**Minera Los Pelambres (MLP) en contra de la Superintendencia del Medio Ambiente**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 1. | **Tribunal:** | Segundo Tribunal Ambiental |
| 2. | **Palabras clave**: | Infracciones permanentes y circunstancias para determinar la sanción |
| 3. | **Resumen:** | Representantes de Minera Los Pelambres interpusieron -al tenor de lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 17 de la Ley N° 20.600- una reclamación en contra de la Resolución Exenta N° 90, de 12 de febrero de 2014, de la Superintendencia del Medio Ambiente. La resolución impugnada impuso a la minera una multa de 2.595 Unidades Tributarias Anuales, por el incumplimiento de la Resolución de Calificación Ambiental N° 38, de 7 de abril de 2004 de la Comisión Regional de Medio Ambiente de la IV Región, que calificó favorablemente el "Proyecto Integral de Desarrollo" presentado por MLP. El titulat tenia la obligación de construir un Parque Rupestre.  La reclamación es parcialmente acogida, pero determina que se mantiene vigente la obligación del titular de construir el Parque Rupestre. Así se confirma la tipificación y calificación de la infracción establecida por la SMA, y se acoge la reclamación, solo en cuanto a la aplicación y fundamentación de las circunstancias del artículo 40 |
| 4. | **Caso:** | Parque Rupestre Pelambres |
| 5. | **Rol**: | R-33-2014 |
| 6. | **Tipo de recurso:** | Reclamación |
| 7. | **Recurrente:** | Minera Los Pelambres |
| 8. | **Recurrido**: | SMA |
| 9. | **Proyecto y RCA (si corresponde):** | Proyecto integral de Desarrollo de MLP |
| 10. | **Redacción:** | Rafael Asenjo Zegers |
| 11. | **Integración:** | José Ignacio Vásquez Márquez, Rafael Asenjo Zegers y Sebastián Valdés de Ferrari |
| 12. | **Votación:** | Unánime |
| 13. | **Resuelve:** | Acoge parcialmente |
| 14. | **Considerandos relevantes:** | 6°: Las normas, condiciones y medidas de una RCA tienen una época de exigibilidad  13°: El cambio de etapa de un proyecto no hace desaparecer los deberes asociados y se encuentra en incumplimiento hasta que ejecute obligación |

**Hechos:** El 3 de marzo de 2014, los señores Juan Esteban Poblete Newman y Gonzalo Montes Astaburuaga, abogados, en representación de Minera Los Pelambres (en adelante, también MLP o la Minera) interpusieron al tenor de lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 17 de la Ley N° 20.600 una reclamación en contra de la Resolución Exenta N° 90, de 12 de febrero de 2014, de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, también la Superintendencia o la SMA).

La resolución impugnada impuso a MLP una multa de 2.595 Unidades Tributarias Anuales (UTA), por el incumplimiento de la Resolución de Calificación Ambiental N° 38, de 7 de abril de 2004 (en adelante, la RCA N° 38 de 2004) de la Comisión Regional de Medio Ambiente (COREMA) IV Región, que calificó favorablemente el “Proyecto Integral de Desarrollo” (en adelante., también “El Proyecto”) presentado por MLP.

**(…)**

El 12 de julio de 2013, se dio inicio al proceso administrativo sancionatorio mediante Ordinario U.I.P.S. N° 428 (fs. 142 del cuaderno de documentos), donde se formularon cargos por incumplimiento a las obligaciones establecidas en el considerando 10 de la RCA N° 38 de 2004 (referidas a las medidas de mitigación y compensación asociadas al proyecto); y por no haber remitido en forma íntegra la información solicitada por la SMA, mediante Resolución Exenta N° 65 de 2013, incumpliendo con ello los artículos primero, segundo y cuarto de la Resolución Exenta N° 574, de 2 de octubre de 2012, que instruye la forma y el modo de presentación de los antecedentes solicitados por la SMA.

En lo que se refiere específicamente al incumplimiento de la RCA, los hechos constatados por la SMA fueron los siguientes: “A.1 No haber construido el Parque Rupestre en el fundo Monte Aranda, con la antelación necesaria para recibir el material arqueológico procedente de rescates, que se encuentra a la fecha en un depósito de acopio temporal, en la etapa de construcción. A.2 No haber habilitado una sala de exhibición con la colección de objetos de origen campesino reunidos en el fundo El Mauro, ni haber elaborado trabajos fotográficos para ambientar los objetos exhibidos a la fecha, en la etapa de construcción del proyecto. A.3 No haber habilitado una sala de arqueología y otra sala histórica, con muestras arqueológicas obtenidas en El Mauro y el fundo Monte Aranda o, alternativamente, haber habilitado una muestra histórica con inclusión de elementos arqueológicos, en la etapa de construcción del proyecto. A. 4 No haber editado el libro sobre la arqueología de El Mauro y Monte Aranda, en la etapa de construcción del proyecto. A.5 No haber re editado la publicación sobre el valle de Cuncumén, con información acerca de excavaciones de sepulturas y una serie de fechas obtenidas por termoluminiscencia, no habiendo incorporado la arqueología del valle del Manque, especialmente su arte rupestre, en la etapa de construcción del proyecto. A.6 No haber elaborado los catálogos, trípticos ni cualquier tipo de folletería afín, con el objeto de divulgar los hitos arqueológicos e históricos de las comunidades adyacentes al estero Pupío, en la etapa de construcción del proyecto”.

El 16 de agosto de 2013, MLP formuló sus descargos (fs. 177 del cuaderno de documentos), donde en términos generales expresa que no hubo incumplimiento al considerando 10° de la RCA N° 38 de 2004, y solicita la absolución del cargo referido a la entrega de información solicitada por Resolución Exenta N° 65 de 2013.

El 12 de febrero de 2014, la Superintendencia emitió la Resolución Exenta N° 90, que en su considerando primero resuelve: “(...) que los incumplimientos imputados a la Minera Los Pelambres, titular del “Proyecto Integral de Desarrollo” se encuentran acreditados en el procedimiento administrativo sancionatorio incoado por esta Superintendencia, por lo que procede sancionarle de la siguiente forma: a) Las infracciones a las normas/ condiciones y/o medidas establecidas en los considerandos 10.3 y 10.4 de la RCA 38 de 2004, constituyen una infracción a la letra a) del artículo 35 de la Ley Orgánica de la Superintendencia / que se clasifica como grave según lo dispuesto en el numeral 2 letra e) del artículo 36 de la misma Ley, por lo cual se impone al regulado una multa de 2.595 Unidades Tributarias Anuales, b) Por su parte, con respecto a la infracción a la Resolución N° 514, se absuelve a MLP del cargo”.

**Todas las normas, condiciones y medidas de una RCA tienen una época de exigibilidad por parte de la autoridad ambiental:** Sexto. Que, el punto 10 de la RCA reproducido textualmente en el considerando anterior indica, con absoluta claridad, que las medidas debían ejecutarse durante la etapa de construcción del proyecto. Además, específicamente respecto de la construcción del Parque Rupestre, el punto 10.3 de la RCA N° 38 de 2014, señala expresamente que “dicho parque estará acondicionado con la antelación necesaria para recibir el material arqueológico procedente de los rescates, permitiendo su estudio en gabinete y poder planificar la exhibición de los materiales en condiciones apropiadas”. Así, de la sola lectura de los citados numerales, se hace evidente que la RCA sí permitía al titular conocer en qué momento y hasta cuando podía ejecutar las medidas comprometidas, lo que no puede ser desconocido por la inexistencia de una fecha determinada. Lo anterior, a juicio de este Tribunal, es motivo suficiente para rechazar la alegación del reclamante sobre la inexistencia de un plazo u oportunidad para el cumplimiento de las medidas.

Séptimo. Que, habiéndose determinado que las medidas incumplidas contenían una oportunidad para su ejecución, corresponde ahora pronunciarse sobre las alegadas prescripción e incompetencia de la SMA. Para ello, es fundamental determinar si la infracción a la que da lugar el incumplimiento de las medidas comprometidas, tiene o no el carácter de permanente, tal como lo ha señalado el reclamado en sus alegaciones. Lo anterior, por cuanto dicha figura de concurrir incidiría en la determinación del cómputo de la prescripción, así como también, por derivación, en la competencia de la SMA para sancionar dicha infracción.

**Sobre las infracciones permanentes ambientales y el principio “dies a quo” para determinar su exigibilidad y prescripción:** Octavo. Que, al respecto, la doctrina administrativa ha definido la infracción permanente como aquella en la que “una acción u omisión única crea una situación antijurídica, cuyos efectos permanecen hasta que el autor cambia su conducta” (NIETO GARCÍA, ALEJANDRO “Derecho Administrativo Sancionador” 5ºEd. Madrid, Editorial Tecnos (2012) p. 493). Otra definición señala que las infracciones permanentes son “aquellas figuras en las que la acción provoca la creación de una situación antijurídica duradera que el sujeto mantiene a lo largo del tiempo dolosa o imprudentemente” (GÓMEZ TOMILLO, MANUEL/SANZ RUBIALES, IÑIGO “Derecho Administrativo Sancionador. Parte General” 3° ed. Pamplona, Editorial Aranzandi (2013) p.649).

Noveno. Que, por su parte, y a pesar que la infracción permanente no está regulada legalmente en nuestro ordenamiento jurídico, la jurisprudencia ha reconocido su aplicación en el derecho administrativo sancionador, señalando al igual como lo ha hecho en el ámbito penal los elementos esenciales para su determinación y su efecto en la prescripción. En este sentido, la Excelentísima Corte Suprema señaló lo siguiente en la sentencia correspondiente al Rol N° 6429 2014, de 20 de abril de 2015: “Que en atención a que el ilícito de colusión de precios en la ruta Santiago Curacaví, objeto del requerimiento, configura una infracción permanente pues el comportamiento colusorio entre las empresas requeridas implicaba necesariamente una sucesión de actos en el tiempo destinados a mantener el acuerdo de precios para así seguir aprovechando los beneficios esperados, corresponde entender que subsiste tal conducta infraccional, esto es, que está siendo ejecutada mientras se mantenga la determinación y aplicación de precios pactados entre competidores, lo cual importa concluir que solo ha cesado el ilícito de colusión una vez que ha terminado la voluntad, expresa o tácita, de sus partícipes de permanecer en él y, por ende, que no puede empezar a correr término de prescripción alguno si las requeridas han continuado cobrando precios concertados, por cuanto la conducta abusiva se sigue verificando (...) Solo una vez suprimida la situación antijurídica que se ha creado, comenzará a correr el plazo de prescripción” (considerando vigésimo) . En el mismo sentido, en sentencia Rol N° 7000 2012, de 14 de enero de 2013, el Máximo Tribunal, junto con reconocer la figura de la infracción permanente, se refiere a los efectos en el cómputo de la prescripción, a saber: “Que de las normas transcritas precedentemente aparece con claridad que la facultad otorgada a la Superintendencia de Pensiones para aplicar multas a un infractor caduca al cabo de cuatro años contados desde que hubiere “terminado” de cometerse el hecho penado, expresión que pone de relieve la circunstancia que la conducta sancionada tiene el carácter de una infracción permanente o, al menos, de ejecución compleja, de lo que se colige que solo al momento en que su existencia fue advertida y, por ende, solo cuando la misma fue subsanada (en este caso por instrucciones de la reclamada) se puede entender que aquella ha “terminado”, de modo que recién entonces comienza a correr el plazo alegado (...) (considerando octavo) .

Décimo. Que, por otro lado, también la jurisprudencia comparada, en particular la del Tribunal Supremo de España, ha reconocido la procedencia de la infracción permanente específicamente en el ámbito sancionatorio ambiental, cuando se incumplen las condiciones establecidas en una Declaración de Impacto Ambiental (equivalente a la Resolución de Calificación Ambiental de nuestro ordenamiento jurídico). Así, el citado Tribunal, en sentencia Rol N° 4760 2014, de 12 de noviembre de 2014, señaló respecto al carácter de permanente de la infracción, lo siguiente: “(...) por lo tanto, al tratarse de una infracción permanente, aunque su consumación se produce de forma instantánea, la conducta del ilícito se mantiene en el tiempo, de forma que, en este caso, la infracción se consuma cuando se “inician o ejecutan” obras, proyectos o actividades sujetos a Evaluación de Impacto Ambiental, incumpliendo las condiciones establecidas en la DIA, pero la conducta constitutiva del ilícito se mantiene en el tiempo mientras que dicho trámite ambiental no sea debidamente respetado (...) Por tanto, dado el carácter permanente de la infracción y teniendo en cuenta que a la fecha en que se acuerda la iniciación del procedimiento sancionador (...) los tres incumplimientos de la DIA, según se sostiene en la resolución impugnada, aún permanecían, no cabe hablar de prescripción alguna, pues es indiferente que dicho incumplimiento se constatara ya en la visita de inspección realizada el 26 de octubre de 2005, al permanecer incumplidas las condiciones de la DIA, y con ello, la conducta constitutiva del ilícito al iniciarse el procedimiento sancionador” (considerando tercero).

**La competencia de los Tribunales Ambientales y la SMA en las infracciones permanentes:** Decimocuarto. Que es un hecho de la causa que el estado de incumplimiento sostenido en el tiempo propio de las infracciones permanentes aún se mantenía, en diciembre de 2012, cuando entró en vigencia el nuevo régimen sancionatorio contenido en la Ley Orgánica de la SMA. Dicha situación permite concluir que el ente sancionador tenía competencia para iniciar, el 12 de julio de 2013, el procedimiento sancionatorio en contra de MLP que culminó con la resolución impugnada en autos; lo que por derivación, implica también, que este Tribunal es competente para conocer de la presente reclamación.

**La infracción permanente altera la manera de contabilizar la infracción administrativa:** Decimoquinto. Que, respecto a la prescripción, y tal como lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, uno de los efectos que genera la infracción permanente, es que altera el momento desde el cual se comienza a computar el plazo de prescripción, ya que dicho término se inicia cuando cesa la situación antijurídica que el infractor mantiene a través del tiempo. Es un hecho no controvertido que las medidas comprometidas aún no habían sido totalmente implementadas al momento en que la SMA dio inicio al procedimiento administrativo sancionador, el 12 de julio de 2013. En consecuencia, a esa fecha aún se mantenía vigente el deber del titular de ejecutarlas, y como resultado de ello, persistía la situación antijurídica de incumplimiento, impidiendo que la prescripción alegada por el reclamante estuviese siquiera iniciando su cómputo.

**Las etapas de un proyecto o actividad. El cambio de etapa de un proyecto no hace desaparecer los deberes y obligaciones que se encuentra en incumplimiento hasta que ejecute obligación:** Decimotercero. Que el haber iniciado la etapa de operación del proyecto, en octubre de 2008, sin haber implementado las medidas comprometidas para desarrollarlo, no implica que el deber de realizarlas haya desaparecido, sino que únicamente determina el momento en el cual se da inicio al incumplimiento, que en es “completamente” lo que se estableció en la RCA. Así, mientras no cumpla con las medidas comprometidas, el deber de ejecutarlas permanece, generándose un estado antijurídico que no variará mientras el infractor no cumpla con su deber o se modifique conforme a derecho el compromiso contenido en la RCA. Lo anterior, lleva a este Tribunal a concluir que, la infracción por la cual el titular del proyecto fue sancionado, tiene el carácter de permanente. Es justamente en consideración a los efectos de dicha figura jurídica que, en los considerandos siguientes, se tratará la competencia de la SMA y la prescripción de la infracción, siguiendo este mismo orden.

**La complejidad y envergadura de una medida fijada en una RCA no es justificación para su incumplimiento:** Vigésimo. Que, a juicio de este Tribunal, de ninguna forma la complejidad y envergadura del proceso de ejecución de las medidas comprometidas por el titular del proyecto, en el presente caso, hacían imposible la existencia de un plazo determinado o una oportunidad para su ejecución, pues de lo contrario se desnaturalizaría la finalidad de aquellas. Lo anterior, pues como se ha dicho, la RCA es un acto administrativo de autorización favorable para realizar un proyecto o actividad, en el supuesto que sus impactos en este caso asociados al patrimonio cultural se encuentren debidamente mitigados, reparados o compensados, lo que exige precisar el momento u oportunidad en que las medidas propuestas deban ser ejecutadas.

Vigésimo primero. Que, resulta inaceptable, que sea MLP quien alegue, a pretexto de la complejidad y envergadura de las medidas comprometidas, que éstas no tenían un plazo o una oportunidad para su cumplimiento, cuando ellas fueron propuestas por él mismo durante la evaluación del proyecto. Esta pretensión, de ser acogida, importaría un aprovechamiento de su propia negligencia.

**El regulado no puede fundar el incumplimiento en sus propias negligencias o dificultades:** Vigésimo primero. Que, resulta inaceptable, que sea MLP quien alegue, a pretexto de la complejidad y envergadura de las medidas comprometidas, que éstas no tenían un plazo o una oportunidad para su cumplimiento, cuando ellas fueron propuestas por él mismo durante la evaluación del proyecto. Esta pretensión, de ser acogida, importaría un aprovechamiento de su propia negligencia.

**Las acciones para cumplir una medida deben ser previas a encontrarse en estado de incumplimiento. No hay diligencia desde que está en mora de cumplimiento:** Vigésimo noveno. Que, a juicio de este Tribunal, para que la “debida diligencia” alegada por el reclamante pueda siquiera dar lugar a una discusión sobre una probable eximente de responsabilidad administrativa, se debe considerar la actuación del sancionado previo a la comisión de la infracción, y que ésta diga relación con la conducta ilícita, por cuanto la diligencia posterior si es que concurre solo puede tener efectos en la determinación de la sanción específica, conforme permite el artículo 40 letra i) del estatuto orgánico de la SMA […]

Trigésimo primero. Que, por otro lado, es absolutamente improcedente alegar debida diligencia respecto de la actuación posterior al incumplimiento, con la finalidad de que ella pueda configurar una causal de absolución respecto de un hecho que la antecede. En esto incurre el reclamante cuando aduce que, en la actualidad, la Sala de Exhibición estaría construida y con la exposición montada, que el Parque Rupestre estaría en proceso de implementación, y que se habría cumplido con las demás obligaciones, como fundamento para acreditar su debida diligencia. Como ya se señaló, dichos antecedentes podrán ser considerados por la SMA como un criterio para determinar la sanción específica, de acuerdo a las circunstancias del artículo 40 de su Ley Orgánica.

**Los hechos que fundan la causal de exculpación de confianza legítima deben ser anteriores al hecho u omisión que constituye la infracción ambiental:** Trigésimo octavo. Que, de acuerdo a lo señalado por la propia Minera a fojas 71 vta., la etapa de construcción finalizó en octubre del año 2008, por ende, el 3 de agosto de 2011 cuando se ingresó la consulta de pertinencia por parte del titular del proyecto el reclamante ya se encontraba en estado de incumplimiento por casi tres años. En consecuencia, todo lo argumentado por MLP respecto de la confianza legítima como un criterio para eximirse de responsabilidad administrativa, debe ser rechazado, pues se trata de actuaciones llevadas a cabo con posterioridad al incumplimiento de las medidas comprometidas.

**Criterios para determinar el incumplimiento grave de las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad:** Cuadragésimo octavo. Que si bien la autoridad administrativa fundamenta la aplicación del criterio contenido en el artículo 36 N° 2 letra e) de su Ley Orgánica en los efectos del incumplimiento, no incurre en un vicio que exija la nulidad de la resolución, pues los antecedentes contenidos en el proceso, y que las partes tuvieron la oportunidad de debatir, permiten a este Tribunal confirmar la calificación realizada por la autoridad administrativa. Ello, por cuanto a juicio de este Tribunal, concurren a lo menos tres antecedentes que llevan a concluir que se está ante un incumplimiento grave de las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, lo que permite configurar el criterio de gravedad contenido en la letra e) del citado N° 2 del artículo 36. Dichos antecedentes, son los siguientes: i) que el titular dio inicio a la operación del proyecto sin implementar las medidas comprometidas; ii) el mínimo estado de avance en que se encontraban las medidas al momento de terminar las fase de construcción del proyecto, y iii) la entidad de la medida referida a la construcción del Parque Rupestre, todos los cuales serán desarrollados en los siguientes considerandos.

**La circunstancia del artículo 40 letra a) de importancia del daño causado o del peligro ocasionado:** Sexagésimo primero. Que, a juicio de este Tribunal, previo a pronunciarse sobre la correcta aplicación de la circunstancia alegada, se debe, en primer lugar, precisar su alcance. De acuerdo al texto de la letra a) del artículo 40, existen dos hipótesis que permiten configurarla. La primera de ellas, es de resultado, que exige la concurrencia de un daño; mientras que la segunda, es una hipótesis de peligro concreto, de ahí que el precepto hable de “peligro ocasionado”, es decir, requiere que se haya presentado un riesgo de lesión, más no la producción de la misma. No podría entenderse de otra forma, pues lo que permitirá determinar cuánto incide el peligro en la determinación de la sanción, es justamente la entidad de éste.

Sexagésimo segundo. Que el concepto de daño utilizado en el literal a) del artículo 40, si bien en algunos casos puede coincidir, no es equivalente al concepto de daño ambiental definido en la letra e) del artículo 2 de la Ley N° 19.300, y como consecuencia de ello, la noción de “peligro” tampoco lo es necesariamente en relación a un daño ambiental. En efecto, el alcance de los citados conceptos debe entenderse como referencia a la simple afectación o peligro ocasionada con la infracción. Luego, la “importancia o significancia” del daño o del peligro ocasionado, no es un requisito de procedencia de la circunstancia, sino que es justamente el criterio que debe utilizar la SMA para graduar el efecto que ésta tendrá en la determinación de la sanción especifica.

**La ausencia de prueba de la SMA para determinar el valor patrimonial de una pieza arqueológica:** Sexagésimo octavo. Que, a juicio de este Tribunal, la entidad del daño no se encuentra determinada, debido a que la resolución impugnada no señala cuál es la importancia que la pérdida del Bloque N° 25 de sitio MAU26 representa para el patrimonio arqueológico intervenido. En efecto, de los considerandos de la citada resolución, que se refieren tanto a la calificación de la infracción como a la aplicación de la circunstancia del artículo 40 letra a) de la Ley orgánica de la SMA, no se puede deducir cuál es el valor intrínseco de la pieza, bajo qué parámetros se definió su trascendencia, unicidad y representatividad, y qué incidencia tiene su pérdida en términos de capacidad para comprender el sitio análisis fundamental para establecer la importancia del daño y su relevancia en la determinación de la sanción final. En definitiva, en ninguna parte se hace referencia a la singularidad y características de la pieza “perdida” y su importancia arqueológica para el patrimonio, que permita dimensionar, siquiera someramente, la entidad del daño ocasionado con dicha pérdida. (…)

Septuagésimo. Que, en definitiva, la información del expediente no permite a este Tribunal hacerse una idea acerca de la singularidad del Bloque 25 y su valor arqueológico ni, por lo tanto, de la significancia del daño ocasionado, para la determinación de la sanción. Su posterior catalogación, llevada a cabo por el titular como parte de un plan aprobado por la autoridad competente, si bien en ningún caso reemplaza la pieza perdida, podría contribuir a ponerla en su correspondiente valor para la comunidad y a relevarla como parte de un patrimonio arqueológico, el cual antes no se conocía.

**Circunstancia del artículo 40 letra c) de la LOSMA. La fundamentación del beneficio económico:** Septuagésimo sexto. Que, luego de analizar los numerales citados en el considerando anterior, este Tribunal concluye que la insuficiente fundamentación también se manifiesta respecto de la presente circunstancia, por cuanto la SMA no explica cómo el monto establecido por ella es utilizado en la determinación de la sanción definitiva, ni tampoco se entiende cómo, a la luz de los antecedentes acompañados al proceso, concluyó que los costos retrasados eran 650 UTA. Lo anterior no implica exigir un desarrollo acabado de las fórmulas empleadas para ello, pero si de una explicación razonable que permita conocer cómo se arriba a dicho monto, lo que en este caso no ocurre**.**

**Circunstancia del artículo 40 letra d) de la LOSMA. La fundamentación de la intencionalidad**: Octogésimo. Que, a juicio de este Tribunal, la aplicación de esta circunstancia supone que, previamente, se haya determinado la responsabilidad administrativa del sancionado, lo que implica que se haya acreditado la concurrencia del elemento volitivo de la infracción administrativa y la calidad con que se actuó en ella. Lo anterior, porque de acuerdo a la aplicación del principio de culpabilidad, solo podrá sancionarse al infractor que ha actuado en forma dolosa o culposa (V. Cordero Quinzacara, Eduardo (2014), Derecho Administrativo Sancionador, Ed. Thomson Reuters, p. 251). En consecuencia, la ausencia de culpabilidad excluye la responsabilidad administrativa, y de ser esto así, no habría sanción ni mucho menos necesidad de recurrir a ninguna de las circunstancias del artículo 40 de la Ley Orgánica de la SMA. Lo mismo sucede con el grado de participación, pues una vez acreditada la infracción administrativa, ésta debe poderse imputar a alguien, en alguna de las calidades de autor, cómplice o encubridor.

Octogésimo primero. Que así las cosas, respecto a la intencionalidad, se deberá considerar si el autor actuó con dolo o culpa, lo que permitirá graduar el efecto de ésta en la determinación de la sanción definitiva. Obviamente, no podrá tener el mismo efecto en la determinación de la sanción, cuando se trate de un infractor que ha actuado con dolo, de aquél que lo ha hecho con culpa, y dentro de esta última, pueden presentarse diversos grados de negligencia que permitan, a su vez, graduar los efectos de la circunstancia en la sanción definitiva.

Octogésimo segundo. Que, respecto a la participación, se debe aplicar la misma lógica señalada en el considerando anterior. Es decir, el efecto de la circunstancia en la sanción definitiva deberá variar si se trata de una infracción imputada a título de autor, cómplice o encubridor. Con todo, se debe tener en consideración que las infracciones a la RCA son infracciones especiales propias o de sujeto calificado, es decir, solo puede incurrir en ella un sujeto específico que, en este caso, es el titular del proyecto.

Octogésimo tercero. Que, de todo lo dicho en los considerandos precedentes, se concluye que la SMA configura la circunstancia constatando si concurre el elemento volitivo de la infracción, así como la participación del infractor, cuando en realidad, la aplicación de dicha circunstancia supone que previamente se haya determinado la concurrencia de dichos elementos, restando a la SMA precisar cómo será ponderado el grado de intencionalidad y participación en la determinación de la sanción definitiva. Con todo, es justamente esto último lo que configura la insuficiente motivación de la circunstancia por parte de la SMA, pues ésta no explica de qué forma la intencionalidad y el grado de autor que se le imputa al titular del proyecto, inciden en la determinación de la sanción final.