



ANT.: Actas de fiscalización de 28, 29 y 30 de abril.

MAT.: Formula objeciones que indica respecto de actividad de inspección ambiental

REF.: Expediente de Sanción N° D-015-2013.

Santiago, 8 de mayo de 2014

Srta.

Andrea Reyes Blanco

Fiscal Instructora de la Superintendencia del Medio Ambiente

Presente

CECILIA URBINA BENAVIDES, en representación de Empresa Nacional de Electricidad S.A. (en adelante e indistintamente ENDESA), del giro de su denominación, ambos domiciliados en calle Santa Rosa 76, piso 7, Comuna de Santiago, Región Metropolitana de Santiago, en procedimiento sancionatorio Rol **D-015-2013**, vengo en hacer presente a Ud. las siguientes consideraciones respecto de la actividad de inspección ambiental desarrollada entre los días 28 a 30 de abril del presente, conforme se pasa a exponer:

I. ANTECEDENTES GENERALES

Con fecha 28 de abril de 2014, la Superintendencia del Medio Ambiente se constituyó en el Complejo Termoeléctrico Bocamina, con el objeto de realizar una actividad de inspección ambiental. Dicha actividad se prolongó durante tres días, y contempló la verificación de una serie de aspectos vinculados a las Unidades I y II.

Según indican las actas de los días 28, 29 y 30 de abril, en la sección "Motivo de la Actividad de Fiscalización", esta corresponde a una fiscalización programada, así como a otro motivo. Se especifica en la sección "Materia Específica Objeto de la Inspección Ambiental" una serie de aspectos a revisar, agregando lo siguiente: *"Además la actividad se enmarca dentro de la solicitud de la Unidad de Instrucción de Procedimiento Sancionatorio de la SMA según Memo UIPS N° 120/2014, como medida para mejor resolver del Proceso de Sanción Rol D-015-2013"*.

Por su parte, como se puede apreciar de la sección "Hechos Constatados y Actividades Realizadas", el recorrido de inspección de las instalaciones del Complejo Termoeléctrico Bocamina tiene por objeto "constatar el estado de las obras modificadas de la RCA N° 206/2007 y que actualmente se encuentran en Evaluación Ambiental dentro del Sistema de Evaluación de Impacto ambiental (...)", como se lee textualmente en las actas de los días 28 y 29 de abril.

En cuanto a las actividades de inspección ambiental realizadas en cada una de estas visitas, estas se pueden resumir del modo que sigue:

1. Día 1 (28 de abril): Esta fiscalización se llevó a cabo por personal de la SMA, acompañado por personal de Endesa. Las materias fiscalizadas dicen relación con: (i) Manejo de aguas de lavado de gases; (ii) Manejo de aguas de purga de calderas y evaporadores; (iii) Manejo de aguas de sistema de enfriamiento o refrigeración; (iv) Manejo de aguas de refrigeración; (v) Manejo de combustibles.
2. Día 2 (29 de abril): La fiscalización se realizó por fiscalizadores de la SMA, acompañados por personal de Endesa. Se revisaron los siguientes aspectos: (i) Manejo de cenizas; (ii) Manejo de Residuos Líquidos; (iii) Manejo de carbón; (iv) Manejo de emisiones de ruido; (v) Manejo de emisiones atmosféricas.}
3. Día 3 (30 de abril): Se efectuaron una serie de inspecciones:
 - (i) Inspecciones de Ruido: Se llevó a cabo inspección por personal de la SMA a todos los puntos de monitoreo de ruido con el objetivo de verificar el entorno, haciendo un registro fotográfico y efectuado georreferenciación de cada punto.
 - (ii) Mediciones XRF Suelo: Se efectuó medición con equipo XRF en 10 puntos por parte de personal de la SMA, acompañado de personal de Endesa y Laboratorio CESMEC, el cual tomó muestras de cada uno de los puntos medidos por el equipo XRF de la Superintendencia.
 - (iii) Inspección hábitat acuático, manejo de agua de refrigeración y otros asociados: Se efectuó zarpe con fiscalizadores de DIRECTEMAR, SERNAPESCA y SMA, acompañados por personal de Endesa. Luego se visitó sala de bombas Unidades 1 y 2.

Adicionalmente, se hace presente que en el acta del día 29 de abril (en la que se indica erróneamente como fecha de inspección "28 de abril de 2014"), se deja constancia que "durante la noche del 28-04-2014 y madrugada del 29-04-2014, se realizó mediciones de ruidos de acuerdo al siguiente detalle:

- Inicio de la medición: 20:30 hrs. aprox.

- Terminó de la medición: 04:20 hrs. aprox.

-Actividades Realizadas:

** Se realizó un recorrido por todos los puntos de medición de ruidos, incluidos en el seguimiento reportado por el Titular a la SMA. Además, se recorrió exteriormente todo el perímetro de las Centrales Bocamina 1 y 2, el sector del Cerro La Colonia y Cerro Obligado.*

** Se midió en los siguientes puntos relacionados con el seguimiento: 5 y 5a.*

** Adicionalmente se realizó medición en los puntos ya medidos en la inspección de fecha 15-03-2013 (punto 1 y punto 2).*

** Durante la medición, el Sr. Flavio Salazar, Supervisor de Contratos de Operación de ENDESA, en compañía del Sr. Alejandro Lanzetta, Ingeniero Acústico asesor de ENDESA, procedieron a corroborar el procedimiento de medición, calibración del equipo, realizaron registro fotográfico y compararon visualmente los niveles de presión sonora instantáneo del equipo sonómetro utilizado por los funcionarios de la SMA y el empleado por el Sr. Lanzetta, en el punto de medición 5 relacionado con el seguimiento reportado por ENDESA.*

** El personal de ENDESA no realizó mediciones en paralelo al desarrollado por los funcionarios de la SMA.*

** En cada punto se tomó registro fotográfico y georreferenciación."*

Cabe agregar que la SMA no levantó acta durante las actividades de inspección ambiental realizadas en la noche del día 28 de abril y madrugada del día 29 de abril, o al menos, no hizo entrega alguna de la misma a mi representada, limitándose a dejar constancia de la misma en el acta del día 29 de abril, sin hacer referencia a las personas que participaron de dicha inspección.

Como veremos a continuación, y sin perjuicio de las facultades de la Superintendencia del Medio Ambiente para efectuar actividades de fiscalización, se observan notorios defectos en la legalidad de estas actuaciones, catalogadas como medidas para mejor resolver en el marco de un procedimiento sancionatorio que se encuentra aún en fase de instrucción, que solicitamos desde ya a Ud. ponderar y considerar para resolver como en derecho corresponda.

II. RESPECTO A LA NATURALEZA DE LA ACTIVIDAD DE VERIFICACIÓN REALIZADA

Como consta de las propias actas de inspección mencionadas, la diligencia se enmarca dentro de una solicitud de la Unidad de Instrucción de Procedimiento Sancionatorio de la Superintendencia, como medida para mejor resolver del presente procedimiento sancionatorio.

Asimismo, se expresa en las actas de los días 28 y 29 de abril que el objetivo de la inspección es "constatar el estado de las obras modificadas de la RCA N° 206/2007 y que actualmente se encuentran en Evaluación Ambiental", lo que indudablemente se encuentra asociado al cargo formulado en el numeral 24 D.1 del Ord. U.I.P.S. N° 976, de 26 de noviembre de 2013, consistente en "La operación, por parte de ENDESA, de todo o parte del proyecto "Optimización Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad", sin contar con una

Resolución de Calificación Ambiental”. Adicionalmente, de la sola lectura de las actas mencionadas, aparece claramente que el recorrido de inspección se enfocó en aquellas obras que aparecen descritas en el cuadro tomado de la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto “Optimización Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad” y reproducido en el numeral 20 del Ord. U.I.P.S. N° 976/13.

De lo dicho, mi representada puede observar que se habría decretado una medida por parte de la Unidad de Instrucción de la Superintendencia, en el marco del proceso sancionatorio Rol D-015-2013 –actualmente en instrucción-, dirigida a verificar obras que se encuentran relacionadas con uno de los cargos que son objeto de ese proceso sancionatorio.

La Ley Orgánica de la SMA no contempla ninguna norma que regule la denominada medida para mejor resolver en la etapa de instrucción. No obstante, si regula en forma específica la generación y recepción de medios probatorios, en el marco de la regulación del procedimiento sancionatorio, en términos que el artículo 50 establece que *“Recibidos los descargos o transcurrido el plazo otorgado para ello, la Superintendencia examinará el mérito de los antecedentes, podrá ordenar la realización de las pericias e inspecciones que sean pertinentes y la recepción de los demás medios probatorios que procedan”*. Agrega el artículo 52 que *“Concluidas las diligencias y plazos señalados en los artículos anteriores, la Superintendencia podrá requerir los informes de otros organismos sectoriales con competencia ambiental, que estime pertinentes para ilustrar su resolución”*.

Si pudiera hablarse de medidas para mejor resolver –en el sentido procesal del término-, lo que más se asemeja a las mismas es lo que establece el artículo 54 inciso segundo de la Ley Orgánica de la SMA, que dispone que, una vez emitido el dictamen y elevados los antecedentes al Superintendente, este *“podrá ordenar la realización de nuevas diligencias (...), fijando un plazo para tales efectos, dando audiencia al investigado”*.

Por tanto, durante la fase de instrucción, la Superintendencia se encuentra habilitada para ordenar la realización de pericias, inspección y la recepción de medios probatorios, y concluidas estos, oficiar a otros organismos de la Administración. En definitiva, se trata de medidas probatorias, sujetas en todo a las reglas generales que rigen tales diligencias.

Dado que no se tiene conocimiento del contenido y tenor del mencionado Memo UIPS N° 120/2014, que no fue notificado a mi representada ni tampoco aparece publicado en el Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental, no es posible afirmar con certeza que la diligencia de los días 28, 29 y 30 de abril haya sido catalogada por la unidad solicitante como una *“medida para mejor resolver”*, pero lo que sí es claro es que su naturaleza es la de una **medida probatoria**, iniciativa de oficio del instructor ante la necesidad de esclarecer hechos indispensables para su dictamen.

III. RESPECTO AL EMPLAZAMIENTO DEL ADMINISTRADO PARA LA REALIZACIÓN DE UNA DILIGENCIA PROBATORIA EN EL MARCO DE UN PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO

Establecido lo anterior, esto es, que las diligencias que se llevaron a cabo en el Complejo Termoeléctrico Bocamina los días 28, 29 y 30 de abril de 2014 constituyen medidas probatorias para el procedimiento sancionatorio rol D-015-2013 en curso, cabe objetar que no se ha cumplido con las reglas básicas para su realización.

En efecto, como ha sido expresado, mi representada no fue notificada previamente de la realización de esta diligencia probatoria, como lo establece la ley. Solo se tomó conocimiento de la misma una vez que personal fiscalizador de la Superintendencia se presentó en la Central Termoeléctrica Bocamina el día 28 de abril de 2014, a las 14:30 hrs., e informó que la visita *“se enmarca dentro de la solicitud de la Unidad de Instrucción de Procedimiento Sancionatorio de la SMA según Memo UIPS N° 120/2014, como medida para mejor resolver del Proceso de Sanción Rol D-015-2013”*, como deja consignado el acta de fiscalización.

Como todo procedimiento administrativo, el procedimiento sancionatorio instruido por la SMA está sometido al principio de contradictoriedad, conforme al cual *“Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio”* y *“actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses”*. Agrega el artículo 10 de la Ley N° 19.880, que se refiere a este principio, que *“el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento”*.

Asimismo, rige en la especie el principio de transparencia, reconocido en el artículo 16 de la Ley N° 19.880, conforme al cual el procedimiento debe realizarse con transparencia, *“de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él”*.

Estos principios legales se traducen en materia probatoria en lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley N° 19.880, titulado “Momento de la prueba”, que prescribe que *“La Administración **comunicará** a los interesados, con la **suficiente antelación**, el inicio de las actuaciones necesarias para la realización de las pruebas que hayan sido admitidas.*

*En la notificación se **consignará el lugar, fecha y hora** en que se practicará la prueba, con la advertencia, en su caso, de que el **interesado puede nombrar peritos** para que le asistan”*.

Como es de su conocimiento, conforme al artículo 1° de la Ley sobre Bases de los Procedimiento Administrativos, cuando la ley establece procedimientos administrativos especiales, la Ley N° 19.880 se aplica con carácter de supletoria. Precisamente, la Ley Orgánica de la SMA no estableció reglas especiales en materia de notificaciones y emplazamiento del interesado para la realización de pruebas, salvo en relación a las nuevas diligencias que puede ordenar el Superintendente, una vez emitido el dictamen y elevados los antecedentes

ante el mismo, según el artículo 54 inciso segundo (*"dando audiencia al investigado"*), regla que confirma lo señalado.

Se trata de un conjunto de principios y reglas legales conforme a las cuales las actuaciones de prueba deben ser notificadas previamente, con antelación, de manera de permitir el conocimiento y participación del interesado, con la asistencia de peritos y sus asesores.

Lo anterior es, por lo demás, una exigencia del debido proceso, parte de las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos, que no es ajena a la actuación de la Superintendencia del Medio Ambiente. El principio de contradicción o de contradictoriedad, en materia sancionatoria, incluye la posibilidad de que el investigado o presunto infractor disponga de medios probatorios para acreditar su inocencia, y por otro lado, tenga la facultad de objetar los medios de prueba que lo inculpan.

Ello no es ajeno al propio proceso sancionatorio rol D-015-2013, en el marco del cual se decretaron anteriormente citaciones a declarar, mediante Ords. U.I.P.S. N° 53 y 84, de 14 y 22 de enero, respectivamente, y una inspección personal de la instructora, mediante Ord. U.I.P.S. N° 107, de 24 de enero de 2014, actos administrativos que fueron notificados por carta certificada a mi representada, y publicados en SNIFA, con anticipación a su realización.

Nada de ello ocurrió en la especie, donde mi representada solo tomó conocimiento de que se estaba desarrollando una diligencia probatoria una vez que se emitió el acta del día 28 de abril, y sin tener conocimiento de los fundamentos y alcance de la decisión de decretar dicha medida por parte de la instructora del procedimiento. Esta falta de emplazamiento perjudicó notablemente el ejercicio del derecho de defensa de mi representada, que no estuvo en condiciones de contar con los asesores y peritos necesarios para enfrentar esta diligencia probatoria, lo que le hubiera permitido una comunicación anticipada.

Así como no se notificó previamente la práctica de la diligencia probatoria de los días 28, 29 y 30 de abril, tampoco consta el mencionado Memo UIPS N° 120/2014 –cuyo contenido es desconocido para mi representada– en el expediente electrónico publicado en la plataforma del Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental (SNIFA), ni tampoco las actas de fiscalización levantadas, ni el registro fotográfico, ni los resultados de las mediciones efectuadas, antecedentes que no se tiene claridad si serán incorporadas en el expediente. Lo anterior, pese al objeto declarado de la diligencia, que lleva a estimar que sus resultados serán objeto de ponderación en el dictamen de la instructora del procedimiento.

Al respecto, cabe tener presente que el artículo 33 de la Ley Orgánica de la SMA dispone que la plataforma electrónica del SNIFA *"deberá permitir, además, mantener un historial sistematizado y actualizado (...) de los procesos sancionatorios de que sean objeto (...)"*.

En definitiva, nos encontramos ante una medida probatoria que no ha sido notificada previamente a mi representada y cuyos fundamentos no han sido conocidos hasta la fecha, lo que vulnera derechamente los principios y normas legales citadas.

IV. RESPECTO A LA PRÁCTICA DE DILIGENCIAS PROBATORIAS EN LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO POR PARTE DE FUNCIONARIOS FISCALIZADORES

Como igualmente de su conocimiento, la Ley Orgánica de la SMA estableció una clara regla de separación de funciones dentro de la estructura orgánica de la Superintendencia, en el artículo 7 inciso segundo de la Ley Orgánica de la SMA, en términos que *“Las funciones de fiscalización e instrucción del procedimiento sancionatorio y la aplicación de sanciones estarán a cargo de unidades diferentes”*.

No obstante, como hemos observado, las actas de inspección ambiental indican en la sección *“Materia Específica Objeto de la Inspección Ambiental”* la constancia de que la actividad *“se enmarca dentro de la solicitud de la Unidad de Instrucción de Procedimiento Sancionatorio de la SMA según Memo UIPS N° 120/2014, como medida para mejor resolver del Proceso de Sanción Rol D-015-2013”*.

Es decir, un acto de instrucción, como lo es una medida probatoria, ha sido encomendada por la Unidad de Instrucción a personal fiscalizador de la Superintendencia, que ha conducido las diligencias de comprobación cuyo objetivo declarado ha sido *“constatar el estado de las obras modificadas de la RCA N° 206/2007 y que actualmente se encuentran en Evaluación Ambiental”*, actividad probatoria indiscutiblemente ligada al cargo consistente en *“La operación, por parte de ENDESA, de todo o parte del proyecto “Optimización Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad” (Ord. U.I.P.S. N° 976/13, numeral 24 D.1).*

Lo anterior vulnera derechamente la separación de funciones que prevé la Ley Orgánica de la Superintendencia, afectando, en definitiva, la imparcialidad que la ley ha querido resguardar especialmente, en el sentido de evitar que el mismo personal que ya verificó la existencia de supuestas no conformidades, sea la que ejecute los actos destinados a que la instructora se forme convicción en el marco de la instrucción del procedimiento sancionatorio.

V. RESPECTO AL LEVANTAMIENTO DE ACTA DE UNA ACTIVIDAD DE INSPECCIÓN

Como se ha expuesto, durante la noche del día 28 de abril y la madrugada del día 29, se realizaron mediciones de ruido. De dichas mediciones no se levantó acta, sino que únicamente se dejó constancia en el acta del día 29 (erróneamente fechada el día 28), en los términos reproducidos más arriba.

En ninguna parte se identifica al personal que realizó la inspección, ni el instrumental utilizado. Además, se indica genéricamente en dicha constancia que el inicio de medición ocurrió a las 20:30 hrs. aproximadamente,

y término de la misma, a las 04:20 hrs. aproximadamente, no quedando constancia de si se trató de una medición continua durante casi ocho horas. Tampoco queda totalmente claro en qué puntos se efectuó la medición ni los resultados de la misma.

El artículo 25 de la Ley Orgánica de la SMA establece que las acciones de fiscalización, incluyendo aquellas ejecutadas directamente por la Superintendencia, *“deberán ajustarse a las instrucciones técnicas de carácter general impartidas por ésta relativas a los protocolos, procedimientos y métodos de análisis en ellas definidos”*. Precisamente, la Resolución N° 277/13, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que dicta e instruye normas de carácter general sobre el procedimiento de fiscalización ambiental de resoluciones de calificación ambiental, expresa en su artículo 16 que *“Concluida la sub etapa de Inspección Ambiental propiamente tal, el encargado de las actividades de Inspección Ambiental levantará un Acta, y entregará al encargado o responsable del proyecto o actividad fiscalizada copia íntegra de ésta (...)”*, agregando el artículo 17 letra d) que *“El Acta debe ser levantada cada vez que se ponga término a una Inspección Ambiental, ya sea en forma definitiva o temporal, especialmente en casos donde ésta se desarrolle durante más de un día o comprenda áreas geográficas distintas”*.

Como es posible apreciar, en la especie, la Superintendencia no ha dado cumplimiento a sus propias instrucciones. La exigencia de levantamiento de acta es un requerimiento que permite hacer constar y otorgar validez a la actividad de verificación realizada, de manera que una constancia extemporánea e incompleta, en el marco del acta de inspección posterior, no da cumplimiento en forma alguna a lo instruido por la SMA. Evidentemente tampoco permite dotar del carácter de presunción legal a los hechos referidos en el acta del día siguiente, ni a los resultados de las mediciones que se habrían realizado, conforme lo preceptuado en el artículo 8° de la Ley Orgánica de la SMA.

VI. CONCLUSIONES

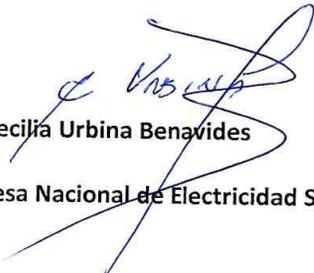
En consecuencia, respecto de las actividades realizadas los días 28, 29 y 30 de abril de 2014 por parte de la Superintendencia del Medio Ambiente:

1. Se trata de medidas probatorias, sujetas en todo a las reglas generales que rigen tales diligencias.
2. Mi representada solo tomó conocimiento de que se estaba desarrollando una diligencia probatoria una vez que se emitió el acta del día 28 de abril, y sin tener conocimiento de los fundamentos y alcance de la decisión de decretar dicha medida por parte de la instructora del procedimiento.
3. Esta falta de emplazamiento perjudicó notablemente el ejercicio del derecho de defensa de mi representada, que no estuvo en condiciones de contar con los asesores y peritos necesarios para enfrentar esta diligencia probatoria, lo que le hubiera permitido una comunicación anticipada.

4. Así como no se notificó previamente la diligencia, tampoco consta el mencionado Memo UIPS N° 120/2014 –cuyo contenido es desconocido para mi representada- en el expediente electrónico publicado en la plataforma del Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental, ni las actas de fiscalización levantadas, ni el registro fotográfico, ni los resultados de las mediciones efectuadas.
5. Se trata de un acto de instrucción -una medida probatoria- que ha sido encomendada por la Unidad de Instrucción a personal fiscalizador de la Superintendencia, lo que vulnera derechamente la separación de funciones que prevé la Ley Orgánica de la Superintendencia, afectando, en definitiva, la imparcialidad que la ley ha querido resguardar especialmente.
6. La Superintendencia no ha dado cumplimiento a sus propias instrucciones al no levantar acta de las mediciones de ruido efectuadas la noche del día 28 y madrugada del día 29 de abril. La constancia extemporánea e incompleta, en el marco del acta de inspección posterior, no da cumplimiento en forma alguna a lo instruido por la SMA, ni permite dotar del carácter de presunción legal a los hechos referidos en el acta del día siguiente, ni a los resultados de las mediciones.

VII. PETICIÓN CONCRETA A LA FISCAL INSTRUCTORA DEL PROCEDIMIENTO

Solicito a Ud. tener presentes las objeciones de legalidad formuladas respecto de las actuaciones probatorias de los días 28, 29 y 30 de abril de 2014, catalogadas como medidas para mejor resolver en el marco de un procedimiento sancionatorio que se encuentra en fase de instrucción; ponderarlas debidamente y adoptar las medidas que en derecho corresponda para resguardar la legalidad del procedimiento y pleno respeto del debido proceso.


Cecilia Urbina Benavides

p.p Empresa Nacional de Electricidad S.A