



ORD.: DGOP N° 713 /

ANT. : Res. Ex. N° 547 que Resuelve procedimiento administrativo y sancionatorio, ROL F-027-2015, segundo en contra del Ministerio de Obras Públicas.

MAT.: Envía Recurso de Reposición por procedimiento administrativo y sancionatorio ROL F-027-2015.

INCL.: Minuta Recurso de Reposición



SANTIAGO, 30 JUN 2016

DE : DIRECTOR GENERAL DE OBRAS PÚBLICAS  
A : SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE

En virtud de la Resolución Exenta N° 547 del ANT, vengo a presentar a usted el recurso de Reposición de acuerdo a lo que dispone el artículo 55 de la Ley 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

Saluda atentamente a usted,

  
JUAN MANUEL SÁNCHEZ MEDICÍ  
Director General de Obras Públicas  
MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS

V°B° SEMAT  
MLV

**DISTRIBUCIÓN:**

- Destinatario/ Teatinos N° 280, piso 8, Santiago.
- cc. Sr. Mauricio Lavín V./ Secretario Ejecutivo de Medio Ambiente y Territorio DGOP
- cc. Sr. Enrique Jiménez S. / Seremi MOP VII Región
- cc. Sr. Roberto Salazar / Director Regional de Obras Hidráulicas VII Región
- cc. Sra. Ivonne Marchant L. / Jefa División de Riego DOH.
- cc. Sr. Boris Mihovilovic M. / Jefe Depto. Medio Ambiente y Territorio DOH
- cc. Sr. Daniel Rivera / Jefe Unidad de Medio Ambiente DOH

Of. de Partes DGOP

Proceso N° 9894464

\\Amaterasu\doh-medioambiente\Oficios\Firma DGOP\SEIA\_Doh\Embalses\Ancoa VII\Recurso de Reposición Ancoa.doc



Recurso de reposición.

## SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE

**JUAN MANUEL SÁNCHEZ MEDIOLI**, en mi calidad de Director General de Obras Públicas y representante legal del Ministerio de Obras Públicas (MOP), según se acreditará, ambos domiciliados en Morandé N° 59, piso 3, comuna y ciudad de Santiago, Región Metropolitana, en el procedimiento administrativo sancionatorio de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante "SMA"), Rol F-027-2015, a Ud. con respeto digo:

Que, vengo en interponer recurso de reposición en contra de la Resolución Exenta N° 547 de fecha 17 de junio de 2016, "Resuelve Procedimiento Administrativo Sancionatorio Rol F- Rol F-027-2015 seguido en contra el Ministerio de Obras Públicas", en conformidad a lo establecido en el artículo 55 de la LOSMA, en razón de los fundamentos de hecho y de derecho que expongo a continuación:

### 1. SOBRE LAS DEFICIENCIAS EN LA VALORACIÓN DE LOS DESCARGOS HECHOS POR EL TITULAR DEL PROYECTO.

1. El primer cargo formulado y sancionado por la SMA es el siguiente:

<p><b>1. Entrega de caudal del río Ancoa por debajo del límite establecido como caudal ecológico durante los meses de febrero de 2013 y agosto, septiembre y octubre de 2014.</b></p>	<p><b>RCA N° 375/2006</b></p> <p>3.6.2. Etapa de Operación: <i>"Una vez finalizada la etapa de construcción del embalse, se procederá al inicio de llenado de éste, para su posterior operación. Entre las actividades, se destacan: - Funcionamiento de obras de descarga y entrega a riego; - Caudal Ecológico; - Sistema de medición y control de caudales de salida"</i></p> <p>3.11. Plan de Manejo Ambiental: <i>"Factor: Hidrología. Mitigación: Establecimiento de Caudal Ecológico. (...)</i></p> <p><i>Factor: Flora y Fauna Acuática. "Mitigación: Mantener un caudal ecológico"</i></p> <p>EIA "Embalse Ancoa": Capítulo VIII 1.1.4 Hidrología. <i>"El régimen de caudal ecológico es una medida que formará parte de la operación del embalse, pues establecerá el caudal mínimo pasante que deberá dejar pasar el embalse Ancoa medido a pie de la presa. Caudal Ecológico para el mes de febrero 1,8 m<sup>3</sup>/s".</i></p>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

2. Al respecto el titular del proyecto indica que respecto a esta supuesta infracción, es necesario hacer presente en primer lugar, que se debe entender, que las condiciones, normas y medidas indicadas como incumplidas de la RCA respectiva y que son considerados por la SMA como hechos constitutivos de infracción grave, no podrían ser aplicables, dado que todos estos elementos, corresponden a la etapa de operación del proyecto, la cual aún no se ha iniciado.

3. Esta afirmación, no puede ser descartada de plano, tal como se hace en el considerando N° 47 y siguientes de la Res. Exenta N° 547/2016, debido a que se debe considerar que las condiciones, normas y medidas establecidas en una RCA, forman parte de la certeza jurídica que entrega la evaluación ambiental de un determinado proyecto, por lo que no puede quedar al arbitrio de la autoridad fiscalizadora la interpretación respecto de la etapa en que se encuentra un proyecto, por sobre todo si se han entregado los antecedentes suficientes para acreditar que el proyecto "Embalse Ancoa" efectivamente se encuentra en etapa de construcción.
4. Afirma además, que el sancionador desconoce que la información entregada por los titulares del proyecto al sistema electrónico de la SNIFA tenga algún grado de verificación por la SMA, cuestión que no parece tener base jurídica, puesto que es el mismo artículo 31 LOSMA el cual indica que la SMA administrará un Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental, de acceso público, que se conformará con los siguientes antecedentes y datos: a) Las Resoluciones de Calificación Ambiental y la totalidad de sus antecedentes; los permisos ambientales sectoriales asociados a cada una de ellas; las acciones de fiscalización desarrolladas a su respecto y sus resultados, y las mediciones, análisis y demás datos que los titulares deban proporcionar de conformidad a las exigencias establecidas por dichas Resoluciones. De lo cual se colige que la información que el titular del proyecto ingresa a la plataforma es veraz y completa, ya que de otra forma no tendría valor en sí el SNIFA, sentado además un peligroso precedente en cuanto a la valoración que los titulares hacen respecto del mencionado sistema, siendo afirmado por el mismo organismo que lo administra.
5. A su vez en el considerando N° 49, la SMA entrega su apreciación respecto al inicio de la etapa de operación del proyecto, mencionando que se supedita ésta a la naturaleza de las obras que se han ejecutado y aquellas que restan por ser ejecutadas, y es en ese mismo sentido es que la información entregada por el titular reafirma lo expuesto por la SMA, ya que para un organismo público tan complejo como el MOP, no es de suyo valorar cualquier tipo de actividad como hito para iniciar la etapa de operación, puesto que nuestra normativa es estricta en éste sentido, por lo que se reitera con ese énfasis que de acuerdo a lo dispuesto los artículos 9° del DFL 1.123/1981 y artículos 22° y 23° del D.S 285, se dispone que la Resolución

de Término de Obras, además de declarar el término de la obra, fija el inicio de la explotación provisional de la misma y además la organización de regantes tendrá un plazo de dos años para hacer observaciones a la obra, haciendo presente que el MOP, aún no dicta dicha resolución, por lo que objetivamente el proyecto se encuentra en etapa de construcción, lo que indica que el órgano sancionador desconoce el ámbito de aplicación de la normativa MOP, al utilizar tal argumento para descartar el descargo del titular del proyecto.

6. No es dable realizar una interpretación, en primer lugar en el considerando N° 49, a la luz del D.S. 40/2012, ya que la RCA es del año 2006, por lo que no es posible exigir hitos para la etapa de operación con el estándar actual, ni interpretar como se hace en el considerando N° 51 que el inicio de la fase de operación del Embalse Ancoa, desde el punto de vista ambiental, se vincule con el llenado del embalse y la interrupción del libre curso de las aguas, pues esto contribuye directamente a generar incerteza respecto a los resultados de la evaluación ambiental del proyecto, puesto que las acciones de mitigación, es decir la mantención del caudal ecológico, se ven completas a nivel técnico desde el inicio de la operación del mismo, es decir, haciendo eco del antiguo aforismo jurídico, nadie puede estar obligado a lo imposible, es decir no es posible obligar al titular a cumplir todo aquello que está comprometido sólo para la etapa de operación, durante la etapa de construcción, ya que ello generaría obligaciones extraordinarias no contempladas en la RCA respectiva, lo cual desborda la responsabilidad del titular en el cumplimiento mismo de la medida.
  
7. En relación al considerando 68. el sancionado no considera haber desnaturalizado la obligación contenida en la medida de mitigación relativa a la mantención del caudal ecológico, ni menos aún haber realizado una interpretación errónea, ya que en las presuntas deficiencias de entrega del caudal ecológico mensual en los meses de agosto, septiembre y octubre de 2014, se señala que la tabla presentada en el numeral 10 de la Res. Ex. N° 1/ROL F-027-2015, que se desprende de la tabla 4-3 del "Anexo N°4, Informe Específico Variables Limnológicas" presentado por el Titular MOP en sus descargos, indica "caudal mínimo mensual entregado (m<sup>3</sup>/s)", lo cual no es correcto de interpretar. En efecto, según la metodología descrita en el mismo

anexo anteriormente mencionado, estos valores corresponden a “caudal mínimo instantáneo registrado”, o más bien “lectura mínima registrada”, mientras que el caudal medio mensual (promedio de todas las lecturas instantáneas registradas en un mes) durante dichos meses, excede ampliamente el caudal ecológico fijado y son informadas en tabla 4-3 del mismo informe Anexo N°4, lo que indica que efectivamente los meses de agosto a octubre de 2014, el caudal ecológico ha sido cumplido. Lo anterior se verifica ya que el numeral IX.3.3.2 del “EIA Embalse Ancoa”, señala que para el monitoreo de los caudales ecológicos, la variable a monitorear es el “Caudal medio diario mensual”. Cabe mencionar que la RCA N° 375/2006 no precisa el parámetro cómo monitorear el caudal ecológico en el tiempo, por lo que prima lo indicado en el EIA. De esta forma se considera como indicador de cumplimiento de la medida, el caudal medio mensual y no los registros instantáneos (que pueden tener ruidos o errores estadísticos propios de la medición de los instrumentos). De esta manera, el caudal medio mensual para los meses de agosto a octubre de 2014 excede ampliamente el caudal ecológico fijado (ver tabla 1) y ponen de manifiesto el absoluto cumplimiento de la medida:

**Tabla 1. Caudales Estación Embalse Ancoa**

<b>Monitoreo</b>	<b>Caudal Medio Mensual (m<sup>3</sup>/S)</b>	<b>Caudal Ecológico comprometido (m<sup>3</sup>/S)</b>
Monitoreo ago-2014	12,7±11,0	1,5
Monitoreo set-2014	12,21±8,97	1,7
Monitoreo oct-2014	13,48±5,34	1,8

Fuente, Gesam, 2014

8. Por otra parte, lo que se informó en los antecedentes entregados por el Titular, es que las lecturas instantáneas (cada 30 minutos) que indican caudales bajo el valor medio mensual establecido (ANEXO J), se debieron a que en el mes de agosto, se efectuaron labores de cambio de tablero de fuerza de la caverna de válvulas, posteriormente se efectuaron pruebas de apertura y cierre de la válvula de mariposa, lo cual corresponde a actividades propias de la instrumentalización e instalación de equipos propios de la fase de construcción, por lo que en mes de Septiembre se efectuaron 2 maniobras de apertura y cierre de válvula mariposa de caverna, c/u de media hora aproximadamente; y en octubre se informó que la entrega a riego se efectuó

por el evacuador de crecidas entre los días 7 al 21 de Octubre de 2014 (primer vertimiento) y entre los días 28 de Octubre al 2 de Noviembre de 2014 (segundo vertimiento). En este sentido, cuando las válvulas están restringidas en su abertura, la fluctuación del caudalímetro es amplia, debido a las turbulencias que se generan y por la lógica de funcionamiento del instrumento, razón por la cual en algunos casos, se registran en la memoria lecturas más bajas que el caudal ecológico, lo cual no significa que la entrega sea menor.

9. Por otra parte, lo que se informó, es que las lecturas instantáneas (cada 30 minutos) que indican caudales bajo el valor medio mensual establecido (ANEXO J), se debieron a que en el mes de agosto, se efectuaron labores de cambio de tablero de fuerza de la caverna de válvulas, posteriormente se efectuaron pruebas de apertura y cierre de la válvula de mariposa; en el mes de Septiembre se efectuaron 2 maniobras de apertura y cierre de válvula mariposa de caverna c/u de media hora aproximadamente; y en octubre se informó que la entrega a riego se efectuó por el evacuador de crecidas entre los días 7 al 21 de Octubre de 2014 (primer vertimiento) y entre los días 28 de Octubre al 2 de Noviembre de 2014 (segundo vertimiento). En este sentido, cuando las válvulas están restringidas en su abertura, la fluctuación del caudalímetro es amplia, debido a las turbulencias que se generan y por la lógica de funcionamiento del instrumento, razón por la cual en algunos casos, se registran en la memoria lecturas más bajas que el caudal ecológico, lo cual no significa que la entrega sea menor.

10. En efecto, el día sábado 16 de agosto de 2014, cuando se registró a las 12:30 hrs. un caudal instantáneo de 1,25 m<sup>3</sup>/s, el promedio diario, con los 48 registros de la jornada, indica un caudal de 3,05 m<sup>3</sup>/s; el día sábado 20 de septiembre de 2014, cuando se registró a las 14:00 hrs. un caudal instantáneo de 1,14 m<sup>3</sup>/s, el promedio diario, con los 48 registros de la jornada, indica un caudal de 2,13 m<sup>3</sup>/s; y finalmente entre los días 7 al 21 de octubre de 2014, el sistema de entrega a riego del conjunto de válvulas estuvo fuera de operación y el caudal de entrega al río se realizó en forma controlada por el evacuador de crecidas, razón por la cual el instrumento en la estación embalse Ancoa arrojó valores de caudal iguales a 0 m<sup>3</sup>/s, sin embargo esos días los caudales pasantes corresponden a los registros equivalentes a la altura de nivel por sobre el umbral del vertedero, los cuales

se presentan en el ANEXO J y exceden ampliamente el valor del caudal ecológico.

11. Además, para contrastar la información de los caudales en la estación Embalse Ancoa para los meses de agosto a octubre de 2014, se cuenta con la información para la estación de aforo "El Morro" de la DGA, o también denominada estación "Campamento Ancoa", que se encuentra aproximadamente 11 km aguas abajo de la estación Embalse Ancoa, que entrega registros instantáneos, en línea del caudal, cada 1 hora aproximadamente y cuyos valores se presentan en la siguiente tabla:

**Tabla 2. Caudal Estación Campamento Ancoa**

<b>Monitoreo</b>	<b>Caudal medio mensual (m<sup>3</sup>/s)</b>	<b>Caudal máximo instantáneo (m<sup>3</sup>/s)</b>	<b>Caudal mínimo instantáneo (m<sup>3</sup>/s)</b>
Ago-14	33,35 ± 40,5	230,78	9,22
Sept-14	16,25 ± 8,2	70,1	7,26
Oct-14	14,54 ± 5,21	28,56	7,94

Fuente DGA, 2014

12. En relación a lo presentado en los puntos precedentes no es posible concordar con lo expuesto por la SMA en el considerando N° 67 y N° 68 de la Resolución impugnada, puesto que se debe clarificar que la postura del titular no es en ningún caso oponerse, con nuestro razonamiento al aseguramiento de la supervivencia de la flora y fauna que se encuentra en el río, ni a la estabilidad ecosistémica y a la disponibilidad del recurso hídrico. En ningún caso el titular confunde la obligación de monitoreo con la variable que el monitoreo busca controlar, por lo que la interpretación realizada en cuanto a la medición y mantención de un caudal medio se debe a las conclusiones que nos llevan precisamente las máximas de la lógica y de la experiencia que el titular tiene en estas materias.
13. Es del caso mencionar que la mención que hace al SMA en el considerando N° 71 que hace alusión nuevamente a legislación actual de la DGA que no corresponde a esta RCA del 2006, ya que es una norma que se encuentra actualizada, por lo que durante la evaluación del proyecto no se considera como normativa ambiental vigente.

14. El segundo cargo formulado y sancionado por la SMA es el siguiente:

<p><i>Residuos peligrosos se encuentran almacenados a la intemperie, sin contar con cierre perimetral ni techumbre.</i></p>	<p><b>RCA N° 375/2006</b> D.S N9 148/03 Reglamento Sanitario Sobre Manejo de Residuos Peligrosos. Cumplimiento: El almacenamiento, transporte y eliminación de los residuos peligrosos en el lugar de la obra se realizará bajo el estricto cumplimiento de este cuerpo legal. "</p> <p>"Artículo 33 Los sitios donde se almacenen residuos peligrosos deberán cumplir las siguientes condiciones: a) Tener una base continua, impermeable y resistente; estructural y químicamente a los residuos; b) Contar con un cierre perimetral/ de a lo menos 1,80 metros de altura que impida el libre acceso de personas y animales; c) Estar techados y protegidos de condiciones ambientales tales como humedad, temperatura y radiación solar; d) Garantizar que se minimizará la volatilización, el arrastre o la lixiviación y en general cualquier otro mecanismo de contaminación del medio ambiente que pueda afectar a la población; e) Tener una capacidad de retención de escurrimientos o derrames no inferior al volumen del contenedor de mayor capacidad ni al 20% del volumen total de los contenedores almacenados; f) Contar con señalización de acuerdo a la Norma Chilena NCh 2.1900f93".</p>
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

15. Al respecto es necesario precisar que efectivamente el primer argumento relativo para descartar el mencionado cargo, se relaciona directamente con el ámbito de competencias de los funcionarios que realizan la fiscalización, encomendada por la SMA, ya que la normativa el D.S N° 148/2003 indica expresamente en su Artículo 2° que corresponderá a la Autoridad Sanitaria fiscalizar y controlar el cumplimiento de las disposiciones del presente reglamento y del Código Sanitario en estas materias, todo ello de acuerdo con las normas e instrucciones generales que imparta el Ministerio de Salud.

16. En este sentido, el sancionado no desconoce las facultades de fiscalización de organismos como el SAG y CONAF, pero aun cuando el argumento de la SMA indique que estos organismos sólo constatan hechos que posteriormente son analizados por la SMA para determinar si constituyen o no incumplimientos, esta verificación de hechos no se encuentra dentro del ámbito de las competencias de dichos organismos, pudiendo fácilmente, incurrir en errores de apreciación de los hechos observados durante la fiscalización, como por ejemplo la imposibilidad de constatar efectivamente el contenido de los contenedores, aseverando el contenido de los mismos, sólo a través de la declaración de un testigo en la obra, sin mayor análisis que el ya mencionado, por lo tanto no es irrelevante el hecho de que no concurrieran a la diligencia funcionarios de la SEREMI de Salud.

17. Es del caso, hacer presente que el artículo 33 del D.S. 148/2003, indica que los sitios donde se almacenen residuos peligrosos deberán cumplir las

siguientes condiciones: a) Tener una base continua, impermeable y resistente estructural y químicamente a los residuos. b) Contar con un cierre perimetral de a lo menos 1,80 metros de altura que impida el libre acceso de personas y animales. c) Estar techados y protegidos de condiciones ambientales tales como humedad, temperatura y radiación solar. d) Garantizar que se minimizará la volatilización, el arrastre o la lixiviación y en general cualquier otro mecanismo de contaminación del medio ambiente que pueda afectar a la población. e) Tener una capacidad de retención de escurrimientos o derrames no inferior al volumen del contenedor de mayor capacidad ni al 20% del volumen total de los contenedores almacenados. f) Contar con señalización de acuerdo a la Norma Chilena NCh 2.190 Of 93 18, por lo que en particular si bien mi representado no ha negado la existencia de los tambores en condición de retiro, es dable entender que no es posible configurar una sanción en el presente caso, ya que las dos faltas a la norma, es decir las letras b) y c) de dicho artículo, no han provocado ningún riesgo inminente a la salud de la población, teniendo presente, que precisamente es la salud de las personas el objeto de protección de la mencionada norma, por lo que se ha cumplido tanto con el considerando del Considerando 4 de la RCA N°375/2006 y a en general a toda la legislación aplicable en cuanto a manejo de Residuos Peligrosos.

18. El tercer cargo sancionado por la SMA, es el siguiente:

<p><b>Los taludes de derrame no se encuentran revegetados con Retanilla ephedra.</b></p>	<p><b>RCA N° 375/2006</b>  Considerando 5.22  <i>"( ...) A su vez, se implantará una pantalla vegetal de especies nativas (Cryptocarya alba, Peumus boldus, Retamilla ephedra) en la cuenca visual del muro para reducir el efecto de la obra sobre los observadores que circulen por el camino de acceso. También se considera plantar retamilla en los sectores de taludes del camino".</i>  Considerando 6  <i>"El titular se obliga voluntariamente a:( ... ) 6.6 Revegetar los taludes de derrame con Retamilla ephedra, de manera de generar una nueva fuente de alimento para los loros Tricahues. Esta medida se desarrollará durante la etapa de construcción del camino".</i></p>
------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

19. Efectivamente, y de acuerdo a los antecedentes entregados en los descargos del titular, la revegetación de la variante talud Ruta L-39, se inicia con fecha 4 de septiembre del año 2012, por lo que se realiza dentro de la etapa de construcción del camino, tal como se encuentra establecido en la RCA respectiva.

20. En relación a lo mencionado en el considerando N° 147, mi representado a afirmado que la medida fue cumplida con la revegetación, pero en ningún

caso se ha realizado un análisis que indique que la obligación contenida en la RCA consiste sólo en la revegetación y que terminan con esta acción, puesto que es la misma Resolución impugnada la que indica que efectivamente la DOH-MOP ha considerado en sus contratos de seguimiento y mantención de áreas restauradas, la mantención de las superficies revegetadas con la especie *retanilla ephedra*, descartando así que no exista monitoreo ni mantención.

21. Si bien el considerando 6.6. de la RCA indica que la revegetación de los taludes es una medida que tiene como efecto "generar una nueva fuente de alimentos para los loros Trichahues", esta medida voluntaria no posee un carácter compensatorio, tal como erróneamente concluye el órgano sancionador, ya que estas medidas fueron comprometidas en la ADENDA 1, como respuesta a las preguntas 1.17 y 1.18 del ICSARA, como medidas para mitigar el impacto paisajístico, lo que finalmente derivó en que en la RCA quedará establecida como una medida voluntaria, la cual se comprometió como requerimiento de la COREMA a la época de la dictación de la RCA.

22. Tal y como lo plantea la SMA en el considerando N° 154 de la Resolución impugnada, el asunto a dilucidar es si efectivamente se realizaron las labores de plantación o siembra con anterioridad al término de la etapa de construcción del camino y su posterior monitoreo. Todas las pruebas entregadas por el titular del proyecto, así lo demuestran, siendo un juicio absolutamente erróneo el concluir que la revegetación no fue realizada antes del término de la construcción del camino.

## **2. LA SUBSUNCIÓN DE LAS INFRACCIONES NO SE AJUSTA A DERECHO**

Es del caso mencionar, que la SMA no ha realizado la subsunción de la infracciones conforme a derecho estricto, entendiéndose que para la realización de éste ejercicio jurídico no existe espacio de discrecionalidad para el organismo que lo realiza, es decir debe existir una real constatación de los hechos que posiblemente pudieran configurar una infracción de acuerdo a lo establecido en el artículo 36 LOSMA, el cual dispone que: "Corresponderá exclusivamente a la Superintendencia del Medio Ambiente el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las siguientes infracciones: a) El incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las

resoluciones de calificación ambiental.” lo que objetivamente no ha sido verificado en al menos dos de las tres supuestas infracciones detectadas, puesto que no es posible considerar que los hechos descritos por la SMA en la Res. Exenta N°547/2016, para los cargos relativos a la entrega de caudal ecológico y la revegetación de los taludes con Retanilla ephedra hayan sido realmente constatados durante la fiscalización y la posterior investigación de los hechos.

A consecuencia de lo ya descrito, no es posible que la SMA haya podido además hacer coincidir los hechos descritos como infracciones con lo dispuesto en el artículo 36 LOSMA, que dispone, en lo relativo a nuestro interés:

“2. Son infracciones graves, los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente:

- a) Hayan causado daño ambiental, susceptible de reparación.
- b) Hayan generado un riesgo significativo para la salud de la población.
- c) Afecten negativamente el cumplimiento de las metas, medidas y objetivos de un Plan de Prevención y, o de Descontaminación.
- d) Involucren la ejecución de proyectos o actividades del artículo 10 de la ley N° 19.300 al margen del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, si no están comprendidos en los supuestos de la letra f) del número anterior.
- e) Incumplan gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva Resolución de Calificación Ambiental.
- f) Conlleven el no acatamiento de las instrucciones, requerimientos y medidas urgentes dispuestas por la Superintendencia.
- g) Constituyan una negativa a entregar información relevante en los casos que la ley autoriza a la Superintendencia para exigirla.
- h) Constituyan persistente reiteración de una misma infracción calificada como leve de acuerdo con este artículo.
- i) Se ejecuten al interior de áreas silvestres protegidas del Estado, sin autorización.

3.- Son infracciones leves los hechos, actos u omisiones que contravengan cualquier precepto o medida obligatorios y que no constituyan infracción gravísima o grave, de acuerdo con lo previsto en los números anteriores”.

En consecuencia, a falta de determinación de la ocurrencia de hechos concretos y objetivos, no es posible determinar circunstancia alguna que

permitan graduar algún tipo de infracción, tal y como lo exige expresamente la LOSMA.

Esta acción conjunta de aplicación de ambos artículos, 35 y 36 LOSMA, es de suma importancia, puesto que como consecuencia de una errónea apreciación de los hechos en que se basan tanto la formulación de cargos, como la Resolución de sanción, se resuelve, erróneamente en derecho, sancionar a mi representado, como se analizará más adelante.

### **3. SOBRE LA PONDERACIÓN DE LAS INFRACCIÓN RELATIVA A LA ENTREGA DEL CAUDAL DEL RIO ANCOA POR DEBAJO DEL LIMITE ESTABLECIDO COMO CAUDAL ECOLÓGICO Y SU ERRONEA CALIFICACIÓN.**

1. En relación a la calificación de la infracción por el cargo N° 1 relativo a la entrega de caudal del río Ancoa por debajo del límite establecido como caudal ecológico durante los meses de febrero de 2013 y agosto, septiembre y octubre de 2014, esta fue calificado como grave ya que incumple gravemente una medida para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva RCA.

2. Al respecto, es necesario detenerse a analizar el considerando N° 179 de la Resolución impugnada, debido a que aporta un criterio de aplicación del proceso sancionatorio administrativo, que no tiene sustento jurídico alguno, debido a que la SMA indica que el criterio que se ha generalizado al aplicar las sanciones, en particular la establecida en el artículo 36 numeral 2 letra e) de la LOSMA: "no es necesaria la concurrencia del efecto que la medida busca prevenir", por lo tanto se entiende como gravemente, la entidad del incumplimiento de las medidas que busca eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad y no de sus consecuencias. Entonces a partir de ésta reflexión, ¿Cuál es el ejercicio que se realiza para medir las consecuencias del acto de incumplimiento?

3. Al efecto, entendemos que no es un criterio afianzado en norma o principio jurídico alguno que sustente nuestro ordenamiento jurídico, entendiendo que no es posible realizar por parte de un órgano administrativo, que es juez y parte en el proceso administrativo sancionatorio, una interpretación tan amplia de una norma restrictiva, entendiendo que

precisamente del artículo 36 numeral 2 letra e) de la LOSMA, en definitiva, lo que busca es resguardar el objeto de protección de la medida establecida en la RCA, cual es, en éste caso, la flora y fauna ictica del río Ancoa, la que en ningún caso se ha visto disminuida o en peligro, ya que no existe antecedente alguno que indique lo contrario.

4. En relación a los criterios para determinar la entidad del incumplimiento en primer lugar se analiza, la relevancia o centralidad de la medida incumplida como criterio para proceder a la calificación de gravedad, este análisis se debe realizar en relación al resto de las medidas que se hayan dispuesto en la RCA para hacerse cargo del correspondiente efecto identificado en la evaluación, y de la lectura de los considerandos 184 y siguientes se desprende que esta valoración sólo se realiza sólo respecto de la medida de mantención del caudal ecológico, por lo que no entiende cómo es posible determinar la centralidad de la medida, si no hay una interpretación extensiva de la RCA, que requiere conocer el contexto del proyecto y su entorno, de determinar la etapa de desarrollo y su nivel de ejecución y de posibles adaptaciones de su ingeniería de detalle. De igual forma, es necesario considerar si las componentes ambientales del proyecto, han evolucionado de una forma distinta a la proyectada debido a la extensión en el tiempo de las obras ejecutadas por el MOP, por lo que no de acuerdo a nuestro criterio no se ha concluido correctamente que no existe otro mecanismo capaz de mitigar los efectos asociados a la obstrucción del caudal, careciendo de todo argumento técnico.

5. En relación al segundo criterio para determinar la entidad del incumplimiento, se analiza el factor, permanencia en el tiempo del incumplimiento, es curioso, a lo menos, que el organismo sancionador reconozca en éste considerando, que los hechos asociados a los incumplimientos fueron en fecha específicas y acotados en el tiempo, y acto seguido indique sin realizar mayor análisis que, a pesar de estos antecedentes, igualmente se configura el criterio de la permanencia en el tiempo del incumplimiento, que influye directamente en la calificación de gravedad de la sanción, sin tener a la vista algún tipo de análisis técnico que haga comprensible la validación del mencionado criterio.

#### **4. CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LOSMA NO HAN SIDO DEBIDAMENTE PONDERADAS**

**1.- Artículo 40, letra A), de la LOSMA: “La importancia del daño causado o del peligro ocasionado”**

1. En relación al primer cargo, de acuerdo a lo estimado por la SMA, el incumplimiento del caudal ecológico ha provocado un efecto adverso, que debe ponderarse en forma distinta en relación al episodio del cual se trate, ya que se insiste en que los días 19 y 20 de febrero, la disminución del caudal del río Ancoa fue de tal magnitud que el informe de la CGR indica que efectivamente produjo una mortandad indeterminada de fauna íctica,
2. Al respecto, es necesario señalar, que no existe evidencia científica ni técnica de que se haya producido esta mortandad de fauna íctica, durante el periodo de 15 horas en que las válvulas del embalse estuvieron cerradas, ya que no existe evidencia científica alguna de que estos hechos hayan ocurrido como consecuencia de la baja del caudal, por ese lapso de horas. Se debe hacer presente además, que las denuncias realizadas por los vecinos del sector no tienen fundamentos técnicos ni científicos, por lo que el informe de la CGR descarta responsabilidad del sancionado, y valora además las acciones correctivas que el Ministerio toma ante los hechos ocurridos.
3. Es del caso, hacer presente entonces, y reafirmar que a la luz de todos los antecedentes técnicos entregados en los descargos entregados por el Ministerio, que no existió menoscabo al medioambiente o a alguno de sus componentes, ni a la salud de la población, por lo que estos hechos no aportan a la valoración de un supuesto daño causado o peligro ocasionado, por lo hechos materia de cargo.
4. Respecto al segundo cargo, relativo al manejo de los residuos peligrosos, es necesario aclarar que éste titular considera que en los hechos descritos por la SMA, es decir la falta de rotulado de los contenedores y las faltas en cuanto al almacenaje de los mismos, constituyen un incumplimiento normativo del D.S. N° 148/2003, que no genera condiciones de peligro o riesgo para la salud de la población, y en particular a los trabajadores, como menciona la SMA en la Res. impugnada, entendiéndose además que los riesgos de estas conductas, deben ser analizados desde el punto de vista ambiental y no desde el punto de vista de la seguridad laboral.
5. En relación al tercer cargo, es necesario hacer presente que aun cuando es discutible que la medida de revegetación, haya sido propuesta durante la

evaluación ambiental del proyecto como medida de compensación, no existe información alguna, que a la fecha indique que la falta de la especie *retanilla ephedra* por algunos periodos, tenga algún efecto significativo adverso sobre la especie Loro Tricahue, por lo que la afirmación indicada en el considerando N° 220, relativo a que el efecto adverso sería efectivamente la disminución de la fuente de alimentación de la mencionada especie, no son más que supuestos, los cuales no son comprobables técnica o científicamente.

**2.- Artículo 40, letra d): “La Intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma”**

1. En este sentido, al aplicar la circunstancia del artículo 40 letra e), la Superintendencia del Medio Ambiente considera que la intencionalidad es “la determinación de la voluntad en orden a un fin”, pero señala que la mayor reprochabilidad de la conducta radicaría en el conocimiento que debe existir respecto de la norma y de los estándares de diligencia exigibles a los fiscalizados, por lo tanto habría intencionalidad cuando pueda imputarse al sujeto conocimiento preciso de sus obligaciones, de la conducta que realiza en contravención a ellas, así como la antijuridicidad asociada a dicha contravención.
2. No obstante lo anterior, el órgano sancionador, en su fundamentación no se hace cargo de los argumentos esgrimidos por este Servicio, en el sentido que durante todo este tiempo, ha buscado todos los mecanismos factibles para dar cumplimiento a la RCA, tal como da cuenta la documentación acompañada en los descargos presentados por el titular del proyecto, y de que a lo menos en el primer cargo, por los hechos ocurridos los días 19 y 20 de febrero del año 2013, es un error a lo menos calificable como involuntario por parte del funcionario MOP..
3. Contrario a lo sostenido por la SMA, este Ministerio, actuó siempre con la convicción de dar cumplimiento a lo dispuesto en la RCA, por lo que no se puede concebir que bajo la lógica de que el Ministerio sea considerado como un “sujeto calificado”, no permita que existan situaciones en las cuales se produzcan errores faltos de intencionalidad.
4. De este modo, dar por acreditada la concurrencia de la conducta lesiva y agravar la sanción aplicada teniendo como antecedentes sólo el hecho de que el Ministerio se encontraba en una supuesta posición privilegiada resulta

a lo menos antojadizo y carente de sustento, vulnerando así el requisito esencial de todo acto administrativo, su fundamentación.

### **3. Artículo 40, letra f): “La capacidad económica del infractor”**

En este contexto, se debe precisar que siendo el Ministerio de Obras Públicas un Servicio Centralizado que carece de un patrimonio propio, de modo que la inversión de recursos para el desarrollo de sus fines, está circunscrito a la disponibilidad de los recursos asignados por la ley de Presupuestos del Sector Público.

Así, analizar la capacidad económica de este Ministerio en virtud de los recursos asignados para el cumplimiento de sus fines, es una premisa errada y carente de sustento, puesto que en un análisis más profundo, éste tipo de sanciones pecuniarias producen un detrimento al presupuesto del Ministerio, por lo que sostener que el presupuesto es cuantioso en un argumento de poca profundidad jurídica.

**POR TANTO**, solicito a usted tener por interpuesto Recurso de Reposición en contra de la Resolución N°547 de fecha 17 de junio del año 2016, de esta Superintendencia del Medio Ambiente, que Resuelve Procedimiento Administrativo Sancionatorio Rol F-027-2015, seguido en contra de este Ministerio de Obras Públicas, absolviendo como en derecho corresponda a mi representado de los cargos y sanciones impuestas.



JUAN MANUEL SÁNCHEZ MEDIOLI  
Director General de Obras Públicas  
MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS

