de acto administrativo de la Ley de Procedimiento Administrativo, ya que la alusión de su artículo tercero inciso sexto está referida, cuando habla de “dictámenes o declaraciones de juicio”, a actos o dictámenes de naturaleza particular, y aquellos son equivalentes a verdaderas circulares. Tratándose de estos últimos lo que puede afectar las garantías constitucionales es la aplicación que cada servicio de la Administración haga del dictamen, pero éste en sí mismo no produce tal efecto, salvo en cuanto pueda constituir una amenaza”.

Señala además que no resulta posible obligar a la Contraloría Regional de Tarapacá a que tome o no razón, dado que esta solo ha emitido un acto trámite del acto administrativo terminal, por lo que es este último el recurrible. Respecto al registro de los actos o no registro de los mismos por la Contraloría, así como a las resoluciones dictadas en materia de sumarios administrativos diversas a la toma de razón, pueden ser objeto de recursos de protección, cuando se den los requisitos correspondientes para estimar que por un acto u omisión ilegal o arbitrario se han violado las garantías constitucionales protegidas por este instituto.

Establece dicha sentencia que la Contraloría Regional de Tarapacá se circunscribió en su actuar a hacer uso de su competencia por lo que su actuación no fue ilegal, sin que haya vulneración de las garantías consagradas en el art. 19 números 2 y 24 de la CPR, por lo que fue confirmada la sentencia apelada.

Esta decisión es importante porque se pronuncia sobre la procedencia de revisar las actuaciones de la CGR por la vía de recurso de protección, realiza una clasificación de los dictámenes que posteriormente será citada por otras sentencias de la Corte Suprema³⁶ y claramente señala, que los dictámenes que tienen por objeto instruir a la Administración

³⁶ Sentencia de la CS de fecha 03 de julio del año 2012, en autos Rol N° 2791-2012, caratulados "Municipalidad de Zapallar con Contraloría Regional de Valparaíso".

respecto al alcance o interpretación que debe darse a algún precepto legal, no son creadores de derecho, como ocurre en la problemática planteada en este trabajo.

3.2.4.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 03 de julio del año 2012, en autos Rol N° 2791-2012, caratulados "Municipalidad de Zapallar con Contraloría Regional de Valparaíso". La Corte Suprema, conociendo vía apelación, se pronuncia sobre Recurso de Protección, interpuesto en contra de la Contraloría Regional de Valparaíso por haber emitido el Oficio Ordinario N° 648 de 11 de enero de 2012³⁷.

El fallo cita los considerandos quinto y sexto de sentencia de fecha 12 de enero de 2012, recaída en recurso de protección rol N° 10499-2011, concluyendo que el Dictamen N° 648 de 11 de enero de 2012, calificado en autos en todo momento como oficio, técnicamente constituye un dictamen, no obstante provenir de un Contralor Regional y no del Contralor General, al ordenar la devolución de los fondos percibidos por cobro de patente y por multas cursadas, *constituye un acto administrativo terminal que produce efectos jurídicos precisos obligando a la Municipalidad, y no emitiendo solamente una opinión sobre el alcance o interpretación que debe darse a un precepto legal.*

Señala que la CGR en su actuación debe respetar la Constitución y la ley y se encuentra sometida al principio de legalidad, correspondiendo a los tribunales de justicia verificar y ejercer el control jurisdiccional de sus actos a través de las acciones contencioso administrativas que se interpongan. Establece que la CGR debe inclinarse frente a la jurisprudencia de los tribunales, lo que es fundamental para el orden institucional y particularmente válido cuando esta es uniforme y permanente en el tiempo, por cuanto la jurisprudencia, con mucho mayor énfasis que en otras ramas del derecho, es fuente del derecho administrativo, por lo que si ella establece -interpretando la ley- que las sociedades de inversión deben pagar patente municipal, este criterio jurisprudencial constituye fuente

³⁷ Mediante el cual dictaminó que, en atención a que esa entidad edilicia no había acreditado que la sociedad: "Compañía de Inversiones Los Nogales S.A." realizaba actividades gravadas con patente municipal, no resultaba procedente el cobro de dicho gravamen por el período comprendido entre el 1 de julio de 2010 y el 30 de junio de 2011, ordenando además devolver los fondos que se hubieran percibido indebidamente por tal concepto y dejando sin efecto las multas cursadas; acto que a su juicio es conculcatorio de las garantías fundamentales establecidas en los N° 2, 20 y 24 del artículo 19 de la CPR.

del derecho y como tal integra el denominado bloque de la legalidad, siendo obligatoria para el ente contralor.

Por el contrario, los dictámenes de la Contraloría son únicamente constitutivos “de la jurisprudencia administrativa” como señala el artículo 6 inciso final de su ley orgánica. Por lo tanto, la Corte Suprema concluye que es ilegal el Dictamen N° 648 de 11 de enero de 2012 emanado de la Contraloría Regional de Valparaíso, por contravenir lo dispuesto en los artículos 23 y 24 del DL N° 3063 sobre Rentas Municipales interpretados en la forma que lo ha hecho la jurisprudencia de la Corte Suprema.

3.2.5.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 28 de mayo de 2015, en autos Rol N° 21.920-2014, caratulados "Abufrut Limitada con Servicio Agrícola y Ganadero y Fisco de Chile". La Corte Suprema se pronuncia sobre recurso de casación en el fondo interpuesto por la demandada Servicio Agrícola y Ganadero, en dicho fallo, se establece una importante limitación a la potestad dictaminadora de la CGR.

En el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago se concluyó que al emitir el Dictamen N° 18.390 de 25 de abril de 2007, el órgano contralor, de acuerdo con sus facultades, ejerció el control de legalidad y fijó la correcta interpretación del Decreto Supremo N° 142 de 1990, de modo que dicho pronunciamiento forma parte del acto administrativo desde su vigencia y produce sus efectos en forma retroactiva, por aplicación del artículo 52 de la Ley N° 19.880 y 9 del Código Civil, dejando al citado Decreto Supremo N° 142 sin sustento legal y al Servicio Agrícola y Ganadero carente de título para retener los cobros realizados en exceso³⁸.

³⁸ Funda su acción la parte demandante explicando que son exportadoras, productoras o procesadoras de frutas, verduras y hortalizas frescas y que, conforme a sus funciones, corresponde al SAG certificar la aptitud para el consumo humano de productos agropecuarios primarios destinados a la exportación. Añaden que por dicha labor este está autorizado, por el artículo 7 de la Ley N° 18.196, para cobrar tarifas, cuyos montos fueron determinadas por Decreto Supremo N° 142 de 1990 del MINAGRI, modificado por los Decretos N° 88 de 2004 y N° 121 de 2005 y por las Resoluciones Exentas N° 3.661 de 1999 y N° 1.600 de 2003, en tanto que las tarifas vigentes desde mayo de 2008 fueron establecidas por el DS Exento N° 104 de 2008 del señalado Ministerio. Este último fue dictado como consecuencia del Dictamen N° 18.390 de 25 de abril de 2007, en el que la CGR declaró que el DS N° 142 incurría en vicios de ilegalidad y ordenó al SAG rectificar las tarifas eliminando los costos que no correspondía considerar en las labores de inspección y certificación, con lo que disminuyó fuertemente el valor de las mismas, pues las anteriores excedían en un 70% lo que el servicio podía cobrar aplicando correctamente la ley, de modo que fueron pagadas indebidamente y deben ser restituidas a su parte.

La Corte Suprema señaló que el Decreto Supremo N° 142 de 1990 del Ministerio de Agricultura produjo, a contar de su entrada en vigencia, los efectos propios de un acto administrativo. Esto es, se lo debe presumir ajustado a la legalidad, goza de imperio y es exigible frente a sus destinatarios, sean éstos los administrados a quien va dirigido o la propia Administración Pública, a quien corresponde velar por su efectiva ejecución. Como consecuencia de esta presunción de legalidad, la eficacia del acto administrativo no depende, al menos en principio, de su eventual invalidez. Vale decir, de existir efectivamente un vicio que amerite la pérdida de eficacia del acto, mientras una declaración en tal sentido no sea realizada, el mismo debe ser cumplido por todos sus destinatarios, pues la mencionada presunción de legalidad de que se encuentra revestido excluye cualquier posibilidad de cuestionar su aplicación o de rehuir su cumplimiento, salvo que mediere “una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional”, decisión que en la especie no se verificó. La CGR no ha podido, ni menos aún pretendido, anular el DS N° 142 toda vez que la declaración formal de tal ilegalidad sólo puede ser realizada por un juez, quien es el único facultado para disponer dicha anulación o para constatar la ilegalidad referida, incluso después que el acto respectivo haya sido revocado. *El único efecto del cambio de criterio del órgano contralor es la obligación que se impone a la autoridad de revocar el acto administrativo que ya no se conforma con el nuevo criterio interpretativo.* Por lo que se incurrió en un error de derecho al desconocer los efectos que el ordenamiento jurídico reconoce a un acto administrativo -como el Decreto Supremo N° 142 de 1990- en los artículos 3 y 51 de la Ley N° 19.880, pues pese a gozar de presunción de legalidad, de imperio y de exigibilidad los sentenciadores entendieron que un mero cambio de criterio formulado por la Contraloría General de la República en su Dictamen N° 18.390 supuso una declaración de ilegalidad del mismo y, en consecuencia, que con dicha determinación el órgano contralor dejó el Decreto Supremo referido sin sustento legal y al Servicio Agrícola y Ganadero carente de título para retener los cobros realizados en exceso. Semejante razonamiento no sólo importa desconocer las cualidades del acto³⁹ sino que, además, atribuir un efecto retroactivo

³⁹ Arts. 3 inc. 8° y 51 de la LBPA.

a la interpretación del citado acto contenida en el Dictamen N° 18.390, lo que no es el efecto que se desprende de dicho Dictamen.

De este fallo podemos concluir que el dictamen de la CGR no tiene el efecto de anular y tampoco de constatar la ilegalidad, solo obligar a la autoridad respectiva a revocar el acto administrativo que ya no se conforma con el nuevo criterio interpretativo. Si la interpretación de la CGR no deja sin efecto un acto administrativo, tampoco se podría sostener que está facultada para limitar el contenido de potestades regladas que tienen su origen en la ley, donde no cabe la interpretación administrativa como en el caso de la superposición de potestades discrecionales. De acuerdo a lo establecido en la CPR⁴⁰ hay una jerarquización de los órganos que ejercen potestades normativas y consecuentemente, también respecto a las fuentes del derecho.

3.2.6.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 04 de octubre del año 2016, en autos Rol N° 47610-2016, caratulados "Inmobiliaria Punta Piqueros con Contraloría Regional de Valparaíso". La Corte Suprema, conociendo vía apelación, se pronuncia sobre Recurso de Protección, interpuesto en contra de la Contraloría Regional de Valparaíso por haber emitido dictamen contenido en el Oficio N° 5137 de fecha 28 de marzo de 2016, por el que comunicó a la Municipalidad de Concón que debía invalidar el decreto alcaldicio N° 3.229, de 16 de octubre de 2014, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 19.880, debiendo informar acerca del estado del procedimiento invalidatorio incoado dentro del plazo de treinta días hábiles contados desde su recepción. Este decreto restablece en todos sus términos los efectos del permiso de edificación N° 007 de 2011, el que fue declarado ilegal y se dejó sin efecto, por existir una vulneración a la normativa sobre el medio ambiente, publicidad y transparencia, mediante sentencia de la Corte Suprema⁴¹, de fecha 02 de mayo de 2013, al conocer recurso de casación en el fondo respecto a reclamo de ilegalidad.

⁴⁰ Arts. 4, 5, 32 N° 1, 46, 76 y 92 de la CPR.

⁴¹ En dicha sentencia se acogió el Recurso de Protección, declarando ilegal el permiso de edificación porque desatendió la evaluación ambiental que requería dicho proyecto inmobiliario. Con fecha 27 de mayo de 2013, se dictó el decreto alcaldicio N° 2.297, por medio del cual, se dejó sin efecto el permiso de edificación N° 007, mientras no se cumpla la evaluación ambiental del Proyecto Hotel Punta de Piqueros a través del correspondiente Estudio de Impacto Ambiental, ordenándose, asimismo, la paralización de las obras de construcción y edificación del proyecto amparado por el aludido permiso. Mediante resolución exenta N° 322, de 2 de septiembre de 2014, del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Valparaíso, se calificó ambientalmente de manera favorable el Proyecto Hotel Punta Piqueros, la que fue ratificada por el Comité de Ministros conociendo de recurso de reclamación. Con fecha 25 de octubre de 2014, se publicó en el Diario

La Contraloría Regional de Valparaíso emitió dictamen a solicitud del Comité Pro Defensa del Patrimonio Histórico y Cultural de Viña del Mar, contenido en el oficio N° 5.138, de fecha 28 de marzo de 2016, conforme al cual: “esta Entidad de Control entiende que el aludido decreto alcaldicio N° 2.297, de 2013, tuvo por finalidad privar de eficacia al permiso de obra impugnado, dejándolo sin efecto, en cumplimiento de lo ordenado por el referido Tribunal Superior de Justicia, motivo por el cual debe colegirse que la dictación del mencionado decreto alcaldicio N° 3.229, de 2014, ha resultado improcedente, toda vez que mediante su dictación se ha pretendido restablecer los efectos de un acto declarado nulo por el órgano jurisdiccional competente.”

“Siendo ello así, no cabe sino concluir que, en la actualidad, el proyecto Hotel Punta Piqueros no cuenta con un permiso de obra válido y vigente, toda vez que, entre otros aspectos, no se advierte que la empresa involucrada haya presentado nuevamente la documentación requerida en el art. 5.1.6 de la OGUC, para efectos de la obtención del permiso de obra nueva, todo ello con estricto apego a la normativa actualmente vigente, lo que incluye, por cierto, la necesidad de contar con la aprobación del respectivo proyecto por parte de los dos tercios de los miembros del Concejo Municipal de Concón según lo ordenado en el artículo 13 de la Ley N° 13.364.”

“De este modo, y sin perjuicio de lo que resuelva en definitiva el Segundo Tribunal Ambiental, la Municipalidad de Concón deberá invalidar el decreto alcaldicio N° 3.229, de 16 de octubre de 2014, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley N° 19.880, informando a esta Contraloría Regional acerca del estado del procedimiento de invalidación incoado, dentro del plazo de 30 días hábiles, contado desde la recepción del presente oficio”. Ello es consecuente con el fallo de la CS de fecha 02 de mayo de 2013, puesto que señala que el actuar del municipio fue contrario a la normativa sobre el medioambiente, publicidad y transparencia. Ello deja en evidencia el hecho principal, que la nulidad del acto final del procedimiento por el cual se otorgó el permiso de construcción, también importa la invalidación del procedimiento que lo sustenta, sin que sea procedente atribuir un carácter

Oficial el decreto alcaldicio N° 3.229, promulgado el día 16 anterior, que restablece en todos sus términos los efectos del permiso de edificación N° 007, de 2011. Para ello, se tuvo en consideración que: “la resolución judicial impuso una condición suspensiva al permiso de edificación, esto es, que su vigencia quedó supeditada a un hecho futuro e incierto, cual es, el cumplimiento de la evaluación ambiental del proyecto”.

parcial, circunstancial o temporal a la resolución de la Corte Suprema, puesto que igualmente queda sujeto a reproche la legalidad del procedimiento.

La Corte analiza la regulación de la competencia de los órganos administrativos, la relación que existe entre ambas autoridades integrantes de la Administración del Estado: las municipalidades y la CGR, señalando que: “en el procedimiento realizado, el proceder de la Contraloría Regional de Valparaíso está exento de reproche de legalidad, pues la materia abordada se encuentra dentro de sus atribuciones y competencias”.

Sin embargo, la conclusión del ente contralor: “la Municipalidad de Concón deberá invalidar el decreto alcaldicio N° 3.229, de 16 de octubre de 2014, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley N° 19.880, informando a esta Contraloría Regional acerca del estado del procedimiento de invalidación incoado, dentro del plazo de 30 días hábiles, contado desde la recepción del presente oficio”, no resulta conforme al ordenamiento que invoca. No resulta posible ignorar la clara instrucción perentoria de invalidar el decreto alcaldicio N° 3.229, de 16 de octubre de 2014, impartida en el oficio impugnado, parecer que reitera en su informe, sosteniendo que al concurrir el decreto en “un vicio esencial”, “no cabe sino disponer su invalidación por parte del municipio”. Dicha instrucción importa un desconocimiento de las garantías fundamentales del administrado titular del proyecto, prevista en el artículo 19, N° 3, inciso quinto de la CPR, que reconoce y resguarda el debido proceso administrativo, por una autoridad imparcial, sin un resultado predeterminado, que haría innecesario transitar por un procedimiento previo, incluso legalmente tramitado, puesto que la determinación final estaría precisada con anterioridad. La Contraloría Regional de Valparaíso se apartó del principio de imparcialidad previsto en el artículo 11 de la Ley 19.880 al disponer la invalidación del decreto alcaldicio, con lo cual afectó la garantía constitucional expresada, circunstancia que lleva a acoger el recurso de protección deducido por la Inmobiliaria Punta Piqueros S.A. en el sentido que solamente se deja sin efecto la instrucción perentoria impartida por la Contraloría Regional de Valparaíso a la Municipalidad de Concón de invalidar el decreto alcaldicio N° 3.229, de 16 de octubre de 2014, corporación que solamente deberá iniciar el procedimiento invalidatorio de ese decreto, con arreglo a lo dispuesto en la Ley N° 19.880, especialmente en sus artículos 11 y 53, informando a la Contraloría Regional respecto del inicio del procedimiento de invalidación, dentro de quinto

día de ejecutoriado el presente fallo, como, en su oportunidad, la decisión final adoptada en el mismo.

Este fallo establece una limitación a la potestad dictaminadora de la CGR, al establecer que esta no puede ordenar el inicio de un procedimiento y predeterminar su resultado. Ello afecta el derecho subjetivo del administrado, pues en este caso la actuación ilegal de la contraloría regional no solo ordenaba la invalidación de un acto invadiendo la competencia del órgano administrativo, sino también, al mismo tiempo, con ello, quebrantaba la garantía del debido procedimiento del interesado, quien no había sido oído en tal prejuzgamiento.

4.- Conclusiones.

Ante la problemática expuesta y que implica una vulneración del principio de unidad administrativa, nuestra institucionalidad opta por una vía que atenta contra el principio de juridicidad y genera incerteza jurídica en quienes invierten en actividades relacionadas con la descarga de RILES a cuerpos receptores. El ordenamiento jurídico le asigna potestades a dos órganos para conocer sobre la misma hipótesis, por lo que al advertirlo, nuestra institucionalidad reacciona, confiando su delimitación a la CGR, la que fija determinados criterios en base a los cuales ambas superintendencias suscriben un convenio auto limitando sus propias potestades. Obviamente una solución basada en la vulneración del principio de juridicidad no puede dar seguridad jurídica, incluso cuando se fundamente en la potestad dictaminante de la CGR, cuya jurisprudencia no constituye fuente de Derecho⁴².

Al final del capítulo se realiza un breve análisis jurisprudencial, en el que podemos constatar cómo se ha reconocido la plena impugnabilidad de los dictámenes de la CGR. También como el dictamen solo tiene el efecto de obligar a la autoridad respecto a su actuar en el futuro, sin que haya una vulneración al debido proceso ni un prejuzgamiento. Los tribunales han sido enfáticos en mostrar la completa sujeción del ente fiscalizador a las sentencias de los tribunales, lo que da cuenta de lo incierta que puede ser para los particulares, la pretendida seguridad jurídica que otorga la jurisprudencia administrativa, lo que deja en evidencia la necesidad de una clara determinación normativa respecto a las potestades

⁴² Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 03 de julio del año 2012, en autos Rol N° 2791-2012, caratulados "Municipalidad de Zapallar con Contraloría Regional de Valparaíso".

fiscalizadoras y sancionadoras de la SMA y la SISS en la problemática expuesta en este trabajo.

III.- Actividad Material de la SMA y la SISS.

1.- Estudio de la SMA y la SISS.

Las Superintendencias forman parte de los organismos para el control de las actividades económicas, son descentralizadas desde la perspectiva funcional, autónomas y cuentan con personalidad jurídica de Derecho Público. Relacionándose con el gobierno a través de los ministerios que las supervigilan y cuya principal función es la fiscalización de las diversas actividades económicas o servicios públicos. Entre otras funciones, tienen por objetivo la tutela de actividades económicas especialmente sensibles en que intervienen los particulares, velando por que su actuación se desarrolle dentro de parámetros previamente definidos, para que no incurran en abusos o cometan infracciones al ordenamiento Jurídico. En tal sentido, las Superintendencias forman parte de los organismos para el control de las actividades económicas. Aunque muchos de los instrumentos bajo sus competencias poseen una naturaleza normativa y reguladora, y por ende preventiva o precautoria, también cuentan con instrumentos de carácter represivo. Lo anterior implica ejercer poderes de fiscalización y, eventualmente, la aplicación de sanciones administrativas. No obstante lo anterior, las Superintendencias no son los únicos órganos fiscalizadores de nuestra institucionalidad (Bermúdez Soto, 2014: pp. 95, 324-325).

Las superintendencias buscan la protección del orden público económico, cuyo presupuesto es que el mercado ocupa un lugar central, hace énfasis en la libertad económica, que está garantizada por la Constitución y, por tanto, se convierte en una tarea primordial del Estado en cuanto instrumento cardinal para la efectividad del orden constitucional, por lo es crucial la labor garantizadora de las reglas de juego del mercado con el fin de que la libre competencia sea el principal medio para organizar la actividad productiva (Camacho Cepeda, 2005: p. 424).

1.1.- La Superintendencia del Medio Ambiente.

De acuerdo al art. 1º de su ley orgánica, es un servicio público funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio del Medio Ambiente.

Constituye una institución fiscalizadora, cuyos cargos directivos serán provistos de acuerdo al sistema de alta dirección pública y sujeta al DL 1263 de 1975, sobre administración financiera del Estado. Su domicilio será la ciudad de Santiago, sin perjuicio de las oficinas regionales que pueda establecer el Superintendente en otras ciudades del país.

Bajo sus competencias cuenta con instrumentos que poseen una naturaleza normativa y reguladora, y por ende preventiva o precautoria, también con otros de carácter represivo. Ello implica el ejercicio de poderes de fiscalización y, eventualmente, la aplicación de sanciones administrativas, incluso respecto de instrumentos emanados de otros órganos de la administración, como las Resoluciones de Calificación Ambiental. Sus poderes jurídicos no recaen sobre un instrumento específico, se extienden a los instrumentos de gestión ambiental en general, conforme al art. 2º de la LOSMA que señala que quedan bajo sus competencias “todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley” (Bermúdez Soto, 2015: pp. 95-96).

1.2.- La Superintendencia de Servicios Sanitarios.

De acuerdo al art. 1º de la ley 18902, que crea la SISS, esta es “un servicio funcionalmente descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, sujeto a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Obras Públicas.

Su domicilio será la ciudad de Santiago”.

El art. 2º de la ley 18902, establece: “Corresponderá a la Superintendencia de Servicios Sanitarios la fiscalización de los prestadores de servicios sanitarios, del cumplimiento de las normas relativas a servicios sanitarios y el control de los residuos líquidos industriales que se encuentren vinculados a las prestaciones o servicios de las empresas sanitarias, pudiendo al efecto, de oficio o a petición de cualquier interesado, inspeccionar las obras de infraestructura sanitaria que se efectúen por las prestadoras, tomando conocimiento de los estudios que le sirven de base”.

De conformidad a los artículos 11 y siguientes de la ley 18902, ésta puede aplicar sanciones debiendo sujetarse al procedimiento ahí establecido.

2.- Categorías de la actividad material de la administración.

La actividad material de la administración, como señale en el capítulo II, se funda en el ejercicio de potestades previamente atribuidas por el legislador. Tradicionalmente se ha ordenado en cuatro categorías: servicio público⁴³, policía, empresarial⁴⁴ y de fomento⁴⁵. A continuación procederé al estudio de la actividad de policía por su directa relación con la problemática expuesta en este trabajo.

2.1.- La actividad de Policía.

De acuerdo a don Jorge Bermúdez Soto, es la actividad de la Administración del Estado, realizada en el ejercicio de su potestad pública, que supone la limitación de los derechos de los particulares, por razones de interés general y con el objeto de alcanzar la mantención del orden público. Esta actividad se traduce en la restricción de libertad o patrimonio de las personas, con la finalidad de alcanzar la satisfacción de necesidades públicas y mantención del orden público (2014: p. 319). Supone que la Administración somete actividades privadas, que potencialmente puedan ser lesivas a derechos o al interés general, de manera que ejerce sobre ellas ordenación, planificación, organización, dirección, limitación, control u orientación (Cordero Vega, 2015: p. 461).

2.1.1.- Manifestaciones.

2.1.1.1.- Autorización y Prohibición.

La autorización es un acto administrativo de contenido favorable que constata la existencia de un derecho, a través del cumplimiento de los requisitos que se exigen para realizar una actividad. La Administración se reserva el derecho a otorgar una autorización, previa verificación de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para el ejercicio de la actividad determinada (Bermúdez Soto, 2014: p. 323).

⁴³ De acuerdo al profesor Luis Cordero Vega es aquella orientada a asegurar la prestación de determinados servicios que resultan esenciales para la vida en sociedad. El artículo 28 de la LOCBGAE conceptualiza la noción de servicio público como: "órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua", siendo una denominación orgánica para referirse a órganos de ejecución, concepto que incluye a las Superintendencias (2015: pp. 208 y 470).

⁴⁴ Consiste en la prestación directa de servicios o bienes, en que la administración se despoja de los privilegios que le son propios y actúa mediante una organización empresarial a la que dota de personalidad jurídica independiente (Cordero Vega, 2015: p. 481).

⁴⁵ "Se entiende que es aquella modalidad de intervención administrativa que consiste en dirigir la acción de los particulares hacia fines de interés general mediante el otorgamiento de incentivos diversos" (Parada Vásquez, 2002: p. 464).

A través de la prohibición la autoridad administrativa impide una determinada actividad. Esas prohibiciones, normalmente, son de carácter genérico, pero pueden ser individuales cuando responden a una petición de actuación determinada (Bermúdez Soto, 2014: p. 323).

En el caso de la SMA, de acuerdo al art. 3 letra Q de la LOSMA, esta posee atribuciones para interferir en el régimen de autorizaciones contenido en resoluciones de calificación ambiental. Las que le permiten suspender transitoriamente las autorizaciones de funcionamiento contenidas en las Resoluciones de Calificación Ambiental o adoptar otras medidas urgentes y transitorias para el resguardo del medio ambiente, cuando la ejecución u operación de un proyecto o actividad genere un daño grave e inminente para el medio ambiente, a consecuencia del incumplimiento grave de las normas, medidas y condiciones previstas en dichas resoluciones.

2.1.1.2.- Poder de Regulación o potestad normativa.

Es la posibilidad que tiene la Administración de dictar normas, las que van a restringir la esfera jurídica de los particulares. Se trata de una de las manifestaciones más fuertes e importantes de la actividad de policía. Para dictar normas la Administración utiliza distintos instrumentos Jurídicos: Reglamentos (autónomo y de ejecución), Ordenanzas⁴⁶, Instrucción⁴⁷, Resolución reglamentaria⁴⁸ y circular⁴⁹ (Bermúdez Soto, 2014: p. 322).

En el caso de las Superintendencias se deben tener presentes determinadas problemáticas, de acuerdo a lo señalado por doña Gladys Camacho Cepeda:

⁴⁶ Instrumentos de carácter reglamentario, propios de la administración local, tanto para regular las conductas de las personas de la comuna, como para establecer tipos y sanciones por ilícitos menores (Bermúdez Soto, 2014: p. 322).

⁴⁷ Órdenes con eficacia al interior de la administración que afectan sólo al funcionario al que van dirigidas (Bermúdez Soto, 2014: p. 322).

⁴⁸ El reglamento de ejecución remite a una resolución la determinación de aspectos técnicos y de detalle (Bermúdez Soto, 2014: p. 322).

⁴⁹ Por medio de esta la Administración señala cómo interpreta una norma determinada y la aplica a los administrados (Bermúdez Soto, 2014: p. 322).

- Puesto que se trata de una atribución otorgada por una norma legal⁵⁰, se deben examinar los términos en que se ha formulado, el fin y los límites que establece la ley y, por otro lado, las limitantes que impone la reserva legal consagrada en la CPR⁵¹.

- Por lo general, las resoluciones (actos administrativos) de estos organismos, no están sometidos a la toma de razón sino en la materia de gestión de recursos financieros de los servicios, todas las demás materias se perfeccionan con la firma exclusiva del Jefe del servicio.

- Ausencia de un procedimiento establecido para el ejercicio de esta potestad que garantice que los intereses sociales regulados y los afectados tengan la oportunidad de ser escuchados.

- La dictación de instrucciones y circulares con amplia discrecionalidad y que incluso van dirigidas a las empresas reguladas, dichos instrumentos resultan de difícil encuadramiento en el art. 3 de LBPA que circunscribe la definición de acto administrativo a las: “decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado”, expresados mediante: “la forma de decretos y resoluciones” y por extensión este concepto solo llega a comprender a: “los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la administración”, consecuencia de ello, al no ser actos administrativos, no se puede predicar su impugnabilidad por la vía de recursos administrativos de conformidad al art. 10 de la LOCBGAE.

- La escasa publicidad de las instrucciones y circulares, para cuya ejecución basta que se comunique sólo al agente económico involucrado sin tener en cuenta que se trata de información que interesa a otros agentes, pues dichas instrucciones contienen disposiciones reglamentarias. Lo que constituye una vulneración de la seguridad jurídica (2005: pp. 430-432).

2.1.1.2.1.- Manifestación en la SMA.

El art. 3 de la LOSMA le otorga determinadas funciones y atribuciones, en su letra S, la faculta para dictar normas e instrucciones de carácter general en el ejercicio de las atribuciones que le confiere dicha ley. En su letra Q le otorga la facultad para absolver

⁵⁰ A diferencia de la potestad reglamentaria del Presidente de la República que está reconocida por la CPR. Ambas comparten la misma naturaleza por lo que se desarrollan en el plano infralegal.

⁵¹ Art. 63 de la CPR.

consultas en la elaboración de normas técnicas. En su letra P le asigna las competencias para la administración del mecanismo de evaluación y certificación ambiental. También posee la administración del Sistema Nacional de Información sobre fiscalización ambiental (SNIFA), conforme a los arts. 31 y siguientes de la LOSMA.

2.1.1.2.2.- Manifestación en la SISS.

El art. 4, de la ley 18902, que crea la SISS, consagra expresamente la facultad normativa de la SISS al establecer: “Corresponderá al Superintendente:

c) Cumplir lo dispuesto en los decretos con fuerza de ley N°s 70 y 382, de 1988, del Ministerio de Obras Públicas, y velar por el cumplimiento por parte de los entes fiscalizados, de las disposiciones legales y reglamentarias, y normas técnicas, instrucciones, órdenes y resoluciones que dicte relativas a la prestación de servicios sanitarios y descargas de residuos líquidos industriales. Esta facultad comprende también la de interpretarlas.

l) Las demás funciones y atribuciones que las leyes le asignen”, participando en el establecimiento de normas y estándares en el ámbito de su competencia.

El art. 2 de la Ley General de Servicios Sanitarios, DFL MOP N° 382, dispone: “La aplicación de la presente ley corresponderá a la Dirección Nacional del Servicio Nacional de Obras Sanitarias⁵², en adelante, entidad normativa, sin perjuicio de las atribuciones de los Ministerios de Obras Públicas, de Economía, Fomento y Reconstrucción y de Salud.

Los reglamentos que deban dictarse para la aplicación de esta ley serán expedidos a través del Ministerio de Obras Públicas”.

El art. 2 del DFL MOP N° 70 sobre fijación de tarifas de los servicios de agua potable y de alcantarillado de aguas servidas, prestados por servicios públicos y empresas de servicio público, establece: “Las tarifas de que trata este Título tendrán el carácter de precios máximos y serán calculadas aplicando las fórmulas tarifarias determinadas por la Superintendencia de

⁵² El art. 4 letra C, de la ley 18902, que crea la SISS, establece: “La Superintendencia de Servicios Sanitarios será la sucesora legal del Servicio Nacional de Obras Sanitarias, en lo que corresponde a las funciones normativa y de control de los servicios sanitarios y de los residuos líquidos industriales, que le encomiendan las leyes.

Las referencias al Servicio Nacional de Obras Sanitarias, a su Dirección Nacional o a su Director Nacional, contenidas en la legislación vigente, se entenderán hechas a la Superintendencia de Servicios Sanitarios o al Superintendente, en su caso”.

Servicios Sanitarios, en adelante, la Superintendencia, de acuerdo con el procedimiento que se determina en esta ley.

La fijación de las fórmulas tarifarias se realizará mediante decreto del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, expedido bajo la fórmula "por orden del Presidente de la República".

2.1.1.3.- Potestad de Inspección o Fiscalización.

La fiscalización es la actividad material de la Administración del Estado, que implica intervenir en la esfera privada de los particulares, de manera de constatar el cumplimiento de requisitos y condiciones impuestas para el ejercicio de un derecho. En el mismo sentido se puede definir como aquella actividad que desarrolla la Administración del Estado, previa habilitación legal, que consiste en el control que realiza un órgano de la Administración para el correcto funcionamiento de una actividad legítima que desarrolla un particular y que es de interés público. Se trata de una potestad destinada a materializar la función de control del Estado en su dimensión activa y que está dirigida a velar por el cumplimiento de las normas. Se explica por un doble fenómeno, en primer lugar el proceso de privatización de diversas actividades económicas y servicios públicos, que antes estaban en manos del Estado y, en segundo lugar, por el aumento de los riesgos que implica vivir en sociedad, pues hay una serie de actividades que suponen un riesgo de daño, lo que se aprecia más claramente en aquellas actividades que se pueden realizar solo bajo reserva de autorización (como las que se someten al sistema de evaluación de impacto ambiental) (Bermúdez Soto, 2014: pp. 323-324).

2.1.1.3.1.- Manifestación en la SMA.

En materia ambiental la fiscalización constituye el eslabón que cierra la cadena de obligaciones administrativas derivadas del deber del Estado de velar por el Derecho a vivir en un medio ambiente adecuado o libre de contaminación y de tutelar la preservación de la naturaleza" (Guzmán Rosen, 2012: p. 185). Es un mecanismo de prevención general en el cumplimiento normativo.

Las potestades de la SMA se extienden a los instrumentos de gestión ambiental, en general, lo que no es equivalente a todo el ordenamiento jurídico ambiental, de conformidad al art. 2 de la LOSMA quedan bajo sus competencias: "todos aquellos otros instrumentos de

carácter ambiental que establezca la ley”⁵³. La consideración del instrumento que se fiscaliza es un factor que incidirá de manera directa en la forma y extensión en que deberá desarrollar sus funciones la SMA. Esta variedad de instrumentos a fiscalizar y su número, justifican tanto las técnicas de programación previstas por el legislador (los denominados programas de fiscalización), como el ejercicio de las competencias fiscalizadoras de forma directa por la propia SMA. A través de órganos fiscalizadores sectoriales; o bien, a través de la intervención de empresas consultoras especializadas⁵⁴.

La SMA posee facultades de fiscalización exclusiva respecto de los instrumentos a que se refiere el inc. 1º del art. 2 de la LOSMA, así como de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley. En virtud de dicho artículo todo órgano sectorial con competencias de fiscalización sobre los instrumentos ambientales que corresponden a la SMA estará impedido de ejercerla de manera directa, a menos que se trate de materias que hayan sido incluidas en un subprograma de fiscalización⁵⁵.

La fiscalización se traduce en la ejecución de labores de inspección, control, medición y análisis. Si bien no se define expresamente por la LOSMA, estas actividades son las que se señalan en el art. 3 letra a) a propósito de la fiscalización de la RCA. El art. 22, ubicado dentro del título II de la Fiscalización Ambiental, no menciona las labores de control como parte de la fiscalización, lo que es manifestación de falta de coherencia interna en la técnica legislativa. Lo esencial de la fiscalización es que esta apunte a verificar el cumplimiento de la normativa o condiciones de operación, la RCA no solo implica una incorporación de parámetros normativos, sino que una serie de condiciones específicas del proyecto autorizado. Esta contiene un conjunto de cláusulas accesorias, que determinan que las

⁵³ Ver arts. 16, 22 y 24 de la LOSMA.

⁵⁴ Art. 24 de la LOSMA. Ver dictamen CGR N° 25081 de 2013.

⁵⁵ El art. 2 de la LOSMA dispone: “La Superintendencia del Medio Ambiente tendrá por objeto ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental, de las medidas de los Planes de Prevención y, o de Descontaminación Ambiental, del contenido de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, y de los Planes de Manejo, cuando corresponda, y de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley.

Los organismos sectoriales que cumplan funciones de fiscalización ambiental, conservarán sus competencias y potestades de fiscalización, en todas aquellas materias e instrumentos que no sean de competencia de la Superintendencia.

Los organismos sectoriales que cumplan funciones de fiscalización ambiental, deberán adoptar y respetar todos los criterios que la Superintendencia establezca en relación a la forma de ejecutar las actuaciones de fiscalización, pudiendo solicitar a ésta que se pronuncie al respecto”.

consecuencias jurídicas previstas en la norma sean concretizadas por la decisión administrativa, o bien, que el contenido del acto administrativo corresponda, en parte, a la expresión formal de una consecuencia jurídica no dispuesta expresamente por la norma, sino que decidida por la Administración (Bermúdez Soto, 2015: pp. 453-454). El art. 3 letra t) de la LOSMA establece que le corresponde a la SMA: “fiscalizar el cumplimiento de las demás normas e instrumentos de carácter ambiental, que no estén bajo el control y fiscalización de otros órganos del Estado”. Por lo que no hay normas e instrumentos ambientales sin fiscalización, teniendo en este sentido, un rol fiscalizador supletorio.

El art. 28 de la LOSMA otorga un conjunto de potestades de inspección a la SMA⁵⁶, entre las que podemos mencionar las siguientes: de ingreso e inspección material, de toma de muestras y registros, de dejar constancias con valor probatorio⁵⁷, de solicitar el auxilio de la fuerza pública, de citación⁵⁸ y fiscalizador general⁵⁹. Como contrapartida a estas potestades el sujeto fiscalizado tiene los deberes correlativos de colaboración y de entrega de información⁶⁰.

A lo largo de la LOSMA es posible encontrar disposiciones que dan cuenta de una potestad de fiscalización directa por parte de la SMA⁶¹ y otras que la sitúan en una posición de dirección de la fiscalización ambiental que llevan a cabo otros órganos de la Administración del Estado⁶². Las tareas de fiscalización pueden ser ejecutadas directamente por la SMA a través de sus propios funcionarios fiscalizadores⁶³, por los organismos sectoriales con competencia ambiental o bien, a través de los organismos privados que hubieren sido previamente acreditados. Para ordenar y llevar a cabo una fiscalización eficiente, la ley reconoce dos instrumentos de planificación de la fiscalización ambiental: los

⁵⁶ Las que habilitan la realización de funciones específicas de comprobación o constatación de legalidad en terreno. Tales actividades generalmente preceden la adopción de otras medidas de control o sanción (Camacho, 2010: p. 129).

⁵⁷ Art. 28 inc. 2 LOSMA.

⁵⁸ Art. 29 inc. 1 LOSMA.

⁵⁹ Art. 28 inc. 3 LOSMA.

⁶⁰ Art. 28 inc. 1 y 3 LOSMA.

⁶¹ Arts. 2 inc. 1 y 3 letras a), b), d) y n); 22 y ss. LOSMA.

⁶² Arts. 2 inc. 3; 3 letras e), ñ) y s); 19 inc. 1; 22 inc. 2; art. 25 LOSMA.

⁶³ El art. 8 inc. 2 establece que: “El personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador tendrá el carácter de ministro de fe, respecto de los hechos constitutivos de infracciones normativas que consignen en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización. Los hechos establecidos por dicho ministro de fe constituirán presunción legal”.

programas y subprogramas de fiscalización, solo la SMA podrá flexibilizar el contenido del programa en casos de denuncias o reclamos o en que tome conocimiento de incumplimientos o infracciones, en cuyo caso podrá disponer inspecciones no previstas en aquél⁶⁴. Se debe distinguir entre la fiscalización programada y la subprogramada⁶⁵. La primera es ejecutada directamente por la SMA, la segunda es realizada directamente por órganos sectoriales con competencia ambiental y excepcionalmente por entidades privadas, previamente acreditadas, en caso de que exista insuficiencia operativa de los servicios sectoriales o por otra causa justificada de conformidad al art. 24 de la LOSMA. El inc. 3 del art. 2 de la LOSMA consagra la potestad directiva de la SMA. La resolución exenta 1.184 de 2015 de la SMA, que “Dicta e instruye normas de carácter general sobre fiscalización ambiental y deja sin efecto las resoluciones que indica”, establece en su artículo séptimo que existen tres etapas de la inspección ambiental: la planificación, la visita en terreno y la elaboración del acta.

La LOSMA contempla instrumentos coadyudantes de la fiscalización ambiental, los que no implican necesariamente el ejercicio de poderes de fiscalización o sanción, aunque una vez ejercidos se tornan obligatorios para sus destinatarios, entre ellos podemos mencionar: autodenuncia⁶⁶, programa de cumplimiento⁶⁷, programa de gradualidad en el cumplimiento de la normativa ambiental⁶⁸, requerimiento de ingreso al SEIA⁶⁹, requerimiento de caducidad de la RCA⁷⁰ y plan de reparación de daño ambiental⁷¹ (Bermúdez Soto, 2015: pp. 452-469).

2.1.1.3.2.- Manifestación en la SISS.

El DFL MOP N° 382, de 1988, establece la Ley General de Servicios Sanitarios, regulando el régimen de explotación de los servicios públicos destinados a producir y

⁶⁴ Arts. 19 inc. 1 y 21 inc. 1 LOSMA.

⁶⁵ La resolución 1.171 de 2015 de la SMA que “Dicta Instrucciones generales sobre elaboración, ejecución, evaluación y publicación de los programas y subprogramas de fiscalización ambiental (Ciclo de programación)”.

⁶⁶ Art. 41 LOSMA y art. 2 letra a) del Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación.

⁶⁷ Art. 42 LOSMA y art. 2 letra g) del Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación.

⁶⁸ Art. 2 letra h) del Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación.

⁶⁹ Art. 3 letras i), j) y k) LOSMA.

⁷⁰ Art. 3 letra l) LOSMA.

⁷¹ Art. 2 letra f) del Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación.

distribuir agua potable y a recolectar y disponer aguas servidas, denominando el art. 1 a todos ellos como “servicios sanitarios”. En el mismo año se dictó la ley 18902, que crea la SISS, a la que le corresponde fiscalización de los prestadores de servicios sanitarios y el control de los RILES que se encuentren vinculados a las prestaciones de los servicios sanitarios. Para tales efectos, la ley contempla como modalidad esencial la inspección de las obras de infraestructura sanitaria, de tal manera de velar por el correcto y fiel cumplimiento de la normativa que rige a este tipo de servicios⁷².

Existe una regulación inorgánica de la fiscalización de los servicios sanitarios, no hay una ordenación sistemática de los procedimientos de fiscalización e inspección en el título III de la 18902, que regula los procedimientos y sanciones que corresponde aplicar a la SISS, el que comienza directamente con el establecimiento de las sanciones⁷³, solo después de ello podemos encontrar algunas normas aplicables a la fiscalización, las cuales hacen referencia a la calidad de ministro de fe de los funcionarios fiscalizadores⁷⁴, el valor probatorio de los hechos constatados por estos, a los planes de monitoreo y el apoyo de los privados en ciertos aspectos relevantes dentro del proceso de fiscalización⁷⁵. De manera apartada, en el título V de la ley, denominado “De la información”, se faculta a la SISS a realizar requerimientos de información y citaciones a ciertos particulares relacionados de manera directa con las entidades fiscalizadas.

El objeto de la inspección recae en la actividad de prestación de servicios sanitarios. En concreto, las inspecciones recaen principalmente sobre las obras de infraestructura sanitaria, instalaciones, mecanismos, procesos de extracción y distribución, entre otros. El concepto de “entidad fiscalizada” incluye a los cuatro tipos de concesiones de servicios sanitarios detallados en los arts. 1 al 5 de la Ley General de Servicios Sanitarios⁷⁶. Se

⁷² Art. 2 de la ley 18902.

⁷³ Art. 11 de la ley 18902.

⁷⁴ El art. 11 de la ley 18902 establece: “Los funcionarios de la entidad normativa, pertenecientes o asimilados a las plantas de Profesionales y Fiscalizadores, designados como fiscalizadores de los servicios sanitarios y de los establecimientos que generan residuos industriales líquidos, tendrán la calidad de ministros de fe en la verificación de los hechos constitutivos de infracciones de la normativa vigente.

Los hechos establecidos por dichos ministros de fe constituirán una presunción legal”.

⁷⁵ Arts. 11 A, 11 B, 11 C y 11 D de la ley 18902.

⁷⁶ Producción y distribución de agua potable, recolección y disposición de aguas servidas.

extiende, además, a las empresas sobre las cuales la SISS debe ejercer el control de RILES que se encuentren vinculados a las prestaciones o servicios de las empresas sanitarias.

Existe una dispersión normativa tal, que no es posible reseñar un procedimiento general de inspección. Tampoco se observa la existencia de manuales de fiscalización que fijen el proceder general de los fiscalizadores, más bien hay un desarrollo atomizado de las facultades inspectivas. Sin embargo, es posible distinguir dos tipos de fiscalización en razón del objeto sobre la cual recaen: la fiscalización de las empresas sanitarias y el control sobre los RILES que se encuentran vinculados a las prestaciones o servicios de las empresas sanitarias. Respecto a la primera, la propia SISS en su página web señala que: “La SISS debe fiscalizar el cumplimiento por parte de las empresas sanitarias de las normas referidas a las condiciones de prestación de los servicios de agua potable y alcantarillado y el tratamiento de las aguas servidas, así como la correcta aplicación de las tarifas correspondientes, el cumplimiento de los planes de inversión y el respeto a los derechos de los usuarios”⁷⁷. La segunda recae, en particular, sobre los establecimientos industriales que producen RILES. Lo fiscalizado en este caso corresponde al cumplimiento del conjunto de normas que regulan el tratamiento de estos residuos dependiendo del lugar donde ellos deban ser descargados⁷⁸. Respecto al segundo tipo de fiscalización, debemos distinguir entre fiscalización directa e indirecta. La directa, se refiere al caso de las normas que regulan las descargas de RILES a aguas superficiales y subterráneas⁷⁹. La indirecta, al caso de las descargas de RILES a los sistemas de alcantarillado⁸⁰. Descansa mayoritariamente sobre la propia acción de las empresas prestadoras de servicios sanitarios, en base a la imposición de exigentes deberes de remisión de información periódica a la autoridad administrativa⁸¹. De acuerdo a lo dispuesto en el punto 7 del DS MOP N° 609, del año 1998, que regula las descargas de RILES a sistemas de alcantarillado, este sistema de autocontrol debe entenderse sin perjuicio de las facultades de inspección y supervigilancia que le corresponden a la SISS. Las empresas

⁷⁷ Página web de la SISS, <http://www.siss.cl/577/w3-propertyvalue-3503.html>, fecha última consulta: 13 de diciembre de 2017.

⁷⁸ El DS MOP 609/98 y los DS MINSEGPRES 90/00, 46/02 y 80/06.

⁷⁹ Los DS MINSEGPRES 90/00, 46/02 y 80/06.

⁸⁰ El DS MOP 609/98.

⁸¹ Arts. 11 B, 11C, 11 D y Título V de la ley 18902.

sanitarias deben informar, semestralmente, sobre el cumplimiento de las normas (Leal Vásquez, 2015: pp. 236-241).

El art. 19 de la ley 18902 establece: “La Superintendencia adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad del público y resguardar los derechos de los usuarios de servicios sanitarios, pudiendo requerir el auxilio de la fuerza pública para el cumplimiento de sus resoluciones. La prerrogativa de requerir el auxilio de la fuerza pública, como la de adoptar las medidas para garantizar la seguridad de la población, la podrá ejercer también para obtener el íntegro cumplimiento de las órdenes, resoluciones e instrucciones que dicte en el ejercicio de la facultad de control de los residuos líquidos”.

2.1.1.4.- Potestad Sancionadora.

El profesor Bermúdez Soto la define como: “el poder jurídico con que cuenta la Administración del Estado, de carácter permanente, expresamente atribuido por la ley, en virtud del cual se le habilita para perseguir al sujeto imputado de aquellas conductas activas u omisivas, que se estima son constitutivas de infracción administrativa, e imponerle una retribución negativa o sanción por las mismas”. Esta potestad no está expresamente reconocida por la CPR (2014: p. 326).

Se ha cuestionado por un importante sector de la doctrina⁸² la atribución legal de potestades sancionadoras a la administración del Estado, pues sostienen que sancionar es juzgar y quien puede juzgar, a la luz de la carta fundamental, solo es el juez, más no el administrador (Román Cordero. 2010: pp. 157-158). Nuestra jurisprudencia⁸³ ha sostenido una posición basada en el ius puniendi único del Estado (identidad ontológica) que se proyecta en el ámbito penal, mediante el delito y la pena, y en el ámbito administrativo por medio de infracciones y sanciones administrativas. Desde comienzos de los 90 un sector de la doctrina pretende dar al derecho administrativo sancionador una sustantividad como respuesta a la teoría del ius puniendi único del Estado y que lo diferencia de los principios del orden penal (Cordero Quinzacara. 2012: pp. 145-146). Su precursor ha sido el destacado catedrático Alejandro Nieto para quien, la vinculación a una previa infracción administrativa,

⁸² Aróstica Maldonado, Iván. 1987: pp. 74 y Soto Kloss, Eduardo. 1979/1980: pp. 95 y ss.

⁸³ Sentencia del TC de fecha 21 de octubre del año 2010, en autos Rol N° 1518-09, considerando 6°; Sentencia de la CS de fecha 10 de septiembre del año 2009, en autos Rol N° 3357-2009, considerandos 8° y 9°; y Dictamen N° 28.226 de 2007 de la CGR.

su consagración en el ordenamiento jurídico y la tramitación de un procedimiento sancionador, corresponden a los supuestos de la potestad sancionadora (1994: p.80).

Existen diversos tipos de sanciones administrativas, entre las habituales se encuentran: la amonestación, la multa, la suspensión o privación de un derecho, consistente en que se impide la realización de una actividad por un determinado lapso de tiempo o en forma definitiva (por ejemplo la clausura⁸⁴), y la revocación-sanción, respecto a la cual se discute si constituye o no caducidad⁸⁵.

2.1.1.4.1.- Manifestación en la SMA.

La protección del medio ambiente impone verdaderas obligaciones de resultado. De aquí la importancia de la organización y funcionamiento de la Administración fiscalizadora y sancionadora para el Derecho ambiental. Sólo asegurando las capacidades de represión pueden garantizarse los bienes jurídicos protegidos de manera preventiva (Bermúdez Soto. 2015: p. 472). El régimen de infracciones y sanciones administrativas ha sido uno de los ámbitos que mayor proliferación ha experimentado desde la entrada en vigor de la LBGMA.

A diferencia de otros instrumentos de gestión ambiental que se encuentran regulados en la LBGMA, el régimen sancionador no sólo se concentra en la LOSMA, sino que por el contrario, este se encuentra disperso en diferentes leyes sectoriales. El sistema sancionador a cargo de la SMA no sólo implica la sanción por infracción a las RCA, sino a otras normas

⁸⁴ La clausura consiste en la suspensión o privación de un derecho, que impide el ejercicio de la actividad industrial, de manera temporal o definitiva.

⁸⁵ El profesor Bermúdez Soto señala que la caducidad es una vía anormal de extinción del acto administrativo que opera en aquellos casos en que el acto contiene una modalidad, normalmente un plazo o una condición resolutoria, la que de verificarse acarrea la desaparición del acto administrativo. No existe ilegalidad o vicio alguno en el acto administrativo, simplemente concurre una circunstancia de hecho a la que se le atribuye como efecto la extinción del acto. Nuestro ordenamiento jurídico a veces confunde la caducidad del acto administrativo favorable con la revocación sanción, que opera como una sanción administrativa, producto de la comisión de una infracción (2014: p. 173). De contraria opinión, don Alejandro Vergara Blanco señala que la caducidad es un concepto aplicable respecto de derechos ya nacidos, usualmente en virtud de una concesión definitiva, la que se produce con posterioridad a la creación del derecho por la señalada concesión, por alguna causa legal de incumplimiento de obligaciones, operando ésta como una sanción que extingue el derecho respectivo. En estos casos la sanción que establece la ley no opera por el mero transcurso del plazo, como las caducidades civiles, sino como la consecuencia de una nueva actividad administrativa, que, ante la configuración de una causal de caducidad, opera la extinción del derecho respectivo, el cual decae, desaparece, al haber desaparecido los supuestos facticos o jurídicos que se tuvieron en cuenta para la dictación del acto administrativo. La hipótesis de la caducidad, en derecho administrativo, es la de un derecho en pleno ejercicio, pero que ante una actuación de su titular, prohibida por la legislación, se habilita una potestad administrativa para operar esta caducidad-sanción, que extinguirá su derecho. Se trata de un derecho ya adquirido, ya nacido, y que usualmente es el resultado de una concesión definitiva (Vergara Blanco, 2004: p. 568).

ambientales que carezcan de sanción. Esto se debe a que el art. 35 letra n) de la LOSMA, establece que corresponde exclusivamente a la SMA ejercer la potestad sancionadora del “incumplimiento cualquiera de toda otra norma de carácter ambiental que no tenga establecida una sanción específica” (Bermúdez Soto. 2015: pp. 473-475).

Las infracciones ambientales están tipificadas en el art. 35 de la LOSMA, el que en su letra g), en lo concerniente al objeto de este trabajo dispone: “Corresponderá exclusivamente a la Superintendencia del Medio Ambiente el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las siguientes infracciones:

g) El incumplimiento de las leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con las descargas de residuos líquidos industriales”.

Por su parte, el art. 36 de la LOSMA señala: “Para los efectos del ejercicio de la potestad sancionadora que corresponde a la Superintendencia, las infracciones de su competencia se clasificarán en *gravísimas, graves y leves*”. Para la generalidad de las tipificaciones, la infracción deriva tanto de la contravención, como de al menos un efecto alternativo que se lista en el art. 36. Estos efectos se refieren a las circunstancias que rodean el ilícito, y se desarrollan siguiendo diferentes criterios. Principalmente, a partir de afectaciones materiales, pero también considerando ciertas exposiciones a riesgos. La regla general para la tipificación viene dada por la categoría de infracción leve, la que se caracteriza por prescindir de todo efecto alternativo (Bermúdez Soto. 2015: p. 478). Conforme al art. 36 N° 3 de la LOSMA, corresponde a una infracción leve la contravención a “cualquier precepto o medida obligatorios y que no constituyan infracción gravísima o grave, de acuerdo con lo previsto en los números anteriores”. Esto implica que la sola realización de la conducta establecida permite efectivamente configurar el tipo infraccional ambiental.

Las sanciones administrativas deben diferenciarse de otras medidas no administrativas, como por ejemplo aquellas reparadoras del daño ambiental. Dentro de las medidas de naturaleza administrativa, a su vez, las sanciones se distinguen de otras consecuencias negativas que, en general, debe soportar el infractor, así por ejemplo, la implementación de un programa de cumplimiento, la imposición de medidas provisionales, el requerimiento de ingreso al SEIA, el registro de la sanción, etc. (Bermúdez Soto. 2015: p. 478).

El art. 38 de la LOSMA dispone: “Las infracciones cuyo conocimiento compete a la Superintendencia, podrán ser objeto de las siguientes sanciones:

- a) Amonestación por escrito.
- b) Multa de una a diez mil unidades tributarias anuales.
- c) Clausura temporal o definitiva.
- d) Revocación de la Resolución de Calificación Ambiental”.

De conformidad al art. 36 todas ellas son sanciones strictu sensu tipificadas frente a la comisión de infracciones establecidas en la ley. Debe considerarse que la aplicación de una sanción administrativa ambiental es complementaria a otras medidas que pueda exigir el ilícito en cuestión. Las sanciones de naturaleza revocatoria y suspensiva, en general, son inaplicables respecto de infracciones de menor entidad (leves). En caso que resulten precedentes aquellas sanciones, la seguridad del titular se garantiza, limitándose el poder de la SMA mediante el mecanismo de consulta obligatoria al Tribunal Ambiental⁸⁶ (Bermúdez Soto. 2015: p. 479).

La SMA debe realizar un doble proceso de subsunción, en primer lugar debe determinar la comisión de una infracción administrativa ambiental de aquellas tipificadas en el art. 35 de la LOSMA y luego integrarla con los supuestos del art. 36. Una vez realizado este proceso, se procederá a la determinación de la clase de sanción aplicable, conforme al art. 39 de la LOSMA que establece: “La sanción que corresponda aplicar a cada infracción se determinará, según su gravedad, dentro de los siguientes rangos:

a) Las infracciones gravísimas podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, o multa de hasta diez mil unidades tributarias anuales.

b) Las infracciones graves podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, o multa de hasta cinco mil unidades tributarias anuales.

c) Las infracciones leves podrán ser objeto de amonestación por escrito o multa de una hasta mil unidades tributarias anuales”. De este modo, la sola contravención formal, es

⁸⁶ Art. 57 LOSMA.

decir que no comporta daño ambiental, no resulta apta para aplicar las sanciones de carácter revocatorio o de clausura del establecimiento. Por su parte, aquellas que implican una consecuencia en el medio ambiente, sea reparable o no, podrán implicar cualquiera de las sanciones, excluida la amonestación por escrito (Bermúdez Soto. 2015: p. 481).

El art. 40 de la LOSMA establece criterios jurídicos de observancia obligatoria para la SMA que constituyen reglas de ponderación de la sanción y que debe aplicar al realizar la graduación y cuantificación de la sanción⁸⁷. Estas circunstancias o criterios deben ser aplicados en dos momentos: en primer lugar, al determinar la clase de sanción que corresponda a la infracción; y luego, se debe fijar la extensión o graduación en concreto, lo que resulta procedente respecto de las sanciones de multa y clausura temporal⁸⁸. Algunos parámetros siguen la distinción de afectaciones materiales o exposiciones a ciertos riesgos⁸⁹, en otros casos son también considerados los aspectos económicos que rodean al ilícito⁹⁰, se consagran también ciertos parámetros respecto al aspecto volitivo y de peligrosidad del infractor⁹¹, la letra i) permite considerar “Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción”.

Desde el art. 47 al 54 de la LOSMA, está consagrado un párrafo completo referido al procedimiento administrativo sancionador, estableciendo de forma expresa en el art. 62 el carácter supletorio de la LBPA. Esta regulación constituye un límite al ejercicio de la potestad sancionadora, por lo que es una garantía de correcta aplicación del ordenamiento jurídico y de protección de derechos a las personas. Al igual que el procedimiento administrativo general, el sancionador consta de las etapas de iniciación, instrucción y finalización. Estas etapas han sido reguladas en términos generales. Conforme al art. 47 de la LOSMA: “El

⁸⁷ En particular, las reglas de determinación de la sanción administrativa son las siguientes: Importancia del daño causado, importancia del peligro ocasionado, el número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción, el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción administrativa ambiental, la intencionalidad en la comisión de la infracción, la conducta anterior del infractor, la capacidad económica del infractor, observancia del programa de cumplimiento [Art 42 incisos 2 y 5 LOSMA], detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado [Art. 34 LBGMA, dictamen N° 38429 de 2013 CGR] y todo otro criterio que a juicio fundado de la SMA sea relevante para la determinación de la sanción [Art. 40 letra i) LOSMA] (Bermúdez Soto. 2015: pp. 481-489).

⁸⁸ Ello se desprende de la redacción del art. 40 de la LOSMA que tiene amplitud en su encabezado al establecer: “para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar”. Se debe tener presente que se trata de reglas de ponderación que debe aplicar la SMA para no incurrir en la arbitrariedad.

⁸⁹ Art. 40 letras a) y b) LOSMA.

⁹⁰ Art. 40 letras c) y f) LOSMA.

⁹¹ Art. 40 letras d), e) y g) LOSMA.

procedimiento administrativo sancionatorio podrá iniciarse de oficio, a petición del órgano sectorial o por denuncia”. Los arts. 49 y 50 de la LOSMA desarrollan la instrucción desde la perspectiva de la formulación de cargos y descargos. El procedimiento administrativo sancionador finaliza, sea con la resolución que determina la inexistencia de la infracción y por tanto absuelve, sea con la resolución que estima que hubo infracción y por tanto con la sanción aplicable por la infracción cometida, en ambos casos la resolución debe ser fundada⁹². En contra de las cuales se puede interponer recurso de reposición⁹³ o reclamar ante el Tribunal Ambiental⁹⁴ (Bermúdez Soto, 2015: pp. 498-510).

2.1.1.4.2.- Manifestación en la SISS.

El art. 11 de la ley 18902, establece sanciones a los prestadores de servicios sanitarios y a los establecimientos industriales que incurrieren en las infracciones que señala, estableciendo las multas respecto de ambos y la clausura respecto de los segundos. Respecto de los primeros señala en su inc. 1º que la SISS está habilitada para sancionarlos cuando incurrieren en alguna infracción a las leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con los servicios sanitarios, o en incumplimiento de las instrucciones, órdenes y resoluciones que dicte, pudiendo ser objeto de la aplicación de multas a beneficio fiscal por parte de esta, las que se especifican en las letras siguientes. Respecto a los establecimientos industriales⁹⁵, el inc. 2 del art. 11 de la ley 18902 establece que los que incurrieren en alguna infracción a las leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con las descargas de RILES o en incumplimiento de las instrucciones, órdenes y resoluciones que dicte la SISS podrán ser objeto de la aplicación por ésta de multa o clausura en los casos que señala.

Distinguiendo para efectos del monto de la multa si se trató de un incumplimiento de la normativa vigente o de infracciones que pusieron en peligro o afectaron gravemente la salud de la población, o afectaron a la generalidad de los usuarios de los servicios. La que podrán aumentarse hasta el doble del monto máximo señalado para cada caso cuando se trate de infracciones reiteradas. Se puede acumular la pena de multa a la clausura. El monto de la multa será determinado prudencialmente en consideración a la cantidad de usuarios afectados

⁹² Art. 54 inc. 1 LOSMA.

⁹³ Art. 55 LOSMA.

⁹⁴ Art. 56 LOSMA.

⁹⁵ Numeral 2.2 del Decreto MOP 609 de 1998.

y la gravedad de la infracción. También establece esta norma⁹⁶ en qué casos procede la clausura, si es hasta 30 días o por un plazo superior. Señala que podrá afectar a la totalidad del establecimiento o a parte de sus instalaciones y que deberá aplicarse por resolución fundada en la que se expresará, especialmente, la circunstancia de no existir otro medio eficaz para detener el daño.

El procedimiento de aplicación de multas a concesionarios de servicios sanitarios, fue establecido mediante Resolución Exenta SISS N° 1464/96, que dejó sin efecto el anterior cuerpo normativo aplicable a este tema, contenido en la Resolución exenta N° 772/92. Dicho procedimiento se complementó y modificó mediante Resolución SISS 1569/98. En su parte sustancial, esta resolución dispuso que los hechos infraccionales que hayan sido comprobados y determinados por los funcionarios de la SISS designados como fiscalizadores, de conformidad con el art. 11 A de la Ley 18.902 y en aquellos otros casos, en que fehacientemente haya sido acreditada la existencia del o los hechos infraccionales de las empresas sanitarias, concesionarias de servicios sanitarios, como de los industriales, serán sancionados de inmediato⁹⁷.

El art. 19 bis de la ley 18902, sanciona a aquellos directores, gerentes, funcionarios, empleados o auditores externos de una entidad sometida a la fiscalización de la SISS que alteren o desfiguren antecedentes o datos, correspondencia u otro documento cualquiera o que oculten o destruyan estos elementos, con el fin de dificultar, desviar o eludir la fiscalización que corresponda ejercer a la SISS de acuerdo con la ley.

El art. 24 del DFL MOP 382 se refiere a los casos en que las concesiones caducarán, antes de entrar en explotación y el art. 26 a los casos en que podrá ser declarada por el Presidente de la República respecto a las concesiones que se encuentren en explotación.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 13 de la ley N° 18.902, las empresas sanitarias e industriales, podrán reclamar de la aplicación de la sanción o de su monto, ante el juez de letras en lo civil que corresponda, reclamaciones que se rigen por las normas especiales dispuestas para el procedimiento sumario, contenido en el Código de Procedimiento Civil. A

⁹⁶ Inc. 2 del art. 11 de la ley 18902.

⁹⁷ Página web de la SISS, <http://www.siss.gob.cl/577/w3-article-4125.html>, fecha última consulta: 13 de diciembre de 2017.

su turno, el artículo 14 de la Ley N° 18.902, prescribe que para el caso en que la multa no fuere pagada y se hubiere hecho exigible por haber transcurrido el plazo para reclamar de ella, o existiere sentencia ejecutoriada rechazando el reclamo, la SISS podrá demandar ejecutivamente al infractor ante el juzgado de letras de turno en lo civil de Santiago procediendo de esta forma a la ejecución de la obligación impuesta mediante el proceso sancionatorio⁹⁸. El afectado por la caducidad de la concesión a que se refiere el Capítulo III, del Título II del DFL 382 MOP, podrá reclamar de ella ante el juez de letras en lo civil que corresponda, de conformidad al art. 17 de la Ley N° 18.902.

3.- Conclusiones.

De lo expuesto podemos concluir que las superintendencias tienen por objetivo principal la tutela de determinadas actividades económicas y finalmente la protección del orden público económico. Se ha llegado a decir que actualmente se han convertido en poderosas agencias estatales capaces de interpretar autónomamente normas jurídicas, imponer dicha interpretación a los particulares y sancionar su incumplimiento (García, 2009: p. 331). Si bien las potestades de las superintendencias son normativas, inspectivas o fiscalizadoras y sancionadoras, han sido estudiadas estas dos últimas dada su directa vinculación con la problemática expuesta en este trabajo, puesto que la Ley 20417, que crea la SMA, establece en su art. 3° letra N que a esta le corresponde fiscalizar las leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con las descargas de RILES y en su art. 35° letra G establece que tendrá la potestad exclusiva para sancionar su incumplimiento y la ley 18902, que crea la SISS, en su art. 2°, dispone que a esta corresponderá la fiscalización de los prestadores de servicios sanitarios, del cumplimiento de las normas relativas a tales servicios y el control de los RILES que se encuentren vinculados a las prestaciones o servicios de las empresas sanitarias, contemplando en su art. 11° su potestad sancionadora. Al existir dicha superposición se pierde el objetivo de las superintendencias y se cae en el foso de la incerteza jurídica, la que, como se señaló en el capítulo anterior, persiste con la solución a la que ha arribado nuestra institucionalidad a la problemática expuesta en este trabajo.

⁹⁸ Página web de la SISS, <http://www.siss.gob.cl/577/w3-article-4325.html>, fecha última consulta: 13 de diciembre de 2017.

Mediante el estudio pormenorizado de las facultades fiscalizadoras y sancionadoras de ambas superintendencias podemos apreciar la imposibilidad práctica de salvar la problemática expuesta por otra vía que no sea la modificación legal de aquellas normas que asignan las potestades superpuestas.

IV.- Protección Ambiental.

Esta se encuentra consagrada en nuestra CPR⁹⁹ y se extiende no solo a velar para que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no se vea afectado, también a tutelar la preservación de la naturaleza y a la posibilidad de limitar derechos constitucionales en los términos consagrados en el art. 19 N° 8 inc. 2° de la CPR (Bermúdez Soto, 2015: p. 113).

1.- Derecho a-vivir en un Medio Ambiente libre de contaminación.

Se encuentra consagrado en el art. 19 N° 8 de la CPR y contiene dos aristas. La primera, un derecho público subjetivo, que tiene como contraprestación la obligación erga omnes de no hacer, referida a no incurrir en conductas contaminantes. La que es susceptible de tutela judicial, mediante el Recurso de Protección¹⁰⁰. La segunda, un derecho social cuya finalidad es orientar la actividad de los órganos del Estado en un sentido determinado. Fundamentando el deber del Estado de velar porque el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado y sentando las bases para la legislación protectora del medio ambiente (Bertelsen Repetto, 1998: p. 142).

El Derecho constitucional es a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. No se consagra un derecho a un medio ambiente incontaminado per se, sino el derecho a vivir en él. Tiene un contenido netamente antropocéntrico, sus titulares son las mujeres y los hombres (Bermúdez Soto, 2015: pp. 115-116), lo que excluye a las personas jurídicas. La LBGMA, en su art. 2 letra m), define el Medio Ambiente Libre de Contaminación, como: "aquél en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquéllos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental". Las concentraciones y períodos en que los contaminantes no son susceptibles de

⁹⁹ Art. 19 N° 8 de la CPR.

¹⁰⁰ Art. 19 N° 20 inc. 2° de la CPR.

constituir un riesgo para las personas son determinados por normas de calidad ambiental y de emisión¹⁰¹.

El profesor Jorge Bermúdez señala que la extensión del objeto de este Derecho debe ser entendido desde una perspectiva antropocéntrica, de un medio ambiente que resulta necesario para que el ser humano desarrolle sus potencialidades. Proponiendo el concepto de “entorno adyacente”, que es el lugar necesario para que el individuo se desarrolle. Es decir, el espacio que él necesita para poder desplegar sus capacidades, aquel entorno necesario para alcanzar la mayor realización espiritual y material posible¹⁰², el que influye directa o indirectamente en ámbitos protegidos por otros derechos fundamentales, será tan amplio como sea previsible una afectación del mismo, concepto susceptible de irse ampliando o restringiendo en la medida que haya previsibilidad de su afectación y que las ciencias modernas determinen una correlación directa entre dos o más ecosistemas (2015: pp. 123-126). Nuevas teorías constitucionales promueven un cambio de paradigma respecto de las garantías de los derechos fundamentales calificados como insostenibles¹⁰³, que propugnan un cambio en el contenido del derecho al medio ambiente, que se centra en la conservación y preservación de la naturaleza, concibiéndose además, como un deber constitucional de protección iusfundamental, que obliga a todos sin distinción, resultando para ellas, inconcebible un derecho subjetivo al medio ambiente (Vásquez Márquez, 2014: pp. 159-162).

2.- Deber de Protección Ambiental del Estado.

La CPR en su artículo 1º inc. 3º y 4º, establece, respectivamente, el principio de servicialidad que tienen los órganos del Estado respecto de la persona humana, con la finalidad de promover el bien común; y el deber general de dar protección a la población. Existiendo además de este principio y deber general del Estado, un deber particular consagrado en la segunda parte del inc. 1º del art. 19 Nº 8 de la CPR, en cuanto dispone que:

¹⁰¹ Por lo que puede verificarse un alto grado de contaminación que no implique una vulneración al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, de no exceder los límites que la normativa ha determinado como tolerables (Correa y Morales, 2006: p. 27).

¹⁰² Art. 1 inc. 4 de la CPR.

¹⁰³ En el sentido de debilidad frente a otros derechos, políticas públicas o como resulta más común, ante omisiones de la autoridad.

“Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza”. De esta norma podemos colegir dos deberes constitucionales del estado:

- a) Velar porque el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no se vea afectado: El que incluye no sólo la acción efectivamente perturbadora, sino también las situaciones de omisión perturbadora del derecho, y además aquellas amenazas que ponen en riesgo o peligro el mismo. El art. 5 inc. 2, 2ª frase de la CPR establece que: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. La promoción del derecho Constitucional no queda limitada a eventos de afectación concreta y presente del Derecho, sino que también debería comprender casos de amenaza, por parte de terceros, a la vigencia del derecho e incluso, la actuación positiva del Estado y las situaciones de simple riesgo.
- b) La tutela de la preservación de la naturaleza: La LBGMA, en su art. 2 letra p), define la Preservación de la Naturaleza, como: “el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones, destinadas a asegurar la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país”. Su fundamento constitucional se encuentra en el deber de amparar que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado, ya que el contenido del derecho incluye estos elementos (Beirmúdez Soto, 2015: pp. 174-179).

3.- Instrumentos de Protección Ambiental.

Dado que se encuentra consagrado constitucionalmente el deber de protección ambiental de Estado¹⁰⁴, este para su consecución realiza tareas en las que podemos reconocer actividad formal o jurídica propiamente tal y actividad material por parte de la Administración Pública en tal sentido, sea general o sectorial. Existen herramientas o instrumentos de gestión ambiental para alcanzar la finalidad de protección ambiental, de los

¹⁰⁴ Segunda parte del inc. 1º del art. 19 N° 8 de la CPR.

que podemos distinguir: la política ambiental¹⁰⁵, la economía ambiental¹⁰⁶ y el derecho ambiental (Rojas Calderón, 2012: p. 239)¹⁰⁷.

3.1.- Derecho Ambiental.

Se define como: “Una rama del derecho, cuyo objeto de regulación es el resguardo de las funciones ambientales de los componentes del ambiente, respecto de acciones humanas que los puedan degradar significativamente” (Astorga Jorquera, 2014: p. XIV). El profesor Jorge Bermúdez lo define como: “el conjunto de disposiciones que tienen por objeto la protección de los elementos del patrimonio ambiental, con el fin de asegurar las condiciones que permitan la subsistencia humana y la mejora de la calidad de vida de las personas, así como la de las generaciones futuras”. También señala que por derecho ambiental contemporáneo debe entenderse aquel conjunto de disposiciones que, partiendo de una consideración sistémica de los elementos que componen el medio ambiente, han sido dictadas expresamente con una finalidad de protección ambiental, como las disposiciones de disminución y manejo de residuos, de los que se hace la distinción entre domiciliarios e industriales, sólidos y líquidos, etc. (2015: pp. 35, 38 y 39).

El derecho ambiental contempla herramientas e instrumentos para alcanzar la protección del medio ambiente en general. Se trata de los denominados instrumentos de protección o de gestión ambiental¹⁰⁸, que son el conjunto de medidas de variado orden (jurídicas, económicas, planificadoras, etc.) destinadas al logro de finalidades de protección

¹⁰⁵ Responde a la necesidad de fijar los lineamientos generales a través de los cuales se asumirá la tarea de protección ambiental por parte de los poderes públicos, en especial el Administrativo y cuya virtualidad práctica se trasunta en lo siguiente:

.- Determina la posición que la protección del medio ambiente tiene dentro del contexto de las demás políticas públicas.

.- Fija los niveles o estándares ambientales, considerando los niveles necesarios para asegurar un ambiente sano para la vida, la salud y/o calidad de la vida.

.- A través de ella, se hace una opción y priorización entre los diversos instrumentos de protección ambiental, los que no siempre son compatibles entre sí. (Rojas Calderón, 2012: p. 239).

¹⁰⁶ Esta incorpora al medio ambiente como objeto de estudio. Se basa en los mismos conceptos y presupuestos básicos de la teoría económica neoclásica, que concentra el análisis sobre la escasez, y donde los bienes son valorados según su abundancia-rareza, de tal manera que cuando se trata de bienes escasos, éstos son considerados bienes económicos, mientras que cuando son bienes abundantes, no son económicos (Man Yu Chang, 2006: p.175).

¹⁰⁷ El profesor Bermúdez se refiere a ellos como instrumentos de diversa índole mediante los cuales se alcanza la finalidad de protección ambiental (2015: p. 26).

¹⁰⁸ Entendemos por gestión ambiental el conjunto de acciones destinadas a administrar el medio ambiente con el fin de alcanzar el cumplimiento de una política nacional ambiental que contribuya al logro del desarrollo sustentable (Fernández Bitterlich, 2001: p. 137).

y mejoramiento ambiental. Aquellos comprendidos en la LBGMA tienen una pretensión de generalidad, una finalidad de protección ambiental, deben responder al carácter integral u omnicompreensivo que tiene la protección del entorno, comprendiendo además el principio de cooperación en el ámbito administrativo (Bermúdez Soto, 2015: pp. 189 y 192).

El derecho ambiental se encuentra normativamente configurado a partir de una regulación estructurada constitucionalmente, una normativa legal general y básica del sector, otras normas legales especiales, y luego el conjunto de normas reglamentarias que concretan sus mandatos. Lo antes dicho, se concreta por medio de órdenes normativos, En el primero, por medio del reconocimiento en el art. 19 N° 8 de la CPR de la protección del medio ambiente. El segundo orden normativo, lo encontramos en la LBGMA, que tiene un objeto declarado en su art. 1¹⁰⁹. Donde fija principalmente su ámbito competencial a nivel regulatorio. Sin embargo, el texto de la ley se concreta en realidad estableciendo básicamente lo siguiente: i) La fijación de un catálogo de definiciones de conceptos y principios de naturaleza ambiental; ii) Una institucionalidad orgánica ambiental; iii) La incorporación del Sistema de Evaluación de Impacto ambiental como mecanismo principal de gestión ambiental; y iv) Un sistema de responsabilidad ambiental. En el tercer orden figuran una serie de leyes con contenido ambiental, que corrigieron o complementaron la ley general, con un origen importante en recomendaciones de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo, lo que dio lugar a la dictación de la Ley N° 20.417 de 2010, de reforma de la LBGMA. El cuarto orden es el de los instrumentos normativos que dan vida, desarrollan y particularizan al derecho ambiental a nivel reglamentario, con especial incidencia de normas de calidad y normas de emisión (Rojas Calderón, 2014: pp. 559-560). Por medio de este enfoque sistémico podemos ver como los deberes constitucionales se resguardan mediante los instrumentos de gestión ambiental.

¹⁰⁹ "El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental se regularán por las disposiciones de esta ley, sin perjuicio de lo que otras normas legales establezcan sobre la materia".

3.1.1.- Normas de Emisión.

De acuerdo a la letra o) del art. 2 de la LBGMA son “las que establecen la cantidad máxima permitida para un contaminante¹¹⁰ medida en el efluente¹¹¹ de la fuente emisora”. Nacen a la vida jurídica mediante decreto supremo, que llevará las firmas del Ministro del Medio Ambiente y del ministro competente según la materia de que se trate¹¹². Son instrumentos de comando y control que responden al clásico ordenamiento de policía del derecho administrativo. Apuntan al control durante la ejecución de las actividades contaminantes y hacen posible el monitoreo continuo en la fuente de emisión. Puede ser cualquier tipo de efluente contaminante, no solo líquidos (Bermúdez Soto, 2015: p. 229). Pueden tener una vigencia territorial de todo o parte del territorio de la República¹¹³. Su incumplimiento hace presumir la responsabilidad por el daño ambiental¹¹⁴.

Se pueden clasificar de acuerdo al tipo de contaminante que regulan, por lo que podría tratarse de normas que fijen estándares para emisiones de carácter gaseoso, lumínico, líquido, etc. También de acuerdo al elemento ambiental en que se realice el vertido, pudiendo ser agua, suelo, el medio atmosférico, etc. Conforme a ello, respecto a RILES, podemos distinguir: el DS MOP 609/1998 respecto a sistemas de alcantarillado; DS MSGP N° 90/2000 respecto a aguas marinas y continentales superficiales; Decreto MSGP 46/2002 respecto a aguas subterráneas y Decreto MSGP 80/2006 referido a molibdeno y sulfatos de efluentes descargados desde los tranques de relave al Estero Carén.

¹¹⁰ Artículo 2 de la LBGMA: “Para todos los efectos legales, se entenderá por:

d) Contaminante: todo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, radiación, vibración, ruido, o una combinación de ellos, cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o períodos de tiempo, pueda constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental.

¹¹¹ Don Jorge Bermúdez Soto señala que esta expresión debe ser entendida en un sentido amplio, esto es como el lugar o punto desde el cual fluye, emana o se emite el contaminante, el cual puede presentarse en cualquier estado (2015: p. 228).

¹¹² Art. 40 inc. 1 LBGMA

¹¹³ Art. 40 inc. 1 LBGMA.

¹¹⁴ Art. 52 LBGMA.

3.1.1.1- DS N° 609/98 del MOP. Norma de Emisión para la Regulación de Contaminantes asociados a las Descargas de RILES a Sistemas de Alcantarillado.

Esta norma regula las descargas de RILES a servicios públicos de recolección de aguas servidas¹¹⁵ y tiene por objetivo mejorar la calidad ambiental de las aguas servidas crudas que los servicios públicos de disposición de éstas vierten a los cuerpos de agua terrestres o marítimos, mediante el control de los contaminantes líquidos de origen industrial que se descargan en los alcantarillados. Con lo anterior se logra que los servicios públicos de disposición de aguas servidas dispongan aguas residuales con un bajo nivel de contaminación, protegiendo así los cuerpos de agua receptores¹¹⁶. También busca proteger y preservar los servicios públicos de recolección y disposición de aguas servidas mediante el control de las descargas de RILES, que puedan producir interferencias con los sistemas de tratamiento de aguas servidas, o dar lugar al deterioro de las redes de alcantarillado. Esta norma, al proteger los sistemas de recolección de aguas servidas, evita que los contaminantes transportados por éstos puedan eventualmente ser liberados sin tratamiento, al medio ambiente urbano (calles, suelo, aire entre otros), por efecto de roturas u obstrucciones del sistema, pudiendo afectar la calidad de éste, y la salud de las personas¹¹⁷.

3.1.1.1.1.- Marco Regulatorio.

Esta norma establece límites máximos permitidos para descargas de efluentes que se efectúen a redes de alcantarillado de los servicios públicos de recolección de aguas servidas¹¹⁸ de tipo separado o unitario¹¹⁹, que cuenten y no, con plantas de tratamiento de aguas servidas¹²⁰. Esto deja fuera las descargas de RILES que no se efectúan en la red de

¹¹⁵ Definidos en el art. 5° del DFL 382/98, por lo que el DS N° 609/98 del MOP no es aplicable a las descargas de RILES a sistemas particulares y/o rurales.

¹¹⁶ Numeral 1.1 del DS MOP N° 609/98.

¹¹⁷ Numeral 1.2 del DS MOP N° 609/98. El Art. 45 del DFL MOP N°382/88, Ley General de Servicios Sanitarios, establece que los usuarios de los servicios sanitarios no podrán descargar a las redes del prestador sustancias que puedan dañar los sistemas de recolección o que interfieran en el proceso de tratamiento de aguas servidas o contravengan las normas sobre calidad de efluentes.

¹¹⁸ Se refiere a las descargas que ocurren dentro del territorio operacional de la empresa sanitaria y en sus redes de alcantarillado.

¹¹⁹ Numeral 2.1 del DS MOP N° 609/98. Son redes unitarias las que se proyectan y construyen para recibir en un único conducto, tanto las aguas residuales (urbanas e industriales) como las pluviales generadas en el área urbana cubierta por la red. Son redes separadas las que tienen dos canalizaciones totalmente independientes. Una para las aguas residuales domésticas, comerciales e industriales y otra para el alcantarillado pluvial.

¹²⁰ Numeral 4 del DS MOP N° 609/98.

recolección sino que directamente a las PTAS (por ejemplo en camiones) o mediante tuberías distintas a las redes públicas de recolección.

También establece que se aplicara en todo el territorio nacional¹²¹, que los RILES no pueden contener determinadas sustancias¹²², que los residuos sólidos provenientes de sistemas de tratamiento de RILES no deben disponerse en cuerpos receptores o en servicios públicos de recolección de aguas servidas¹²³, que el volumen de descarga diario no deberá afectar la operación normal del servicio público de recolección y tratamiento de aguas servidas¹²⁴, y excluye como procedimiento de tratamiento la dilución de los RILES¹²⁵.

En su numeral 3.9 define RIL-RILES como: residuo(s) industrial(les) líquido(s) descargados por un establecimiento industrial, el que a su vez se define en el numeral 3.4 como aquel en el que se realiza una actividad económica donde se produce una transformación de la materia prima o materiales empleados, dando origen a nuevos productos, o bien en que sus operaciones de fraccionamiento, manipulación o limpieza, no produce ningún tipo de transformación en su esencia. Este concepto comprende industrias, talleres artesanales y pequeñas industrias que descargan afluentes con una carga contaminante media diaria, para cuya medición, que es en condiciones de máxima generación de carga contaminante y antes de toda forma de tratamiento, se distingue si el establecimiento industrial descarga sus RILES a una red de alcantarillado, que correspondiese a un servicio sanitario con población abastecida inferior o igual a 100.000 habitantes o superior a esa cifra.

Mediante el oficio 2054/2003 la SISS ha instruido que en caso que las concesionarias quieran recibir RILES provenientes de fuera del área de concesión, se deben cumplir básicamente las siguientes condiciones:

.- Los RILES deben dar cumplimiento a los límites que establece el DS MOP N°609/98, pudiendo exceptuarse los parámetros DB05, SST, NH4 y P.

¹²¹ Numeral 2.2 del DS MOP N° 609/98.

¹²² Numeral 2.3 del DS MOP N° 609/98.

¹²³ Numeral 2.5 del DS MOP N° 609/98.

¹²⁴ Numeral 2.6 del DS MOP N° 609/98.

¹²⁵ Numeral 2.4 del DS MOP N° 609/98.

- La PTAS que reciba los Riles debe dar cumplimiento al DS MSGP 90 y contar con la autorización de aplicación del cargo tarifario respectiva.

- La RCA de la PTAS debe considerar la posibilidad de recibir estos RILES.

- El establecimiento deberá contar con un Programa de Monitoreo dictado por la SISS.

3.1.1.1.2.- Convenios.

En su numeral 4.4 contempla una modalidad de cumplimiento normativo, que autoriza a los establecimientos industriales a suscribir convenios o contratos de tratamiento de sus RILES con la empresa sanitaria, para solicitar al prestador de servicios sanitarios de quien reciben el servicio de recolección de aguas servidas, autorización para descargar efluentes con una concentración media diaria superior a los valores máximos permitidos en la Tabla N° 4, respecto de los contaminantes: DBO5¹²⁶, Fosforo, Nitrógeno Amoniacal y sólidos suspendidos totales. Dichos RILES deben ser vertidos en una planta de tratamiento de aguas servidas que cuente con autorización tarifaria entregada por la SISS. Este convenio deberá celebrarse por escrito y contendrá, sin perjuicio de lo que las partes libremente convengan, la expresa mención del límite máximo de concentración admisible para cada uno de los contaminantes sometidos a tolerancia. El precio a que haya lugar por la tolerancia a que alude el contrato será determinado conforme lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 21 del DFL MOP N°70, sobre fijación de Tarifas de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado.

3.1.1.1.3.- Fiscalización y Sanción.

Las empresas sanitarias controlan el cumplimiento de la normativa a través de controles directos¹²⁷ regulados en los decretos tarifarios de la SISS, en que se establece frecuencia y costo de realizar esos controles. A eso se debe sumar los autocontroles que hace el propio industrial¹²⁸ y que debe informar a la empresa sanitaria conforme a la obligación establecida en Resolución del Programa de Monitoreo (RPM) que dicta la SISS¹²⁹.

¹²⁶ Numeral 3.3 del DS MOP N° 609/98.

¹²⁷ Numeral 7 del DS MOP N° 609/98.

¹²⁸ Numeral 6.1 y 6.2 del DS MOP N° 609/98.

¹²⁹ Art. 11 B de la de la ley 18.902, que crea la SISS.

Adicionalmente, hay otras mediciones para evaluar calidad de descarga, como por ejemplo los controles asociados a convenios por exceso de carga¹³⁰.

De acuerdo a lo expuesto por la propia SISS, en su Informe de Gestión Sanitaria 2015, esta ha instruido a las empresas sanitarias los contenidos mínimos que debe considerar la fiscalización que les corresponde realizar y asimismo la información que le deben entregar mensualmente a la propia SISS. Estas instrucciones están contenidas fundamentalmente en el denominado PROCOF (Procedimiento de Control y Fiscalización de Riles de Concesionarias Sanitarias). La SISS fiscaliza la gestión que realizan las sanitarias para hacer cumplir lo que se ha instruido en el PROCOF. Sin perjuicio de la revisión periódica de la información remitida por la concesionaria, la SISS realiza fiscalizaciones presenciales a las mismas, con el fin de verificar el cumplimiento de sus obligaciones en materia de control de Riles. Además fiscaliza en terreno, como consecuencia de la elaboración o modificación de los programas de monitoreo e inspecciones para verificar cumplimiento de norma NCh 411 relativa al muestreo de aguas residuales. Asimismo y también en caso de denuncias, fiscaliza para verificar el cumplimiento de instrucciones, controlar avisos de funcionamiento o verificar detenciones de descargas (SISS, 2016: pp. 203-211).

El DS MOP N° 609/98, que entro en vigencia el 19 de agosto de 1998, establece en su numeral 7 que la SISS cuenta con facultades de inspección y supervigilancia, respecto a la función fiscalizadora realizada por los prestadores de servicios sanitarios. El numeral 6.1 del DS MOP N° 609/98 establece: “El control de la presente norma se regirá por lo establecido en los artículos 11 B y siguientes de la ley 18.902. Para tal efecto, las inspecciones que realice el ente fiscalizador y los muestreos de autocontrol deberán someterse a lo establecido en los puntos 6.2 y siguientes de la presente norma”, dichos arts. de la ley 18902 se refieren al control y fiscalización que ejerce la SISS respecto a los establecimientos generadores de RILES.

La ley 18902, publicada el 27 de enero de 1990, en su art. 2 dispone que a la SISS le corresponderá la fiscalización de los prestadores de servicios sanitarios, del cumplimiento de

¹³⁰ Numeral 4.4 del DS MOP N° 609/98.

las normas relativas a tales servicios y el control de los RILES que se encuentren vinculados a las prestaciones o servicios de las empresas sanitarias.

La LOSMA, publicada el 26 de enero de 2010, establece en su art. 3 letra N que a la SMA le corresponde fiscalizar las leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con las descargas de RILES y en su art. 35° letra G establece que tendrá la potestad exclusiva para sancionar su incumplimiento. Además en su art. 61 establece: “La presente ley no afectará las facultades y competencias que la ley N° 18.902 entrega a la Superintendencia de Servicios Sanitarios en materia de supervigilancia, control, fiscalización y sanción del cumplimiento de las normas relativas a la prestación de los servicios públicos de agua potable y alcantarillado que realicen las concesionarias de servicios sanitarios”. Se ha sostenido por parte de ambas superintendencias que correspondería a la SISS la fiscalización y aplicación de sanciones respecto al DS MOP N° 609/98, porque el objeto directo de dicho cuerpo normativo, sería la protección de las redes del sistema de recolección y disposición de aguas servidas, e indirectamente la protección ambiental de los cuerpos receptores de agua. En el mismo sentido se pronunció la CGR, como analizaremos más adelante, en dictamen 25248, de 02 de mayo de 2012, señalando que los RILES descargados en sistemas de alcantarillado, se encuentran vinculados a las prestaciones o servicios de las empresas sanitarias, por cuanto el numeral 2.1 del DS MOP N° 609/98 señala: “los límites máximos de contaminantes permitidos para residuos industriales líquidos, descargados por establecimientos industriales a los servicios públicos de recolección de aguas servidas que indica”. Esto es, a servicios prestados por la respectiva concesionaria sanitaria, por lo que concluye que le corresponde a la SISS la fiscalización y sanción por incumplimiento de este decreto.

Respecto a esta conclusión, debo señalar que el art. 61 de la LOSMA se refiere a “prestación de los servicios públicos de agua potable y alcantarillado que realicen las concesionarias de servicios sanitarios”. El artículo 28 de la LOCBGAE conceptualiza la noción de servicio público como: “órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua”. Sin embargo, resulta bastante objetable sostener que el que los establecimientos industriales viertan sus RILES en el alcantarillado público responda a una necesidad colectiva, pues estos tienen la posibilidad de

descargarlos en otros cuerpos receptores, incluso de no estar en el radio urbano¹³¹. El art. 8 inc. 2 del DFL 382/88 establece que las concesionarias de servicio público sanitario “...tendrán como único objeto el establecimiento, construcción y explotación de los servicios públicos indicados en el artículo 5 de esta ley¹³², y demás prestaciones relacionadas con dichas actividades”¹³³.

El art. 8 inc. 2 del DFL 382/88 al referirse a “*prestaciones relacionadas con dichas actividades*”, las excluye, pues al estar “relacionadas” no están comprendidas dentro del concepto de servicio público sanitario.

El art. 5 del DFL 382/88 se refiere al agua potable y a su contrapartida que son las *aguas servidas*, las que tienen un carácter evidentemente domiciliario, homologables al concepto de aguas residuales domésticas, distintas a las aguas residuales industriales o agrícolas. En este mismo sentido y solo para efectos del propio D.S. 594/99 del Ministerio de Salud, dispone el inc. 2 del art. 18 “Para los efectos del presente reglamento se entenderá por residuo industrial todo aquel residuo sólido o líquido, o combinaciones de éstos, provenientes de los procesos industriales y que por sus características físicas, químicas o microbiológicas no puedan asimilarse a los residuos domésticos”. La propia SISS hace la distinción en su Oficio Ordinario N° 2054, de fecha 19 de noviembre de 2003, al referirse al servicio de aguas residuales no domésticas generadas por actividades económicas, ubicadas fuera del territorio operacional de la concesionaria de servicios sanitarios.

Las concesiones de recolección y disposición de aguas servidas, tienen como fin único el establecimiento, construcción de la infraestructura requerida y explotación exclusiva de los servicios sanitarios de recolección y disposición de aguas servidas domiciliarias,

¹³¹ El agua y sus ciclos básicos nos reconducen al concepto del territorio global objeto de ordenación y gestión, y nos entrega ciertos criterios de ordenación. Tanto en Chile como en otros países latinoamericanos, la normativa urbanística resulta escasa tanto en instrumentos como en cobertura territorial, la gestión de cuencas y el uso de las normas de calidad de las aguas, constituye la llave maestra para la definición de tales criterios y normativas, lo que también tiene componentes políticos y técnicos (Astorga Jorquera, 2014: p. 6).

¹³² Que señala: ““Es servicio público de producción de agua potable, aquel cuyo objeto es producir agua potable para un servicio público de distribución. Es servicio público de distribución de agua potable, aquel cuyo objeto es prestar dicho servicio, a través de las redes públicas exigidas por la urbanización conforme a la ley, a usuarios finales obligados a pagar un precio por dicha prestación. Es servicio público de recolección de aguas servidas, aquel cuyo objeto es prestar dicho servicio, a través de las redes públicas exigidas por la urbanización conforme a la ley, a usuarios finales obligados a pagar un precio por dicha prestación. Es Servicio público de disposición de aguas servidas, aquel cuyo objeto es disponer las aguas servidas de un servicio público de recolección”.

¹³³ Lo que reafirma el art. 7 del DFL 382/88.

actividad económica en que la estructura natural del mercado específico es de carácter monopólico, dado que la superposición de dos prestadores en un mismo territorio no sólo es ineficiente, sino que en la mayoría de los casos impracticable (Bravo Bahamondes, Ramírez Concha, y Vaisbuch Bitran, 2013: p. 9).

De lo anterior, podemos concluir que no es servicio público de la concesionaria el que los sistemas de alcantarillado reciban las descargas de RILES, por lo que el art. 61 de la LOSMA no contempla dicha figura, y al no ser un servicio público no procede lo afirmado por ambas superintendencias en la ya referida presentación ante la CGR¹³⁴, acerca de que el objeto directo del DS MOP N° 609/98 sería la protección de las redes del sistema de recolección y disposición de aguas servidas, y que esto determinaría la competencia de la SISS; pues al no ser aplicable lo dispuesto en el art. 61 de la LOSMA volvemos a la problemática de este trabajo respecto a que existe una superposición de competencias.

Los arts. 3 letra N y 35 letra G de la LOSMA, le asignan a la SMA las facultades fiscalizadoras y sancionatorias respecto a la descarga de RILES, las que se encuentran vigentes desde el 28 de junio de 2012, con la publicación en el Diario Oficial de la Ley N° 20.600. El efecto normal de una nueva norma es la derogación tacita de la normativa anterior en lo que la contradiga, sobre todo si esta es de inferior rango legal. Esto implica que el numeral 7 del DS MOP N° 609/98 no sirva para clarificar la problemática planteada en este trabajo respecto a dicho decreto. Lo mismo ocurre con el argumento de la CGR al interpretar que la SISS tiene competencia fiscalizadora y sancionadora respecto al DS MOP N° 609/98¹³⁵ al afirmar que en su numeral 2.1 se refiere a RILES descargados por establecimientos industriales a servicios públicos de recolección de aguas servidas, es decir, a servicios prestados por la respectiva concesionaria sanitaria. Argumento al que además debemos oponer la distinción planteada con anterioridad respecto al objeto único de las concesionarias de servicio público sanitario, establecido en el art. 8 inc. 2 del DFL 382/88 y a la determinación de lo que constituye servicio público sanitario, concepto que no incluye la descarga de RILES.

¹³⁴ En solicitud de pronunciamiento a CGR, que se materializó en el dictamen 25248, de 02 de mayo de 2012.

¹³⁵ Dictamen 25258N12, de 02 de mayo de 2012.

Además del análisis anteriormente expuesto, debemos tener presente que el artículo 45 del D.F.L. 382, de 1988, faculta a los prestadores de servicios sanitarios a suspender la prestación del servicio de recolección de aguas servidas en el caso que las descargas de Riles comprometan la continuidad o calidad del servicio público de recolección y/o disposición¹³⁶, sin perjuicio de los cobros por la reparación de los daños y desperfectos causados en las instalaciones. También los obliga a comunicar esta medida a la SISS y al Ministerio de Salud.

3.1.1.1.4.- Medición y Control.

A partir de la Clasificación Internacional Industrial Uniforme (CIIU)¹³⁷ se determinan los rubros que se deben controlar, los que están contenidos en las Tablas N°5 y N°6 del DS MOP N° 609/98. Respecto de los que no están en la Tabla N°6, la SISS podrá determinar los contaminantes que debe monitorear la sanitaria¹³⁸.

Se deben monitorear todas las descargas¹³⁹, y cada una debe tener una cámara o un lugar habilitado para tomar muestras¹⁴⁰. Por cada punto de descarga se deberá obtener una muestra compuesta, representativa del volumen descargado el día de control¹⁴¹, la que se obtendrá de conformidad a lo establecido en el numeral 6.3.3 del DS MOP N° 609/98. Por otro lado, cuando se trate de análisis de laboratorios, estos deberán estar acreditados en el sistema Nacional de Acreditación¹⁴².

El número de días de autocontrol mensual deberá ser representativo de las condiciones de descarga del establecimiento emisor. Estos días se determinarán de acuerdo

¹³⁶ También en Numeral 7 del DS MOP N° 609/98.

¹³⁷ Numeral 3.2 del DS MOP N° 609/98. La Clasificación Industrial Internacional Uniforme de todas las actividades económicas (CIIU) es la clasificación internacional de referencia de las actividades productivas. Su propósito principal es ofrecer un conjunto de categorías de actividades que se pueda utilizar para la reunión y difusión de datos estadísticos de acuerdo con esas actividades.

Desde que se aprobara la versión original de la CIIU en 1948, la mayoría de los países de todo el mundo vienen utilizando la CIIU como su clasificación nacional de las actividades económicas o han elaborado clasificaciones nacionales derivadas de ella. Por consiguiente, la CIIU ha proporcionado orientación a los países para la elaboración de clasificaciones nacionales y se ha convertido en un instrumento importante para comparar a nivel internacional los datos estadísticos sobre las actividades económicas. La CIIU ha sido ampliamente utilizada, tanto en el plano nacional como en el internacional, para clasificar los datos según el tipo de actividad económica en las diversas estadísticas económicas y sociales, como las referidas a las cuentas nacionales, la demografía de las empresas, el empleo y otros aspectos. Además, la CIIU se utiliza también cada vez más con fines no estadísticos (ONU, 2009: p. iii).

¹³⁸ Numeral 6.2.1 del DS MOP N° 609/98.

¹³⁹ Numeral 6.2.2 del DS MOP N° 609/98.

¹⁴⁰ Numeral 6.2.3 del DS MOP N° 609/98.

¹⁴¹ Numeral 6.3.2 del DS MOP N° 609/98.

¹⁴² Art. 11 C de la ley 18.902, que crea la SISS.

a la naturaleza del residuo y al volumen de descarga, y deberán corresponder a aquellos en que se viertan RILES en máxima producción¹⁴³.

El numeral 6.4.4 del DS MOP N° 609/98 establece cuando se entenderá que los establecimientos industriales cumplen la norma¹⁴⁴.

3.1.1.2.- DS MINSEGPRES N° 90/00. Norma de emisión para la regulación de contaminantes asociados a las descargas de residuos líquidos a aguas marinas y continentales superficiales.

3.1.1.2.1.- Marco Regulatorio.

Norma que entro en vigencia 180 días después de su publicación en Diario Oficial ocurrida el 07 de marzo de 2001¹⁴⁵, es decir el 03 de septiembre de 2001, siendo plenamente exigible desde el 3 de septiembre de 2006¹⁴⁶. Establece la concentración máxima de contaminantes permitida para residuos líquidos descargados por las fuentes emisoras, a los cuerpos de agua marinos y continentales superficiales de la República de Chile. Tiene aplicación en todo el territorio nacional¹⁴⁷. Su objetivo de protección ambiental es prevenir la contaminación de las aguas marinas y continentales superficiales de la República, mediante el control de contaminantes asociados a los residuos líquidos que se descargan a estos cuerpos receptores. Con lo anterior, se logra mejorar sustancialmente la calidad ambiental de las aguas, de manera que éstas mantengan o alcancen la condición de ambientes libres de contaminación, de conformidad con la Constitución y las Leyes de la República¹⁴⁸. Define *Residuos líquidos, aguas residuales o efluentes* como: “aquellas aguas que se descargan desde una fuente emisora, a un cuerpo receptor”¹⁴⁹. Estas *descargas* corresponden a la evacuación o vertimiento de residuos líquidos a un cuerpo de agua receptor, como resultado

¹⁴³ Numeral 6.3.1 del DS MOP N° 609/98.

¹⁴⁴ Se entenderá que los establecimientos industriales cumplen la norma: Si se han analizado 10 o menos muestras mensuales, sólo una podrá exceder en uno o más parámetros hasta un 100% el límite establecido en la norma. Si se han analizado más de 10 muestras durante el mes calendario, un 10% de ellas podrá exceder en uno o más parámetros hasta un 100% el límite establecido en la norma. Para el cálculo del 10%, el resultado se aproximará al entero superior”.

¹⁴⁵ Numeral 8 del DS MINSEGPRES N° 90/00.

¹⁴⁶ Numeral 5.3 del DS MINSEGPRES N° 90/00.

¹⁴⁷ Numeral 2 del DS MINSEGPRES N° 90/00.

¹⁴⁸ Numeral 1 del DS MINSEGPRES N° 90/00.

¹⁴⁹ Numeral 3.10 del DS MINSEGPRES N° 90/00.

de un proceso, actividad o servicio de una *fuentes emisora*¹⁵⁰. Las fuentes que emitan una carga contaminante media diaria o de valor característico igual o inferior al señalado, no se consideran fuentes emisoras para los efectos del decreto en estudio y no quedan sujetos a la misma, en tanto se mantengan esas circunstancias.¹⁵¹

Este decreto establece que toda fuente que descargue sus residuos líquidos a uno o más cuerpos de agua, deberá caracterizar sus residuos líquidos a modo de evaluar si califica como fuente emisora y si queda sujeta al cumplimiento de la norma de emisión¹⁵². Con los antecedentes entregados por el titular y en base a la Tabla de Establecimiento Emisor del punto 3.7 del DS MINSEGPRES N° 90/00, será la SMA quien determinará la calificación de una fuente de RILES. La que podrá ser emisora o no emisora, en este último caso el titular recibirá por parte de la SMA una comunicación que indica dicho hecho, concluyendo así el trámite pues dicha descarga no está sujeta al DS MINSEGPRES N° 90/00. Al ser calificada como fuente emisora se concluye que los RILES tienen una carga contaminante media diaria o de valor característico superior en uno o más de los parámetros indicados en la Tabla de Establecimiento Emisor del punto 3.7 del DS MINSEGPRES N° 90/00, y por ende requieren un control permanente de la norma de emisión, por tanto el titular recibirá por parte de la SMA una Resolución de Programa de Monitoreo (RPM). Para efectos de su cumplimiento el titular debe reportar mensualmente la información de autocontrol a través del sistema de Fiscalización de RILES vinculado a la ventanilla única del Registro de Emisiones y Transferencias de Contaminantes (RETC) del Ministerio de Medio Ambiente¹⁵³. A través del sitio electrónico <http://vu.mma.gob.cl>¹⁵⁴. Esto a partir de 1 de marzo de 2017, pues antes era obligatorio informar los resultados de autocontroles a la SISS¹⁵⁵.

¹⁵⁰ Numeral 3.6 del DS MINSEGPRES N° 90/00. El numeral 3.7 del DS MINSEGPRES N° 90/00 define fuente emisora en los siguientes términos: “es el establecimiento que descarga residuos líquidos a uno o más cuerpos de agua receptores, como resultado de su proceso, actividad o servicio, con una carga contaminante media diaria o de valor característico superior en uno o más de los parámetros indicados”, los que se encuentran contenidos en tabla del mismo numeral.

¹⁵¹ Numeral 3.7 del DS MINSEGPRES N° 90/00.

¹⁵² Página web de la SMA, <http://www.sma.gob.cl/index.php/normas-de-emision>, fecha última consulta: 13 de diciembre de 2017. De conformidad al numeral 2 del DS MINSEGPRES N° 90/00.

¹⁵³ Resolución Exenta SMA N° 1175 de fecha 20 de diciembre de 2016, guía orientada al titular para el cumplimiento del DS MINSEGPRES N° 90/00, disponible en página web de la SMA <http://snifa.sma.gob.cl/v2/Resolucion/Instruccion>, fecha última consulta: 13 de diciembre de 2017.

¹⁵⁴ Fecha última consulta: 13 de diciembre de 2017.

¹⁵⁵ Esto en virtud de Resolución Exenta N° 1175, de fecha 20 de diciembre de 2016, dictada por la SMA.

3.1.1.2.2.- Fiscalización y Sanción.

Conforme a lo expuesto en la problemática de este trabajo se produjo una superposición de competencias fiscalizadoras y sancionadoras de la SISS y la SMA al entrar en vigencia la LOSMA. Situación que ha sido zanjada mediante dictámenes de contraloría y un convenio entre ambas superintendencias, los que serán estudiados más adelante. El Numeral 7 del DS MINSEGPRES N° 90/00 establece que la fiscalización de dicha norma corresponderá a la SISS, a la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante y a los Servicios de Salud, según corresponda. Conforme a lo expuesto en este trabajo la SMA, respecto al DS MINSEGPRES N° 90/00, ha desarrollado una estrategia para dar continuidad a los procedimientos previamente realizados por la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante (DIRECTEMAR) para el caso de descargas de RILES en aguas marinas o en cursos de agua navegables; por la SISS para descargas en aguas continentales superficiales y por los Servicios de Salud para el caso de Sistemas Particulares de Tratamiento de Aguas Servidas. Dicha estrategia incluye la dictación de documentos como: la Resolución Exenta N° 117, del 06 de febrero de 2013, modificada por la Resolución Exenta N° 93, del 14 de febrero de 2014 en las cuales se dictan e instruyen normas de carácter general sobre procedimientos de caracterización, medición y control de RILES para dar cumplimiento a dicha orden; la Resolución Exenta N° 1235, del 30 de diciembre de 2015, la que “Aprueba el Protocolo para la ejecución de Actividades de Fiscalización Ambiental de Normas de Emisión de RILES”; el Manual de Usuarios del Sistema de Declaración de RILES, entre otros. Para consolidar dichas instrucciones la SMA dicta Resolución Exenta N° 1175 de fecha 20 de diciembre de 2016, guía orientada al titular para el cumplimiento del DS MINSEGPRES N° 90/00.

La fiscalización de esta norma de emisión, mediante la cual se evalúa el cumplimiento normativo, se realiza mediante 3 tipos de actividades de fiscalización: la inspección ambiental; medición, muestreo y análisis; y examen de información. El primero consiste en la revisión y/o examen en terreno, de las actividades, procesos y/o instalaciones, así como su evaluación objetiva, con el propósito de determinar su conformidad, respecto de los requisitos específicos establecidos en la normativa ambiental vigente y en los instrumentos de gestión ambiental establecidos en el art. 2° de la ley 20.417. El segundo se refiere a actividades de fiscalización ambiental que consisten en obtener experimentalmente de una

muestra del objeto de evaluación, de acuerdo a un procedimiento conocido, datos que permitan caracterizar cuantitativa o cualitativamente una variable ambiental¹⁵⁶. El tercero consiste en la revisión documental de la información incluida en reportes, informes de seguimiento ambiental u otros. Los reportes serán mensuales y pueden estar compuestos por autocontroles, remuestreos y controles directos¹⁵⁷.

Respecto a su sanción me remito a lo señalado en el capítulo anterior de este trabajo referido a las facultades sancionadoras de la SMA.

3.1.1.3.- DS MINSEGPRES N° 46/02. Norma de emisión de residuos líquidos a aguas subterráneas.

3.1.1.3.1.- Marco Regulatorio.

Este decreto surge de la necesidad de normar los contenidos máximos de contaminantes vertidos a aguas subterráneas. Por lo que en él se determinan las concentraciones máximas de contaminantes permitidas en los residuos líquidos¹⁵⁸ que son descargados por la fuente emisora¹⁵⁹, a través del suelo, a las zonas saturadas de los acuíferos¹⁶⁰, mediante obras destinadas a infiltrarlo¹⁶¹. Esta norma no será aplicable a las labores de riego, a los depósitos de relaves y a la inyección de las aguas de formación a los

¹⁵⁶ De manera de verificar el cumplimiento normativo del DS MINSEGPRES N° 90/00 en que la SMA ha establecido una serie de criterios a evaluar, establecidos mediante Resolución Exenta SMA N° 1235, de fecha 30 de diciembre de 2015, que aprueba el protocolo para la ejecución de actividades de fiscalización ambiental de normas de emisión de RILES, disponible en <http://snifa.sma.gob.cl/v2/Resolución/Instrucción>, fecha última consulta: 13 de diciembre de 2017.

¹⁵⁷ Los 03 tipos de actividades descritas en Numeral 6 del DS MINSEGPRES N° 90/00.

¹⁵⁸ El art. 4 N° 13 del DS MINSEGPRES N° 46/02 define Residuos líquidos o aguas residuales como: Aguas que se descargan después de haber sido usadas en un proceso, o producidas por éste, y que no tienen ningún valor inmediato para ese proceso, según se establece en la definición contenida en la NCh 410. Of 96.

¹⁵⁹ El art. 4 N° 8 del DS MINSEGPRES N° 46/02 define fuente emisora como: "Establecimiento que descarga sus residuos líquidos por medio de obras de infiltración tales como zanjas, drenes, lagunas, pozos de infiltración, u otra obra destinada a infiltrar dichos residuos a través de la zona no saturada del acuífero, como resultado de su proceso, actividad o servicio, con una carga contaminante media diaria superior en uno o más para los parámetros indicados" en tabla que contiene. Señalando que los establecimientos que emitan una carga contaminante media diaria igual o inferior a lo señalado, no se consideran fuentes emisoras para los efectos de este decreto.

¹⁶⁰ De acuerdo al art. 4 N° 15 del DS MINSEGPRES N° 46/02, la zona saturada del acuífero, corresponde a aquella parte del acuífero que se encuentra con sus poros completamente ocupados por agua.

¹⁶¹ Art. 1 del DS MINSEGPRES N° 46/02. El art. 4 N° 11 del DS MINSEGPRES N° 46/02 define la Infiltración como: la "Introducción del flujo de agua entre los poros del suelo o subsuelo".

pozos de producción en los yacimientos de hidrocarburos¹⁶². Se aplicará en todo el territorio nacional¹⁶³.

El inc. 3 del art. 13 del DS MINSEGPRES N° 46/02 establece que desde su entrada en vigencia las fuentes existentes deberán caracterizar e informar todos sus residuos líquidos, mediante los procedimientos de medición y control establecidos en la presente norma. Aquellas fuentes emisoras que tengan interés en la determinación del contenido natural, deberán entregar los antecedentes que correspondan a la autoridad competente.

La norma de emisión está determinada por los límites máximos establecidos en las tablas 1 y 2 incluidas en la norma¹⁶⁴. Los límites máximos permitidos están referidos al valor de la concentración del contaminante determinado en términos totales¹⁶⁵. Si el contenido natural de la zona saturada del acuífero excede al límite máximo permitido en este decreto, el límite máximo entonces de la descarga será igual a dicho contenido natural¹⁶⁶. No se puede emitir directamente a la zona saturada del acuífero, a no ser que la calidad sea igual o mejor que la del contenido natural¹⁶⁷. Si la vulnerabilidad del acuífero es catalogada como alta, solo se podrá disponer de los residuos líquidos mediante infiltración, considerando que esta emisión es de igual o mejor calidad que la del contenido natural del acuífero¹⁶⁸.

3.1.1.3.2.- Medición y Control.

Las fuentes emisoras deberán cumplir con los límites máximos permitidos en este decreto respecto de todos los contaminantes normados¹⁶⁹. El monitoreo deberá efectuarse en cada uno de los puntos de descarga de la fuente emisora. El lugar de toma de muestras deberá considerar una cámara o dispositivo, de fácil acceso, especialmente habilitada al efecto¹⁷⁰.

El monitoreo tiene que ser representativo de cada una de las descargas, considerando que correspondan a las ocasiones cuando los residuos generados son en máxima producción

¹⁶² Art. 2 del DS MINSEGPRES N° 46/02.

¹⁶³ Art. 3 del DS MINSEGPRES N° 46/02.

¹⁶⁴ Art. 5 del DS MINSEGPRES N° 46/02.

¹⁶⁵ Art. 6 del DS MINSEGPRES N° 46/02.

¹⁶⁶ Art. 7 del DS MINSEGPRES N° 46/02.

¹⁶⁷ Art. 8 del DS MINSEGPRES N° 46/02.

¹⁶⁸ Art. 9 del DS MINSEGPRES N° 46/02.

¹⁶⁹ Art. 15 del DS MINSEGPRES N° 46/02.

¹⁷⁰ Art. 18 del DS MINSEGPRES N° 46/02.

o en máximo caudal de descarga¹⁷¹. Además de considerar que si la fuente emisora neutraliza sus residuos líquidos, se debe realizar una medición continua del pH de ésta con un registrador¹⁷². El número de muestras es por cada punto de descarga y depende de la duración de ésta, midiéndose además el caudal dependiendo del volumen de la descarga¹⁷³. Si una o más muestras durante el mes exceden los límites máximos establecidos en las tablas N°1 y N°2, se deberá realizar un muestreo adicional, o remuestreo, siendo este último efectuado dentro de los 15 días hábiles siguientes a la detección de la anomalía¹⁷⁴. Adicionalmente el Art. 25 del DS MINSEGPRES N° 46/02 da una holgura estableciendo cuando no se consideraran sobrepasados los límites¹⁷⁵.

3.1.1.3.3.- Fiscalización y Sanción.

El Artículo 27° del DS MINSEGPRES N° 46/02 establece: “La presente norma será fiscalizada por la Superintendencia de Servicios Sanitarios y los Servicios de Salud respectivos, según corresponda”. Este DS entro en vigencia el 17 de enero de 2003 y tanto las competencias fiscalizadoras y sancionadoras a su respecto, quedan comprendidas dentro de la problemática expuesta en este trabajo.

3.1.1.4.- DS MINSEGPRES N° 80/06. Establece la Norma de Emisión para Molibdeno y Sulfatos de efluentes descargados desde Tranques de Relaves al Estero Carén.

3.1.1.4.1.- Marco Regulatorio.

Esta norma tiene como objetivo ambiental la protección de los recursos hídricos del estero Carén, ubicado en la comuna de Alhué en la Región Metropolitana, mediante la regulación de las descargas al estero Carén de los residuos líquidos provenientes de tranques de relaves, que contengan sulfatos y molibdeno¹⁷⁶, estableciendo las concentraciones

¹⁷¹ Art. 19 del DS MINSEGPRES N° 46/02.

¹⁷² Inc. final del art. 20 del DS MINSEGPRES N° 46/02.

¹⁷³ Art. 22 del DS MINSEGPRES N° 46/02.

¹⁷⁴ Art. 24 del DS MINSEGPRES N° 46/02.

¹⁷⁵ Cuando: a) analizadas 10 o menos muestras mensuales, incluyendo los remuestreos, sólo una de ellas excede, en uno o más contaminantes, hasta en un 100% el límite máximo establecido en las tablas contempladas en esta norma. b) analizadas más de 10 muestras mensuales, incluyendo los remuestreos, sólo un 10% o menos, del número de muestras analizadas excede, en uno o más contaminantes, hasta en un 100% el límite máximo establecido en las tablas. Para el cálculo del 10% el resultado se aproximará al entero superior. Para efectos de lo anterior en el caso que el remuestreo se efectúe al mes siguiente, se considerará realizado en el mismo mes en que se tomaron las muestras excedidas.

¹⁷⁶ Art. 2 del DS MINSEGPRES N° 80/06.

máximas permitidas¹⁷⁷. Para efectos de esta norma se entiende por tranques de relaves, aquellos depósitos de relaves regulados por el DS N° 86 de 1970, del Ministerio de Minería¹⁷⁸.

Las descargas de residuos líquidos a que se refiere este DS deberán cumplir con los límites máximos de concentración para sulfatos y molibdeno establecidos en la Tabla 1, determinados de acuerdo a los resultados de los análisis que se efectúen conforme al Título IV de esta norma. Respecto a los demás contaminantes, deberán cumplir con lo establecido en el DS MINSEGPRES N° 90/00¹⁷⁹. Esta norma se dictó teniendo en consideración que las normas de emisión deben señalar su ámbito territorial de aplicación y ser establecidas considerando las condiciones y características ambientales propias de la zona en que se aplicarán¹⁸⁰; y que las descargas desde tranques de relaves tienen características especiales, tanto por la magnitud del caudal, como por los usos que tienen dichos efluentes aguas abajo de la descarga. Por estas razones, se propuso elaborar una norma específica para las emisiones de los tranques de relaves, especialmente en aquellos casos en que se contaba con los suficientes antecedentes técnicos, económicos y ambientales y una amplia data histórica sobre las características de la descarga, como es el caso del estero Carén¹⁸¹.

3.1.1.4.2.- Medición y Control.

La frecuencia del monitoreo será semanal de un día predeterminado a la semana¹⁸². Se obtendrá una muestra compuesta representativa del volumen descargado el día de control¹⁸³. Cada muestra compuesta estará constituida por doce muestras puntuales tomadas cada dos horas, cada una con alícuotas proporcionales a los respectivos volúmenes descargados en el intervalo de tiempo transcurrido entre dos muestras puntuales¹⁸⁴. Cada muestra puntual estará constituida por la mezcla homogénea de dos submuestras de igual volumen, extraídas de acuerdo a las condiciones estipuladas en el numeral 6.3 del DS

¹⁷⁷ Art. 3 del DS MINSEGPRES N° 80/06.

¹⁷⁸ Art. 4 del DS MINSEGPRES N° 80/06.

¹⁷⁹ Art. 5 del DS MINSEGPRES N° 80/06.

¹⁸⁰ Considerando 4 del DS MINSEGPRES N° 80/06.

¹⁸¹ Considerandos 5 y 6 del DS MINSEGPRES N° 80/06.

¹⁸² Art. 8 del DS MINSEGPRES N° 80/06.

¹⁸³ Art. 9 del DS MINSEGPRES N° 80/06.

¹⁸⁴ Art. 10 del DS MINSEGPRES N° 80/06.

MINSEGPRES N° 90/00¹⁸⁵. En cada muestra puntual se deberá registrar el caudal del efluente mediante cámara de medición y caudalímetro con registro diario¹⁸⁶. El art. 15 del DS MINSEGPRES N° 80/06 establece que los métodos de análisis se deberán realizar según lo establecido en el DS MINSEGPRES N° 90/00 y que la metodología para determinar Sulfato será la que se establece en la NCh 2313/18 Aguas Residuales-Métodos de Análisis. Parte 18: Determinación de Sulfato, a excepción de los puntos 7 y 8, en reemplazo de los cuales se aplicarán las reglas consagradas en el señalado art.

3.1.1.4.3.- Fiscalización y Sanción.

El art. 16 del DS MINSEGPRES N° 80/06 establece que esta norma será fiscalizada por la Superintendencia de Servicios Sanitarios. Este DS entro en vigencia el 26 de agosto de 2006 y tanto las competencias fiscalizadoras y sancionadoras a su respecto, quedan comprendidas dentro de la problemática expuesta en este trabajo.

3.1.2.- Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA).

Se ha definido genéricamente como un conjunto de estudios técnicos-científicos, sistemáticos e interrelacionados entre sí, que persiguen identificar, predecir y evaluar los efectos positivos o negativos que pueda producir una o un conjunto de actividades desarrolladas por el hombre, sobre la vida humana, la salud, el bienestar del hombre y el medio ambiente y sus ecosistemas (Astorga Jorquera, 2014: p. 72).

El art. 2 en sus letras K y J de la LBGMA establece: “Para todos los efectos legales, se entenderá por:

k) Impacto Ambiental: la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada.

j) Evaluación de Impacto Ambiental: el procedimiento, a cargo del Servicio de Evaluación Ambiental, que, en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes.

Lo que se busca a través del SEIA es la descripción, examen y valoración del impacto ambiental que se prevé ocasionará la actividad o el proyecto, independientemente de si tales

¹⁸⁵ Art. 11 del DS MINSEGPRES N° 80/06.

¹⁸⁶ Art. 12 del DS MINSEGPRES N° 80/06.

impactos han sido regulados o no. El elemento que determina el sometimiento al SEIA es la inclusión o no del proyecto o actividad en los listados señalados en el art. 10 de la LBGMA y el art. 3 del RSEIA (Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto ambiental), y no el impacto ambiental que se prevé ocasionará aquél. No obstante, la real finalidad que subyace en el sistema, que incluso le da el nombre, es el examen o evaluación del impacto ambiental. Para decidir cuáles de las actividades o proyectos que, encontrándose sometidos al SEIA, deberán hacerlo por la vía del Estudio de Impacto Ambiental (EIA)¹⁸⁷, el art. 11 de la LBGMA señala una serie de criterios, que denomina como “efectos, características o circunstancias”, estos han sido especificados en los arts. 5 a 10 del RSEIA. La Declaración de Impacto Ambiental (DIA)¹⁸⁸ constituye la regla general en materia de evaluaciones de impacto ambiental porque cualquiera de las actividades a que se refiere el art. 10 de la LBGMA deberá presentar una DIA, en los términos de la definición legal, salvo que genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias contemplados en el art. 11 LBGMA, en cuyo caso deberá presentarse un EIA (Bermúdez Soto, 2015: pp. 279, 291 y 293).

Los titulares de los proyectos cuyas descargas de RILES estén sometidas a alguna de las normas de emisión anteriormente estudiadas, deben determinar si de conformidad a la normativa establecida en el párrafo anterior estos deben someterse al SEIA, incluso pueden someterse voluntariamente a él.

4.- Conclusiones.

El Estado tiene el deber de la protección ambiental¹⁸⁹, como contrapartida al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación¹⁹⁰. Para que el estado pueda cumplir

¹⁸⁷ El art. 2 de la LBGMA establece: “Para todos los efectos legales, se entenderá por:

i) Estudio de Impacto Ambiental: el documento que describe pormenorizadamente las características de un proyecto o actividad que se pretenda llevar a cabo o su modificación. Debe proporcionar antecedentes fundados para la predicción, identificación e interpretación de su impacto ambiental y describir la o las acciones que ejecutará para impedir o minimizar sus efectos significativamente adversos.

¹⁸⁸ El art. 2 de la LBGMA establece: “Para todos los efectos legales, se entenderá por:

f) Declaración de Impacto Ambiental: el documento descriptivo de una actividad o proyecto que se pretende realizar, o de las modificaciones que se le introducirán, otorgado bajo juramento por el respectivo titular, cuyo contenido permite al organismo competente evaluar si su impacto ambiental se ajusta a las normas ambientales vigentes.

¹⁸⁹ Segunda parte del inciso primero de Art. 19 N° 8 de la CPR.

¹⁹⁰ Primera parte del inciso primero de Art. 19 N° 8 de la CPR.

con este deber existen instrumentos de protección ambiental entre los que se encuentra el derecho ambiental, el que contempla los denominados instrumentos de gestión ambiental, lo que incluyen a las normas de emisión, de las que estudiamos aquellas que regulan las descargas de RILES a cuerpos receptores y de las que podemos desprender que no es posible, al analizarlas, dar una solución a la problemática planteada en este trabajo. Esto reafirma la necesidad de una reforma normativa al respecto.

V.- Jurisprudencia Administrativa.

1.- Dictamen de la CGR N° 25.248, de fecha 02 de mayo de 2012.

La SMA y la SISS se dirigieron a la CGR solicitando un pronunciamiento acerca de las competencias fiscalizadoras y sancionadoras de cada una de ellas, en relación a las descargas de RILES¹⁹¹.

La CGR concluye que de acuerdo a las disposiciones legales que refiere¹⁹², a la SMA le corresponde la fiscalización y sanción de las normas relacionadas con las descargas de RILES, y a la SISS, el control y sanción de “los residuos líquidos industriales que se encuentren vinculados a las prestaciones o servicios de las empresas sanitarias”¹⁹³. De esta manera, delimitar la competencia de estas superintendencias requiere determinar los casos en que se produce tal vinculación con los residuos líquidos, para lo que se deben considerar las normas de emisión exigidas a las descargas de estos residuos.

1.1.- El DS MINSEGPRES N° 90/00.

Este dictamen establece que este DS se refiere a la concentración máxima de contaminantes permitida respecto a las descargas de residuos líquidos a aguas marinas y continentales superficiales, lo que se deduce del numeral 2 del DS MINSEGPRES N° 90/00, en relación al artículo 2, letra o), de la ley N° 19.300. Por lo que, si una concesionaria de

¹⁹¹ Manifestando que se encuentran atribuidas por ley a la SMA las competencias fiscalizadoras y sancionadoras respecto a las normas de emisión de RILES vertidos en cuerpos de agua receptores, al ser su objetivo directo la protección de estos. En este caso se encontrarían los ya analizados DS N° 90/00, DS N° 46/02 y DS N° 80/06, todos del MINSEGPRES. En cambio respecto al DS MOP N° 609/98 estas competencias corresponderían a la SISS porque el objeto directo de dicho cuerpo normativo, sería la protección de las redes del sistema de recolección y disposición de aguas servidas, e indirectamente la protección ambiental de los cuerpos receptores de aguas. Agregando que la SISS podría fiscalizar y sancionar conforme a los procedimientos sectoriales, en paralelo al ejercicio de las facultades de la SMA, sin que haya non bis in ídem, al no concurrir identidad de sujeto, de hechos y de fundamentos jurídicos.

¹⁹² Arts. 2, 3 letra N, 35 letra G, 61 de la LOSMA, arts. 2 y 11 de la ley 18902.

¹⁹³ Art. 2 de la ley 18902.

servicios sanitarios reúne las características para ser considerada como fuente emisora acorde con lo previsto en el numeral 3.7 del DS MINSEGPRES N° 90/00 deberá cumplir con los límites de emisión dispuestos por este DS. En tal caso, las descargas de las empresas sanitarias constituirán residuos líquidos que se encuentran vinculados a las prestaciones o servicios de aquéllas, por lo cual, su control y fiscalización corresponderá a la SISS, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2° de la ley N° 18.902.

1.2.- El DS MINSEGPRES N° 46/02.

Este dictamen establece que se deberá aplicar el mismo criterio recientemente referido, puesto que si una empresa sanitaria reúne las características para ser considerada como fuente emisora deberá cumplir con la referida norma de emisión y, además, sus descargas constituirán residuos líquidos vinculados con los servicios sanitarios que presta, cuya fiscalización y sanción corresponde a la SISS.

1.3.- El DS MOP N° 609/98.

El Dictamen establece que los residuos contemplados en esta norma se encuentran vinculados a las prestaciones o servicios de las empresas sanitarias, por cuanto de acuerdo al numeral 2.1, dicha norma señala “los límites máximos de contaminantes permitidos para residuos industriales líquidos, descargados por establecimientos industriales a los servicios públicos de recolección de aguas servidas que indica”, esto es, a servicios prestados por la respectiva concesionaria sanitaria. Por lo tanto, la fiscalización y sanción por incumplimiento de este DS, corresponde a la SISS.

1.4.- El DS MINSEGPRES N° 80/06.

La CGR señala que respecto a este DS no se han tenido a la vista antecedentes que permitan colegir la vinculación de tales descargas al anotado estero, con las prestaciones o servicios de las empresas sanitarias, por lo que la fiscalización y sanción por la inobservancia de esta norma, compete a la SMA.

Este dictamen también establece que la fiscalización y aplicación de sanciones respecto de los mencionados decretos N°s 90 y 46, corresponde a la SMA cuando se trate de fuentes emisoras que no sean concesionarias sanitarias consideradas como fuentes por estos decretos. Finalmente concluye que los ámbitos de fiscalización y aplicación de sanciones en lo relativo a la descarga de residuos industriales líquidos, de la SMA y la SISS, son diferentes.

2.- Dictamen de la CGR N° 298, de fecha 03 de enero de 2014.

La SMA se dirigió a la CGR solicitando un pronunciamiento acerca de la procedencia de ejercer la potestad sancionatoria en aquellos casos en que una empresa sanitaria incumple lo establecido en la correspondiente RCA, en lo que se refiere a las descargas de RILES. En atención a que por los mismos hechos, tanto la SMA como la SISS, habían iniciado un procedimiento sancionatorio.

La CGR contextualiza la solicitud, señalando que se debe tener en cuenta lo dispuesto en los incisos 1, 2 y 3 del art. 2, arts. 16, 22, 24, 35 y 61, todos de la LOSMA, los arts. 2 y 11 de la ley 18.902, su dictamen N° 25.248 de 2012, ya estudiado en este trabajo. Señala que para delimitar la competencia de ambas superintendencias, es necesario determinar los casos en que se produce la vinculación con los residuos líquidos:

2.1.- La excedencia de los límites autorizados para coliformes fecales.

La CGR señala que esto conllevaría la superación de los parámetros establecidos en el DS MINSEGPRES N° 90/00 y el incumplimiento del considerando N° 3.3 de la resolución exenta N° 94, de 2001, de la ex Comisión Regional del Medio Ambiente de la Novena Región, que calificó como favorable ambientalmente el proyecto “Recolección, Tratamiento y Disposición de las Aguas Servidas de Temuco y Padre Las Casas”, de titularidad, en ese entonces, de la Empresa de Servicios Sanitarios de La Araucanía S.A. En este caso se debe tener presente el dictamen N° 25.248 de 2012 en lo que respecta al DS MINSEGPRES N° 90/00 y dada la concurrencia de la hipótesis normativa contenida en el referido dictamen, la CGR concluye que compete a la SISS, y no a la SMA, fiscalizar y sancionar el incumplimiento de los parámetros fijados en el indicado decreto N° 90, de 2000. Esto, no obstante el hecho de que en el considerando N° 9 de la reseñada resolución exenta N° 94, de 2001, se señale que, entre otras disposiciones, la anotada norma de emisión constituye preceptiva de carácter ambiental aplicable al proyecto, pues conforme a lo establecido en el artículo 61 de la LOSMA, sus prescripciones no tienen la aptitud de afectar las facultades que sobre la materia han sido conferidas a la SISS.

2.2.- El uso de by-pass o aliviaderos de tormentas en oportunidades en que ello sería impropio.

La CGR señala que esto importaría la inobservancia de lo señalado en el considerando N° 5 de la resolución exenta N° 110, de 2005, de la ex Comisión Regional del Medio Ambiente de la Novena Región, que aprobó la “Modificación Colector Interceptor de Aguas Servidas de Temuco y Padre Las Casas”, presentada por la empresa Aguas Araucanía S.A. Reiterando el criterio delimitador de competencias¹⁹⁴ en el sentido de que si se trata de la inobservancia de una exigencia fijada en razón de la vinculación que tienen las descargas de residuos líquidos con las prestaciones o servicios de las empresas sanitarias, su fiscalización y sanción corresponderá a la SISS, mientras que, en caso contrario, a la SMA.

Ambas Superintendencias deben determinar cuál es el fundamento de la obligación que estiman incumplida y que, en base a ello, resuelvan si corresponde iniciar o proseguir la sustanciación del respectivo proceso sancionatorio. Todo esto, teniendo en consideración el principio non bis in ídem, recogido en el inc. 2, del artículo 60, de la LOSMA, conforme al cual no debe aplicarse al infractor, por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, dos o más sanciones administrativas.

3.- Dictamen de la CGR N° 20.018, de fecha 13 de marzo de 2015.

La SMA se dirigió a la CGR solicitando la reconsideración del dictamen N° 298, de 2014, en cuanto determinó que, en el caso de infracciones que habrían sido cometidas por empresas sanitarias, compete a la SISS, y no a la SMA, fiscalizar y sancionar el incumplimiento de lo dispuesto en el DS MINSEGPRES N° 90/00, sin que obste a ello que la respectiva resolución de calificación ambiental señale que dicha norma de emisión constituye preceptiva de carácter ambiental aplicable al proyecto. La SMA también expresó que el mencionado pronunciamiento afectaría el carácter integrador de la resolución de calificación ambiental, el cual se encontraría reconocido en diversos dictámenes de la CGR¹⁹⁵, por lo que debería entenderse que cuando se trata de proyectos que las empresas sanitarias han ingresado al SEIA y de descargas de RILES sujetas a normas de emisión en base a las cuales se calificaron ambientalmente, la competencia correspondería a la SMA.

¹⁹⁴ Establecido en el dictamen N° 25.248 de 2012.

¹⁹⁵ Dictámenes de la CGR N°s. 39.696, de 2005, y 12.889, de 2007.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 2, 3 letra n), 35 en sus letras a), c) y g), y 61 de la LOSMA, el art. 2º de la ley N° 18.902 y el criterio establecido en el dictamen N° 25.248 de 2012, el que es concordante con el dictamen N° 298 de 2014, cuya reconsideración fue solicitada por la SMA, la CGR señala que luego de las modificaciones incorporadas al ordenamiento jurídico por la ley N° 20.417, la SISS se encuentra en una situación especial en comparación con los demás organismos sectoriales que desempeñan funciones de fiscalización ambiental y que son aludidos en los incisos 2 y 3 del art. 2 de la LOSMA. Esto, porque respecto de aquella superintendencia el art. 61 deja a salvo sus facultades en forma expresa y específica, atribuciones entre las cuales está, precisamente, el control de los RILES vinculados a las prestaciones o servicios de las empresas sanitarias.

La CGR puntualiza que a diferencia de lo sugerido por la SMA, no procede entender que existe una contradicción entre lo concluido en el dictamen cuya reconsideración se pide y lo expresado en sus oficios Nos. 39.696, de 2005, y 12.889, de 2007, puesto que estos últimos fueron emitidos antes de la publicación en el Diario Oficial de la ley N° 20.417¹⁹⁶, que introdujo importantes modificaciones en la materia.

4.- Conclusiones.

En el primer dictamen estudiado, la CGR establece que a la SMA le corresponde la fiscalización y sanción de las normas relacionadas con las descargas de RILES, y a la SISS, el control y sanción de “los residuos líquidos industriales que se encuentren vinculados a las prestaciones o servicios de las empresas sanitarias”¹⁹⁷. Posteriormente reafirma el mismo criterio en los dictámenes N° 298 de 31 de enero de 2014 y N° 20018 de 13 de marzo de 2015, al establecer que la incorporación de normas de emisión como normativa ambiental aplicable a una PTAS que ha ingresado al SEIA no altera la competencia de la SISS y lo mismo hace al pronunciarse sobre su reconsideración.

VI.- Protocolo suscrito por la SMA y la SISS, de fecha 28 de mayo de 2015.

Debe ser contextualizado conforme a los dictámenes de la CGR recientemente estudiados y al Convenio de Encomendación de Acciones de Fiscalización Ambiental,

¹⁹⁶ 26 de enero de 2010.

¹⁹⁷ Art. 2 de la ley 18902.

suscrito entre ambas superintendencias con fecha 08 de noviembre de 2012¹⁹⁸. Este protocolo fue aprobado por las resoluciones exentas N° 436 de 01 de junio de 2015 y 2614 de 22 de junio de 2015, de la SMA y de la SISS respectivamente.

Contiene 04 numerales, referidos a la delimitación de competencias, la aplicación del modelo de fiscalización ambiental, la encomendación de actividades de fiscalización ambiental de normas de emisión y, por último, la conformación y funcionamiento de una mesa técnica.

1.- Delimitación de competencias.

La LOSMA asigna competencia a la SMA en base a instrumentos de gestión ambiental, sin alterar la competencia de los organismos sectoriales en aquellas materias reguladas exclusivamente por normativa sectorial. El art. 61 de la LOSMA establece una reserva legal de competencia en favor de la SISS, la que se complementa con el art. 2 de la Ley N°18.902, el que fue modificado por la ley N° 20.417. Reconociendo que dado el tenor de dichas normas, es posible que concurra la competencia de ambas Superintendencias, tratándose de empresas sanitarias sujetas al cumplimiento de Normas de emisión y/o RCA. A continuación, el convenio hace referencia a los pronunciamientos de la CGR en sus dictámenes N° 25.248, de fecha 02 de mayo de 2012 y N° 298, de fecha 03 de enero de 2014, señalando que el elemento que permite delimitar la competencia entre ambos organismos, de acuerdo a contraloría, es “la vinculación a prestaciones o servicios de empresas sanitarias”. Por lo que ambas superintendencias concluyen que son competencia de la SISS todos

¹⁹⁸ Suscrito el 08 de noviembre de 2012 entre ambas superintendencias, dentro de un ámbito colaborativo y con carácter temporal, de acuerdo al art.5° de la LBGAE, conforme a los principios de coordinación intersectorial horizontal y unidad de la acción en la oportunidad y modo. La SISS se comprometió a fiscalizar los RILES generados por fuentes emisoras afectas al cumplimiento de las siguientes normas de emisión: los DS MINSEGPRES 90/00, 46/02 y 80/06, y que no se vinculen a las prestaciones de servicios sanitarios. Se sustenta en la figura de “encomendación de acciones”, contemplada en el art.22 de la Ley N°20.417). No conlleva cesión de competencias fiscalizadoras radicadas en la SMA para con la SISS, y tampoco el ejercicio de potestades sancionadoras. Esta norma permite encomendar la realización de actividades de carácter material y técnica a otros órganos de la administración del Estado, por razones de eficacia y experiencia. Posteriormente, se firmó un protocolo entre ambas instituciones, que especifica los alcances del convenio de encomendación de fiscalización.

La SISS realiza funciones de fiscalización bajo control centralizado, de modo que toda la información y acciones se canalizan al nivel central por intermedio de su Unidad Ambiental.

Tiene una duración de un año contado desde la fecha de entrada en vigencia de la resolución que lo apruebe. Se renovará automática y sucesivamente, por periodos iguales, si ninguna de las partes manifiesta su intención de ponerle término, por oficio dirigido al Jefe del Servicio respectivo, recibido con a lo menos treinta días de anticipación a su renovación.

aquellos aspectos vinculados a la prestación sanitaria para cumplir con la “calidad del servicio”¹⁹⁹ exigible en la explotación del servicio sanitario asociada a cada una de las cuatro etapas del ciclo sanitario²⁰⁰.

Determina una delimitación de competencias, para que haya coordinación entre ambas superintendencias y para asegurar que no queden materias exentas de control y fiscalización. Esta atenderá a:

.- Aspectos técnicos operacionales de infraestructura sanitaria afecta a concesión. Particularmente respecto al funcionamiento de las PTAS, la SISS incorporará en la resolución que aprueba el cobro tarifario, indicadores objetivos para descarga de RILES y generación de lodos, considerando las normas, condiciones y medidas establecidas en la RCA, si es el caso.

.- Efectos de la operación de dicha infraestructura en el entorno. Respecto a las PTAS, la SMA fiscalizará y sancionará el cumplimiento de medidas ambientales asociadas al art. 11 de la ley 19.300, revisará la información de seguimiento ambiental asociada a los efectos reales del proyecto o actividad en el entorno, pudiendo requerir información al titular para determinar si el origen de impactos ambientales está en el incumplimiento de condiciones incluidas en la resolución que aprueba el cobro tarifario, en cuyo caso derivará los antecedentes a la SISS, o se trata de impactos no previstos en la evaluación ambiental, en cuyo caso remitirá los antecedentes al SEA para la adecuación a la RCA que corresponda.

Al ser frecuente que los olores molestos tengan como origen problemas operacionales, deficiente mantenimiento o funcionamiento de una PTAS, la SISS recibirá, tramitará y resolverá las denuncias que sean presentadas por dicho motivo, informando los

¹⁹⁹ La SISS ha fijado indicadores de calidad de servicio asociados a cada una de las etapas del ciclo sanitario, para lo cual considera el cumplimiento de los límites de emisión aplicables, el uso de by pass, la calidad del lodo generado durante el proceso de tratamiento, así como la inexistencia de externalidades negativas como malos olores. Estos indicadores se traducen en obligaciones específicas para cada empresa, que se establecen en la resolución de la SISS que autoriza el cobro tarifario y aquella que establece el programa de monitoreo, de modo tal que su incumplimiento da origen a instrucciones, el ejercicio de la potestad sancionadora e incluso la medida de suspensión del cobro tarifario asociado a dicho servicio.

²⁰⁰ Estas etapas son las siguientes: (i) producción de agua potable, comprendiendo el tratamiento de fuentes para la generación de ésta, ya sea mediante plantas de tratamiento de osmosis inversa, desaladoras, etc.; (ii) distribución de agua potable; (iii) recolección de aguas servidas, considerando además las descargas de RILES, ya sea en PTAS o en redes de alcantarillado; y (iv) tratamiento y disposición de aguas servidas domésticas en plantas, en toda su línea de agua y línea de lodos hasta la etapa de estabilización y caracterización de éste para su eliminación.

resultados a la SMA para la debida coordinación entre ambos organismos ante consultas de otras autoridades y la ciudadanía.

Las normas, condiciones o medidas establecidas en una RCA que no se refieran a aquellos aspectos propios del giro sanitario y las normas, condiciones o medidas establecidas para la etapa de construcción, serán fiscalizadas y sancionadas por la SMA, toda vez que no se encuentran cubiertos por la reserva legal de competencia establecida en el art. 61 de la LOSMA.

En caso que la SISS detecte en ejercicio de sus funciones posibles infracciones que se encuentren dentro del ámbito de competencia de la SMA o la presencia de un daño grave e inminente al medio ambiente como consecuencia del funcionamiento de una PTAS, remitirá la información oportunamente a la SMA para que adopte las correspondientes medidas, sin mayor trámite.

2.- Conclusiones.

Se reafirma el criterio de la CGR y establece que respecto a la infraestructura sanitaria afecta a concesión se debe hacer la siguiente distinción. Cuando no exista RCA será competencia de la SISS. Habiéndola, de tratarse de aspectos propios del ciclo-giro sanitario o de olores molestos, también será competente dicha superintendencia. Con todo, respecto de las medidas de mitigación, reparación o compensación y seguimiento ambiental será competente la SMA. Ambas instituciones no están facultadas para auto limitar sus potestades, ello es vulneratorio del principio de juridicidad, como ya ha sido expuesto anteriormente.

VII.- Conclusión.

Como toda tesis, este trabajo es un intento de demostración de la problemática planteada, de exponer las consecuencias de ello y de lo necesaria que resulta su resolución. De su desarrollo se desprende como nuestra institucionalidad ha pretendido delimitar potestades claramente determinadas, incurriendo en una vulneración del principio de juridicidad. Para su demostración se han estudiado las potestades y las características que le son propias. Se ha señalado que a veces son indeterminadas, de conformidad a las actuales necesidades de la administración, dados los nuevos escenarios que plantea nuestro tiempo. Todo esto para concluir que estamos frente a una asignación de potestades competenciales

determinadas, las que se superponen, problemática que no tiene una solución en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que es necesaria una reforma legal.

También se demuestra que existe una vulneración del principio de unidad de acción administrativa, al plasmar nuestro ordenamiento jurídico esta evidente contienda de competencias, la que por cierto no es resuelta conforme a lo previsto por el legislador para estos casos en el art. 39 de la LOCBGAE. Esto se ha evitado, recurriendo a la CGR para que se pronuncie mediante un dictamen, amparándose en su potestad dictaminadora²⁰¹ para definir la competencia entre servicios públicos, lo que por cierto es discutible y no es materia de este trabajo. Sin embargo, son abordados desde una perspectiva crítica, aquellos planteamientos que afirman que los dictámenes de la CGR otorgan seguridad jurídica y se analiza jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia que nos permiten concluir que ello no es efectivo.

La necesidad de una reforma legal, también resulta evidente al concluir que no puede existir seguridad jurídica para aquellos administrados que en principio no saben a qué legislación atenerse, teniendo cada una, distintos efectos patrimoniales²⁰² y considerando que las soluciones a las que ha arribado nuestra institucionalidad, son vulneradoras del principio de juridicidad.

También podemos concluir que las labores que ambas superintendencias desempeñan constituyen una manifestación de la actividad material de la Administración. Que contiene la actividad de servicio público, que en lo que respecta a las superintendencias, se manifiesta en la protección del orden público económico, tarea primordial del Estado en cuanto instrumento cardinal para la efectividad del orden constitucional. Para lo que resulta fundamental la protección de la seguridad jurídica y de las reglas del juego del mercado, esto último requiere: la protección de los derechos de los particulares y asegurar el buen funcionamiento del mercado. En este contexto, al particular, al propietario de establecimientos que descargan RILES a los cuerpos receptores, que normalmente ha hecho una cuantiosa inversión, para la que calculó los costos y riesgos, no le puede resultar

²⁰¹ Art. 6 de la LCGR.

²⁰² Ello se reafirma en el capítulo III, donde se analizan las potestades fiscalizadoras y sancionadoras de ambas superintendencias. Al igual que en el capítulo IV, al ser estudiadas las normas de emisión que regulan la descarga de RILES a cuerpos receptores.

indiferente que superintendencia lo fiscalizará y sancionará, puesto que ambas tienen potestades distintas, haciéndose patente el deber del Estado de otorgar seguridad jurídica y preservar el orden público económico, a modo de ejemplo, una diferencia que resulta muy ilustrativa y que se refiere a las potestades sancionadoras en cuanto a las multas, es que el art. 38 de la LOSMA establece que van de 1 a 10.000 UTA. El art.11 de la ley 18.902, que crea la SISS, en su inc. 2º, N° 1, letras a) y b), las fija en un monto que va de 1 a 1.000 UTA.

El orden público económico debe ser preservado por nuestro ordenamiento jurídico, en aras del bien común y es para ello es que se han establecido las Superintendencias, por lo que resulta vital que exista claridad respecto a su competencia.

Claramente esta superposición de potestades afecta a la protección del medio ambiente, puesto que las normas de emisión son instrumentos de protección o de gestión ambiental y respecto a aquellas que regulan la descarga de RILES a cuerpos receptores, no existe claridad respecto a la competencia de la SMA y la SISS para ejercer sus potestades fiscalizadoras y sancionadoras, sin que se desprenda una solución de nuestro ordenamiento jurídico a esta problemática.

En los capítulos V y VI se analizan los dictámenes de la CGR y el convenio suscrito entre ambas superintendencias, haciéndose palpable la necesidad de una modificación legal al ser la única forma de solucionar la problemática planteada en este trabajo sin que el ordenamiento jurídico vulnere principios fundamentales que le son propios.

En base a lo expuesto, puedo señalar que en cada capítulo, desde distintos enfoques, podemos arribar a la misma conclusión, respecto a la problemática *leitmotiv* de este trabajo, y esta es, la necesidad de una reforma legal delimitadora de potestades.

VIII.- Bibliografía.

1.- Libros.

_ Astorga Jorquera, Eduardo (2014): "*Derecho Ambiental Chileno*", cuarta edición, Editorial Thompson Reuters, Santiago.

_ Bermúdez Soto, Jorge (2014): "*Derecho Administrativo General*", tercera edición, Legal Publishing Chile, Santiago.

- _ Bermúdez Soto, Jorge (2015): “*Fundamentos de Derecho Ambiental*”, segunda edición, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Santiago.
- _ Camacho Cepeda, Gladys (2010): “*La actividad sustancial de la Administración del Estado, en Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV*”, primera edición, Editorial LegalPublishing, Santiago.
- _ Cordero Vega, Luis (2015): “*Lecciones de Derecho Administrativo*”, segunda edición, Thompson Reuters, Santiago.
- _ De Otto Pardo, Ignacio (1995), “*Derecho Constitucional: sistema de fuentes*”, segunda Edición, Editorial Ariel, Barcelona.
- _ Fernández-Bitterlich, Pedro (2001): “*Manual de Derecho ambiental chileno*”, primera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- _ Fernández-Galiano, Antonio (1963): “*Introducción a la Filosofía del Derecho*”, primera edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- _ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón (2015): “*Curso de Derecho Administrativo*”, decimoséptima edición, Editorial Thomson Reuters, Pamplona.
- _ Guzmán Rosen, Rodrigo (2012): “*Derecho Ambiental Chileno, principios, instituciones, instrumentos de gestión*”, primera edición, Editorial Planeta Sustentable, Santiago.
- _ Leal Vásquez, Brigitte (2015): “*La Potestad de Inspección de la Administración del Estado, en Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 56*”, primera edición, Producciones Graficas Ltda., Santiago.
- _ Nieto, Alejandro (1994): “*Derecho Administrativo Sancionador*”, segunda edición, Editorial Tecnos, Madrid.
- _ Parada Vásquez, Ramón (2002): “*Derecho Administrativo, Parte General, Tomo I*”, decimotercera edición, Editorial Marcial Pons, Madrid.
- _ Schmidt- Assmann, Eberhard (2003), “*La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema de Fuentes*”, Primera Edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid (traducción de Mariano Bacigalupo, Javier Barnés, Javier García Luengo et al.).

_ Silva Cimma, Enrique (1995), “*Derecho Administrativo Chileno y Comparado*”, primera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

_ Zagrebelsky, Gustavo (2011): “*El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*”, décima edición, Editorial Trotta, Madrid (traducción de Marina Gascón).

2.- Artículos.

_ Aróstica Maldonado, Iván (1987): “Algunos problemas del Derecho Administrativo Penal” en *Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N° 182*, Concepción.

_ Bertelsen Repetto, Raúl (1998): “El Recurso de Protección y el Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación. Examen de 15 años de jurisprudencia” en *Revista chilena de Derecho, Volumen 25, N° 1*, Sección Estudio, Santiago, pp. 139-174.

_ Cordero Quizacarra Eduardo (2012): “El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho Penal” en *Revista de Derecho (Valdivia), vol. XXV, núm. 2*, Valdivia, pp. 131-157.

_ Ferrada Bórquez, Juan Carlos (2007): “Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno”, en *Revista de Derecho (Valdivia), vol. XX, núm. 2*, Valdivia, pp. 69-94.

_ García García, José Francisco (2009): “¿Inflación de Superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio”, *Revista Actualidad Jurídica*, Ediciones Universidad del Desarrollo, Santiago.

_ Rojas Calderón, Cristian (2014): “Los riesgos, las funciones del derecho ambiental ante éstos, y su control por medio de entidades privadas colaboradoras de la gestión ambiental” en *Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso N° XLIII, 2° semestre*, Valparaíso, pp. 549 - 582.

_ Román Cordero, Cristian (2010): “El castigo en el Derecho Administrativo” en *Revista de Derecho y Humanidades, N° 16, Volumen 1*, Santiago, pp. 155-171.

_ Soto Kloss, Eduardo (1979/1980): “Derecho Administrativo Penal. Notas para el estudio de la potestad sancionadora de la Administración” en *Boletín de Investigaciones, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, N° 44/45*, Santiago.

_ Vásquez Márquez, José Ignacio (2014): "Pasado y futuro del medio ambiente como derecho fundamental" en *Revista de Derecho Público, Volumen 80, primer semestre*, Santiago.

3.- Colaboración en Obras Colectivas.

_ Besson, Waldemar y Gotthard, Jasper (1999): "Elementos del Estado de Derecho: el principio de legalidad en toda actuación del poder público", en *Estado de Derecho y Democracia, Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano CIEDLA*, Buenos Aires.

_ Camacho Cepeda, Gladys (2005): "La problemática de la potestad normativa de las superintendencias", en *Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile*, primera edición, Editorial LexisNexis, Santiago.

_ Letelier Wartenberg, Raúl (2015): "Contraloría General de la República", en *La Constitución chilena, una revisión crítica a su práctica política*, Bassa Mercado, Jaime; Ferrada Bórquez, Juan Carlos; Viera Álvarez, Christian (Editores), primera edición, LOM Ediciones, Santiago.

_ Man Yu Chang (2005): "La economía ambiental", en *¿Sustentabilidad?. Desacuerdos sobre el desarrollo sustentable*; Foladori, Guillermo; Pierri, Naína (Coords.), primera edición, Universidad Autónoma de Zacatecas, México DF.

_ Navarro Beltrán, Enrique (2012): "Bases Constitucionales de la toma de razón y de la potestad dictaminante de la Contraloría", en *Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, editada y diagramada en la Unidad de Servicios Gráficos de la Contraloría General de la República, Santiago.

_ Rojas Calderón, Christian (2012): "Instrumentos de Gestión Ambiental en Chile. En especial el sistema de evaluación de impacto ambiental (SEIA)", en *La Evaluación de Impacto Ambiental y su Régimen Jurídico*; Pinto, Mauricio; Liber, Martin (Coords.), primera edición, Lajoune, Buenos Aires.

_ Vergara Blanco, Alejandro (2004): "Nota sobre la caducidad como fuente de extinción de derechos y del decaimiento del procedimiento administrativo" en *Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile*, Santiago.

_ Vergara Blanco, Alejandro (2005): “Panorama General del Derecho Administrativo Chileno”, en *El Derecho Administrativo Iberoamericano*, Santiago González-Varas Ibáñez (coord.), Instituto de Investigación Urbana y Territorial, Madrid.

4.- Documentos.

_ Organización de Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, División de Estadística (2009): “Clasificación Industrial Internacional Uniforme de todas las actividades económicas (CIIU)”. Disponible en http://unstats.un.org/unsd/publication/SeriesM/seriesm_4rev4s.pdf. Fecha última consulta: 15 de febrero de 2017.

_ Superintendencia de Servicios Sanitarios (2016): “Informe de Gestión del Sector Sanitario 2015”. Disponible en <http://www.siss.gob.cl/577/w3-propertyvalue-3443.html>. Fecha última consulta: 15 de febrero de 2017.

_ Guía orientada al titular para el cumplimiento del DS MINSEGPRES N° 90/00, disponible en página web de la SMA <http://snifa.sma.gob.cl/v2/Resolucion/Instruccion>, fecha última consulta: 23 de mayo de 2017.

5.- Jurisprudencia.

_ Sentencia del TC de fecha 21 de octubre del año 2010, en autos Rol N° 1518-09, considerando 6°.

_ Sentencia del TC en causa ROL N° 3283-16-CCO (2017): Contienda de competencia promovida por la CGR contra el 29° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago.

_ Sentencia N° 27 del Tribunal Constitucional Español (1981): recurso de inconstitucionalidad promovido contra determinados artículos de la Ley 74/1980, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1981.

_ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 10 de septiembre del año 2009, en autos Rol N° 3357-2009, caratulados “Empresa Eléctrica de Antofagasta S.A. contra Superintendencia de Electricidad y Combustibles”, considerandos 8° y 9°.

_ Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 12 de enero de 2012, en autos Rol N° 10499-2011, caratulados "Encina y otro con Contraloría Regional de Tarapacá y la Dirección del Servicio de Salud de Iquique". Conociendo vía apelación se pronuncia sobre Recurso de Protección.

_ Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 03 de julio del año 2012, en autos Rol N° 2791-2012, caratulados "Municipalidad de Zapallar con Contraloría Regional de Valparaíso". Conociendo vía apelación, se pronuncia sobre Recurso de Protección.

_ Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 28 de mayo de 2015, en autos Rol N° 21.920-2014, caratulados "Abufrut Limitada con Servicio Agrícola y Ganadero y Fisco de Chile". Se pronuncia sobre recurso de casación en el fondo.

_ Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 04 de octubre del año 2016, en autos Rol N° 47610-2016, caratulados "Inmobiliaria Punta Piqueros con Contraloría Regional de Valparaíso". Conociendo vía apelación, se pronuncia sobre Recurso de Protección.

_ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 16 de enero de 1989, en autos Rol 427-1988, recaída en recurso de protección.

_ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 19 de mayo de 1989, en autos Rol 89-1989, recaída en recurso de protección.

_ Dictamen de la CGR N° 2406 (1998): Sobre efectos del dictamen 35741/97 de CGR.

_ Dictamen de la CGR N° 28.226 (2007): Sobre prescripción sanciones autoridad sanitaria.

_ Dictamen de la CGR N° 35397 (2007): Sobre transparencia y publicidad de actos y procedimientos administrativos.

_ Dictamen de la CGR N° 25.248 (2012): Sobre la competencia de las Superintendencias del Medio Ambiente y de Servicios Sanitarios, para fiscalizar las descargas de RILES.

_ Dictamen de la CGR N° 25.081 (2013): Sobre las competencias de la Superintendencia del Medio Ambiente y de la autoridad sanitaria para fiscalizar y sancionar las infracciones a la normativa ambiental.

_ Dictamen de la CGR N° 38.429 (2013): Sobre desarrollo de actividades de acuicultura en parques nacionales.

_ Dictamen de la CGR N° 298 (2014): Sobre la competencia de las superintendencias del medio ambiente y de servicios sanitarios para fiscalizar y sancionar las infracciones cometidas por empresas sanitarias con motivo de la descarga de RILES.

_ Dictamen de la CGR N° 20.018 (2015): Que desestima solicitud de reconsideración del dictamen N° 298, de 2014, de esta entidad de control, que se pronunció sobre la competencia de las Superintendencias del Medio Ambiente y de Servicios Sanitarios, en materia de fiscalización de descargas de RILES.

_ Dictamen de la CGR N° 95727 (2015): Sobre eventual incumplimiento de funciones del SEA y de la SMA.

6.- Documentos Electrónicos.

_ Bravo Bahamondes, María Fernanda; Ramirez Concha, Alicia y Vaisbuch Bitran, Daniel (2013): "El Servicio Público Sanitario e Identificación de Nuevos Mercados". Disponible en <https://prezi.com/siueiqmphi/b/el-servicio-publico-sanitario-e-identificacion-de-nuevos-mer/?webgl=0>. Fecha última consulta: 13 de diciembre de 2017.

_ Correa Echevarría, Cristóbal y Morales Sierra, Francisco Javier; (2006): " Análisis Jurisprudencial del Recurso de Protección. El derecho a la vida y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Período 1995-2005". Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas, en Repositorio Académico de la Universidad de Chile, <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/107681>, fecha última consulta: 13 de febrero de 2017.

_ Cordero Vega, Luis (2017): Columna del Mercurio Legal de fecha 28 de abril de 2017. Disponible en <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2017/04/28/Una-verdad-incomoda-las-potestades-normativas-de-organismos-administrativos-y-el-dogma-de-los-90.aspx?disp=1>. Fecha última consulta: 13 de diciembre de 2017.

_ Página WEB del Ministerio de Medio Ambiente, sobre Ventanilla Única del Registro de Emisiones y Transferencias de Contaminantes (RTEC). Disponible en

<http://snifa.sma.gob.cl/v2/Resolucion/Instruccion>. Fecha última consulta: 13 de diciembre de 2017.

_ Página WEB de la SMA, sobre Normas de Emisión. Disponible en <http://www.sma.gob.cl/index.php/normas-de-emision>. Fecha última consulta: 13 de diciembre de 2017.

_ Página WEB de la SISS, sobre Fiscalización de empresas sanitarias. Disponible en <http://www.siss.cl/577/w3-propertyvalue-3503.html>. Fecha última consulta: 13 de diciembre de 2017.

_ Página WEB de la SISS, sobre Multas. Disponible en <http://www.siss.gob.cl/577/w3-article-4125.html>. Fecha última consulta: 13 de diciembre de 2017.

_ Página WEB de la SISS, sobre Sanciones en Proceso Judicial. Disponible en <http://www.siss.gob.cl/577/w3-article-4325.html>. Fecha última consulta: 13 de diciembre de 2017.



00408562

MAG
K76s
2018

CE
RU 102842

AUTOR Kock San Martín, Oscar

TÍTULO Superposición de potestades fiscalizadoras de la superintendencia ...

RU 102842
Kock San Martín, Oscar
Superposición de potestades fiscalizadoras y sancionadora de las superintendencias del medio ambiental y de servicios sanitarios, en relación a las deescargas de residuos industriales líquidos

CB 00408562