

DICTAMEN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO ROL F-027-2015

I. MARCO NORMATIVO APLICABLE

1. Este Instructor ha tenido como marco normativo aplicable la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, LO-SMA); la Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente; la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, del año 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; el Decreto N° 76, de 10 de octubre de 2014, del Ministerio del Medio Ambiente, que nombra Superintendente del Medio Ambiente; la Resolución Exenta N° 374, de 07 de mayo de 2015, de la Superintendencia de Medio Ambiente; la Resolución Exenta N° 332, de 20 de abril de 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente; la Resolución Exenta N° 1002 de 29 de octubre de 2015 de la Superintendencia del Medio Ambiente que aprueba el documento "Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales"; y la Resolución N° 1600, de 2008, de la Contraloría General de la República, que Fija Normas Sobre Exención del Trámite de Toma de Razón.

II. IDENTIFICACIÓN DEL SUJETO INFRACTOR Y DEL

PROYECTO.

2. El presente procedimiento administrativo sancionatorio se inició en contra del Ministerio de Obras Públicas (en adelante, también, "MOP"), Rol Único Tributario N° 61.202.000-0, cuyo representante legal es don Juan Manuel Sánchez Medioli, Director General de Obras Públicas, en su calidad de titular del proyecto "Embalse Ancoa" (en adelante, también "el proyecto"), cuyo Estudio de Impacto Ambiental (EIA) fue calificado favorablemente mediante Resolución de Calificación Ambiental N° 375 de fecha 12 de octubre de 2006, de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región del Maule (en adelante, RCA N° 375/2006), y posteriormente modificado mediante la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) "Modificación de trazado variante ruta L-39 sector Embalse Ancoa, Linares" y la DIA "Explotación Empréstito en Sector Chupallar Embalse Ancoa VII Región", las cuales fueron calificadas favorablemente mediante RCA N° 263 de fecha 27 de abril de 2010 (en adelante, RCA N° 263/2010) y RCA N° 83 de fecha 14 de junio de 2010 (en adelante, RCA N° 83/2010), respectivamente, del mismo organismo evaluador.

3. El proyecto, ubicado en la comuna de Linares, VII Región del Maule, consiste en la construcción de un embalse de regulación del recurso hídrico, el cual presenta una cota de inundación de aguas máximas normales de 745 m.s.n.m. y de 750 m.s.n.m. como inundación de aguas máximas eventuales correspondientes a una crecida milenaria, con superficies de inundación aproximadas de 230 a 250 ha., y con un volumen útil de almacenamiento de agua proyectado de 80 millones de m³.

4. Por su parte, la DIA "Modificación de trazado variante ruta L-39 sector Embalse Ancoa, Linares", tuvo por fin modificar la Ruta L-39 y la RCA N° 375/2006, que consideraba un trazado de este camino por la ladera Norte del embalse, y que se construirá finalmente por la ladera Sur del Río Ancoa y futuro embalse.

5. Finalmente, el proyecto "Explotación Empréstito en Sector Chupallar Embalse Ancoa VII Región", consiste en llevar a cabo la explotación de este empréstito de forma de completar los requerimientos de material para la construcción del Embalse Ancoa, estimándose un volumen de extracción de 1.300.000 m³.

III. ANTECEDENTES

6. Con fecha 7 y 8 de marzo de 2013, fiscalizadores de esta Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), de la Corporación Nacional Forestal (CONAF) y del Servicio Agrícola Ganadero (SAG), en el marco del Subprograma Sectorial de Fiscalización Ambiental de Resoluciones de Calificación Ambiental para el año 2013, concurrieron a fiscalizar las obras asociadas al Proyecto Embalse Ancoa. De los resultados y conclusiones de dichas inspecciones se dejó constancia en el Informe de Fiscalización Ambiental elaborado por la División de Fiscalización de esta Superintendencia, disponible en el expediente DFZ-2013-50-VII-RCA-IA, el cual abordó, entre otras materias, cumplimiento de caudal ecológico, manejo de residuos peligrosos y compromisos asociados a reforestación.

7. El día 24 de junio de 2013, en respuesta a una solicitud de antecedentes formulada por los fiscalizadores durante la actividad de inspección individualizada en el considerando anterior, el MOP ingresó a esta Superintendencia, entre otros documentos, el Informe "Servicios Ambientales de Monitoreo de Variables Limnológicas Etapa Pre-Operación. Embalse Ancoa, Región del Maule", el cual, daba cuenta de distintos hechos relevantes, entre ellos, la falta de cumplimiento del caudal ecológico de 1,8 m³s comprometido para el mes febrero durante el día 20 de febrero de 2013.

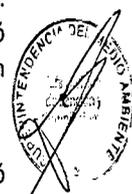
8. Con fecha 3 de junio de 2013, mediante oficio N° 3.958 de fecha 29 de mayo de 2013, de la Contraloría General de la República (CGR), Región del Maule, se informó a esta Superintendencia que el órgano contralor había iniciado una investigación especial tendiente a determinar presuntas responsabilidades asociadas a la construcción del Embalse Ancoa, las cuales habrían sido denunciadas por vecinos del sector, y versarían sobre una inusual disminución del caudal del río, mortandad de peces, estado de los caminos en forma posterior a su construcción y eventuales filtraciones en el muro de contención. En atención a lo anterior, se solicitó a esta Superintendencia emitir un informe sobre dichos hechos.

9. Con fecha 10 de junio de 2013, mediante oficio N° 1.392, esta Superintendencia informó a la CGR que conforme a lo dispuesto en la Resolución Exenta N° 879 de 2013, que Fija el Programa y Subprogramas Sectoriales de Fiscalización Ambiental de Resoluciones de Calificación Ambiental para el Año 2013, durante el mes de marzo de dicho año se había dado inicio al proceso de fiscalización programado para el proyecto Embalse Ancoa, encontrándose en elaboración el Informe Técnico respectivo, el cual, se remitiría al órgano contralor una vez concluido.

10. Con fecha 29 de octubre de 2013, esta Superintendencia recibió, mediante Oficio N° 8.010 de fecha 23 de octubre de 2013, de la Contraloría General de la República, Región del Maule, el Informe de Investigación Especial N° 24 de 2013 (en adelante, también, "Informe CGR"), que contiene los resultados de la investigación a la que se refiere el considerando n° 7 de esta propuesta de dictamen.

11. Con fecha 17 de febrero de 2014, mediante Ord. U.I.P.S. N° 198, esta Superintendencia, en respuesta al Oficio N° 3.958 de 2013 de la CGR, remitió al órgano contralor el Informe de Fiscalización Ambiental elaborado por la División de Fiscalización de esta Superintendencia disponible en el expediente DFZ-2013-50-VII-RCA-IA.

12. Con fecha 26 de mayo de 2015, el MOP ingresó a través de la plataforma virtual de esta Superintendencia "Sistema de Seguimiento Ambiental", un informe titulado "Informe Final - Seguimiento Ambiental Embalse Ancoa - Etapa De Construcción



(Pre Operación)", junto a sus respectivos anexos, elaborado por la consultora ambiental SOLAM E.I.R.L., el cual tenía por fin verificar, registrar y documentar el cumplimiento de los compromisos ambientales del proyecto, para el período comprendido entre octubre de 2014 y diciembre de 2014. En dicho informe, se acompañaba un Anexo titulado "Anexo N° 4. Informe Específico Variables Limnológicas", el cual informaba, entre otras materias, el cumplimiento del caudal ecológico por parte del proyecto durante el período de tiempo analizado.

13. Por su parte, mediante Memorandum N° 509, de 7 de octubre de 2015, de la División de Sanción y Cumplimiento de esta Superintendencia, se procedió a designar a don Camilo Orchard Rieiro como Fiscal Instructor Titular del presente procedimiento administrativo sancionatorio y a don Juan Pablo Leppe como Fiscal Instructor Suplente del mismo.

14. Sobre la base del Informe de Fiscalización DFZ-2013-50-VII-RCA-IA y los demás antecedentes tenidos a la vista e individualizados en los numerales anteriores, con fecha 26 de octubre de 2015, mediante Res. Ex. N° 1/ Rol F-027-2015, se procedió a formular cargos al Ministerio de Obras Públicas, dando de esta forma, inicio al procedimiento sancionatorio Rol F-027-2015.

15. Los cargos contenidos en la Res. Ex. N° 1/ Rol F-027-2015, fueron los siguientes:

Tabla N° 1

N°	Hechos constitutivos de infracción	Condiciones, normas y medidas incumplidas de la RCA respectiva
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.	<p>RCA N° 375/2006 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:</i> - <i>Funcionamiento de obras de descarga y entrega a riego</i> - <i>Caudal Ecológico</i> - <i>Sistema de medición y control de caudales de salida."</i></p> <p>3.11. Plan de Manejo Ambiental <i>"Factor: Hidrología.</i> <i>Mitigación: Establecimiento de Caudal Ecológico. (...)</i> <i>Factor: Flora y Fauna Acuática."</i> <i>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 m3/s."</i></p>
2.	Residuos peligrosos se encuentran almacenados a la intemperie, sin contar con cierre perimetral ni techumbre.	<p>RCA N° 375/2006 Considerando 4 <i>"Que, en relación con el cumplimiento de la normativa ambiental aplicable al proyecto "Embalse Ancoa" y sobre la base de los antecedentes que constan en el expediente de evaluación, debe indicarse que la ejecución del proyecto "Embalse Ancoa" cumple con:</i></p> <p>4.1. Normas de emisión y otras normas ambientales. 4.1.1. Etapa de construcción (...)</p>



N°	Hechos constitutivos de infracción	Condiciones, normas y medidas incumplidas de la RCA respectiva
		<p>D.S N° 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><u>D.S. N° 148/2003, MINSAL, QUE APRUEBA REGLAMENTO SANITARIO SOBRE MANEJO DE RESIDUOS PELIGROSOS</u> Artículo 33 “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 2.190 Of 93 (...)”.</p>
3.	Los taludes de derrame no se encuentran revegetados con <i>Retanilla ephedra</i> .	<p><u>RCA N° 375/2006</u> Considerando 5.22 “(…) A su vez, se implantará una pantalla vegetal de especies nativas (<i>Cryptocarya alba</i>, <i>Peumus boldus</i>, <i>Retanilla ephedra</i>) 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.”</p> <p>Considerando 6 “El titular se obliga voluntariamente a: (...)” 6.6 Revegetar los taludes de derrame con <i>Retamilla ephedra</i>, de manera de generar una nueva fuente de alimento para los loros <i>Trichahues</i>. Esta medida se desarrollará durante la etapa de construcción del camino.”</p>

16. En este contexto, con fecha 24 de noviembre de 2015, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la LO-SMA, el MOP procedió a presentar descargos contra la formulación de cargos ya individualizada, acompañando una serie de documentos a fin de acreditar sus dichos.

17. Luego, mediante R.E. N° 2 / Rol F-027-2015 de fecha 22 de marzo de 2016, se tuvieron por presentados los descargos ingresados por el MOP y se le requirió un conjunto de antecedentes necesarios para aclarar el alcance de algunos de los argumentos vertidos en su presentación.



18. Posteriormente, con fecha 8 de abril de 2016, y dentro del plazo fijado para tal efecto, el MOP responde el requerimiento de información realizado por esta SMA, acompañando los antecedentes solicitados.

19. Finalmente, con fecha 2 de junio de 2016, mediante Res. Ex. N° 4/ Rol F-027-2015 se cierra la investigación.

IV. DESCARGOS DEL MINISTERIO DE OBRAS

PÚBLICAS

20. Como se indicare en el considerando n° 16, con fecha 24 de noviembre de 2015 el MOP presentó ante esta Superintendencia un escrito de descargos dentro del presente procedimiento sancionatorio. En síntesis, sus descargos se erigen sobre la base de los argumentos que se resumen en la siguiente tabla:

Tabla N° 2

N° Cargo	Norma, medida o condición Infringida	Cargo Formulado	Descargo presentado
1	RCA N° 375/2006, considerandos 3.6.2 y 3.11 y EIA "Embalse Ancoa", capítulo VIII párrafo 1.1.4	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.	<p>a) Las condiciones, normas y medidas de la RCA N° 375/2006 indicadas como infringidas, no resultan aplicables, dado que todas ellas corresponden a obligaciones exigibles durante la etapa de operación del proyecto, la cual, a la fecha, no se ha iniciado.</p> <p>b) Debe tenerse en consideración el actuar correctivo posterior a la incidencia del día 19 de febrero de 2013 y los esfuerzos para tener siempre un seguimiento de los compromisos ambientales.</p> <p>c) El incidente del día 20 de febrero se produjo como consecuencia de un error humano involuntario de un funcionario de la Dirección de Obras Hidráulicas.</p> <p>d) La obligación de mantener un caudal ecológico no se debe materializar en cada caudal instantáneo registrado, sino en el caudal medio mensual.</p> <p>e) Las mediciones de agosto y septiembre son datos no representativos que se debieron a pruebas de apertura y cierre de la válvula mariposa, mientras que en el caso de octubre, la entrega a riego se efectuó por el evacuador de crecidas. Lo anterior se puede contrastar con la información obtenida desde la estación de aforo de la DGA "El Morro", 11 km. aguas abajo, la que muestra el cumplimiento del caudal ecológico en todas las mediciones instantáneas.</p>
2	RCA N° 375/2006, considerando 4.1.1 y D.S. N° 148/2003, MINSAL, artículo 33	Residuos peligrosos se encuentran almacenados a la intemperie, sin contar con cierre perimetral ni techumbre.	<p>a) Los hechos habrían sido observados durante una inspección realizada por CONAF y SAG, y no encomendada al servicio competente de fiscalizar el cumplimiento de la normativa asociada a residuos peligrosos, es decir, Seremi de Salud.</p> <p>b) Los tambores no se encontraban en condición de almacenamiento a la intemperie, sino en proceso de retiro.</p>



N° Cargo	Norma, medida o condición Infringida	Cargo Formulado	Descargo presentado
			c) En la actualidad, el sitio presenta una limpieza total y se encuentra en buen estado.
3	RCA N° 375/2006, considerandos 5.22 y 6.6	Los taludes de derrame no se encuentran revegetados con <i>Retanilla ephedra</i> .	a) La revegetación con Retamilla Ephedra se hizo desde el 4 de septiembre de 2012, dentro del plazo comprometido, pero no se consiguió la supervivencia esperada, por lo que se ejecutaron, con posterioridad a la inspección, labores de complementación. b) El talud de derrame bajo el Mirador Chupallar fue reforestado con retamilla y otras especies, y se le ha dado adecuado seguimiento y mantenimiento.

V. INSTRUMENTOS DE PRUEBA Y VALOR

PROBATORIO.

21. Dentro del presente procedimiento administrativo sancionatorio, se tuvo a la vista, al momento de la formulación de cargos, los siguientes antecedentes:

- a) Informe de fiscalización DFZ-2013-50-VII-RCA-IA.
- b) Actas de inspección ambiental a Embalse Ancoa, de fechas 7 y 8 de marzo de 2013.
- c) Documentos aportados por el Ministerio de Obras Públicas, con fecha 24 de junio de 2013, en respuesta a los antecedentes solicitados durante la actividad de inspección.
- d) Copia de Informe de Investigación Especial N° 24 de 2013 de la Contraloría General de la República, Región del Maule.
- e) Copia de Informes de seguimiento ambiental y sus respectivos anexos, remitidos por el Ministerio de Obras Públicas a través de la plataforma virtual de esta Superintendencia "Sistema de Seguimiento Ambiental". Particularmente, el informe titulado "Informe Final - Seguimiento Ambiental Embalse Ancoa - Etapa De Construcción (Pre Operación)", junto a sus respectivos anexos, el cual tenía por fin verificar, registrar y documentar el cumplimiento de los compromisos ambientales del proyecto, para el período comprendido entre octubre de 2014 y diciembre de 2014.

f) En sus descargos, el Ministerio de Obras Públicas aportó los siguientes antecedentes:

- a) Anexo A: Copia de ORD. DCR. DOH N° 3729, de fecha 31 de julio de 2013, por medio del cual el Jefe de Departamento de Construcción de Riego, remite al Director Regional de Obras Hidráulicas, minuta que informa acerca de la disminución de caudales en el río Ancoa el día 20 de febrero de 2013.
- b) Anexo B: Copia de ORD. DGOP. N° 732, de fecha 24 de junio de 2013, que envía respuesta y antecedentes solicitados en visita de inspección.
- c) Anexo C: Copia de Informe "Colecta, siembra y propagación de semillas de Retamilla Ephedra precordillera de Linares, región del Maule", de fecha octubre de 2013.
- d) Anexo D: Copia de Informe "Plantación Retamilla Ephedra sector: Embalse Ancoa precordillera de Linares, región del Maule", de fecha agosto 2014.
- e) Anexo E: Copia de Informe "Modificación de convenio ad-referéndum: Servicio de seguimiento y mantención sector Chupallar, comuna de Linares, temporada 2014-2015. Informe Final julio 2015".
- f) Anexo F: Copia de Informe "Anexo 03. Registro fotográfico del estado actual"



- g) Anexo G: Copia de informe "Anexo 04. Informe de Seguimiento de Áreas Restauradas", de fecha noviembre 2014.
- h) Anexo H: Copia de Documento de Declaración y Seguimiento de Residuos Peligrosos N° 0011401 de fecha 22 de marzo de 2013, emitido por la empresa Bio Transportes E.I.R.L., su registro en el sistema SIDREP y Boleto Pesaje Salida emitido por la empresa Ecobio S.A.
- i) Anexo I: Copia de imagen tomada desde el sistema de Información de RCA de la Superintendencia del Medio Ambiente.
- j) Anexo J: Copia de "Minuta Visita Embalse Ancoa", de fecha 6 de Noviembre de 2015.

22. Además, con fecha 8 de abril de 2016, en cumplimiento al requerimiento de información realizado por esta Superintendencia mediante Res. Ex. N° 2/ Rol F-027-2015, junto con su respuesta, el MOP acompañó los siguientes antecedentes:

- a) Anexo 01: Copia de la Resolución N°3966/2011 de la Seremi Salud Región del Maule, en donde se autoriza el sitio de disposición transitoria de residuos peligrosos.
- b) Anexo 02: Copia del Acta de fiscalización N°489/2011 a bodega de residuos peligrosos por parte de la Seremi de Salud Región del Maule con fecha 29 de julio de 2011
- c) Anexo 03: Copia del Informe de Seguimiento Ambiental realizado por la Empresa Consultora AMBAR S.A., el que da cuenta del proceso de desmantelamiento de edificaciones y de zonas de servicios.
- d) Anexo 04: Registros instantáneos de las estaciones DGA El Morro y Los Hierros, de los meses de octubre y noviembre de 2014.
- e) Anexo 05: Histórico Sistema Entrega Riego.
- f) Anexo 06: Procedimiento para la manipulación de la plataforma de control del sistema de entrega a riego.
- g) Anexo 07: Plano con punto de descarga del evacuador de crecidas y el punto de confluencia con el río Ancoa.
- h) Anexo 08: Set de imágenes que muestran el punto de confluencia entre la descarga entregada por el evacuador de crecidas y el río Ancoa.
- i) Anexo 09: Registros instantáneos captados en la estación de monitoreo ubicada al pie de presa durante los meses de febrero de 2013 y agosto, septiembre y octubre de 2014.
- j) Anexo 10: Plano en coordenadas UTM, Datum WGS 84, identificando los taludes del proyecto "Modificación de Trazado Variante Ruta L-39, Sector Embalse Ancoa, Linares". Además se identifican los 21 tramos en donde se aplicó la siembra de *Retanilla ephedra* y que se individualizan en la tabla N°1 del Anexo C del escrito de descargos.
- k) Anexo 11: Copia del Ord. Dcr. DOH N° 3047 de fecha 24 de junio de 2013, por medio del cual se acompaña Acta de Recepción Provisional, de fecha 10 de junio de 2013, de las obras de Embalse Ancoa, incluida la Variante Ruta L-39.
- l) Anexo 12: Copia del Informe específico de costos elaborado a diciembre de 2015 en el marco del seguimiento ambiental del embalse Ancoa y que sintetiza los costos ambientales incurridos desde la etapa de preconstrucción.
- m) Anexo 13: Copia del Informe (Estado de Pago) que considera los costos derivados de las RCA ligadas al proyecto, y que básicamente corresponden a los seguimientos de variables bióticas terrestres, limnológicas, y forestales.
- n) Anexo 14: Set de fotografías que muestre de forma panorámica cada talud del proyecto, así como también aquellos tramos indicados en la tabla N°1 del Anexo C de los descargos.

23. En este contexto, cabe señalar de manera general en relación a la prueba rendida en el presente procedimiento sancionatorio, que el inciso primero del artículo 51 de la LO-SMA dispone que los hechos investigados y las responsabilidades de los infractores deberán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica. Por su parte, el artículo 53 de la LO-SMA dispone como requisito mínimo del dictamen, señalar la forma a través de la cual se ha llegado a comprobar los hechos que fundan la formulación de cargos.



24. Por otro lado, la apreciación o valoración de la prueba, es el proceso intelectual por el cual el juez o funcionario público da valor o asigna mérito a la fuerza persuasiva que se desprende del trabajo de acreditación y verificación acaecido por y ante él.¹ Por su parte, la sana crítica es un régimen de valoración de la prueba, que implica un “[a]nálisis que importa tener en consideración las razones jurídicas, asociadas a las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en cuya virtud se le asigne o reste valor, tomando en cuenta, especialmente, la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador. En definitiva, se trata de un sistema de ponderación de la prueba articulado por medio de la persuasión racional del juez, quien calibra los elementos de juicio, sobre la base de parámetros jurídicos, lógicos y de manera fundada, apoyado en los principios que le produzcan convicción de acuerdo a su experiencia”².

25. Por lo tanto, en este dictamen, y cumpliendo con el mandato legal, se utilizaron las reglas de la sana crítica para valorar la prueba rendida, valoración que se llevará a cabo en los capítulos siguientes, los que se refieren a la configuración de las infracciones, calificación de las infracciones y ponderación de las sanciones.

26. Ahora bien, respecto al valor probatorio de los hechos constatados en la fiscalización de un proyecto, el inciso segundo del artículo 51 de la LO-SMA dispone que “los hechos constatados por los funcionarios a los que se reconocen la calidad de ministro de fe, y que se formalicen en el expediente respectivo, tendrán el valor probatorio señalado en el artículo 8°, sin perjuicio de los demás medios de prueba que se aporten o generen en el procedimiento”.

27. Por su parte, el inciso segundo del artículo 8° de la LO-SMA, prescribe: “El personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador tendrá el carácter de ministro de fe, respecto de los hechos constitutivos de infracciones normativas que consignen en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización. Los hechos establecidos por dicho ministro de fe constituirán presunción legal.” Además, los artículos 16 inc. final de la Ley 18.348 que crea la CONAF y 47 de la Ley 20.283 sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, y los artículos 7 letra k) y 12 inc. tercero de la Ley 18.755 que Establece Normas sobre el SAG, establecen la misma calidad de ministros de fe, respecto de los funcionarios de CONAF y SAG, respectivamente. Así, los hechos constatados por estos funcionarios y recogidos en el acta de inspección ambiental contenida en el informe de fiscalización antes individualizado, gozan de presunción legal de veracidad.

28. Por tanto, la presunción legal de veracidad de lo constatado por el ministro de fe constituye prueba suficiente cuando no ha sido desvirtuada por el presunto infractor o los terceros interesados, lo cual será considerado al momento de valorar la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica, en los apartados siguientes.

VI. SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LAS INFRACCIONES.

29. En este capítulo se analizará la configuración de cada una de las infracciones que se han imputado al Ministerio de Obras Públicas en el presente procedimiento sancionatorio. Para ello, se señalará en primer término las normas que se estimaron infringidas, luego los antecedentes y pruebas tenidas a la vista al momento de formular el cargo respectivo, con posterioridad se analizarán los descargos presentados por el presunto infractor y, finalmente, se examinará la prueba aportada durante el procedimiento sancionatorio con el objeto de determinar si es suficiente para tener por acreditados los hechos constitutivos de infracción y, en su caso, los descargos.

¹ Al respecto véase TAVOLARI, R., El Proceso en Acción, Editorial Libromar Ltda., Santiago, 2000, p. 282.

² C.S., 24.12.2013, causa rol N° 8654-2012, considerando vigésimo segundo.

30. De estimarse que existen descargos que por su propia naturaleza no sean suficientes o no tengan mérito para desvirtuar el cargo formulado, no se realizará un examen de la prueba que verse sobre los mismos, por resultar tal ejercicio inconducente.

31. Finalmente, en aquellos casos en que el análisis de la prueba resulte imprescindible para evaluar el mérito de los descargos, su examen se realizará de forma conjunta y no en capítulos independientes. Tal es el caso del cargo N° 3.

A. Cargo 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.

(i) Norma que se estima infringida

32. Durante la evaluación ambiental del EIA "Embalse Ancoa", se determinó como una medida de mitigación de los efectos del proyecto, el mantenimiento durante la etapa de operación de un caudal mínimo ecológico para cada uno de los meses del año, el cual tendría por fin preservar las demandas ambientales aguas abajo de la presa. De esta forma, el EIA referido, en su Capítulo VIII 1.1.4, estableció lo siguiente:

"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. [...] El régimen de caudales a pie de presa queda así definido para cada mes del año en la Tabla N° VIII.6 [...] Tabla N° VIII.6: Régimen de Caudales Ecológicos. [...] Febrero 1,8 m³/s." [...] Agosto 1,5 m³/s [...] Septiembre 1,7 m³/s [...] Octubre 1,8 m³/s"

33. La obligación de mantener un caudal mínimo ecológico, quedó así mismo plasmada en los considerandos N° 3.6.2 y 3.11 de la RCA N° 375/2006, los cuales señalan:

*"3.6.2. Etapa de Operación [...] 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."*

*"3.11. Plan de Manejo Ambiental [...] Factor: Hidrología.
Mitigación: Establecimiento de Caudal Ecológico. (...)
Factor: Flora y Fauna Acuática.
Mitigación: Mantener un caudal ecológico."*

34. De esta forma, tanto en el EIA "Embalse Ancoa" como en la RCA N° 375/2007, se consagró la obligación de mantener, durante la etapa de operación del proyecto, un caudal mínimo ecológico, medido en metros cúbicos por segundo.



(ii) Antecedentes del cargo formulado

35. El hecho infraccional en cuestión se configura sobre la base de cuatro episodios de disminución de caudal, los cuales se materializaron durante el

mes de febrero de 2013 y agosto, septiembre y octubre de 2014. Estos episodios se tuvieron por constituidos sobre la base de los antecedentes que a continuación se desarrollan.

36. Durante la actividad de inspección de fecha 7 de marzo de 2013, se solicitó al Ministerio de Obras Públicas presentar el registro de caudales medio, diario, mensual e instantáneo y nivel limnográfico desde enero a marzo de 2013, en todos los puntos de monitoreo. En respuesta a dicho requerimiento, el día 24 de junio de 2013, el Titular presentó el informe "Servicios Ambientales de Monitoreo de Variables Limnológicas Etapa Pre-Operación", de marzo de 2013, elaborado por la consultora ambiental GESAM. Dicho informe, en su capítulo 7.4, que versa sobre caudal ecológico, y en sus conclusiones, señala lo siguiente:

- a) *"En general, durante el mes de febrero de 2013 se cumple con la entrega del caudal ecológico de 1,8 m³/s. Sin embargo el día 20 de febrero se informa de un problema en el sistema de las válvulas que produjo una disminución del caudal. No se informa el caudal entregado en ese período para confirmar si efectivamente se entregó el caudal mínimo exigido."*³
- b) *"En febrero de 2013, se observa que el caudal promedio entregado en el período es de 20,89 ± 2,72 m³/s, donde el máximo fue de 26,83 m³/s el 16 de febrero a las 18:56 horas y el mínimo es de 1,74 m³/s el 20 de febrero a las 11:56 horas. El nivel limnográfico muestra un promedio de 0,81 ± 0,09 m con un máximo de 0,93 m el 16 de febrero a las 18:56 horas y el mínimo de 0,15 m el 20 de febrero a las 11:56."*⁴
- c) *"El caudal ecológico, durante el período evaluado (diciembre 2012 a febrero de 2013), se cumple casi en su totalidad con aportes del embalse al río que promedian los 20 m³/s, siendo el caudal ecológico de 1,8 m³/s. Sin embargo, el día 20 de febrero, este caudal fue entregado por algunas horas, afectando en una magnitud no determinada a la fauna acuática presente aguas abajo de la presa. No se tienen contempladas medidas de contingencia ni reparatorias para estos eventos de disminución de caudal."*⁵

37. Lo señalado en el párrafo precedente, fue relevado en las conclusiones del Informe DFZ-2013-50-VII-RCA-IA, en el cual se da cuenta del incumplimiento del caudal ecológico durante el día 20 de febrero y se cita el Informe ya referido en el considerando anterior.

38. Por otro lado, con fecha 3 de junio de 2013, mediante oficio N° 3.958 de fecha 29 de mayo de 2013, de la Contraloría General de la República (CGR), Región del Maule, se informó a esta Superintendencia que el órgano contralor había iniciado una investigación especial tendiente a determinar presuntas responsabilidades asociadas a la construcción del Embalse Ancoa, las cuales habrían sido denunciadas por vecinos del sector, y versarían sobre una inusual disminución del caudal del río, mortandad de peces, estado de los caminos en forma posterior a su construcción y eventuales filtraciones en el muro de contención.

39. Luego, con fecha 29 de octubre de 2013, esta Superintendencia recibió, mediante Oficio N° 8.010 de fecha 23 de octubre de 2013, de la Contraloría General de la República, Región del Maule, el Informe de Investigación Especial N° 24 de 2013, que contiene los resultados de la investigación a la que se refiere el considerando anterior. Dicho Informe, elaborado en base a pronunciamientos de las Direcciones Regionales de Obras Hidráulicas, General de Aguas y de Vialidad, todas pertenecientes al MOP; de esta Superintendencia del Medio Ambiente; del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región del Maule; de la Municipalidad de Linares y de la Fiscalía de Linares, consignó los siguientes hechos y conclusiones relevantes para la determinación de la configuración de la infracción:

³ GESAM, *Servicios Ambientales de Monitoreo de Variables Limnológicas Etapa Pre-Operación*. Marzo 2013. P. 28

⁴ *Ibid.* p. 29.

⁵ *Ibid.* p. 91.

a) "2. Comprobación de los hechos.

2.1. Incidencia ocurrida los días 19 y 20 de febrero de 2013 debido a la baja del caudal del río Ancoa.

Conforme los antecedentes recopilados e informes emitidos por las entidades antes citadas, cabe señalar que el inspector fiscal (S), Sr. Mario González Agüero, funcionario profesional a contrata grado 9° con desempeño en la Dirección de Obras Hidráulicas, Región del Maule, al finalizar su jornada laboral del día 19 de febrero de esta anualidad, realizó una operación en el tablero de regulación automática del Embalse Ancoa, lo que derivó en un cierre de compuertas no programado. Dicho funcionario, al percatarse en la jornada siguiente del efecto ocurrido durante la madrugada del día 20 de febrero, dio instrucciones a personal de asesoría a la inspección fiscal presente en el embalse, en orden a normalizar progresivamente el caudal de entrega a un indicador de 20 m³/s, situación que se logró en la medición de las 15:59 horas de ese mismo día, llegando a 21,768 m³/s.

En efecto, de conformidad con los registros proporcionados por la Dirección General de Aguas, Región del Maule, correspondientes a la estación fluviométrica "Ancoa en el Morro", ubicada aproximadamente a dieciséis kilómetros aguas abajo del embalse, se comprobó que entre las 20:56 horas del día 19 y las 11:56 horas del día 20 de febrero de 2013, se produjo una disminución progresiva de caudal del citado río, llegando en su punto más crítico a un indicador de 1,740 m³/s. (...)

Al respecto, de las indagaciones efectuadas, se ha verificado que la Dirección de Obras Hidráulicas contrató para la prestación de servicios ambientales de monitoreo de variables limnológicas etapa de pre-operación del proyecto Embalse Ancoa a la empresa Gesam Consultores Limitada, la que concluye en el informe emitido en virtud de dicha consultoría que, al no cumplirse con el caudal de operación por ciertas horas, se afectó en una magnitud no determinada a la fauna acuática presente aguas debajo de la represa. (...)"

b) "3. Otras indagaciones efectuadas en Servicios con competencia medioambiental (...) 3.3 Municipalidad de Linares.

Luego, cabe indicar que se comprobó que con fecha 8 de marzo de 2013, se presentó por parte de don Rolando Rentería Moller, Alcalde de Linares, en la Fiscalía Local del Ministerio Público de esa ciudad una denuncia por los hechos objetos del presente informe que podrían constituir ilícitos penales, a saber, que con fecha 19 de febrero de 2013, tomó conocimiento a través de funcionarios municipales y vecinos, que por fallas que en ese momento desconocía el denunciante, se produjo el cierre de las válvulas de devolución al río Ancoa del recurso hídrico; que producto de lo anteriormente expuesto, durante aproximadamente doce horas, el río Ancoa no fue abastecido del vital elemento y que, como consecuencia de lo anterior, se originó la mortandad masiva de fauna íctica, originando un daño ecológico irreversible que debe ser reparado.

Efectuadas las averiguaciones correspondientes en la Fiscalía Local del Ministerio Público de Linares, se comprobó que la denuncia del Alcalde de Linares se tramitó en el expediente Rol Único de Causa (RUC) N° 1300206456-6. Respecto a lo anterior, se verificó que en la aludida investigación penal se llevaron a cabo actuaciones por la Brigada de Investigación Criminal, BICRIM, y la Brigada Investigadora de Delitos contra el Medioambiente y Patrimonio Cultural, BIDEA, determinándose por esas dependencias de la Policía de Investigaciones de Chile la existencia de un manejo negligente culposo referente a la manipulación de las válvulas del aludido embalse por parte de don Mario González Agüero, el cual derivó en una baja considerable del caudal del río Ancoa provocando la muerte de numerosos peces.



No obstante lo anterior, en el citado expediente se señala que, en los tipos penales que establece la ley de pesca y otros medioambientales, no está prevista la situación descrita en el párrafo anterior, sino otras relacionadas con la contaminación de las aguas. Por lo

tanto, a juicio de la Fiscalía Local de Linares y en virtud de lo dispuesto en la letra a) del artículo 250 del Código Procesal Penal, se solicitó el sobreseimiento definitivo de dicha causa, toda vez que los hechos investigados no constituyen delito. Al respecto, cabe precisar que con fecha 02 de agosto de 2013, se efectuó audiencia de sobreseimiento definitivo planteado por el Ministerio Público.”

c) “Conclusiones. (...)”

1. Se comprobó que los días 19 y 20 de febrero del año en curso, se produjo una disminución en el caudal del río Ancoa, producto de deficiencias de la manipulación en la operación del sistema de llenado del embalse del mismo nombre por parte de don Mario González Agüero, Inspector Fiscal (S) de la Dirección de Obras Hidráulicas, Región del Maule, ocasionando la mortandad de indeterminada fauna ictica. (...)”

3. Sobre las medidas adoptadas por la Secretaria Regional Ministerial de Obras Públicas respecto de la incidencia anotada, cabe indicar que se comprobó que esa repartición ha realizado diversas actuaciones tendientes a comprobar el estado de funcionamiento del sistema que controla las compuertas del embalse, capacitar al personal responsable de la operación, establecer turnos de vigilancia del caudal e instrumental con tal finalidad y mejorar los procesos internos relacionados con el control, conservación y operación del Embalse Ancoa. (...)”

40. Por último, con fecha 26 de mayo de 2015, el MOP ingresó a través de la plataforma virtual de esta Superintendencia “Sistema de Seguimiento Ambiental”, el informe titulado “Informe Final - Seguimiento Ambiental Embalse Ancoa - Etapa De Construcción (Pre Operación)”, junto a sus respectivos anexos, el cual tenía por fin verificar, registrar y documentar el cumplimiento de los compromisos ambientales del proyecto, para el período comprendido entre octubre de 2014 y diciembre de 2014.

41. En el Anexo N° 4 del Informe de Seguimiento Ambiental al que se refiere el considerando anterior, titulado “Informe Específico Variables Limnológicas”, se informó a esta Superintendencia que “Según los resultados entregados por la Inspección Fiscal, en relación con el caudal ecológico, es posible inferir que la mayor parte del periodo evaluado cumple con la entrega del caudal ecológico para el Proyecto. Sin embargo, se detectó que algunas lecturas muestran que el caudal mínimo fue menor al caudal establecido en la RCA.”⁶ Así mismo, se indicaba que “durante la mayor parte del periodo analizado, el embalse Ancoa cumplió con la entrega del caudal mínimo establecido en la RCA del proyecto, exceptuando algunas lecturas entre agosto y octubre de 2014, en que el caudal mínimo entregado en el día fue menor que el caudal ecológico”. En este sentido, el Informe señala que “para algunas lecturas entre agosto y octubre hay registro de que se entregó un caudal menor al establecido en la RCA del proyecto. Esto se debió a que en el mes de agosto se efectuaron labores de cambio de tablero de fuerza en la caverna de válvulas, posteriormente se efectuaron pruebas de apertura y cierre de la válvula mariposa de D=2200 mm, con el consiguiente corte total de la entrega por periodos cortos de tiempo; en Septiembre se efectuaron 2 maniobras de apertura y cierre de válvula mariposa de caverna c/u de media hora aprox; 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)”.⁷ Particularmente, se informaban los siguientes incumplimientos⁸:

Tabla N° 3

Monitoreo	Caudal Mensual (m ³ /s)	Mínimo entregado	Caudal Ecológico para el mes respectivo (m ³ /s)
Agosto 2014	1,2		1,5
Septiembre 2014	1,14		1,7



⁶ SOLAM, Informe Final - Seguimiento Ambiental Embalse Ancoa - Etapa De Construcción (Pre Operación), Anexo N° 4. Informe Específico Variables Limnológicas. Diciembre 2014. P. 36.

⁷ Ibid. p. 23.

⁸ Ibid.

Octubre 2014	0,00	1,8
--------------	------	-----

Fuente: *Elaboración propia en base a información entregada en "Anexo N° 4. Informe Específico Variables Limnológicas".*

42. En base a lo anterior, se procedió a formular el cargo respectivo, toda vez que los hechos constatados, al dar cuenta de disminuciones de caudal por debajo del límite establecido como caudal ecológico mínimo durante los meses de febrero de 2013 y agosto, septiembre y octubre de 2014, implicaban una contravención a las obligaciones contraídas en virtud de lo dispuesto en el Capítulo VIII 1.1.4 del EIA "Embalse Ancoa" y considerandos N° 3.6.2 y 3.11 de la RCA N° 375/2006.

(iii) **Análisis de los descargos del infractor.**

- a) **Primer argumento: Las condiciones, normas y medidas de la RCA N° 375/2006 indicadas como infringidas, no resultan aplicables, dado que todas ellas corresponden a obligaciones exigibles durante la etapa de operación del proyecto, la cual, a la fecha, no se ha iniciado.**

43. El primer argumento del Ministerio de Obras Públicas, consiste en que las condiciones, normas y medidas de la RCA N° 375/2006 indicadas como infringidas en la formulación de cargos, no le serían aplicables, dado que todas ellas corresponden a obligaciones exigibles exclusivamente durante la etapa de operación del proyecto, la cual, a la fecha, aún no se habría iniciado.

44. Sustenta lo anterior, indicando que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 9 del DFL N° 1.123 de 1981, que establece Normas sobre Ejecución de Obras de Riego por el Estado y en los artículos 22 y 23 del D.S N° 285 de 1981, que fija su Reglamento, es la Resolución de Término de Obras aquella que declara el término de la obra y fija el inicio de la explotación provisional de la misma, y ya que MOP aún no dicta dicha resolución, no se puede entender que se haya dado inicio a la operación del proyecto.

45. Agrega que la no iniciación de la etapa de operación del proyecto se encontraría incluso en conocimiento de la misma Superintendencia del Medio Ambiente, ya que así se expresa, según indica, a través del portal web SNIFA, sección sistema RCA.

46. De lo señalado por MOP, es posible apreciar, en relación al argumento sostenido, que la controversia no radica en la ocurrencia o no del hecho constitutivo de infracción –disminución de caudal-, la cual es de hecho reconocida por el presunto infractor, sino que estriba en determinar, por un lado, el momento en el cual la obligación de mantener un caudal ecológico mínimo se torna exigible, y por otro, la etapa en la cual se encontraría el proyecto "Embalse Ancoa" al tiempo de configurarse los hechos imputados como constitutivos de infracción. Lo anterior, ya que según lo señalado por el MOP, la citada obligación solo formaría parte de la etapa de operación del proyecto y ésta aún no se habría iniciado.

47. Para comenzar el análisis de los argumentos esgrimidos por el MOP, cabe señalar de forma preliminar, en relación a lo indicado en el considerando n° 43, que el sistema al que hace referencia el Ministerio de Obras Públicas solo refleja la información que suministra y mantiene actualizada el mismo titular del proyecto, no siendo información que emane y haya sido corroborada o validada por la SMA. Por lo mismo, no es un elemento concluyente que se pueda tomar en consideración para determinar la etapa en la cual se encuentra un proyecto.

48. Luego, en lo que respecta a la faz sustantiva del argumento del MOP, esto es, la determinación de la etapa en la que se encuentra el proyecto y la exigibilidad de la obligación de mantener un caudal ecológico mínimo, es preciso indicar primeramente, que las etapas de construcción y operación de un proyecto, salvo que durante la evaluación ambiental del proyecto se haya dispuesto lo contrario, configuran contextos fácticos, que están definidos por las fases, cronogramas y criterios técnicos contenidos en las resoluciones



de calificación ambiental respectivas, y que se supeditan a la naturaleza de las obras que se han ejecutado y aquellas que restan por ser abordadas, no dependiendo de un acto volitivo de los titulares la determinación de su inicio o culminación. Esto es coincidente, por ejemplo, con lo dispuesto en el artículo 18 letras c.5 y c.6 del D.S. 40/2012 del MMA que aprueba el Reglamento del SEIA (RSEIA), el cual explicita que, al describirse las fases de construcción y operación de un proyecto, se debe incluir la parte, obra o acción relacionada con la obra, que marca el inicio y término de la fase respectiva. En este sentido, las normas citadas permiten dar cuenta de que los episodios que delimitan las fases de un proyecto presentan una naturaleza fáctica, lo cual, resulta consistente con lo dispuesto en el artículo 12 del D.S. Nº 95/2001 del MINSEGPRES (antiguo RSEIA), que señala como contenido mínimo de un EIA, la descripción cronológica de sus distintas fases; la descripción de las fases de construcción, indicando las acciones y requerimientos necesarios para la materialización de las obras físicas del proyecto o actividad; la descripción de la fase de operación, detallando las acciones, obras y requerimientos, los procesos unitarios y globales, y el manejo de materias primas, productos necesarios para el funcionamiento del proyecto, considerando sus medidas de mantención y conservación; y la descripción de la fase de cierre y/o abandono, si la hubiere, detallando las acciones, obras y medidas que implementará el titular del proyecto o actividad.

49. En caso de sostenerse lo contrario, podrían los titulares de proyectos ejercer todas aquellas actividades propias de la operación de los mismos, para las cuales se diseñaron a lo largo de la evaluación ambiental medidas, condiciones y obligaciones específicas tendientes a mitigar o compensar los impactos asociados a dichas actividades, sin que éstas sean exigibles por el solo hecho de no haber manifestado su voluntad en tal sentido, lo que lógicamente transgrediría de forma indefectible el fin preventivo que estructura al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. En tal sentido, en el caso de autos, si se estuvieran ejecutando actividades propias de la operación del proyecto Embalse Ancoa, no puede el MOP pretender que no le sean exigibles aquellas obligaciones que la RCA ha dispuesto para ellas, por el solo hecho de no haber procedido a la dictación de la resolución de término de obras a la que hace referencia, situación que por lo demás, podría mantenerse de forma indefinida en el tiempo.

50. En relación con lo anterior, cabe hacer presente que el capítulo III.7 del EIA "Embalse Ancoa", indica respecto de las actividades de la etapa de operación que "(u)na vez finalizada la etapa de construcción del embalse, se procede al inicio de llenado de éste, para su posterior operación. Entre las actividades se destacan: a) Funcionamiento de obras de descarga y entrega a riego; b) Entrega de caudal ecológico especificado en el presente EIA; c) Sistema y frecuencia de medición y control de caudales de salida". De lo anterior se colige que el inicio de la fase de operación del Embalse Ancoa, desde el punto de vista ambiental, se vincula con el llenado del embalse y la interrupción del libre curso de las aguas, siendo lógico que así sea, pues es en dicho momento cuando se materializan los principales efectos que el proyecto tendrá en materia de hidrología.

51. Luego, desde el momento en que el MOP se encuentra realizando actividades que son propias de la operación del proyecto, como es la entrega controlada del recurso hídrico mediante obras de descarga, y el control y medición de los caudales de salida, todas las cuales han sido monitoreadas e informadas a esta SMA, como consta de los Informes de Seguimiento Ambiental que han sido referenciados en este dictamen, no es dable sostener que las obligaciones propias de dicha fase no puedan exigirse al titular del proyecto, ya que es justamente en relación con dichas actividades que la medida se ha diseñado para mitigar sus impactos y respecto de las cuales cobra sentido. Además, el Capítulo VIII 1.1.4 del EIA Embalse Ancoa, indica expresamente en lo relativo a la variable hidrológica que "en la etapa de operación, el impacto se refiere a la modificación del régimen de caudales", razón por la cual se diseña como medida de mitigación justamente el establecimiento de un caudal ecológico. De tal forma, no es



posible señalar que habiendo una modificación permanente al régimen de caudales no sea exigible la obligación específicamente diseñada para mitigar su impacto.

52. A mayor abundamiento, y sin perjuicio de lo ya señalado, cabe indicar que en el EIA del proyecto Embalse Ancoa se recogió de forma explícita la posibilidad de que, en un estadio intermedio entre la construcción y la operación del proyecto, se ejecutaran actividades propias de la operación del mismo, estableciéndose que en tal caso serían exigibles las normas asociadas a ambas etapas. En este sentido, el capítulo V.2.3 del EIA señala:

“V.2.3 Normas aplicables durante la etapa de pre operación (si la hubiera).

Es importante definir que entre la etapa de operación y la etapa de construcción, existirá una etapa intermedia que se denominará etapa de pre operación para que en ella queden definidas ciertas actividades y compromisos que aún no se puedan cumplir por efecto de que el embalse aún no se encuentre a operación plena.

Para esta etapa se considera el cumplimiento de las normas señaladas durante la etapa de construcción y operación.”

53. Como se observa, el párrafo citado individualiza el estadio intermedio entre las etapas de construcción y operación como la etapa de “pre operación”, nomenclatura que es coincidente con aquella empleada por el MOP para titular el Informe de Seguimiento Ambiental en el cual se da cuenta de las disminuciones de caudal objeto de la formulación de cargos, a saber, “Informe Final - Seguimiento Ambiental Embalse Ancoa - Etapa De Construcción (Pre Operación)”, y en el escrito de descargos, al referirse a la causa del episodio del día 19 de febrero de 2013, esto es, “*un lamentable error humano durante la etapa de construcción (pre operación) del embalse*”. Por lo anterior, aun cuando no se concluyere que Embalse Ancoa se encuentra en estado de operación, o que estando en etapa de construcción, ha realizado actividades propias de la etapa de operación que requieren del cumplimiento de las obligaciones correlativas, no es posible sostener, como sugiere el MOP, que la obligación de mantener un caudal ecológico puede soslayarse de forma completa en atención al estado general de las obras del proyecto. Lo anterior, ya que tal como él mismo lo indica, el proyecto se encontraría al menos en la etapa de “pre operación”, fase en la cual, al tenor del capítulo V.2.3 del EIA, resultan exigibles las normas aplicables a ambas partes, y solo se exceptúan los compromisos que, por su naturaleza, no puedan fácticamente ejecutarse en atención a que el embalse no se encuentra a operación plena.

54. Por último, y a modo de corolario, cabe señalar sobre el D.F.L Nº 1.123 de 1981 y el D.S Nº 285 de 1994, normas citadas por el MOP en relación con la Resolución de Término de Obras, que la referida normativa no atiende a los criterios de protección ambiental del SEIA ni se relaciona de forma directa con las etapas de construcción y operación definidas por la RCA Nº 375/2006, sino que solo tiene por fin establecer un marco procedimental para que los usuarios interesados beneficiarios de las obras de riego construidas por el Estado, tales como regantes o titulares de derechos de aprovechamiento de aguas, puedan hacer observaciones sobre las obras de forma previa a su ejecución y con posterioridad. Dado lo anterior, y siendo una normativa que, sin perjuicio de relacionarse con la construcción del proyecto, atiende a fines diferentes que no guardan relación con el SEIA ni con la protección ambiental a la cual se avocan las obligaciones contraídas mediante la RCA, no es posible concluir que el cumplimiento de ésta se supedita al de aquella, lo que se refuerza en el hecho de que las normas a las que hace referencia el MOP no se encuentran contenidas en los considerandos Nº 4 de las RCA Nº 375/2006, 263/2010 y 83/2010, que definen la normativa aplicable al proyecto.



55. Por lo anterior, a juicio de este Fiscal Instructor, este argumento no tiene mérito suficiente para desvirtuar el cargo formulado.

b) Segundo argumento: Debe tenerse en consideración el actuar correctivo posterior a la incidencia del día 19 de febrero de 2013 y los esfuerzos para tener siempre un seguimiento de los compromisos ambientales.

56. Como segundo argumento, el Ministerio de Obras Públicas indica que la Contraloría General de la República concluyó en su Informe de Investigación Especial N° 24, en lo relativo a la incidencia de los días 19 y 20 de febrero de 2013, que *"sobre las medidas adoptadas por la Secretaría Regional Ministerial de Obras Públicas respecto de la incidencia anotada, cabe indicar que se comprobó que esa repartición ha realizado diversas actuaciones tendientes a comprobar el estado de funcionamiento del sistema que controla las compuertas del embalse, capacitar al personal responsable de la operación, establecer turnos de vigilancia del caudal e instrumental con tal finalidad y mejorar los procesos internos relacionados con el control, conservación y operación del embalse"*.

57. En el mismo sentido, señala el MOP que de forma adicional a su actuar ante el hecho del día 19 de febrero de 2013, *"se debe considerar los esfuerzos para tener siempre un seguimiento a todos los compromisos ambientales de la RCA N° 375/2006, y que quedan demostrados por el hecho de contratar vía licitación pública a empresas especialistas que tienen por objetivo asegurar el cumplimiento de los compromisos:*

- *Peritaje Técnico del PLC del sistema automatizado de entrega a riego del Embalse Ancoa - IGINSA;*
- *Capacitación Técnicos y Operadores de sistema Embalse Ancoa - IGINSA;*
- *Instalación de un caudalímetro para registro de los caudales de entrega - DOH MOP;*
- *Asesoría a la inspección fiscal (a partir del mes de abril de 2013), para el control operación y conservación del embalse Ancoa- MN Ingenieros - ID 1506-3-LP14;*
- *Construcción Estaciones Fluviométricas, meteorológica y Telemetría, Comuna de Linares, Embalse Ancoa - SICOMAQ- ID 975-35-LP13;*
- *Servicios Ambientales de Monitoreo Variables Limnológicas en etapa de preoperación, Embalse Ancoa- GESAM- ID 975-47-LP14;*
- *Servicios Ambientales de Monitoreo Variables Limnológicas en etapa de llenado y preoperación, Embalse Ancoa - GESAM- ID 975-57 -LE13;*
- *Seguimiento Ambiental Embalse Ancoa Etapa de Preoperación- SOLAM- ID 975-19-LP14;*
- *Seguimiento Ambiental Embalse Ancoa 2015-2016- SOLAM -ID 1506-31-R115."*

58. En relación a la conclusión del Informe CGR citada por el Ministerio de Obras Públicas y a los antecedentes citados en el párrafo anterior, cabe señalar que ellos no atienden a la ocurrencia o no del hecho constitutivo de infracción, el cual, de hecho, dan por acreditado, sino que hacen referencia a la conducta del MOP posterior al episodio de los días 19 y 20 de febrero de 2013, lo que constituye un elemento de ponderación que ha sido considerado en el presente dictamen, como se verá en el apartado correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 letra i) de la LO-SMA.

59. Por lo anterior, a juicio de este Fiscal Instructor, este argumento no tiene mérito suficiente para desvirtuar el cargo formulado.

c) Tercer argumento: La ocurrencia del día 20 de febrero se produjo como consecuencia de un error humano involuntario de un funcionario de la Dirección de Obras Hidráulicas, Región del Maule.

60. En su tercer argumento, el Ministerio de Obras Públicas centra su razonamiento en torno al elemento de imputabilidad propio de la responsabilidad infraccional, esgrimiendo que los hechos habrían ocurrido como consecuencia de un "error humano involuntario" de un profesional a contrata de la Dirección de Obras Hidráulicas de la Región del



Maule. En tal sentido, señala que el informe de la Brigada Investigadora de Delitos contra el Medioambiente y Patrimonio Cultural (BIDEMA), al que se refiere el Informe CGR, habría concluido que la ocurrencia de los días 19 y 20 de febrero se produjo como consecuencia de un error humano involuntario, y que en razón de ello, según el escrito de descargos del MOP, *"la Fiscalía local de Linares, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 249 del Código Procesal Penal, decreta [sic] el sobreseimiento definitivo de la causa por cuanto los hechos descritos no se encuentran dentro de los tipos penales que establece la Ley de Pesca u otros medioambientales. De esta manera, quedó demostrado que la falla en la entrega no correspondió a un manejo doloso de los caudales de entrega, sino a un lamentable error humano durante la etapa de construcción (pre operación) del embalse [...]"*.

61. Sobre el particular, es menester indicar que si bien es cierto que la Fiscalía Local de Linares decidió solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa, la razón de dicha solicitud, tal como se desprende del Informe CGR, radica en que la conducta investigada, de acuerdo a los antecedentes recabados, no se avenía con ningún tipo penal, por lo que no era posible sancionarla en dicha sede. Con todo, por la misma razón, el Informe de Contraloría fue remitido a esta SMA a fin de que se determinara si, no habiéndose configurado un tipo penal, se habría materializado alguna infracción de carácter administrativo. Al respecto, cabe recordar que el Derecho Administrativo Sancionador no exige como requisito de la infracción administrativa la concurrencia de intencionalidad o de un elemento subjetivo más allá de la negligencia⁹, la cual, tal como ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema¹⁰, se presume legalmente en las hipótesis de culpa infraccional por incumplimiento a una RCA, máxime cuando se trata de sujetos regulados especializados que ostentan una posición favorable para dar cumplimiento a sus obligaciones, como es el caso del MOP. Lo anterior, es conteste con la doctrina nacional, que indica que la culpa infraccional supone una contravención de los deberes de cuidado establecidos ya sea por el legislador u otra autoridad con potestad normativa¹¹.

62. Además, si bien la BIDEMA concluye que en la especie no ha concurrido un ánimo subjetivo doloso, sí corrobora la manifestación de un estándar de actuación negligente, dando por acreditado el requisito de imputabilidad al señalar que el cierre de las compuertas se produjo como consecuencia de *"la existencia de un manejo negligente culposo referente a la manipulación de las válvulas del aludido embalse"*. De esta manera, lo que el MOP identifica como un "lamentable error humano", no es una causal de exoneración de responsabilidad por faltar el requisito de imputabilidad de la responsabilidad administrativa, sino que por el contrario, es justamente la falta de adopción oportuna de medidas tendientes a alcanzar un estándar de diligencia apropiado.

63. Por lo anterior, a juicio de este Fiscal Instructor, este argumento no tiene mérito para desvirtuar el cargo formulado.

d) Cuarto argumento: La obligación de mantener un caudal ecológico no se debe materializar en cada caudal instantáneo registrado, sino en el caudal medio mensual.

64. Como cuarto argumento de sus descargos, el Ministerio de Obras Públicas señala, en relación con las deficiencias de entrega de caudal ecológico constatadas durante los meses de agosto, septiembre y octubre de 2014, que la tabla presentada en el considerado 10º de la formulación de cargos, que expresa las mediciones de caudal a pie de presa, y que se obtienen a su vez desde la tabla 4-3 del Anexo N° 4 del Informe Específico Variables Limnológicas, ya citado, no puede ser empleada para sustentar el cargo formulado, ya que ello obedecería a una interpretación incorrecta de la RCA. Funda lo anterior en que los valores consignados en la tabla mencionada *"corresponden a "caudal mínimo instantáneo registrado", o más bien a la "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"*. Añade que lo anterior se verifica ya que el capítulo IX. 3.3.2 del "EIA Embalse Ancoa" señala que para el monitoreo de los caudales ecológicos, la variable a monitorear

⁹ Nieto, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*. 4ª edición. Ed. Tecnos, 2008. P. 391.

¹⁰ CS, Sentencias Rol N° 24.262-2014, 24.245-2014 y 24.233-2014, todas de fecha 19 de mayo de 2015.

¹¹ Barros Bourie, Enrique, *"Tratado de Responsabilidad Extracontractual"*. Editorial Jurídica, 2007, pp. 97 y 98.



es el "caudal medio diario mensual", y ya que la RCA Nº 375/2006 no precisa el parámetro a monitorear, debe primar lo indicado en el EIA. De esta forma, agrega, se considera como indicador de cumplimiento de la medida el caudal medio mensual y no los registros instantáneos, los cuales pueden tener ruidos o errores, señalando por último que para los meses de agosto a octubre de 2014, el caudal medio mensual excedería ampliamente el caudal ecológico, tal como lo indica la misma tabla 4-3 del Informe Anexo N°4.

65. En su argumento, el MOP interpreta el compromiso ambiental de mantener un caudal ecológico, concluyendo que éste se cumpliría en la medida que el caudal medio mensual alcanzare o superase los valores indicados como caudal ecológico establecidos en la RCA, sin perjuicio de lo que pudieren indicar los registros instantáneos. Para llegar a dicha conclusión, señala que la RCA no indica la forma en que se debe dar cumplimiento al compromiso ambiental, y que el Capítulo IX. 3.2.2 del EIA "Embalse Ancoa", establecería como única variable a monitorear el caudal medio diario mensual –lo que el MOP interpreta como caudal medio mensual-.

66. De esta forma, siguiendo la interpretación que realiza el MOP respecto de la obligación ambiental contraída, podría concluirse que si durante un mes determinado se cerraran completamente las válvulas del embalse durante 15 días, para luego abrirse durante el resto del mes, entregando un valor de caudal que duplique el consignado como ecológico, se daría cabal cumplimiento al compromiso ambiental asumido. Lo mismo ocurriría si cada día se cerraran completamente las compuertas durante 12 horas y luego se abriesen permitiendo un paso del doble del caudal ecológico.

67. Sin perjuicio de que el análisis estrictamente textual que realiza el MOP desnaturaliza la obligación y no se aviene con los fines ambientales que ésta persigue, tales como asegurar la supervivencia de la flora y fauna ligada al río, la estabilidad ecosistémica y la disponibilidad del recurso hídrico, cabe señalar que tampoco resiste un análisis sistémico de la evaluación ambiental del proyecto. Efectivamente, el MOP confunde la obligación de monitoreo con aquella variable que el monitoreo busca controlar y que se manifiesta como una obligación sustantiva independiente. En tal sentido, la obligación establecida conforme a lo dispuesto en los considerandos 3.11 y 3.6.2 de la RCA Nº 375/2006, es la mantención de un caudal ecológico durante la etapa de operación, y luego, en el Capítulo VIII 1.1.4 del EIA "Embalse Ancoa", que indica los caudales ecológicos que deben respetarse para cada mes, solo se especifica que la unidad de medida es en "m³/s", definiéndose así la faz sustantiva de la obligación, la cual corresponde a la mantención de un volumen de caudal determinado por segundo, sin hacer alusión alguna a promedios o periodos, y estableciéndose como única excepción aquella dispuesta en el capítulo 6.3 del Anexo B.8 del EIA, a saber, que ante la ocurrencia de años secos, cuando el caudal afluente al embalse sea menor que el caudal ecológico, el flujo a dejar pasar por el embalse, será el caudal afluente.

68. Lo anterior es concordante con lo señalado en la página 52 del Anexo B.8 del EIA "Embalse Ancoa", en donde se señala, respecto del fundamento y alcance de mantener un caudal ecológico mínimo, lo siguiente:

"El régimen de caudales ecológicos es una medida de mitigación, que ha sido propuesta para preservar hábitats acuáticos valiosos y demandas ambientales antrópicas existentes en un curso de agua, debido a la implementación de una obra hidráulica. [...] Los mejores caudales ecológicos serán aquellos que imiten el régimen natural, ya que las comunidades acuáticas han evolucionado de acuerdo con las pautas históricas de distribución de estiajes y crecidas del río y para completar sus ciclos biológicos dependen de la mantención de éstas pautas."

69. Dado lo anterior, no es posible sostener que el solo mantenimiento de un caudal medio mensual acorde al valor consignado como caudal mínimo ecológico, sea suficiente para dar cumplimiento al compromiso ambiental asumido, ya que ello en ningún caso imitaría el régimen natural ni permitiría mantener las pautas históricas necesarias para preservar los hábitats acuáticos y las demandas ambientales antrópicas, pudiendo generarse severas distorsiones, como la constatada durante los días 19 y 20 de febrero de 2013, que de hecho MOP no busca encuadrar en este argumento, pese a que en dicho mes el caudal medio mensual superó el valor del caudal mínimo ecológico.

70. Solo a mayor abundamiento, cabe decir que lo que se ha venido razonando, en orden a que el caudal ecológico mínimo debe mantenerse de forma constante, guarda relación con los criterios que han establecido distintas autoridades con competencia en la materia, al momento de definir la forma de aplicar el caudal ecológico mínimo, en el marco de sus funciones. En este sentido, cabe recordar que hoy en día existe dentro de nuestra legislación dos tipos de caudales ecológicos distintos, por un lado, aquel definido como medida de mitigación durante la evaluación ambiental de un proyecto en el SEIA –“caudal ambiental”-, y por otro, aquel empleado por la DGA al momento de constituirse derechos de aprovechamiento de aguas, según lo dispuesto en el artículo 129 bis 1 del Código de Aguas¹² –“caudal ecológico mínimo”-.¹³ Al respecto, en la Guía Metodológica del SEA para la determinación de caudales ecológicos para centrales hidroeléctricas, cuyos resultados pueden homologarse a otras actividades que requieran de un caudal ambiental como medida de mitigación, se ha señalado lo siguiente:

“El compromiso de respetar un régimen de caudal ambiental corresponde a una medida de manejo ambiental, o bien, a una medida de mitigación establecida para hacerse cargo de un impacto significativo de un proyecto, que incorpora la valoración de los usos antrópicos. Por su parte, el caudal ecológico mínimo es establecido por la Dirección General de Aguas (DGA) al otorgar derechos de aprovechamiento de aguas, considerando principalmente criterios hidrológicos. En el SEIA el titular de un proyecto puede presentar el compromiso de respetar un régimen de caudal ambiental distinto al caudal ecológico mínimo otorgado por la DGA, considerando criterios técnicos de carácter ecológico, social, hidrológico u otros, dependiendo del caso particular. [...] Debido a la integración de los conocimientos técnicos específicos de diversos OAECA, la instancia de evaluación de un caudal ambiental dentro del SEIA permite que se valoren los distintos servicios del sistema de manera coordinada y global.”¹⁴

71. Como se observa, el caudal ambiental debe definirse en el marco de la evaluación de un proyecto, como es el caso del caudal establecido para el Embalse Ancoa, es más exigente que aquel que define la DGA, pues no solo debe analizar la variable hidrológica, sino también todos aquellos elementos de relevancia ambiental (ecológicos, sociales, antrópicos, etc.). Teniendo presente lo anterior, cabe destacar que para precisar el

¹² Artículo 129 bis 1.- Al constituir los derechos de aprovechamiento de aguas, la Dirección General de Aguas velará por la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente, debiendo para ello establecer un caudal ecológico mínimo, el cual sólo afectará a los nuevos derechos que se constituyan, para lo cual deberá considerar también las condiciones naturales pertinentes para cada fuente superficial. [...].

¹³ SEA, *Guía metodológica para determinar el caudal ambiental para centrales hidroeléctricas en el SEIA*. P. 13.

¹⁴ *Ibid.* pp. 13 y 14.



mandato establecido por el legislador en el artículo 129 bis 1 del Código de Aguas, la DGA, mediante Resolución N°3504/2008, aprobó el texto del "Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos", en el cual se esclarecen algunos conceptos relevantes en materia de caudal ecológico mínimo. En lo pertinente, el capítulo 5.1.3.2 del referido manual señala: "El titular del derecho de aprovechamiento deberá dejar pasar en **forma libre y permanente** aguas abajo del punto de captación, el caudal ecológico mínimo (l/s o m³/s)" (resaltado añadido). Además, en el capítulo 5.1.3.3 se ejemplifica para el caso de caudales mínimos para vertientes, que "El caudal ecológico deberá escurrir en forma libre por el cauce **en forma permanente** [...]" (resaltado añadido).

72. Luego, y considerando que el caudal ecológico o "caudal ambiental" que se define en el marco del SEIA, es incluso más exigente y comprende más variables que aquel que debe fijar la DGA, es forzoso concluir que, salvo expresa estipulación en contrario para el caso concreto en la RCA respectiva, es de la esencia de su cumplimiento que el caudal se respete de forma continua y permanente, y no mediante promedios que, aun cuando cumplan formalmente con el valor prestablecido, puedan generar serias distorsiones en los objetivos ambientales consagrados tras la medida.

73. Por todo lo anterior, a juicio de este Fiscal Instructor, este argumento no tiene mérito suficiente para desvirtuar el cargo formulado.

- e) **Quinto argumento: Las mediciones de agosto y septiembre son datos no representativos que se debieron a pruebas de apertura y cierre de la válvula mariposa, mientras que en el caso de octubre, la entrega a riego se efectuó por el evacuador de crecidas. Lo anterior se puede contrastar con la información obtenida desde la estación de aforo de la DGA "El Morro", 11 km.¹⁵ aguas abajo, la que muestra el cumplimiento del caudal ecológico en todas las mediciones instantáneas.**

74. Como quinto y último argumento, el MOP sostiene que las mediciones de agosto y septiembre de 2014 constituyen datos no representativos que se debieron a pruebas de apertura y cierre de la válvula mariposa, mientras que en el caso de octubre, no existiría realmente un incumplimiento, ya que la entrega a riego se efectuó por el evacuador de crecidas. Agrega que lo anterior se puede contrastar con la información obtenida desde la estación de aforo de la DGA "El Morro", ubicada 11 km. aguas abajo del embalse, la que muestra el cumplimiento del caudal ecológico en todas las mediciones instantáneas.

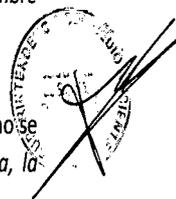
75. Para sustentar lo anterior, el MOP indica que en el Informe Específico de Variables Limnológicas, se informó a la SMA las razones por las cuales las lecturas instantáneas indicaron bajos valores de caudal durante los meses de agosto, septiembre y octubre de 2014, las que corresponderían, de acuerdo a sus descargos, a las siguientes:

- 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."

- Septiembre: "Se efectuaron 2 maniobras de apertura y cierre de válvula mariposa de caverna c/u de media hora aproximadamente."

- Octubre: "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)."

76. En razón de lo anterior, el MOP indica que no se estaría incumpliendo la RCA, ya que "cuando las válvulas están restringidas en su apertura, la



¹⁵ De acuerdo a mediciones realizadas a través de la plataforma Google Earth, la distancia correspondería a 13,4 km. aproximadamente.

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. En efecto, el día sábado 16 de agosto de 2014, cuando se registró a las 12:30 hrs. un caudal instantáneo de 1,25 m³/s, el promedio diario, con los 48 registros de la jornada, indica un caudal de 3,05 m³/s; el día sábado 20 de septiembre de 2014, cuando se registró a las 14:00 hrs. un caudal instantáneo de 1,14 m³/s, el promedio diario, con los 48 registros de la jornada, indica un caudal de 2,13 m³/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 m³/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.”

77. Siguiendo con su argumentación, el MOP indica que las bajas mediciones detectadas durante agosto y septiembre de 2013 no serían datos representativos sino variaciones propias de la medición. Agrega que en el Anexo J, acompañado en sus descargos, se expresa que “respecto a los presuntos incumplimientos de agosto a octubre del 2014, se señaló que el caudalímetro, el cual mide el caudal a través de registros instantáneos, genera 48 registros puntuales diarios, de los cuales 1 no cumplió con el caudal ecológico, en cada uno de los días señalados como infracción. Lo anterior sería una variación propia de la medición, por lo cual sería un dato no representativo. A lo anterior se añade que para los registros lineales se deben cumplir con características de instalación, específicamente con la distancia de los dos sensores de caudal en la tubería, los cuales serían un poco diferentes al ideal por razones de factibilidad de instalación en la tubería. A lo anterior se suma que la válvula genera flujo turbulento, no laminar, lo que provoca dispersión en los datos. Cabe señalar que las válvulas tienen un protocolo de operación que consiste en la apertura y cierre de éstas una vez al mes. En octubre cerraron la válvula, sin embargo esta agua se desvió hacia el evacuador de crecidas, permitiendo cumplir con el caudal ecológico en el río.”

78. Por último, el MOP señala que para corroborar sus dichos, es posible observar información entregada por la estación de aforo "El Morro" de la DGA, también denominada estación "Campamento Ancoa", que se encuentra aproximadamente a 11 km. (13,4 km. aproximadamente según mediciones propias) aguas abajo de la estación Embalse Ancoa, la que entrega registros instantáneos, en línea del caudal, cada 1 hora aproximadamente. En ella, el caudal mínimo instantáneo entregado, para los meses de agosto, septiembre y octubre de 2014, correspondería a 9,22, 7,26 y 7,94 m³/s, lo que demuestra que no se habría incumplido el caudal ecológico.

79. Para analizar los argumentos vertidos por el MOP en sus descargos, cabe señalar de forma preliminar, que en distintos pasajes de sus descargos y de los informes de seguimiento ambiental ya analizados, ha existido por parte del ente estatal un reconocimiento expreso a la disminución del caudal en la estación “Embalse Ancoa” para los meses de agosto y septiembre de 2014, ocasionado por un cierre de las válvulas, lo que se contraponen con algunas alegaciones vertidas en los descargos, que señalarían que los valores detectados podrían obedecer a distorsiones de los datos monitoreados. De esta forma, cuando se señala en el escrito de descargos que las bajas lecturas podrían haberse provocado por dispersión de datos del caudalímetro, es prudente recordar que en el Anexo N° 4 del Informe de Seguimiento Ambiental, se señaló explícitamente que “**hay registro de que se entregó un caudal menor al establecido en la RCA del proyecto. Esto se debió a que en el mes de agosto se efectuaron labores de cambio de tablero de fuerza en la caverna de válvulas, posteriormente se efectuaron pruebas de apertura y cierre de la válvula mariposa de D=2200 mm, con el consiguiente corte total de la entrega por periodos cortos de tiempo; en Septiembre se efectuaron 2 maniobras de apertura y cierre de válvula mariposa de caverna c/u de media hora aprox.**” (el resaltado es propio). Del mismo modo, es necesario tener



presente que en el mismo escrito de descargos se señala que durante esas fechas hubo efectivamente registros instantáneos inferiores al valor consignado como caudal ecológico, pero que se justificaría, en su criterio, sobre la base de que los promedios diarios darían cumplimiento al citado valor.

80. En concordancia con lo anterior, cuando se señala en el citado Anexo J que por ser solo un registro diario aquel que se encuentra bajo el caudal ecológico, el valor no sería representativo, pudiendo deberse a una variación propia de la medición, es necesario contrastar lo indicado con lo informado en relación a que el motivo de las fluctuaciones se debió a pruebas de cierre y apertura de válvulas, y no a errores de operación del caudalímetro o de procesamiento de datos. Luego, la "falta de representatividad" del dato a la que se hace referencia no guarda relación con la configuración o no del hecho, el cual en otros pasajes del escrito de descargos se da por acreditado, sino con la reiteración o extensión en el tiempo del hecho, lo cual se pondera en el presente dictamen en la sección correspondiente a las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA.

81. Luego, en relación al argumento centrado en que las bajas de caudal de los meses de agosto y septiembre se debieron a pruebas de apertura y cierre de válvulas, cabe hacer presente que no existe ninguna referencia normativa en base a la cual se pueda concluir que dichas pruebas tendrían el mérito para exonerar al MOP del cumplimiento de la mantención del caudal ecológico, ya que la RCA no dispone dicha excepción, tendiendo por el contrario a un cumplimiento del caudal ecológico mínimo constante. Por el contrario, cuando se realizaron dichas actividades, que operacionalmente pueden resultar justificadas, el MOP debió disponer de los medios necesarios para que el caudal pudiese fluir de forma tal que se diese cumplimiento al caudal ecológico, lo que no se hizo.

82. Por otro lado, el argumento señalado en el considerando nº 76 del presente acto, relativo a que las mediciones puntuales pueden no dar cumplimiento al caudal ecológico siempre y cuando el promedio diario sí lo haga, en atención a lo ya indicado en los considerandos Nº 64 y ss., no será abordado en esta sección y se estará a lo ahí expresado por referirse a la misma materia.

83. Finalmente, abordando lo indicado por el MOP en relación a que sus dichos pueden corroborarse con los datos obtenidos en la estación "El Morro", cabe señalar que la información obtenida en dicha estación no basta para tener por cumplido el compromiso de mantener un caudal ecológico, toda vez que, como se puede apreciar en el capítulo VIII 1.1.4 del EIA "Embalse Ancoa", el caudal ecológico, en tanto medida de mitigación, *"establecerá el caudal mínimo pasante que deberá dejar pasar el embalse Ancoa medido a pie de la presa"* (el resaltado es propio). Lo anterior no es antojadizo y se funda en criterios técnicos que fueron recogidos en el mismo EIA citado. En tal sentido, el capítulo VIII 1.1.4 de dicho EIA expresa que el caudal ecológico fue determinado para satisfacer las demandas ambientales de distintos lugares identificados como de alto valor biológico acuático, uno de los cuales es justamente la Estación Biológica CEB, cercana al muro de la presa, y que por ser una estación biológica donde se da una combinación de río fuertemente canalizado, rápidos y remansos, requiere un caudal mínimo mayor al de otras estaciones. Por lo mismo, en el Capítulo 5.3.5 del Anexo B.8 del mismo EIA, el cual analiza en detalle el alcance y objetivos de la determinación de un caudal ecológico, se expresa que para que la medida resulte eficiente, *"el caudal ecológico para cada mes, será aquel caudal ubicado inmediatamente a pie de presa, que satisfaga todos los CMA (caudal mínimo aconsejable)"*. De esta forma, el cumplimiento del caudal ecológico en un punto ubicado a 13,4 kilómetros aguas abajo del embalse, no puede tomarse como un indicador de cumplimiento en circunstancias que existe un reconocimiento explícito a la disminución de caudal a pie de presa.

84. Por su parte, en lo relativo a la disminución de caudal durante el mes de octubre de 2014, el MOP indica que ésta no habría ocurrido realmente, ya

que la entrega del recurso hídrico se produjo en dichas fechas través del evacuador de crecidas. Al respecto, en el Anexo J se indica que *“(d)urante algunos días de este mes se efectuaron pruebas de funcionamiento del evacuador de crecidas. En este periodo las válvulas de entrega del embalse se mantuvieron cerradas y por lo tanto el instrumento registró caudal nulo. Esta condición de operación no impidió que se interrumpiera la entrega de caudal al río Ancoa superando ampliamente los valores mínimos establecidos como caudal ecológico”*.

85. Sobre el particular, cabe señalar de forma preliminar, que el evacuador de crecidas al que hace referencia el MOP, es un mecanismo diseñado para que el Embalse Ancoa pueda hacer frente a un eventual episodio de crecida milenaria, pudiendo con él descargar las excedencias que se produzcan, en una quebrada ubicada al lado izquierdo del valle en el que se emplazan las obras. Este mecanismo se encuentra definido en el capítulo 2.1.1 del EIA, el cual establece: *“Vertedero evacuador de crecidas: consistente en un canal de evacuación ubicado en la ladera izquierda del valle, para descargar en una quebrada existente. Caudal de diseño estimado es de 761 m³/s para la crecida milenaria, ancho estimado 12m”*.

86. Por su parte, en el capítulo 2.3.4 del EIA “Embalse Ancoa” se señala que *“[l]as obras de evacuación de crecidas del Embalse se ubican en la ladera izquierda de la angostura. Están constituidas por un vertedero lateral de 45 m. de longitud; un canal colector trapecial también de 45 m. de largo, con un ancho basal que varía desde los 10 m. a los 12 m., con pendiente de 10%. A continuación se desarrolla un rápido de descarga de, sección trapecial de 12 m. de ancho basal, conformado por un primer tramo de 80 m. de largo y 5,6% de pendiente y un segundo tramo de 98 m. con 25% de pendiente. Al final del rápido se ubica una cuchara de lanzamiento o salto de ski de 14 m. de radio, que **permite entregar los caudales evacuados al cauce del río Ancoa**”* (el resaltado es nuestro).

87. Si bien en el pasaje citado anteriormente se señala que el evacuador de crecidas permite entregar los caudales al cauce del río Ancoa, en ninguna sección de la evaluación ambiental se precisa el punto exacto de confluencia entre el evacuador y el cauce del río, por lo que no es factible saber, por el solo mérito de la evaluación ambiental, si las aguas son entregadas a pie de presa o si, por el contrario, parte de ellas terminan por ser drenadas en la quebrada y filtradas a napas subterráneas. Además, a lo largo de la evaluación ambiental del proyecto Embalse Ancoa, en ningún momento se consideró o evaluó la posibilidad de emplear el evacuador de crecidas para un fin diverso al de permitir al embalse resistir una eventual crecida milenaria, por lo que no se analizó su suficiencia en tanto mecanismo alternativo para entregar el caudal mínimo ecológico a pie de presa.

88. Con todo, en respuesta al requerimiento de información formulado por esta SMA con fecha 22 de marzo de 2016, el MOP acompañó como Anexo 07 un plano georreferenciado en coordenadas UTM, Datum WGS 84, en el que se aprecian de forma clara el punto de descarga del evacuador de crecidas así como el punto de confluencia entre la descarga y el río Ancoa, y en Anexo 08, un registro fotográfico que da cuenta de los dos puntos señalados previamente. Luego del análisis de la información enviada por el MOP, es posible apreciar que el evacuador de crecidas se encuentra ubicado de forma adyacente al muro de la presa y que su descarga confluye en un área limítrofe con el punto de descarga original ubicado a pie de presa.

89. Dado lo anterior, este Fiscal Instructor considera que este argumento tiene mérito para desvirtuar el cargo formulado en lo referente a los episodios ocurridos en octubre de 2014, por lo que en el capítulo correspondiente al análisis de la prueba se determinará la suficiencia de los antecedentes que sustentan este descargo, a fin de determinar si respecto de esos episodios la infracción se puede tener por configurada.



90. Con todo, al tenor de lo ya analizado, se estima que respecto de los meses de febrero de 2013 y agosto y septiembre de 2014, los argumentos jurídicos presentados por el MOP no son suficientes para desvirtuar el cargo formulado.

(iv) Examen de la prueba aportada durante el procedimiento sancionatorio.

91. El hecho infraccional en cuestión, fue incluido como cargo en la R.E. N° 1 / Rol F-027-2015, en base a lo dispuesto en el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2013-50-VII-RCA-IA, en el informe "Servicios Ambientales de Monitoreo de Variables Limnológicas Etapa Pre-Operación", en el Informe de Investigación Especial N° 24 de 2013 de la CGR y en el "Informe Final - Seguimiento Ambiental Embalse Ancoa - Etapa De Construcción (Pre Operación)".

92. Por su parte, para desvirtuar el cargo y los elementos probatorios señalados en el párrafo precedente y ya desarrollados en este Dictamen, el MOP acompañó junto a su escrito de descargos, los siguientes medios de prueba:

- a) Anexo A: Copia de ORD. DCR. DOH N° 3729, de fecha 31 de julio de 2013, por medio del cual el Jefe de Departamento de Construcción de Riego, remite al Director Regional de Obras Hidráulicas, minuta que informa acerca de la disminución de caudales en el río Ancoa el día 20 de febrero de 2013.
- b) Anexo I: Copia de imagen tomada desde el sistema de Información de RCA de la Superintendencia del Medio Ambiente.
- c) Anexo J: Copia de "Minuta Visita Embalse Ancoa", de fecha 6 de Noviembre de 2015.

93. Además, en respuesta al requerimiento de información formulado por esta SMA con fecha 22 de marzo de 2016, en lo que se refiere al cargo en análisis, el MOP ingresó los siguientes antecedentes:

- a) Anexo 04: Registros instantáneos de las estaciones DGA El Morro y Los Hierros, de los meses de octubre y noviembre de 2014.
- b) Anexo 05: Histórico Sistema Entrega Riego.
- c) Anexo 06: Procedimiento para la manipulación de la plataforma de control del sistema de entrega a riego.
- d) Anexo 07: Plano con punto de descarga del evacuador de crecidas y el punto de confluencia con el río Ancoa.
- e) Anexo 08: Set de imágenes que muestran el punto de confluencia entre la descarga entregada por el evacuador de crecidas y el río Ancoa.
- f) Anexo 09: Registros instantáneos captados en la estación de monitoreo ubicada al pie de presa durante los meses de febrero de 2013 y agosto, septiembre y octubre de 2014.

94. De los medios de prueba singularizados en el considerando n° 92, cabe mencionar que aquel descrito en la letra a) se estima impertinente, puesto que no es un hecho discutido en el presente procedimiento las acciones que se adoptaron con posterioridad a la incidencia de fechas 19 y 20 de febrero de 2013, así como tampoco las características técnicas del conjunto de válvulas diseñado para regular el desalojo del caudal, no aportando ningún antecedente adicional relevante para esclarecer los hechos. Con todo, las acciones que se adoptaron con posterioridad a la incidencia de fechas 19 y 20 de febrero de 2013 serán abordadas en la sección correspondiente al análisis de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA.

95. Por su parte, la prueba b), esto es, el Anexo I, al tener por objeto acreditar un argumento que, como ya se analizó, no tiene mérito suficiente para desvirtuar el cargo formulado, a saber, si el proyecto se encontraba formalmente en estado de construcción u operación al tiempo de los hechos constitutivos de infracción, se estimará como impertinente, toda vez que no permite verificar un hecho relevante para la resolución del procedimiento. Con todo, como ya se indicó en el considerando nº 47 de este dictamen, es preciso señalar que el sistema al que hace referencia el Ministerio de Obras Públicas solo refleja la información que suministra y mantiene actualizada el mismo titular del proyecto, no siendo información que emane y haya sido corroborada o validada por la SMA. Por lo mismo, no es un elemento concluyente que se pueda tomar en consideración para determinar la etapa en la cual se encuentra un proyecto.

96. Por su parte, la prueba c), es decir, el Anexo J del escrito de descargos, si bien aporta algunos elementos inconducentes, como son aquellos que tienen por objeto informar las acciones que se adoptaron con posterioridad a la disminución de caudal de los días 19 y 20 de febrero de 2013 y algunos antecedentes respecto del funcionamiento general del embalse, también contiene elementos destinados a desvirtuar el cargo formulado, como lo son las causas y circunstancias en las que se desarrollaron las disminuciones de caudal durante los meses de agosto, septiembre y octubre de 2014. Sin embargo, tal como se abordó en los considerandos 74 y ss. de este dictamen, salvo por lo relacionado con los episodios de octubre de 2014, dichos argumentos no tienen mérito suficiente para desvirtuar el cargo formulado, por lo que los antecedentes destinados a acreditar dichas circunstancias se tendrán por impertinentes, toda vez que no permite verificar un hecho relevante para la resolución del procedimiento.

97. Por el contrario, los elementos aportados a través del Anexo J en lo que dice relación con los episodios de octubre de 2014, suponen un antecedente pertinente en el esclarecimiento de los hechos constitutivos de infracción, por lo que su examen resulta necesario. Al respecto, cabe hacer presente que el Anexo 05 del escrito ingresado con fecha 22 de marzo de 2016, representa el registro de los caudales entregados para el periodo de tiempo comprendido entre agosto, septiembre y octubre de 2014, y complementa lo enunciado en el Anexo J en lo que se refiere a la forma en la cual se entregó el caudal durante octubre de 2014, por lo que el análisis recaerá sobre este último.

98. En este sentido, cabe señalar que analizados los datos entregados en el Anexo 05, es posible apreciar que durante los días 7 a 21 de octubre y 28 de octubre a 2 de noviembre de 2014, si bien las válvulas de salida de la presa no registran movimientos de salida, se informaron caudales de entrega por medio del evacuador de crecidas que superan con holgura el caudal ecológico mínimo, los cuales, según indica del MOP en el mismo anexo, fueron estimados en base a la altura de nivel respecto a la cota del umbral del vertedero.

99. Ahora bien, el señalado anexo 05, solo entrega los datos correspondientes al caudal entregado y una referencia a que éstos se habrían obtenido, durante los días 7 a 21 de octubre y 28 de octubre a 2 de noviembre de 2014, en base a la altura de nivel respecto a la cota del umbral del vertedero, sin embargo, no se indica la forma en base a la cual se calculó dicha estimación, los registros que le sirvieron de fuente ni los procedimientos para hacer las mediciones correspondientes, por lo que resulta imposible corroborar la veracidad o precisión de lo informado.

100. Con todo, si se contrasta esta información con aquella entregada por la estación El Morro (Anexo 04 del escrito de fecha 22 de marzo de 2016), la cual registró caudales constantes durante el período de análisis, es posible concluir al menos que durante dicho periodo existió una descarga de caudal constante a través del evacuador de



crecidas. Además, aun cuando es reprochable la falta de precisión y verificabilidad de la información entregada por el MOP, cabe señalar que es posible trazar la fuente de la información a una fecha previa a la formulación de cargos, toda vez que en el "Anexo N° 4. Informe Específico Variables Limnológicas", emitido en noviembre de 2014, se informaba que "[c]abe destacar que durante el mes de octubre 2014 comienza el evento del vertimiento de caudal por sistema de Evacuador de Crecidas del Embalse, las operaciones comenzaron el día 6 de octubre a las 10:00 horas hasta el día 22 de octubre a las 11:30 horas, entregando un caudal promedio de $11,74 \pm 1,4 \text{ m}^3/\text{s}$. El segundo ciclo de operación para el sistema de Evacuador de Crecidas del Embalse comenzó el día 28 de octubre a las 6:00 horas hasta el día 31 de octubre a las 23:30 horas, entregando un caudal promedio de $25,58 \pm 3,6 \text{ m}^3/\text{s}$." En tal sentido, los registros informados en dicha oportunidad resultan coincidentes con aquellos entregados por el MOP en sus descargos.

101. Por otro lo anterior, los registros instantáneos captados en la Estación El Morro y entregados mediante el Anexo 04, si bien no permiten acreditar que se entregó un caudal ecológico a pie de presa, sí dan cuenta de que durante el periodo de análisis se entregó un caudal constante desde el Embalse Ancoa, lo cual, permite concluir que pese a que la estación de monitoreo a pie de presa registra un caudal de $0 \text{ m}^3/\text{s}$, hubo un caudal que se entregó efectivamente a través de un mecanismo alternativo.

102. En este orden de ideas, dado que lo informado en respuesta al requerimiento de información de fecha 22 de marzo de 2016 es consistente con lo señalado en el Anexo J, en el Anexo 05 y en el "Anexo N° 4. Informe Específico Variables Limnológicas", y considerando además que el principal antecedente que se tuvo a la vista para incluir los episodios de octubre de 2014 en el cargo formulado fue justamente el "Anexo N° 4. Informe Específico Variables Limnológicas", sumado a que esta SMA no dispone de otros antecedentes que permitan concluir que durante el mes de octubre de 2014 hubo una entrega de caudal por debajo del caudal ecológico, no resulta plausible, a juicio de este Fiscal Instructor, tener por acreditada la infracción para el señalado periodo.

103. Por lo anterior, a juicio de este Fiscal Instructor, del análisis de los antecedentes que obran en el expediente sancionatorio es posible concluir que no existen elementos suficientes que permitan concluir que en el período comprendido entre los días 7 a 21 de octubre y 28 de octubre a 2 de noviembre de 2014, no se dio cumplimiento a la obligación de entregar un caudal ecológico mínimo, lo cual, al tenor de lo informado, habría ocurrido mediante el evacuador de crecidas.

104. En razón de lo anterior, el período señalado no será considerado como constitutivo de infracción en el presente dictamen. Con todo, se hace presente que por la centralidad y relevancia de la medida de mantener un caudal ecológico, y dado que el evacuador de crecidas no fue considerado para tal fin durante la evaluación ambiental del proyecto, se estima necesario que estas obras sean visadas por la autoridad competente. Así mismo, y por las mismas razones, se considera necesario que la medición de los caudales entregados por medio del evacuador de crecidas se verifique mediante una estación de monitoreo constituida específicamente para tal fin, y no mediante estimaciones respecto de las cuales no es posible hacer un adecuado seguimiento.

105. Por su parte, en relación con las disminuciones de caudal de febrero de 2013 y agosto y septiembre de 2014, existe un reconocimiento expreso respecto de la ocurrencia de los hechos por parte del MOP, el cual se puede verificar en sus descargos y en sus informes ingresados a esta SMA titulados "Servicios Ambientales de Monitoreo de Variables Limnológicas Etapa Pre-Operación" e "Informe Final - Seguimiento Ambiental Embalse Ancoa - Etapa De Construcción (Pre Operación)". Lo anterior, sumado al Informe CGR,

referido particularmente al episodio de febrero de 2013, el cual emana de la máxima autoridad de control fiscal del país, y cuyas conclusiones se levantaron sobre la base de pronunciamientos de las Direcciones Regionales de Obras Hidráulicas, General de Aguas y de Vialidad, todas pertenecientes al MOP, de esta SMA, del SEA de la Región del Maule, de la Municipalidad de Linares y de la Fiscalía de Linares, permite a este Fiscal Instructor concluir razonadamente la efectiva ocurrencia de los hechos objeto de formulación de cargos y sus circunstancias, tal como se ha venido exponiendo y analizando en los considerandos previos. Luego, la discusión sobre la configuración de la infracción no se centra en la ocurrencia de los hechos constitutivos de la misma, sino en consideraciones de derecho relativas a la forma en la que el MOP debe dar cumplimiento a la obligación de mantener un caudal ecológico mínimo, las cuales, ya fueron analizadas en el Capítulo VI., letra A, apartado (iii) de este dictamen.

106. En relación a lo anterior, cabe señalar que el Anexo 09 del escrito de fecha 8 de abril de 2016, al entregar los registros instantáneos (medidos cada media hora) captados en la estación de monitoreo Embalse Ancoa ubicada a pie de presa durante los meses de agosto y septiembre de 2014, permite precisar los días en los cuales se habrían materializados los hechos constitutivos de infracción. En este sentido, para el mes de agosto, que de acuerdo al Capítulo VIII 1.1.4 del EIA "Embalse Ancoa" debe respetar un caudal ecológico mínimo de 1,5 m³s, es posible observar que el día 16 agosto se registraron dos caudales instantáneos bajo dicho umbral y que entre las 18:30 del día 5 de agosto y las 10:30 del día 6 de agosto, no se informan caudales por desconexión del instrumento. Respecto a esto último, si bien no se tienen los registros específicos, de acuerdo al "Anexo N° 4. Informe Específico Variables Limnológicas", hay un reconocimiento explícito a un corte total de entrega por "periodos cortos de tiempo". Por su parte, para el mes de septiembre, que considera un caudal ecológico de 1,7 m³s, se constata entre los días 19 a 26 de septiembre, un total de 69 registros instantáneos por debajo del límite permitido.

107. Lo descrito en el párrafo precedente permite tener por configurados los hechos constitutivos de infracción y será a su vez ponderado en el apartado correspondiente en el que se analicen las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA.

108. Finalmente, cabe indicar que el Anexo 06 solo describe el procedimiento para la manipulación de la plataforma de control del sistema de riego del Embalse Ancoa (apertura y cierre de válvulas), lo cual, no aporta ningún antecedente relevante para la resolución del procedimiento.

(v) Determinación de la configuración de la infracción.

109. En razón de todo lo expuesto, y considerando que existen antecedentes suficientes para tener por acreditados los hechos constitutivos de infracción y que los descargos y medios de prueba aportados por el MOP no logran desvirtuar los hechos constatados, se tendrá por configurada la infracción, salvo en lo que dice relación con los episodios de octubre de 2014.

B. Cargo 2: Residuos peligrosos se encuentran almacenados a la intemperie, sin contar con cierre perimetral ni techumbre.

(i) Norma que se estima infringida

110. En relación con la normativa aplicable al proyecto "Embalse Ancoa", el considerando n° 4 de la RCA N° 375/2006, señala:

"[...] sobre la base de los antecedentes que constan en el expediente de evaluación, debe indicarse que la ejecución del proyecto "Embalse Ancoa" cumple con:



4.1. Normas de emisión y otras normas ambientales.

4.1.1. Etapa de construcción [...]

D.S Nº 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."

111. Por su parte, el D.S. Nº 148/2003, referenciado en la RCA Nº 375/2006, enumera las condiciones que deben cumplir los sitios donde se almacenen residuos peligrosos, estableciendo al respecto:

"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 2.190 Of 93 (...)".

(ii) Antecedentes del cargo formulado

112. El hecho infraccional en cuestión fue constatado durante la inspección de fecha 7 de marzo de 2013 e incorporado en el acta respectiva y en el informe de Fiscalización Ambiental elaborado por la División de Fiscalización de esta Superintendencia, disponible en el expediente DFZ-2013-50-VII-RCA-IA. En dicho informe se identificó el siguiente hallazgo susceptible de calificarse como infracción:

"Durante la inspección se constató la presencia de 19 tambores de capacidad de 200 litros que de acuerdo a lo informado por el encargado de la faena (capataz) contratado por la empresa Besalco, Sr. Francisco Olave, indica que su contenido corresponde a agua con petróleo, agua con aceite y aceite usado, los que corresponden a residuos peligrosos; Se constató la presencia de 20 tambores de capacidad de 200 litros, de los cuales algunos estaban rotulados como "peligrosos" y "mezcla de residuos" y otros contenían aceite usado, los que corresponden a residuos peligrosos. Todos los tambores de 200 litros señalados anteriormente, correspondientes a residuos peligrosos, se encontraban

a la intemperie, sin contar con cierre perimetral, techumbre ni identificación acorde a la NCh 2.190 of 93."

113. Por su parte, el artículo 18 del D.S. N° 148/2003, al individualizar aquellos residuos que tienen la naturaleza de residuos peligrosos, identifica en su Lista I, bajo el Código I.9, las mezclas y emulsiones residuales de aceite y agua o de hidrocarburos y agua, lo que correspondería, al menos en parte, conforme a lo señalado en el acta de inspección ambiental y no controvertido por el MOP, a los residuos detectados en las obras.

114. En base a lo anterior, se procedió a formular el cargo respectivo, toda vez que la modalidad de almacenamiento de los residuos peligrosos empleada por el MOP, no se avenía con el estándar exigido por el artículo 33 del D.S. N° 148/2003.

(iii) Análisis de los descargos del infractor.

a) Primer argumento: Los hechos habrían sido observados durante una inspección realizada por CONAF y SAG, y no encomendada al servicio competente, es decir, Seremi de Salud.

115. El primer argumento esgrimido por el MOP consiste en que los hechos constatados durante la inspección de fecha 7 de marzo de 2013, habrían sido observados por funcionarios de CONAF y del SAG, y no encomendada por esta Superintendencia al servicio competente de fiscalizar el cumplimiento de la normativa asociada a residuos peligrosos, es decir, Seremi de Salud.

116. Al respecto, lo primero que debe tenerse presente, es que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2° de la LO-SMA, la Superintendencia del Medio Ambiente, tiene por objeto ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental, de las medidas de los Planes de Prevención y/o de Descontaminación Ambiental, del contenido de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, y de los Planes de Manejo, cuando corresponda, y de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley.

117. Para el ejercicio de las funciones entregadas por la ley a esta Superintendencia, el artículo 22 de la LO-SMA otorga amplias facultades para encomendar las actividades de fiscalización de los instrumentos de gestión ambiental, a los distintos organismos sectoriales, sin disponer restricciones asociadas a las competencias de dichos organismos en relación con las materias objeto de la fiscalización. En concordancia con ello, mediante Resolución N° 879/2012 de esta Superintendencia, se fijó el Programa y Subprogramas Sectoriales de Fiscalización Ambiental de Resoluciones de Calificación Ambiental para el año 2013, dentro del cual se circunscribe la actividad de fiscalización en comento.

118. Por otra parte, y en relación con lo anterior, cabe tener presente que durante las actividades de fiscalización solo se constatan hechos, los cuales son posteriormente ponderados por esta SMA y contrastados con el ordenamiento jurídico vigente, a fin de determinar si los hechos constatados configuran o no una infracción. Luego, no es necesario que concurra un servicio en específico para dar validez a los hechos constatados por inspectores de otro servicio, máxime si éstos gozan de la calidad de ministros de fe conforme a sus respectivas leyes orgánicas (artículos 7 letra k) y 12 inciso tercero de la Ley N° 18.755, para el caso de fiscalizadores del SAG y artículo 16 inciso final de la ley N° 18.384, para fiscalizadores de CONAF), lo que a su vez se relaciona con lo dispuesto en el artículo 51 inciso segundo de la LO-SMA, respecto del valor probatorio de los hechos así constatados.



119. Por lo señalado, es dable concluir que la concurrencia o ausencia de inspectores de la Seremi de Salud durante la actividad de fiscalización, deviene en irrelevante para efectos del presente procedimiento sancionatorio.

120. Por lo anterior, a juicio de este Fiscal Instructor, este argumento no tiene mérito suficiente para desvirtuar el cargo formulado.

b) Segundo argumento: Los tambores no se encontraban en condición de almacenamiento a la intemperie, sino en proceso de retiro.

121. Como segundo argumento, el MOP indica que mediante Ord. Dgop. Nº 732, de fecha 24 de junio de 2013 (Anexo B), que da respuesta a la actividad de fiscalización, hizo presente a esta Superintendencia que los tambores no se encontraban en condición de almacenamiento a la intemperie, sino en proceso de retiro por parte de la empresa contratista Besalco S.A., la que contaría con autorización para retiro por parte de la Autoridad Sanitaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del D.S. Nº 148/2003. Especifica que en dicha presentación se señaló a la SMA que *"El proceso de retiro de faenas realizado por el Contratista, implica la ubicación transitoria de algunos elementos, para su retiro por parte de los vehículos y maquinarias adecuadas. En particular, el retiro de los elementos observados fue desarrollado de la misma manera. Al 28 de marzo de 2013, la empresa contratista a cargo de la Construcción del Embalse (Besalco S.A.) finalizó el retiro de todos los residuos industriales y realizó la limpieza y abandono de todos los sectores de los cuales hacía ocupación."* Agrega que lo anterior constaría en el acta de Declaración de Seguimiento de Residuos Peligrosos, emitida por la empresa Bio Transportes, con fecha 22 de marzo de 2013, la cual acompaña (Anexo H).

122. Al respecto, en relación a la "condición de retiro" a la que hace alusión el MOP, cabe señalar que el D.S. Nº 148/2003 no realiza tal distinción, sino que por el contrario, homogeniza el concepto de almacenamiento en base a una definición amplia contenida en el artículo 3 inciso segundo, la cual es del siguiente tenor: *"conservación de residuos en un sitio y por un lapso determinados"*.

123. Dado lo anterior, la condición de retiro a la que hace referencia el MOP es solo una circunstancia fáctica y no una categoría normativa que altere las condiciones mínimas que deben cumplir los sitios de almacenamiento transitorio de residuos peligrosos conforme lo dispone el artículo 33 del Dto. 148/2003. Además, cabe señalar que el mismo artículo 33 establece en su inciso final, que solo de forma excepcional se podrán autorizar sitios de almacenamiento que no cumplan con alguna de las condiciones definidas en dicho artículo, si se justifica técnicamente que su diseño protege de la misma forma la salud de la población, circunstancia que no se ha configurado en el caso de autos.

124. Por último, es imperioso señalar que el mismo MOP indica en sus descargos que los residuos peligrosos en comento habrían sido retirados el día 22 de marzo de 2013, lo que implica, si se considera que éstos fueron constatados durante la fiscalización de fecha 7 de marzo de 2013, que dichos residuos habrían estado al menos 15 días en "condiciones de retiro" sin dar cumplimiento a la normativa ya citada.

125. Por lo anterior, a juicio de este Fiscal Instructor, este argumento no tiene mérito suficiente para desvirtuar el cargo formulado.



c) Tercer argumento: En la actualidad, el sitio presenta una limpieza total y se encuentra en buen estado.

126. Como tercer y último argumento, indica el MOP que en el informe titulado "Informe de Seguimiento Ambiental Etapa de Construcción y Postconstrucción Embalse Ancoa (AMBAR)", de junio de 2013, se señala que el sitio en donde se encontraban los tambores, que corresponde a la zona de Campamento y Patios de Almacenamiento de Materiales, presenta en la actualidad *"limpieza total, nivelación terreno, descompactación del terreno, Reforestación y terrazas en sitios >20% de pendiente, descompactación de suelo, sembrado de empastadas con especies similares a /as vecinas. Reforestación con 70 individuos de Boldo en zona campamento. En abril se agrega: disposición de 20 cm de material vegetal."* Añade que la zona ha sido materia de seguimiento ambiental y que el último informe relacionado, correspondiente al ANEXO G de su presentación de descargos, da cuenta del buen estado actual del área y de las plantaciones que se llevaron a cabo.

127. En relación al argumento sostenido, cabe señalar que éste no tiene por fin desvirtuar el cargo formulado, sino comunicar circunstancias sobrevinientes que no guardan relación con la configuración de la infracción y que son ajenas al hecho constatado.

128. Por lo anterior, a juicio de este Fiscal Instructor, este argumento no tiene mérito suficiente para desvirtuar el cargo formulado. Lo anterior, sin perjuicio de la ponderación que se haga respecto de esos antecedentes en la sección relativa a la concurrencia de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA.

129. Luego, al tenor de lo ya analizado, se estima que los argumentos jurídicos presentados por el MOP no serían suficientes para desvirtuar el cargo formulado, por lo que solo se pasará a realizar un examen de la prueba que obra en el presente expediente a fin de determinar si en base a ella se puede tener por configurada y acreditada la infracción.

(iv) Examen de la prueba aportada durante el procedimiento sancionatorio.

130. El hecho infraccional en cuestión, fue incluido como cargo en la R.E. Nº 1 / Rol F-027-2015, en base a lo dispuesto en el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2013-50-VII-RCA-IA y en las actas de inspección ambiental en las que se funda dicho informe.

131. Por su parte, para desvirtuar el cargo y los elementos probatorios señalados en el párrafo precedente y ya desarrollados en este Dictamen, el MOP acompaña junto a su escrito de descargos, los siguientes medios de prueba:

- a) Anexo B: Copia de ORD. DGOP. Nº 732, de fecha 24 de junio de 2013, que envía respuesta y antecedentes solicitados en visita de inspección.
- b) Anexo H: Copia de Documento de Declaración y Seguimiento de Residuos Peligrosos Nº 0011401 de fecha 22 de marzo de 2013, emitido por la empresa Bio Transportes E.I.R.L., su registro en el sistema SIDREP y Boleto Pesaje Salida emitido por la empresa Ecobio S.A.

132. Así mismo, en respuesta al requerimiento de información formulado por esta SMA con fecha 22 de marzo de 2016, el MOP acompañó, en lo que se refiere al cargo en análisis, la siguiente información:



- a) Anexo 01: Resolución N° 3396 de la Seremi de Salud de la Región del Maule que autoriza la disposición transitoria de residuos peligrosos.
- b) Anexo 02: Acta de fiscalización N° 25004, de fecha 29 de julio de 2011, de la Seremi de Salud de la Región del Maule.
- c) Anexo 03: Informe de Seguimiento Ambiental realizado por la Empresa Consultora AMBAR S.A., el que da cuenta del proceso de desmantelamiento de edificaciones y de zonas de servicios.

133. Respecto al Anexo B, cabe señalar que éste solo contiene un relato del MOP en que se indica que los residuos peligrosos se habrían dispuesto transitoriamente para retiro y que, al día 28 de marzo de 2013, la empresa contratista habría retirado todos los residuos industriales, realizando una limpieza del sector.

134. Por su parte, el Anexo H, tiene por fin acreditar el retiro de los tambores contenedores de residuos peligrosos constatados durante las actividades de inspección ambiental. Para ello, se acompaña copia del Documento de Declaración y Seguimiento de Residuos Peligrosos N° 0011401 de fecha 22 de marzo de 2013, y el registro de dicho documento mediante el sistema SIDREP, el cual hace referencia al retiro y disposición de 19 tambores.

135. En relación con lo consignado en el considerando precedente, cabe señalar que en al acta de inspección ambiental de fecha 7 de marzo de 2013, se hizo referencia a la existencia de 39 tambores de residuos peligrosos en estado de incumplimiento del D.S. N° 148/2013 en el patio de acopio de materiales de Embalse Ancoa. Sin embargo, el MOP, en su respuesta al requerimiento de información de fecha 22 de marzo de 2016, indicó que no era correcto concluir que el acta hacía referencia a 39 tambores de residuos, sino a 19, pues si bien el fiscalizador habría señalado en dos párrafos distintos la existencia de 19 y 20 tambores de residuos peligrosos, se estaría refiriendo siempre al mismo grupo de tambores. Con todo, debe descartarse de plano lo señalado por el MOP, toda vez que la existencia de los 39 tambores no solo se consignó por escrito durante la actividad de inspección, sino también en el registro fotográfico contenido en el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2013-50-VII-RCA-IA, en donde es posible apreciar, por un lado, el grupo de 19 tambores (fotografía 1 del Informe), y por otro, el grupo de 20 tambores (fotografía 3 del Informe), los cuales, por lo demás, fueron identificados con coordenadas geográficas diferentes.

136. Por otro lado, los antecedentes requeridos por esta SMA e individualizados en el considerando n° 132 del presente acto, permiten a este Fiscal Instructor concluir que, al menos hasta el día 29 de julio de 2011, fecha del Acta de fiscalización N° 25004 (Anexo 02), efectivamente el MOP contaba con una bodega de residuos peligrosos, la cual, al tenor de dicha acta y de la Resolución N° 3396 de la Seremi de Salud de la Región del Maule que autoriza la disposición transitoria de residuos peligrosos (Anexo 01), daba cumplimiento al D.S. N° 148/2003.

137. Por su parte, en base al análisis de los documentos entregados mediante el Anexo H, es posible concluir que el día 22 de marzo de 2013 se retiraron 19 "tambores contaminados" provenientes del sector "Base Ancoa". Respecto de dichos tambores, si bien no existe la certeza de que se refieran a parte de los 39 tambores constatados durante la inspección ambiental, al menos se puede configurar un indicio de ello dada la zona de retiro ("Base Ancoa") y la proximidad de las fechas de la inspección ambiental y del Documento de Declaración y Seguimiento de Residuos Peligrosos N° 0011401.

138. En este orden de ideas, habiendo el MOP acreditado la existencia de una bodega de residuos peligrosos, al menos al día 29 de julio de 2011, y no existiendo otro antecedente distinto al acta de inspección ambiental de 7 de marzo de 2013



que permita dar fe de la fecha exacta en la cual la bodega de residuos peligrosos fue retirada, se tendrá como fecha de inicio del hecho constitutivo de infracción, para efectos de analizar el disvalor de la conducta, aquella señalada en el acta ya individualizada, esto es, el día 7 de marzo de 2013.

139. Luego, sobre la base del análisis de los antecedentes que obran en el presente expediente sancionatorio, y al tenor de lo expuesto en los considerandos 121 y ss. de este dictamen, es posible concluir que los residuos peligrosos, al menos desde el día 7 de marzo de 2013, se encontraban almacenados en condiciones que no daban cumplimiento al D.S. N° 148/2003, a saber, a la intemperie y sin contar con cierre perimetral ni techumbre. Así mismo, el MOP acreditó que 19 tambores fueron retirados el día 22 de marzo de 2013 por la empresa Biotrans E.I.R.L., lo cual, no obsta a la efectiva configuración de la infracción durante el periodo previo al retiro de dichos residuos, situación que no fue controvertida por el MOP. Así mismo, el MOP no acredita el retiro de los otros 20 tambores constatados en la actividad de fiscalización de fecha 7 de marzo de 2013, por lo que existe incertidumbre en cuanto a su fecha efectiva de retiro. Al respecto, cabe señalar que en sus descargos el MOP indicó que "[a]l 28 de marzo de 2013, la empresa contratista a cargo de la Construcción del Embalse (BESALCO S.A) finalizó el retiro de todos los residuos industriales y realizó la limpieza y abandono de todos los sectores de los cuales hacía ocupación" y que "[d]e acuerdo a los informes de Seguimiento Ambiental Etapa de Construcción y Postconstrucción Embalse Ancoa (AMBAR), en junio de 2013 se señala que el sitio en donde se encontraban los tambores y que corresponde a la zona de "Campamento y Patios de Almacenamiento de Materiales" (Zona PRAI N° 5), presenta "Limpieza total, nivelación terreno [...]". No obstante, no acompañó el Informe citado ni ningún antecedente que acreditara sus dichos.

(vi) **Determinación de la configuración de la infracción.**

140. En razón de todo lo expuesto, y considerando que existen antecedentes suficientes para tener por acreditados los hechos constitutivos de infracción y que los descargos y medios de prueba aportados por el MOP no logran desvirtuar los hechos constatados, se tendrá por configurada la infracción.

C. Cargo 3: Los taludes de derrame no se encuentran revegetados con *Retanilla Ephedra*.

(i) **Norma que se estima infringida**

141. La RCA N° 375/2006 estableció diferentes medidas destinadas a mitigar los impactos generados por el proyecto Embalse Ancoa. Una de ellas, es la individualizada en el considerando n° 5.22 de la citada RCA, y que consiste en revegetar los taludes del camino con la especie *retanilla ephedra*:

"[...] 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."

142. En el mismo sentido, el considerando n° 6.6 de la citada RCA consagró el siguiente compromiso voluntario:



“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.”

(ii) Antecedentes del cargo formulado

143. El hecho infraccional en cuestión fue constatado durante la inspección de fecha 7 de marzo de 2013 e incorporado en el acta respectiva y en el informe de Fiscalización Ambiental elaborado por la División de Fiscalización de esta Superintendencia, disponible en el expediente DFZ-2013-50-VII-RCA-IA. En dicho informe se identificó el siguiente hallazgo susceptible de calificarse como infracción:

“Los taludes de derrame no se encontraban revegetados con Retamilla ephedra.”

144. En base a lo anterior, se procedió a formular el cargo respectivo, toda vez que el hecho constatado implica una contravención a las obligaciones contraídas en virtud de lo dispuesto en los considerandos N° 5.22 y 6.6 de la RCA N° 375/2006.

(iii) Análisis del descargo del infractor.

a) Argumento: La revegetación con Retanilla Ephedra se hizo desde el 4 de septiembre de 2012, dentro del plazo comprometido, pero no se consiguió la supervivencia esperada, por lo que se ejecutaron, con posterioridad a la inspección, labores de complementación.

145. Antes de analizar el descargo presentado por el MOP, se hace presente que, dada su naturaleza y los antecedentes que obran en el procedimiento, a diferencia de lo realizado en los capítulos anteriores, su análisis se hará de forma conjunta con el examen de la prueba aportada, para privilegiar de esta manera la claridad de la exposición.

146. Como primer argumento, el MOP sostiene que en respuesta a las actividades de fiscalización de fecha 7 y 8 de marzo de 2013, informó a la SMA que la revegetación de taludes de derrame se habría realizado desde el día 4 de septiembre de 2012 en los taludes de la Variante Ruta L-39 mediante hidrosiembra, con una mezcla de gramíneas, fertilizantes y sustancias adherentes, por lo que se habría revegetado dentro del plazo comprometido, sobre todo considerando que la obligación dispuesta en la RCA consiste solo en “revegetar” y no establece la necesidad de asegurar el monitoreo ni su mantención en el tiempo (sin perjuicio de lo cual, la DOH-MOP ha considerado en sus contratos de Seguimiento y mantención de áreas restauradas, las superficies con *retanilla ephedra*).

147. Por otro lado, agrega que la hidrosiembra no tuvo los efectos esperados, por lo que se procedió a complementar la revegetación, recolectando semillas de retamilla, viverizando plantas, y posteriormente realizando la plantación. Agrega que lo anterior sería confirmado por el informe de Octubre de 2013 (ANEXO C de los descargos), el cual da cuenta de la recolección de más de 20.000 frutos de retamilla y de los cuales, mediante pretratamiento germinativo, se extrajo aproximadamente 12.000 semillas (sin daños), para luego, a finales del mes de agosto e inicios de septiembre del año 2013 y mediante personal especializado, sembrar 9.000 de las 12.000 semillas obtenidas. Las 3.000 semillas restantes, luego de un proceso de resguardo (45 días), fueron sembradas en invernadero utilizando bandejas *speeding* y sustrato proveniente de su hábitat natural, y plantadas en agosto de 2014 en la zona Mirador Tricahue, siendo con posterioridad debidamente mantenidas, tal como da cuenta el Anexo D de los descargos. Por último, indica que se realizaron diversas acciones de reposición de

plantas muertas o dañadas, instalación de protecciones individuales, fertilización y riego, tal como acreditaría el ANEXO E de los descargos.

148. Finalmente, agrega que junto con lo anterior, en el marco del Programa de Restauración de Áreas Intervenidas (PRAI), se reforestó el talud de derrame bajo el Mirador Chupallar con retamilla y otras especies, a lo cual se le ha dado adecuado seguimiento y mantención, lo que se puede consultar en los ANEXOS F y G de los descargos.

149. En relación a lo señalado por el MOP respecto a que la obligación consistente en revegetar se limitaría a la acción de sembrar o plantar, pues la RCA solo utiliza el vocablo "revegetar", sin que sea necesario asegurar su monitoreo ni su mantención, cabe hacer algunas apreciaciones. En primer término, cabe recordar que el artículo 100 del RSEIA define las medidas de compensación como aquellas que "*tienen por finalidad producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado, que no sea posible mitigar o reparar*". Por su parte, cuando en el EIA del proyecto Embalse Ancoa se estableció la necesidad de revegetar los taludes de derrame con la especie *retanilla ephedra*, se indicó específicamente que esto tendría por fin "*generar una nueva fuente de alimento para los loros Tricahues*" (considerando nº 6.6 del EIA), toda vez que la construcción del embalse afectaría parte de este recurso.

150. En este sentido, como se observa, la medida de plantar especies de *retanilla ephedra*, en tanto busca compensar un efecto adverso del proyecto (pérdida de *retanilla ephedra* y consiguientemente alimentación del loro Tricahue), posee una naturaleza eminentemente compensatoria, y en este sentido, contiene un fin claramente determinado, cuya satisfacción, tanto ontológicamente como desde el concepto normativo, resulta ineludible.

151. Luego, considerando que las medidas de naturaleza compensatoria tienen efectos adversos concretos que compensar, para darles cumplimiento no basta con ejecutar acciones formales tendientes a iniciar su implementación, sino que es menester que se realicen las acciones indispensables para que, de acuerdo con la naturaleza de la medida de que se trate, ésta se ejecute efectivamente y compense dichos efectos en la forma comprometida. De lo contrario, existirían acciones como la que se analiza, que podrían tenerse por ejecutadas aun cuando se tenga certeza de que no cumplirá el fin para el cual se diseñó y ello implique que exista un efecto adverso que no será mitigado, compensado o reparado, según el caso. Es por lo mismo, que el pleno cumplimiento de estas medidas resulta fiscalizable durante todo el período que indique la RCA correspondiente o, si nada se dice en ella, durante toda la vida útil del proyecto.¹⁶

152. Considerando lo anterior, la obligación de revegetar, por su propia naturaleza, se configura sobre la base de una serie de acciones concatenadas, que de forma conjunta permiten determinar si el compromiso ambiental se ha satisfecho o no. En este sentido, y a diferencia de lo que señala el MOP, no basta solo con plantar especies o sembrar semillas, sino que además es necesario monitorearlas, realizar eventualmente acciones de riego y mantenimiento, y, finalmente, labores de complementación en caso de que las actividades anteriores no hubieren tenido los resultados esperados. Lo anterior, considerando que las obligaciones contraídas en el tráfico jurídico se deben ejecutar a través de mecanismos que efectivamente permitan darle cumplimiento y no simple acciones programáticas.



¹⁶ En este sentido lo ha entendido también CONAF, como puede verse en Oficio Nº 333 de dicho organismo, de fecha 20 de junio de 2014, remitido a esta SMA en procedimiento Rol F-019-2013. Disponible en portal web SNIFA [<http://snifa.sma.gob.cl/v2/Sancionatorio/Ficha/43>].

153. Ahora bien, cabe señalar desde ya, tal como se desprende tácitamente de los argumentos del MOP, que la RCA N° 375/2006 estableció en su considerando n° 6.6 una faz temporal dentro de la cual se debía cumplir esta obligación, a saber, durante la etapa de construcción del camino. De esta forma, la naturaleza de la medida, como ya se analizó, fuerza a que no se agote en el solo hecho de realizar plantaciones o siembra, sino que además es menester realizar un permanente trabajo de monitoreo y mantención. Ello implica que, antes del término de la construcción del camino, debían al menos haberse realizado las labores de plantación o siembra, para luego, haber continuado con las acciones de seguimiento hasta la ejecución satisfactoria de la medida.

154. Luego, lo que hay que analizar es si el MOP procedió a plantar *retanilla ephedra* de forma previa al término de la construcción del camino –lo que a su vez implica determinar la fecha de término de construcción del camino– y si con posterioridad, realizó aquellas medidas indispensables de acuerdo a un estándar razonable de diligencia, para darle un adecuado seguimiento y así asegurar el prendimiento de las mismas. Lo anterior, considerando que el acta de inspección de fecha 7 de marzo de 2013, que goza de presunción de legalidad, estableció que los taludes no se encontraban revegetados con *retanilla ephedra*.

155. Para responder a las interrogantes enunciadas en el considerando anterior, cabe señalar de forma preliminar, que mediante requerimiento de información de esta SMA de fecha 22 de marzo de 2016, se le solicitó al MOP acreditar la fecha de término de la construcción del señalado camino, ante lo cual, respondió entregando mediante Anexo 11 el oficio Ord. DCR DOH N° 3047 de fecha 24 de junio de 2013, por medio del cual remite a la empresa constructora Besalco S.A. el Acta de Recepción Provisional de las obras asociadas al proyecto “Construcción Embalse Ancoa, provincia de Linares, Región del Maule” de fecha 10 de junio de 2013. Así mismo, acompaña en dicho Anexo 11, carta de fecha 28 de marzo de 2013, de don Paolo Felice Espinosa, Administrador de Obra de Embalse Ancoa, por medio de la cual, indica a don Juan Carmona R., Inspector Fiscal, que *“habiéndose dado término a las observaciones emitidas por la Comisión de Recepción Provisoria, detalladas en el Acta de Recepción Provisional con Reservas, el pasado día 8 de enero del 2013, solicitamos a usted la Recepción Provisoria de la obra conforme a lo establecido en el artículo N° 166 del RCOP”*.

156. En relación con lo anterior, cabe señalar que el artículo 166 del Decreto N° 75/2004, que aprueba el Reglamento para Contratos de Obras Públicas, establece que la recepción provisional de una obra, tiene por fin determinar *“la correcta ejecución de la obra”*, determinándose en tal acto, como fecha de término de la obra, aquella indicada por el Inspector Fiscal en su oficio respectivo. Esto quiere decir, de acuerdo a los antecedentes aportados por el MOP, que al menos al día 8 de enero de 2013, fecha en que se dio cumplimiento a las observaciones de la Comisión de Recepción Provisoria, el camino ya se encontraría materialmente construido.

157. Con todo, de acuerdo a información pública en conocimiento de esta SMA, con fecha 30 de septiembre de 2013, mediante Ord. N° 4877, el Director de Obras Hidráulicas, en respuesta a Oficio N° 9.291 de fecha 28 de noviembre de 2012 de la Cámara de Diputados, que consultaba sobre los plazos de ejecución del Embalse Ancoa, envió una minuta en que se informaban distintos antecedentes relacionados con lo consultado, entre ellos, que el Inspector Fiscal de la Obra, mediante oficio ORD IF-EA N° 081 de 26 de diciembre de 2012, estableció que las obras fueron terminadas con fecha 30 de octubre de 2012, adjuntando dicho oficio a la minuta.¹⁷ En este sentido, en relación con lo dispuesto en el artículo 166 del

¹⁷ Los antecedentes mencionados se encuentran disponibles en línea en el sitio web de la Honorable Cámara de Diputados

Decreto Nº 75/2004, es factible considerar como fecha de término del camino el día 30 de octubre de 2012.

158. Luego, cabe preguntarse si antes de la fecha señalada en el considerando anterior, el MOP dio cumplimiento a la obligación de revegetar, y luego, cuál es el estado en el que se encontraría la revegetación y las acciones que se han adoptado para darle un adecuado control y seguimiento.

159. Para responder a dichas interrogantes, el MOP indica en sus descargos que el día 4 de septiembre de 2012 realizó la revegetación mediante hidrosiembra, "con una mezcla de gramíneas, fertilizantes y sustancias adherentes". Al respecto, cabe señalar, por un lado, que las gramíneas son una familia de plantas herbáceas, o muy raramente leñosas, perteneciente al orden *Poales* de las monocotiledóneas, las que no corresponden a la especie *retanilla ephedra*, y por otro lado, que el MOP no aportó antecedente alguno que acredite que tal revegetación se haya materializado, por lo que, considerando además lo señalado en el acta de inspección de fecha 7 de marzo de 2013, no podría entenderse el compromiso por cumplido en base a lo señalado. Luego, el MOP agrega en sus descargos que dicha vegetación no habría tenido prendimiento, y que ello puede acreditarse a través de "un Informe de Octubre de 2013" (Anexo C), que da cuenta de la siembra de 9.000 semillas de retamilla en los taludes durante agosto y septiembre de 2013 y 3.000 semillas que fueron germinadas y plantadas en agosto de 2014 en la zona Mirador Tricahue (Anexo D). Así mismo, señala que mediante Anexo E se puede observar la realización de diversas acciones de reposición de plantas muertas o dañadas, instalación de protecciones individuales, fertilización y riego.

160. Analizado el Anexo C acompañado por el MOP en sus descargos, titulado "Colecta, Siembra y Propagación de Semillas de Retamilla Ephedra Precordillera de Linares, Region del Maule", cabe indicar en primer término que éste en ningún momento hace referencia a alguna actividad previa, por lo que malamente podría señalarse que da fe de alguna actividad realizada en septiembre de 2012, sino que solo relata una actividad de colecta, siembra y propagación de retamilla que se habría ejecutado en agosto y septiembre de 2013, individualizando 21 tramos del camino en que se habría hecho dicha plantación. Además, el informe da cuenta de las amenazas a las que se verían expuestas las plantaciones, particularmente, ramoneo y pisoteo de plantas por ganado, mostrando fotografías de vacunos pastando en los taludes.

161. Por su parte, el Anexo D del escrito de descargos consiste un informe emitido por la empresa Besalco, con fecha de agosto de 2014, en el que se relata la plantación de 480 plantas de *retanilla ephedra*, de una edad de un año, en la zona del Mirador Tricahue. Así mismo, el informe indica que el sitio contaría con cerco para eventual ingreso de animales mayores –el que no se aprecia en las fotografías adjuntas– y que con posterioridad se implementarían nuevos sistemas de protección contra animales.

162. El Anexo E consiste en un Informe de fecha 28 de julio de 2015, elaborado por el contratista Rony Navarrete Pérez, que da cuenta de la plantación de 480 plantas de *retanilla ephedra* durante julio de 2015 en el sector Mirador Tricahue, en remplazo de las plantas muertas o que presentaban daño mecánico. Así mismo, se observan zonas con cercos que podrían aislar a las plantas de animales mayores y otros sectores con plantas que se encuentran a orilla del camino sin cerco perimetral.

163. Llama la atención respecto de la plantación a la que se refiere el Anexo E, que consiste en la replantación de 480 plantas de *retanilla ephedra* que



se encontraban muertas o con daños mecánicos en el sector Mirador Tricahue, lo que coincide con el número de plantas que se habrían plantado en el mismo sector según el Anexo D durante agosto de 2014, lo que implica que en el periodo de un año, todas las plantas habrían muerto.

164. Por su parte, el Anexo F consiste en un registro de fotografías georreferenciadas y tomadas el día 26 de agosto de 2015, que muestra distintos lugares con numerosas plantaciones y cerco individual. Con todo, las fotografías dan cuenta principalmente de las zonas correspondientes a los botaderos, no a los taludes, y en las fotografías que muestran taludes, no es posible determinar las especies plantadas, apreciándose distintos tipos.

165. Finalmente, el Anexo G consiste en un Informe titulado "Informe de Seguimiento de Áreas Restauradas Noviembre 2014", elaborado por la consultora SOLAM, el que informa sobre el estado del programa de restauración de áreas intervenidas, mostrándose un detalle de la cantidad de plantas vivas existentes en los distintos sectores. Al respecto, el informe señala, en lo pertinente, que habrían 28 plantas de *retanilla ephedra* en el Botadero Antigua Planta de Hormigón, 75 en el Botadero Mirador Chupallar y 65 en la pantalla vegetal.

166. Por otro lado, cabe agregar que en respuesta al requerimiento de información de esta SMA de fecha 22 de marzo de 2016, el MOP ingresó la siguiente información pertinente para abordar el argumento en análisis:

- a) Anexo 10: Plano en coordenadas UTM, Datum WGS 84, identificando los taludes del proyecto "Modificación de Trazado Variante Ruta L-39, Sector Embalse Ancoa, Linares", e identificando las áreas que habrían sido sembradas con *retanilla ephedra* en agosto del 2013.
- b) Anexo 12: Informe específico de costos elaborado a diciembre de 2015 en el marco del seguimiento ambiental del embalse Ancoa y que sintetiza los costos ambientales incurridos desde la etapa de preconstrucción.
- c) Anexo 13: Informe (Estado de Pago) que considera los costos derivados de las RCA ligadas al proyecto, y que básicamente corresponden a los seguimientos de variables bióticas terrestres, limnológicas, y forestales.
- d) Anexo 14: Set de fotografías que muestre de forma panorámica cada talud del proyecto, así como también aquellos tramos indicados en la tabla N°1 del Anexo C de los descargos.

167. El plano al que se refiere el Anexo 10, refleja las 21 áreas de siembra de *retanilla ephedra* individualizadas en el Anexo C (plantaciones realizadas a finales de agosto e inicios de septiembre de 2013), e indica que 16 de ellas se encontrarían en la actualidad sin prendimiento (zonas A3 y A7 a A21).

168. Por su parte, el ANEXO 12 entrega un informe específico de costos elaborado a diciembre de 2015 en el marco del seguimiento ambiental del proyecto Embalse Ancoa y que sintetiza los costos en los que se ha incurrido en esta materia desde la etapa de "preconstrucción" a la fecha. En dicho informe se detallan cada uno de los contratos ejecutados y en ejecución, de entre los cuales, según dichos del MOP, tres incluirían la revegetación con *retanilla ephedra*.

169. Por otro lado, el Anexo 13 contiene un estado de pago emitido por el MOP a nombre de la empresa contratista Besalco S.A. que da cuenta de las obras ejecutadas a octubre de 2012. En dicho estado, dentro de las obras aún no ejecutadas, se

considera un ítem individualizado "Revegetar los taludes de Derrame del Camino", el cual es resaltado por el MOP.

170. Finalmente, el Anexo 14 contiene un registro fotográfico de los 21 tramos individualizados en el Anexo 10 y en el Anexo C, dando cuenta de los que contarían con prendimiento de *retanilla ephedra* y los que no. Así mismo, el registro incluye fotografías de ganado transitando y ramoneando sobre las zonas plantadas con *retanilla ephedra*.

171. Del análisis de todos los documentos individualizados en los considerandos anteriores es posible arribar a las siguientes conclusiones:

- a) La primera actividad de revegetación de los taludes mediante *retanilla ephedra* se realizó a finales de agosto e inicios de septiembre de 2013, lo que corresponde a 10 meses después de la fecha de término de construcción del camino.
- b) El sector Mirador Tricahue fue revegetado por primera vez, con 480 plantas de *retanilla ephedra*, en agosto de 2014, 22 meses después del término de la construcción del camino.
- c) Todas las especies plantadas en el Mirador Tricahue murieron o tuvieron daño mecánico, por lo que se plantaron nuevamente en julio de 2015, 33 meses después del término de la construcción del camino.
- d) De los 21 tramos del camino sembrados entre agosto y septiembre de 2013, solo 5 tienen prendimiento a la fecha.
- e) El MOP atribuye al ganado que ramonea y transita por los taludes la falta de sobrevivencia de las especies de retamilla.
- f) De acuerdo a los antecedentes, al menos desde octubre de 2013 el MOP tenía conocimiento pleno de la amenaza que implicaba para la sobrevivencia de la retamilla la existencia de ganado en la zona, y a la actualidad, no se han implementado medidas para evitarla.

172. Considerando todo lo que se ha analizado hasta este punto, es posible señalar que si bien el MOP realizó acciones de plantación de *retanilla ephedra*, éstas no se verificaron dentro del plazo comprometido, a saber, antes del término de la construcción del camino. Así mismo, es posible observar que a la fecha de la formulación de cargos, la mayoría de las zonas no presentan prendimiento, lo cual, es posible atribuir a un inadecuado seguimiento, control y mantención de las siembras y plantaciones de *retanilla ephedra*, toda vez que pese a conocerse amenazas reales y permanentes para la satisfacción del compromiso, no se han adoptado medidas de ningún tipo para controlarlas, dejando de realizar, por tanto, aquellas acciones necesarias posteriores a las actividades de siembra y plantación, y que se subsumen dentro de la obligación de revegetar.

173. Luego, al tenor de lo ya analizado, se estima que los argumentos jurídicos y las pruebas presentadas por el MOP, no serían suficientes para desvirtuar el cargo formulado, toda vez que ha quedado acreditado, de acuerdo a lo constatado en el acta de inspección de fecha 7 de marzo de 2013 y a los antecedentes entregados por el mismo MOP, que la revegetación no se inició dentro del plazo comprometido, y que, con posterioridad, una vez realizadas acciones de siembra y plantación, éstas no tuvieron un adecuado control y seguimiento, lo que derivó en que a la fecha se verifique un muy bajo prendimiento. Con todo, para efectos de considerar el disvalor de la conducta, se tendrá presente, al momento de ponderar las circunstancias enumeradas en el artículo 40 de la LO-SMA, la realización de acciones de siembra y plantación en los meses de agosto y septiembre de 2013, agosto de 2014 y julio de 2015.

(iv) Determinación de la configuración de la infracción.



174. En razón de todo lo expuesto, y considerando que existen antecedentes suficientes para tener por acreditados los hechos constitutivos de infracción y que los descargos y medios de prueba aportados por el MOP no logran desvirtuar los hechos constatados, se tendrá por configurada la infracción.

VII. SOBRE LA CLASIFICACIÓN DE LAS INFRACCIONES.

175. En el presente capítulo se procederán a ponderar los antecedentes para determinar la clasificación de gravedad de cada infracción.

176. Los hechos constitutivos de infracción que fundaron la formulación de cargos en la Res. Ex. N° 1/ Rol F-027-2015, de fecha 26 de octubre de 2015, identificados en el tipo establecido en el artículo 35 letra a) de la LO-SMA, fueron clasificados de la siguiente manera: la infracción n° 1 se clasificó como grave, en virtud de la letra e) del numeral 2 del artículo 36 de la LO-SMA, que prescribe que son infracciones graves los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que 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. Por su parte, las infracciones n° 2 y 3 se clasificaron como leves en virtud del numeral 3 del artículo 36 de la LO-SMA, que prescribe que 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.

a) Cargo 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.

177. En la R.E. N° 1 / Rol F-027-2015, esta infracción fue calificada de forme preliminar como grave, en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 numeral 2, letra e) de la LO-SMA, norma que establece que son infracciones graves aquellas que 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.

178. Al respecto, cabe indicar que el criterio que se ha ido asentando por esta Superintendencia en los últimos casos, consiste en que para poder aplicar la calificación de gravedad establecida en el artículo 36 numeral 2 letra e) de la LO-SMA, no es necesaria la concurrencia del efecto que la medida busca prevenir¹⁸. En consecuencia, esta Superintendencia ha entendido el vocablo "gravemente", como la entidad del incumplimiento de las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad y no de sus consecuencias.

179. De este modo, para subsumirse una infracción en la clasificación objeto de este análisis, solo se requiere la concurrencia de un incumplimiento grave de una medida que haya sido dispuesta en la Resolución de Calificación Ambiental, para eliminar o minimizar los efectos del proyecto o actividad, no necesitando otra clase de efectos como daños o riesgo significativo a la salud de la población, ni concretarse el efecto adverso abordado por la medida, lo cual se entiende sin perjuicio de que la constatación de efectos sirva para confirmar la

¹⁸ Dicho criterio ha sido recogido por la Superintendencia del Medio Ambiente, en la Resolución Exenta N° 421, de 11 de agosto de 2014, que resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio, Rol D-015-2013, seguido en contra de Empresa Nacional de Electricidad S.A., como también en la Resolución Exenta N° 489, de 29 de agosto de 2014, que resuelve procedimiento administrativo sancionatorio, Rol F-019-2013, seguido en contra de Anglo American Sur S.A.

hipótesis, para la aplicación de otras clasificaciones del artículo 36, o en su caso, para la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA.

180. En concordancia con lo anterior, y confirmando el criterio sostenido por esta SMA, el Tercer Tribunal Ambiental, analizando la concurrencia de la hipótesis contenida en el artículo 36 numeral 2 letra e) de la LO-SMA, ha señalado expresamente que: "*[L]as medidas preventivas destinadas a eliminar o minimizar los "efectos adversos", se incumplen necesariamente cuando es posible constatar la ausencia de aquellas, y no necesariamente con la concurrencia de los hechos que se pretendían minimizar o eliminar. Por lo expresado, asimilar el concepto "efectos adversos", con los de "daño ambiental" o "daños" -estos últimos correspondientes a presupuestos de un sistema jurídico represivo- confunde y desvirtúa el objetivo de la norma.*"¹⁹

181. Luego, para determinar la entidad del incumplimiento a que se refiere la norma analizada, esta Superintendencia ha sostenido en reiteradas ocasiones que se debe atender a distintos criterios, que alternativamente, pueden o no concurrir según las particularidades de cada infracción que se haya configurado. Estos criterios son: A) La relevancia o centralidad de la medida incumplida, en relación con el resto de las medidas que se hayan dispuesto en la RCA para hacerse cargo del correspondiente efecto identificado en la evaluación, B) La permanencia en el tiempo del incumplimiento; y, C) El grado de implementación de la medida, es decir, el porcentaje de avance en su implementación, en el sentido de que no se considerará de la misma forma a una medida que se encuentra implementada en un 90% que una cuya implementación aún no haya siquiera comenzado. El carácter alternativo de los criterios indicados, implica que ante la sola concurrencia de uno de ellos, es procedente la calificación del artículo 36, N° 2, letra e) de la LO-SMA.

182. Así, pasaremos a analizar cada uno de estos criterios, a fin de determinar la clasificación de la gravedad de la infracción que en definitiva corresponda aplicar.

A) Relevancia o centralidad de la medida incumplida.

183. En primer término, cabe hacer presente que uno de los mayores impactos asociados a la operación de un embalse, guarda relación con la obstrucción del libre flujo de las aguas que por medio del proyecto se buscan almacenar. Por ello, para evitar que la intervención del recurso hídrico provoque efectos irreversibles sobre los hábitats acuáticos e impactos significativos sobre las demandas antrópicas, es que se determinó como medida de mitigación medular, la mantención de un régimen mínimo de caudal pasante.

184. En este sentido, cabe señalar que el caudal ecológico, de acuerdo a la definición más aceptada²⁰, puede entenderse como "*flujos de agua, el momento de su aplicación y la calidad de las aguas precisos para mantener los ecosistemas de agua dulce y de los estuarios, así como los medios de subsistencia y bienestar de las personas que dependen del ecosistema*".²¹

185. Como se observa, la medida es de crucial relevancia, pues de ella dependen completamente la preservación de los ecosistema fluviales y la satisfacción de las demandas antrópicas ligadas al recurso hídrico.



¹⁹ Tercer Tribunal Ambiental, 05.02.2016, causa Rol N° R 15-2015.

²⁰ SEA. Op. Cit. P. 13.

²¹ Declaración de Brisbane, 2007.

186. Por su parte, para el caso concreto, esta medida quedó explícitamente considerada como medida de mitigación en el considerando nº 3.11 de la RCA 375/2006, y a su vez, fue relevada en el Anexo B.8 del EIA "Embalse Ancoa", en donde se estableció que:

"El régimen de caudales ecológicos es una medida de mitigación, que ha sido propuesta para preservar hábitats acuáticos valiosos y demandas ambientales antrópicas existentes en un curso de agua, debido a la implementación de una obra hidráulica. [...] Los mejores caudales ecológicos serán aquellos que imiten el régimen natural, ya que las comunidades acuáticas han evolucionado de acuerdo con las pautas históricas de distribución de estiajes y crecidas del río y para completar sus ciclos biológicos dependen de la mantención de éstas pautas."

187. Como se aprecia en los pasajes citados, dada la naturaleza de la obligación de mantener un caudal ecológico mínimo, no existe mecanismo alguno de carácter accesorio, subsidiario o complementario, que permita satisfacer los fines que esta medida persigue, toda vez que, en este caso, el flujo de las aguas del río Ancoa queda completamente controlado por las operaciones del embalse, pudiendo restringirse o liberarse según las necesidades operacionales.

188. Por lo anterior, la centralidad de esta medida viene dada por su propia naturaleza y por el bien que se busca proteger, ya que no existe otro mecanismo capaz de mitigar los efectos asociados a la obstrucción del caudal. En tal sentido, a juicio de este Fiscal Instructor, el mantener un caudal ecológico mínimo de forma permanente es una medida central y significativa.

B) Permanencia en el tiempo del incumplimiento.

189. Tal como fue señalado en los descargos, y acreditado por el Ministerio de Obras Públicas, los episodios en los que se materializó una disminución del caudal, medido a pie de presa, por debajo de los límites establecidos como caudal ecológico mínimo, no dan cuenta de una acción sostenida en el tiempo o de carácter recurrente, sino de episodios puntuales ocurridos durante los días 19 y 20 de febrero y agosto y septiembre de 2014. En este sentido, en el caso de los días 19 y 20 de febrero, la disminución de caudal se produjo aproximadamente entre las 21:00 del primer día y las 12:00 del segundo, mientras que durante agosto, el día 16 agosto se registraron dos caudales instantáneos bajo el umbral permitido y entre las 18:30 del día 5 de agosto y las 10:30 del día 6 de agosto, no se informan caudales por desconexión del instrumento, aunque de acuerdo al "Anexo Nº 4. Informe Específico Variables Limnológicas", hay un reconocimiento explícito a un corte total de entrega por "periodos cortos de tiempo". Por su parte, para el mes de septiembre, se constataron entre los días 19 a 26 de septiembre, un total de 69 registros instantáneos por debajo del límite permitido.

190. Ahora bien, aun cuando es posible señalar que los incumplimientos constatados durante el año 2014 se materializaron en intervalos de tiempo muy acotados que no importaron, de acuerdo a los antecedentes recabados, un efecto adverso de mayor envergadura, el episodio correspondiente a los días 19 y 20 de febrero de 2013, al prolongarse por un periodo de tiempo de 15 horas, produjo una alteración respecto a la condición original del componente ambiental, que derivó en la disminución efectiva del caudal del río Ancoa y en la muerte de una cantidad indeterminada de fauna íctica, tal como se señala en el Informe CGR.

191. Por consiguiente, si bien el incumplimiento de la medida no daría cuenta de una conducta sostenida en el tiempo, sino más bien de carácter puntual, respecto de la cual, esta SMA no cuenta con antecedentes de que haya ocurrido nuevamente, la duración del episodio ocurrido durante febrero de 2013, en el marco de la inmediatez de los efectos que se produjeron tras el incumplimiento de la medida, dada su naturaleza, permite sostener que el criterio de permanencia en el tiempo, al menos para dicho episodio, puede tenerse por constituido.

C) Grado de implementación de la medida.

192. Finalmente, en cuanto al grado de implementación de la medida, a juicio de este Fiscal Instructor, ha existido un grado de ejecución importante respecto de ella. Efectivamente, salvo por los episodios puntuales considerados como infracción, la medida se ha cumplido de forma sistemática según los antecedentes recabados, adoptándose incluso, con posterioridad a los días 19 y 20 de febrero de 2013, prevenciones para que episodios como el acontecido en dicha fecha no vuelvan a ocurrir, lo cual, no obstante, es un elemento que se considerará en la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA que corresponda aplicar, y no en la clasificación de la infracción.

193. Con todo, y pese a lo indicado en el párrafo precedente, es de tal magnitud la centralidad de la medida, así como las consecuencias que pueden devenir de su incumplimiento, que es posible concluir, al tenor de lo ya señalado, que la infracción se enmarca en lo estipulado por el artículo 36 numeral 2 literal e) de la LO-SMA. Además, la ocurrencia de los efectos que la medida busca prevenir, al menos para el episodio de fechas 19 y 20 de febrero de 2013, si bien no es un requisito para que se pueda subsumir la infracción en la hipótesis de estudio, refuerza la tesis de la centralidad de la medida y su efectiva inclusión en la clasificación contenida en el artículo 36 numeral 2 literal e) de la LO-SMA

b) Cargo 2: Residuos peligrosos se encuentran almacenados a la intemperie, sin contar con cierre perimetral ni techumbre.

194. En la R.E. N° 1 / Rol F-027-2015, esta infracción fue calificada de forme preliminar como leve, en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 numeral 3 de la LO-SMA, norma que establece que son infracciones leves los hechos, actos u omisiones que contravengan cualquier precepto o medida obligatorios y que no constituyan infracción gravísima o grave.

195. Analizados los antecedentes que fundan el procedimiento administrativo en curso, se advierte que no existen fundamentos que hagan variar el raciocinio inicial sostenido por este Fiscal Instructor en la Resolución Exenta N° 1/ Rol F-027-2015, manteniendo entonces la misma clasificación de leve para esta infracción. Lo anterior, considerando que una vez configurada una infracción, la clasificación de leve es la mínima que puede asignársele, en conformidad al artículo 36 de la LO-SMA.

c) Cargo 3: Los taludes de derrame no se encuentran revegetados con Retanilla Ephedra.

196. En la R.E. N° 1 / Rol F-027-2015, esta infracción fue calificada de forme preliminar como leve, en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 numeral 3 de la LO-SMA, norma que establece que son infracciones leves los hechos, actos u omisiones que contravengan cualquier precepto o medida obligatorios y que no constituyan infracción gravísima o grave.



197. De igual manera que en el caso anterior, analizados los antecedentes que fundan el procedimiento administrativo en curso, se advierte que no existen fundamentos que hagan variar el raciocinio inicial sostenido por este Fiscal Instructor en la Resolución Exenta N° 1/ Rol F-027-2015, por tanto, se mantendrá la misma clasificación de leve sostenida para esta infracción.

VIII. PONDERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LO-SMA QUE CONCURREN A LAS INFRACCIONES.

198. El artículo 40 de la LO-SMA dispone que para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponderá aplicar, se considerarán las siguientes circunstancias:

- a) *La importancia del daño causado o del peligro ocasionado.*
- b) *El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción.*
- c) *El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.*
- d) *La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.*
- e) *La conducta anterior del infractor.*
- f) *La capacidad económica del infractor.*
- g) *El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3º.*
- h) *El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado.*
- i) *Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción”.*

199. Para orientar en la forma de ponderar estas circunstancias, con fecha 29 de octubre de 2015, mediante la Resolución Exenta N° 1002 de la Superintendencia del Medio Ambiente se publicó el documento “Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales” (en adelante e indistintamente “Bases Metodológicas”).

200. En el documento individualizado en el párrafo precedente, además de precisarse la forma de aplicación de cada una de estas circunstancias, se indica que para la determinación de las sanciones pecuniarias que impone esta Superintendencia, se realiza una adición entre un primer componente, que representa el beneficio económico derivado de la infracción, y una segunda variable, denominada “componente afectación”, que representa el nivel de lesividad asociado a la infracción.

201. En este sentido, a continuación se procederá a realizar la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA, partiendo para ello por el análisis del beneficio económico obtenido como consecuencia de las infracciones, y siguiendo luego con la determinación del componente de afectación. Este último componente se encuentra basado en el “valor de seriedad” de la infracción, el cual considera la importancia o seriedad de la afectación que el incumplimiento ha generado y la importancia de la vulneración al sistema de control ambiental, en su caso, y se ajusta de acuerdo a determinados factores de incremento y disminución, considerando también el factor relativo al tamaño económico de la empresa. Dentro de este análisis, se exceptuarán las letras g) y h) del artículo precitado, puesto que en el presente caso no



se ha presentado un programa de cumplimiento ni se ha ejecutado el proyecto en un área silvestre protegida.

202. Respecto de la vulneración al sistema de control ambiental, cabe señalar que este criterio invocado que ha sido invocado por esta Superintendencia en virtud de la letra i) del artículo 40, se fundamenta en que la protección material al medio ambiente y la salud de las personas se encuentra basada en una serie de mecanismos administrativos formales, tales como, permisos de autoridad, reportes, obligaciones de entrega de información, entre otros. Todos estos mecanismos son el complemento necesario e indispensable de las normas ambientales sustantivas y sin las cuales la protección ambiental se volvería ilusoria, por carecer de herramientas concretas para llevar a la práctica su control. En atención a que estos mecanismos son necesarios para el funcionamiento del sistema de protección ambiental, su infracción obstaculiza el cumplimiento de sus fines y merma la confianza en su vigencia.

203. En el caso de análisis, ya que las infracciones sancionadas por la vía de este dictamen corresponden a incumplimientos de carácter sustantivo, se estima que, sin perjuicio de que toda vulneración normativa significa en sí misma una vulneración al sistema de control ambiental, el disvalor aparejado a esta circunstancia resulta menor, por lo que no será considerado en el presente dictamen.

a) Beneficio económico obtenido con motivo de la infracción (artículo 40 letra c) de la LO-SMA).

204. De acuerdo a lo establecido en las Bases Metodológicas, el beneficio económico se construye a partir de la consideración en la sanción de todo aquel beneficio económico que el infractor ha podido obtener por motivo de su incumplimiento. Este beneficio puede provenir, ya sea de un aumento en los ingresos, de una disminución en los costos o una combinación de ambos.

205. En el caso de entidades fiscales y otras organizaciones sin fines de lucro, se trata de instituciones que no tienen como objetivo la obtención de una rentabilidad. Ello implica que las ganancias económicas obtenidas por una infracción, ya sea directamente o por el ahorro, no redundan en un beneficio económico que esta utilice para sí. Por el contrario, este beneficio implicará un incremento presupuestario que deberá ser invertido en otras necesidades sociales, propias de dicha entidad fiscal o corporación. En consecuencia, en el caso de este tipo de organismos no existe tal incentivo al incumplimiento, por lo que no se justifica del mismo modo que en organizaciones privadas con fines de lucro, el incremento de la multa para restar ese incentivo. Lo antes expuesto no se configura del mismo modo para las empresas del Estado, ya que este tipo de empresas, si bien pertenecen al patrimonio fiscal, se comportan con principios de una empresa privada, buscando el incremento de la rentabilidad para su reinversión.

206. En este sentido, el Ministerio de Obras Públicas, en tanto Órgano de la Administración del Estado, dispone de un presupuesto que está sometido a la inversión con un fin eminentemente comunitario, sin que pueda considerarse que un eventual incremento provocado directa o indirectamente por el incumplimiento de una normativa ambiental, pueda ser considerado un beneficio económico en los términos que han sido antes explicado. Por este motivo, en el presente caso no se considerará la circunstancia del beneficio económico dentro del cálculo de la sanción

b) Componente de afectación.

b.1) Valor de seriedad



207. El valor de seriedad se determina a través de la asignación de un "puntaje de seriedad" al hecho constitutivo de infracción, de forma ascendente de acuerdo al nivel de seriedad de los efectos de la infracción, o de la importancia de la vulneración al sistema de control ambiental. De esta manera, a continuación se procederá a ponderar dentro de las circunstancias que constituyen este valor, aquellas que concurren en la especie, esto es, la Importancia del daño causado o del peligro ocasionado y el número de personas cuya salud pudo afectarse, quedando excluidas del análisis las letras g) y h) del artículo 40 de la LO-SMA y la "vulneración al sistema de control ambiental" (artículo 40 letra i) de la LO-SMA), debido a que en el presente caso, no son aplicables.

b.1.1) Importancia del daño causado o del peligro ocasionado (artículo 40 letra a) de la LO-SMA.

- i. Cargo 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.

208. De forma preliminar, cabe recordar respecto de esta circunstancia, que el concepto al que alude la LO-SMA, al no hacer una alusión específica al "daño ambiental", como en otras de sus disposiciones, comprende todos los casos en que se estime que exista un menoscabo o afectaciones a la salud de la población o al medioambiente o a uno o más de sus componentes, sean significativos o no, reparables o no reparables.

209. El incumplimiento del caudal ecológico durante los periodos identificados, ha provocado un efecto adverso que debe ponderarse de forma diferente según el episodio del cual se trate. Así, tal como quedó reflejado en el Informe CGR, la disminución de caudal del río Ancoa producida durante los días 19 y 20 de febrero, fue de tal magnitud, que fue posible medirla no solo a pie de presa, sino que incluso en la estación pluviométrica el Morro, ubicada a 13,4 kilómetros aproximadamente río abajo del embalse. En este orden de ideas, se constató que producto de las 15 horas en las que las válvulas del embalse estuvieron cerradas, se produjo la mortandad de una cantidad indeterminada de fauna íctica, lo que junto a la escasez del recurso hídrico, provocó las denuncias de vecinos del sector Roblería del Cajón, que dieron curso a la investigación que inició Contraloría.

210. De esta forma, en base a los antecedentes recabados, sumado a los efectos esperables por la naturaleza de la infracción, los cuales se pueden desprender del mismo EIA del proyecto Embalse Ancoa, particularmente de su Anexo B.8, es posible concluir que la obstrucción del libre curso de las aguas, durante 15 horas aproximadamente, produjo una alteración del hábitat acuático de tal magnitud que lo hizo inhabitable en determinados tramos del río, provocando la mortandad de fauna íctica, lo cual será considerado al momento de la determinación específica de la sanción. Con todo, otros efectos adversos asociados a esta infracción, tales como, la alteración de la calidad estética del paisaje o la imposibilidad de satisfacer demandas antrópicas como riego o consumo, por el acotado periodo de duración de la incidencia, no implican un disvalor especial que deba ser ponderado en este dictamen.

211. Por su parte, respecto de los incumplimientos de agosto y septiembre de 2014 –octubre no será considerado por los argumentos que ya han sido expresados-, sin perjuicio de que el incumplimiento del caudal ecológico importe por sí mismo una distorsión en el régimen de caudales que la medida justamente busca prevenir, no constan antecedentes en esta Superintendencia que permitan concluir que se haya producido un daño efectivo. En cuanto al riesgo, se estima que una inadecuada manipulación de las compuertas del embalse aumenta las probabilidades de que ocurran distorsiones de gran envergadura como aquella acaecida en febrero de 2013, sin embargo, considerando la breve duración y magnitud de los

incumplimientos ocurridos durante el año 2014, este riesgo no sería significativo, por lo que su ponderación implicará solo un leve aumento del valor de seriedad asociado a la infracción.

212.

213. En atención a lo anterior, los episodios ocurridos en agosto y septiembre del año 2014, suponen un aporte menor al valor de seriedad asignado a la infracción, el cual se encuentra constituido principalmente por el episodio constatado en febrero de 2013.

ii. Cargo 2: Residuos peligrosos se encuentran almacenados a la intemperie, sin contar con cierre perimetral ni techumbre.

214. Como se indicó en el capítulo de configuración de esta infracción, en la inspección ambiental de fecha 7 de marzo de 2013 se constató un manejo de residuos peligrosos fuera de los requerimientos establecidos en el D.S. N° 148/2003, particularmente de aquellos categorizados en el literal 1.8 de la Lista 1 de dicha norma.

215. Si bien estos residuos peligrosos se encontraban depositados en tambores de 200 litros, los contenedores no contaban con el etiquetado y rotulado estipulado en el D.S. N° 148/2003, siendo esta obligación exigible desde que tales residuos se almacenen hasta su eliminación. Por otro lado, y tal como se indicó en el acta de inspección ambiental, el sector donde se encontraban los residuos peligrosos no contaba con cierre perimetral, techo o puerta que restrinja su acceso y salida, por lo que el actuar del MOP priva a los operadores de este tipo de residuos de su derecho a estar debidamente informados sobre los sectores en los que se encuentran los residuos peligrosos y de los riesgos exponenciales asociados a ellos, así como también genera condiciones de riesgo para trabajadores y especies de fauna local, que quedan expuestos al contacto de estos residuos.

216. Al respecto, cabe señalar que los aceites usados contienen compuestos orgánicos, aditivos y contaminantes acumulados durante su uso, que son sustancias perjudiciales para el ser humano y el medio ambiente. En este sentido, la literatura especializada ha sostenido que *"Una exposición prolongada y repetida a gases de compuestos orgánicos (aldehídos, cetonas...), compuestos aromáticos (HAPs, tolueno, benceno), metales pesados y otras sustancias (disolventes halogenados, compuestos sulfurados...) presentes en los aceites usados, que de un modo u otro son arrojados a la atmósfera, son componentes muy dañinos que pueden provocar desde pequeñas afecciones sobre el sistema respiratorio (bronquitis, asma, asfixia) hasta efectos cancerígenos y mutagénicos en distintos órganos debido a su carácter irritante y tóxico."*²²

217. Por lo anterior, se concluye que, aun cuando no existan antecedentes que permitan sostener la producción de un daño actual, el infractor ha incurrido en conductas de riesgo al exponer a los operadores al manejo de residuos peligrosos sin contar éstos con la información necesaria para realizar una adecuada gestión de los mismos, y a sus trabajadores y a especies de fauna local, al contacto con estos residuos.

iii. Cargo 3: Los taludes de derrame no se encuentran revegetados con Retanilla Ephedra.

218. Respecto a la infracción N° 3, cabe señalar, tal como se indicó en su oportunidad, que la obligación de revegetar con *retanilla ephedra*, en tanto busca compensar un efecto adverso del proyecto (pérdida de *retanilla ephedra* y consiguientemente

²² Ministerio de Salud, Comisión Nacional de Medio Ambiente y Sociedad Alemana para la Cooperación Técnica. *Guía Técnica para Aceites Usados del Sector Transporte*. 2008. P. 19.

de alimentación del loro Tricahue), adopta, desde la perspectiva ambiental, la condición de una medida de naturaleza compensatoria.

219. Lo anterior implica que durante la evaluación ambiental del proyecto se determinó un efecto adverso como consecuencia de la construcción del embalse, el cual debía ser compensado en un momento determinado, y en tal sentido, desde el momento en que la obligación no fue ejecutada de forma oportuna, se mantuvo un efecto adverso que de no mediar la conducta infraccional, no habría perdurado. En este sentido, cabe señalar que el Segundo Tribunal Ambiental ha confirmado el criterio de que la falta de implementación de una medida de compensación, aun cuando tenga por objeto generar un efecto positivo y equivalente, sí puede -y debe- ser ponderada como circunstancia de la letra a) del artículo 40 de la LO-SMA, expresando al respecto que: *"la alegación del reclamante en cuanto a que el incumplimiento de la medida de compensación "en el contexto de la evaluación de impacto ambiental no tiene por finalidad evitar o minimizar riesgos ambientales", sino generar un efecto positivo y alternativo, de forma tal que "su ausencia solo provocará que dicho efecto no se presente, lo cual en ningún caso puede considerarse como un peligro o daño ambiental", es un argumento que resulta francamente insostenible, que sólo podría explicarse ya sea por un absoluto desconocimiento de la fundamentación y alcance del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, la falta de comprensión de las medidas de compensación incluidas en dicho sistema o por un intento de restar seriedad a la crítica situación de una especie de fauna amenazada [...]"*²³

220. De esta manera, a Juicio de este Fiscal Instructor, la falta de adopción oportuna de las medidas de revegetación con *retanilla ephedra*, ha generado un efecto adverso al disminuir la fuente de alimentos existentes en la zona para la especie loro Tricahue como consecuencia de la corta de *retanilla ephedra*, sin llevar a cabo la revegetación comprometida, situación que adquiere un disvalor adicional considerando que el Loro Tricahue, entre las regiones de O'Higgins y el Maule, se encuentra en estado vulnerable, de acuerdo con el D.S. N° 151/2007 del MINSEGPRES y sus posteriores actualizaciones, que Oficializan la Clasificación de Especies Silvestres según su Estado de Conservación.

b.1.2) Número de personas cuya salud pudo afectarse (artículo 40 letra b) de la LO-SMA).

221. Respecto a esta circunstancia, cabe recordar que el artículo 40 de la LO-SMA, al utilizar la fórmula verbal "pudo afectarse", incluye tanto la afectación actual como el riesgo de afectación de la salud de la población, por lo que también considera la generación de condiciones de riesgo, sean éstas significativas o no, conforme a lo que haya sido identificado en la circunstancia de la letra a) del artículo 40 del mismo cuerpo normativo.

222. Ahora bien, respecto de los cargos N° 1 y 3, por la naturaleza de las infracciones y sus circunstancias específicas, es dable concluir que no tienen la potencialidad de afectar la salud de la población, por lo que para dichas infracciones no se ponderará la circunstancia contenida en el artículo 40 letra b) de la LO-SMA.

223. Por su parte, en relación con el cargo N° 2, siguiendo lo razonado en el apartado anterior, es posible concluir que, en razón de la falta de infraestructura idónea para una gestión adecuada de este tipo de residuos, así como para evitar el contacto circunstancial con los mismos, al menos un trabajador pudo haber visto afectada su salud por exposición a sustancias peligrosas, máxime si se considera que, de acuerdo con lo estipulado en el considerando n° 3.4 del EIA "Embalse Ancoa", el proyecto consideró para la etapa de construcción una mano de obra de 300 a 600 personas.



²³ Segundo Tribunal Ambiental, 07.05.2015, causal Rol R N° 38-2014.

224. Por lo anterior, esta circunstancia será ponderada en relación con el cargo N° 2.

b.2) Factores de incremento.

225. A continuación, se procederá a ponderar aquellos los factores que pueden aumentar el componente de afectación y que han concurrido en la especie.

b.2.1) Intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma (artículo 40 letra d) de la LO-SMA).

226. La intencionalidad, al no ser un elemento necesario para la configuración de la infracción, actúa en virtud de lo dispuesto en el artículo 40 de la LO-SMA, como un criterio a considerar para determinar la sanción específica que corresponda aplicar en cada caso. En efecto, a diferencia de como se ha entendido en Derecho Penal, donde la regla general es que exista dolo para la configuración del tipo, la LO-SMA, aplicando los criterios asentados en el Derecho Administrativo Sancionador²⁴, no exige como requisito o elemento de la infracción administrativa, la concurrencia de intencionalidad o de un elemento subjetivo más allá de la culpa infraccional o mera negligencia.

227. Ahora bien, en relación a la intencionalidad en tanto circunstancia del artículo 40 de la LO-SMA, esta Superintendencia ha estipulado que para su concurrencia, no es necesario únicamente un actuar doloso sino que comprende también la hipótesis en que el sujeto infractor conoce la obligación contenida en la norma, así como la conducta infraccional que se realiza y sus alcances jurídicos, criterio que ha sido confirmado por el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental de Santiago²⁵. De este modo, se entiende que habrá 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.

228. Para determinar la concurrencia de intencionalidad en este caso específico, un elemento relevante a tener en consideración, es que el Ministerio de Obras Públicas se circunscribe en lo que esta Superintendencia ha entendido como un "sujeto calificado", esto es, aquel que por su experiencia y conocimiento de las actividades que ejecuta, cuenta con una posición favorable para conocer y comprender el alcance de las obligaciones que dimanar de los proyectos que a su cargo tiene y la normativa asociada. Asimismo, estos sujetos calificados disponen de una organización sofisticada que les permite afrontar de manera especializada, idónea y oportuna su correcta operación y eventuales contingencias. Respecto de estos regulados, es posible atribuir un mayor conocimiento de las obligaciones a las que están sujetos, en relación con aquéllos que no cuentan con estas características, pues se encuentran en mejor posición para evitar las infracciones que hubieran cometido.

229. En consecuencia, en un primer nivel, la intencionalidad en la atribución de la comisión de la infracción, implica determinar al sujeto responsable del cumplimiento del instrumento de carácter ambiental, así como el tipo de sujeto de

²⁴ Al respecto, la doctrina española se ha pronunciado, señalando que *"En el Código Penal la regla es la exigencia de dolo de tal manera que sólo en supuestos excepcionales y además tasados, pueden cometerse delitos por mera imprudencia (art. 12). En el Derecho Administrativo Sancionador la situación es completamente distinta puesto que por regla basta la imprudencia para que se entienda cometida la infracción y, salvo advertencia legal expresa en contrario, no es exigible el dolo que de otra suerte, caso de haberse dado, únicamente opera como elemento de graduación (agravante) de la sanción"*. En NIETO, Alejandro, *"Derecho Administrativo Sancionador"*. 4ª Edición. Ed. Tecnos, 2008, p. 391

²⁵ Segundo Tribunal Ambiental, 08.09.2015, causa Rol C N° 5-2015, considerando duodécimo.



que se trate, de acuerdo a sus características, para luego determinar si realizó alguna acción para impedir que la infracción ocurriese, estando para el caso concreto en posición real de hacerlo, puesto que de no ser así, se entiende que acepta tal suceso y las consecuencias jurídicas que se derivan del carácter antijurídico de su conducta, deviniendo entonces en intencional.

230. En concordancia con lo anterior, cabe señalar que el MOP es la entidad estatal encargada de planear, estudiar, proyectar, construir, ampliar, reparar, conservar y explotar la infraestructura pública de carácter fiscal, que está bajo su tuición a lo largo del país, y en este sentido, tiene a su cargo obras relacionadas con caminos, autopistas, puentes, túneles, aeropuertos, aeródromos, embalses de riego, defensas fluviales, colectores de agua lluvia y agua potable rural. Luego, dada su vasta experiencia en la construcción y operación de proyectos, este Fiscal Instructor estima que se encuentra en una especial posición para tener conocimiento de sus obligaciones y las formas de darle cumplimiento.

231. Por otra parte, también debe tenerse presente que para la construcción y operación del proyecto Embalse Ancoa, el MOP ha contado con una vasta gama de recursos, proveedores, conocimientos técnicos y acceso al mercado de consultores especializados, entre otros, que le dejan en una posición aventajada para el conocimiento y cumplimiento de la normativa aplicable a su proyecto, así como también para el entendimiento y control de los efectos e impactos ligados al mismo.

232. Finalmente, cabe agregar que en el caso de la legislación ambiental, y en especial de aquellos proyectos y actividades que según la Ley Nº 19.300 requieren de una evaluación ambiental como requisito habilitante para su ejecución, nos encontramos ante sujetos regulados que luego de la tramitación de un procedimiento administrativo especial, reglado e integrador -por la participación de diversos órganos de la administración del Estado- se le fijan las condiciones y requisitos para el ejercicio de su actividad económica. De esta manera, el regulado obtiene una autorización estatal que fija detalladamente los términos de su ejercicio, que son considerados fundamentales para la protección del bien jurídico medio ambiente. En razón de lo anterior, el ordenamiento jurídico ambiental impone un estándar especial de cuidado y, por lo tanto, el regulado ambiental que ha sido evaluado conforme a la Ley Nº 19.300, en principio, carece de circunstancias extraordinarias que justifiquen el desconocimiento de los compromisos emanados de su RCA.

233. En razón de lo anterior, es dable concluir que el MOP conocía, o al menos se encontraba en una posición privilegiada para conocer de forma prístina, cuáles eran las obligaciones que emanaban de la RCA Nº 375/2006, y correlativamente, qué tipo de conductas implicarían una contravención a las mismas.

234. Por otro lado, tampoco se puede desconocer que, para el tiempo posterior al inicio de la investigación que concluyó con el Informe CGR y a la inspección ambiental de fecha 7 de marzo de 2013, el MOP tenía aún más conciencia de los efectos jurídicos de sus acciones. En tal sentido, para la infracción Nº 1 -caudal ecológico-, con posterioridad a la incidencia de febrero de 2013, el MOP tenía plena conciencia de la relevancia de la medida y de los efectos asociados a su contravención, realizando incluso, tal como se señala en el Anexo A del escrito de descargos, una serie de medidas tendientes a asegurar su cumplimiento. Además, con anterioridad a dicho episodio, el MOP contaba con la asesoría de una consultora ambiental especializada -GESAM-, que realizaba de forma permanente el seguimiento de los caudales y el desarrollo de la variable limnológica. Así, por ejemplo, en marzo de 2013 se elaboró el informe "Servicios Ambientales de Monitoreo de Variables Limnológicas Etapa Pre-Operación", el cual daba cuenta de los monitoreos de flora y fauna acuática, calidad de agua y análisis del caudal en la estación embalse Ancoa, El Morro y La Roblería además del monitoreo de hidrología en el puente La Selva,

justamente entre diciembre de 2012 y febrero de 2013. Por lo anterior, es plausible sostener que el MOP tenía conocimiento de los efectos jurídicos asociados a la contravención de la obligación de mantener un caudal ecológico mínimo, razón por la cual, mantenía un seguimiento permanente a dicha variable.

235. El argumento sostenido en el párrafo precedente también resulta aplicable respecto de las infracciones N° 2 –residuos peligrosos- y N° 3 –revegetación con *retanilla ephedra*-, toda vez que, en el primer caso, de la inspección ambiental de fecha 7 de marzo, se levantó un acta cuya copia fue puesta en conocimiento del MOP, dejando éste transcurrir al menos quince días antes de proceder con el retiro de los residuos peligrosos, y sin que en el intertanto se realizaran gestiones provisorias para disminuir el riesgo latente. Por su parte, respecto de la revegetación con *retanilla ephedra*, el MOP se ha encontrado en conocimiento permanente de la obligación y de su estado de incumplimiento, razón por la cual, ha llevado a cabo algunas actividades destinadas a plantar *retanilla ephedra* en las zonas comprometidas, no obstante, como se analizó, estas acciones fueron insuficientes y no abordaron aquellos factores de riesgo que obstaban al éxito de las plantaciones y que estaban plenamente identificados, razón por la cual, este Fiscal Instructor estima que no permiten revertir el razonamiento plasmado en estos párrafos.

236. Por lo tanto, se ponderará como circunstancia de incremento del componente de afectación, la intencionalidad en la comisión de las infracciones N° 1, 2 y 3, debido a que existen indicios suficientes como para configurar sus elementos. Finalmente respecto al grado de participación en las infracciones configuradas, no corresponde extenderse en el presente dictamen, dado que el sujeto infractor del presente procedimiento sancionatorio, corresponde únicamente al titular y responsable del proyecto Embalse Ancoa, esto es, el Ministerio de Obras Públicas.

b.3) Factores de disminución.

237. A continuación, se procederá a ponderar todos los factores que pueden disminuir el componente de afectación. Ahora bien, teniendo en consideración que la empresa no presentó un programa de cumplimiento durante el presente procedimiento administrativo sancionatorio, no ha mediado una autodenuncia y no ha existido una inspección ambiental previa en la cual no se hayan detectado hallazgos susceptibles de calificarse como infracción, no se ponderará la circunstancia establecida en la letra g) del artículo 40 de la LO-SMA ni otras de aquellas que esta Superintendencia ha configurado en aplicación de la letra i) del artículo 40 de la LO-SMA.

b.3.1) Cooperación eficaz en el procedimiento (Artículo 40 letra i) de la LO-SMA)

238. De acuerdo al criterio sostenido por esta Superintendencia, para que esta circunstancia pueda ser ponderada en un procedimiento sancionatorio, es necesario que la cooperación brindada por el sujeto infractor sea eficaz, lo que guarda relación con la utilidad real de la información o antecedentes proporcionados. A su vez, tal como se ha expresado en las Bases Metodológicas de esta Superintendencia, algunos de los elementos que se consideran para determinar si una cooperación ha sido eficaz, son los siguientes: (i) allanamiento al hecho constitutivo de infracción imputado y su calificación; (ii) respuesta oportuna, íntegra y útil, en los términos solicitados por la SMA, a los requerimientos de información formulados; y (iii) colaboración en las diligencias ordenadas por la SMA.

239. En el caso en cuestión, no existió allanamiento respecto de los hechos constitutivos de infracción, en circunstancias en que se determinó la comisión de las infracciones en el procedimiento administrativo sancionatorio, por lo que no es



posible disminuir el componente de afectación por este factor, en el máximo establecido en las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones.

240. No obstante lo anterior, la empresa respondió el requerimiento de información formulado mediante Resolución Exenta N° 2, de fecha 22 de marzo de 2016, dentro de plazo, con fecha 8 de abril de 2016. En cuanto al contenido de esta respuesta, la información fue útil para delimitar los hechos constitutivos de infracción y para esclarecer el tenor de los descargos presentados por el MOP, siendo por tanto información oportuna y fiel a los términos solicitados, por lo que se entiende eficaz la cooperación en este punto, lo cual será considerado para disminuir el componente de afectación en una baja proporción.

241. El tercer criterio, esto es, la colaboración en las diligencias ordenadas por la SMA, no será evaluado en el presente dictamen, toda vez que, además del requerimiento de información referido en los considerando anteriores, no se ordenó otro tipo de diligencias en el presente procedimiento sancionatorio.

b.3.2) Aplicación de medidas correctivas (Artículo 40 letra i) de la LO-SMA)

242. La SMA ha asentado el criterio de considerar, en la determinación de la sanción específica, la conducta del infractor posterior a la infracción o su detección, específicamente en lo referido a las medidas adoptadas por este último, en orden a corregir los hechos que la configuran, así como a contener, reducir o eliminar sus efectos y a evitar que se produzcan nuevos efectos.

243. Para la procedencia de la ponderación de esta circunstancia, uno de los criterios sentados por esta Superintendencia, es que las medidas correctivas que se hayan aplicado deben ser idóneas y efectivas para los fines que persiguen, y deben ser acreditadas en el procedimiento sancionatorio respectivo.

244. Respecto a la infracción N° 1, el MOP indica en su presentación de descargos, que *"se debe considerar los esfuerzos para tener siempre un seguimiento a todos los compromisos ambientales de la RCA N° 375/2006, y que quedan demostrados por el hecho de contratar vía licitación pública a empresas especialistas que tienen por objetivo asegurar el cumplimiento de los compromisos:*

- *Peritaje Técnico del PLC del sistema automatizado de entrega a riego del Embalse Ancoa - IGINSA;*
- *Capacitación Técnicos y Operadores de sistema Embalse Ancoa - IGINSA;*
- *Instalación de un caudalímetro para registro de los caudales de entrega - DOH MOP;*
- *Asesoría a la inspección fiscal (a partir del mes de abril de 2013), para el control operación y conservación del embalse Ancoa- MN Ingenieros - ID 1506-3-LP14;*
- *Construcción Estaciones Fluviométricas, meteorológica y Telemetría, Comuna de Linares, Embalse Ancoa - SICOMAQ- ID 975-35-LP13;*
- *Servicios Ambientales de Monitoreo Variables Limnológicas en etapa de preoperación, Embalse Ancoa- GESAM- ID 975-47-LP14;*
- *Servicios Ambientales de Monitoreo Variables Limnológicas en etapa de llenado y preoperación, Embalse Ancoa - GESAM- ID 975-57 -LE13;*
- *Seguimiento Ambiental Embalse Ancoa Etapa de Preoperación- SOLAM- ID 975-19-LP14;*
- *Seguimiento Ambiental Embalse Ancoa 2015-2016- SOLAM -ID 1506-31-R115."*

245. Por su parte, el Informe CGR expresa en su capítulo 2.3, en concordancia con lo indicado por el MOP en el párrafo precedente y en el Anexo A

de su escrito de descargos, que: "Conforme las indagaciones efectuadas y la información proporcionada por la Secretaría Regional Ministerial de Obras Públicas, se puede indicar que, con la finalidad de evitar situaciones similares en el futuro se ha adoptado las medidas siguientes:

- Visita a las instalaciones de los técnicos de la empresa española IGINSA, suministradora de los equipos instalados, durante el periodo comprendido entre el 1 y el 7 de marzo 2013, con la finalidad de comprobar la programación y funcionamiento del sistema electrónico del embalse.
- Revisión conjunta de los técnicos de la empresa mencionada con el Inspector Fiscal y la Asesoría a la Inspección Fiscal, de la lógica del régimen de comandos del sistema, procedimientos de registros, de regulación y alarmas, durante el día 2 de marzo de 2013.
- Instalación de turnos de vigilancia del sistema durante las 24 horas del día.
- Realización de una capacitación al personal, a cargo de la empresa IGINSA, a partir del día 7 de marzo del presente año.
- Instalación de un caudalímetro que permita registrar los caudales de entrega.
- Contratación de consultoría externa denominada "Control, conservación y operación del Embalse Ancoa".

246. En relación con las medidas señaladas en los párrafos precedentes, cabe señalar de forma preliminar, que ninguna de ellas estuvo orientada o tuvo por objeto poner fin a los hechos constitutivos de infracción o eliminar, remediar o disminuir sus efectos, sino que se refieren a actividades generales de control, capacitación y seguimiento, destinadas algunas a evitar la reincidencia en el hecho infraccional y otras a contar con información que permita saber de forma oportuna si se diere nuevamente un episodio de disminución de caudal por debajo del caudal considerado como mínimo ecológico.

247. Por otro lado, cabe señalar que aun cuando se adoptaron medidas para evitar que se repitiera un episodio de gran magnitud, como el ocurrido los días 19 y 20 de febrero de 2013, las cuales hasta la fecha han sido efectivas para tal efecto, éstas no fueron suficientes para evitar que la infracción se diere en el contexto y magnitud de los episodios de agosto y septiembre de 2014, los cuales se debieron a decisiones operacionales.

248. Por su parte, revisados en el sistema de contratación pública "www.mercadopublico.cl", los ID correspondientes a los servicios de seguimiento ambiental enunciados por el MOP, a saber ID-975-35-LP13, ID-975-57 -LE13, ID-1506-3-LP14, ID-975-19-LP14, ID-975-47-LP14 e ID-1506-31-R115, es posible apreciar que las bases de dichas licitaciones fueron publicadas, de forma respectiva, en agosto de 2013, septiembre de 2013, febrero de 2014, julio de 2014, noviembre de 2014 y enero de 2015. Esto implica, que habiendo ocurrido el primer hecho constitutivo de infracción el día 19 de febrero de 2013, dichas medidas correctivas no fueron adoptadas con un grado particular de premura, máxime si se considera que del tenor de sus descargos MOP solo considera el episodio del año 2013 como hecho eventualmente infraccional (sin considerar los demás elementos que configuran la responsabilidad infraccional). Así mismo, las fechas dan cuenta de que algunas de las medidas no fueron adoptadas de forma posterior a las incidencias de agosto, septiembre y octubre de 2014, sino con anterioridad, por lo que malamente podrían invocarse como acciones correctivas de dichos episodios.

249. Además, a juicio de este Fiscal Instructor, la instalación de mecanismos de medición de caudal y el mantener actividades de monitoreo y seguimiento ambiental, forman parte de las actividades que de forma razonable puede esperarse que el MOP ejecute a fin de dar cumplimiento a sus compromisos ambientales, por lo que no reflejan un esfuerzo particular por volver al cumplimiento de la normativa ambiental como consecuencia de los hechos constitutivos de infracción.



250. Pese a lo anterior, algunas de las medidas adoptadas por el MOP, particularmente las cuatro primeras indicadas en el Informe CGR y enunciadas en el considerando nº 245, guardan relación con la infracción y dan cuenta de un esfuerzo reactivo por evitar una nueva ocurrencia del hecho constitutivo de infracción, por lo que serán ponderadas en el presente dictamen, aunque asignándosele un bajo valor por las razones expresadas en los párrafos precedentes.

251. En relación a la infracción Nº 2, el MOP indica que en el informe titulado "Informe de Seguimiento Ambiental Etapa de Construcción y Postconstrucción Embalse Ancoa (AMBAR)", de junio de 2013, se señaló que el sitio en donde se encontraban los tambores, que corresponde a la zona de Campamento y Patios de Almacenamiento de Materiales, presenta en la actualidad "limpieza total, nivelación terreno, descompactación del terreno, Reforestación y terrazas en sitios >20% de pendiente, descompactación de suelo, sembrado de empastadas con especies similares a /as vecinas. Reforestación con 70 individuos de Boldo en zona campamento. En abril se agrega: disposición de 20 cm de material vegetal." Añade que la zona ha sido materia de seguimiento ambiental y que el último informe relacionado, correspondiente al ANEXO G de su presentación de descargos, da cuenta del buen estado actual del área y de las plantaciones que se llevaron a cabo.

252. Respecto a lo indicado por el MOP, cabe señalar que si bien las obras descritas están destinadas a restaurar las zonas ocupadas por las faenas, no guardan relación de forma directa con la infracción ni tienen por objeto corregir los hechos que la constituyen ni contener, reducir o eliminar sus efectos, sino que solo corresponden a obras de cierre de faenas que coinciden circunstancialmente con la zona donde se verificó la infracción. Al respecto, cabe recordar que esta circunstancia del artículo 40 de la LO-SMA tiene sentido en un esquema de énfasis en el incentivo al cumplimiento y la protección del medio ambiente, lo que implica valorar positivamente aquellas conductas que se emplearon de forma especial para revertir los hechos constitutivos de infracción, lo cual, no ha ocurrido en la especie. Por ello, a juicio de este Fiscal Instructor, no es posible aplicar esta circunstancia respecto de la infracción Nº 3.

253. Respecto de la infracción Nº 3, cabe destacar que efectivamente el MOP ha realizado algunas labores de revegetación con *retanilla ephedra*, destinadas a dar cumplimiento, en parte, al compromiso ambiental asumido. Con todo, como ya se abordó en su oportunidad, dichas medidas fueron insuficientes y no abordaron aquellos factores de riesgo que obstaban al éxito de las plantaciones y que estaban plenamente identificados, razón por la cual, si bien serán consideradas respecto de esta circunstancia del artículo 40 de la LO-SMA, se les asignará un bajo valor.

b.3.3) Conducta anterior positiva del infractor (Artículo 40 letra i) de la LO-SMA)

254. Tal como se ha sentado por parte de esta Superintendencia, la evaluación de procedencia y ponderación de esta circunstancia, se erige sobre la base de la revisión de los procedimientos de fiscalización y sancionatorios iniciados en el pasado, de que ha sido objeto una unidad fiscalizable, en el marco del seguimiento de la normativa ambiental. En concordancia con lo anterior, solo se circunscribirán en esta hipótesis aquellas unidades fiscalizables que han sido objeto de una o más inspecciones ambientales cuyos informes de fiscalización no han identificado hallazgos susceptibles de iniciar un proceso sancionatorio, o que encontrándolos, han sido en definitiva absueltas por esta Superintendencia.

255. En el caso particular del proyecto Embalse Ancoa, el Ministerio de Obras Públicas no registra otros informes de fiscalización de esta Superintendencia distintos al considerado en el presente procedimiento sancionatorio, ni existen

antecedentes de que haya sido objeto de sanciones administrativas en esta sede u otra previa a la entrada en vigencia de la funciones de la SMA.

256. Por lo anterior, esta circunstancia no será ponderada en el presente dictamen.

b.4) Capacidad económica del infractor (artículo 40 letra f) de la LO-SMA).

257. La capacidad económica ha sido definida por la doctrina española a propósito del Derecho Tributario, como la potencialidad económica vinculada a la titularidad y disponibilidad de la riqueza, con la aptitud, la posibilidad real, la suficiencia de un sujeto de derecho para hacer frente a la exigencia de una obligación tributaria concreta por parte de la Administración Pública²⁶. De esta manera, la capacidad económica atiende a la proporcionalidad del monto de una multa con relación a la capacidad económica concreta del infractor, la que de no ser considerada podría desnaturalizar la finalidad de la sanción. De esta forma, mientras una elevada sanción pecuniaria podría ser ejecutada y cumplir su finalidad de prevención especial, en el caso de una pequeña empresa, por ejemplo, podría suponer el cierre del negocio y no ser efectiva.

258. Para las entidades fiscales, exceptuando las empresas del Estado, el factor de tamaño económico a aplicar se define según la magnitud del presupuesto anual de la entidad, de forma análoga a la definición del factor que se aplica en el caso de una empresa pública o privada de acuerdo a su tamaño económico.

259. En el caso del MOP, de conformidad con lo dispuesto en las leyes N° 20.882 y N° 20.880, que aprobaron el presupuesto para el sector público para el año 2016, este ministerio cuenta con una partida presupuestaria ascendiente a la suma de \$2.305.019.907.000, lo que permite dilucidar la capacidad económica de dicho servicio para enfrentar sus diversos compromisos.

260. Por lo anterior, esta circunstancia será considerada en el presente dictamen como un factor que no produce una variación en el componente de afectación.

IX. PROPUESTA DE SANCIÓN O ABSOLUCIÓN

261. En virtud del análisis realizado en el presente dictamen, y en cumplimiento del artículo 53 de la LO-SMA, se propondrá las siguientes sanciones que a juicio de este Fiscal Instructor corresponde aplicar al Ministerio de Obras Públicas.

262. **Se propone una multa de 147 UTA**, respecto de la infracción n° 1, correspondiente a *"Entrega de caudal del río Ancoo por debajo del límite establecido como caudal ecológico durante los meses de febrero de 2013 y agosto, septiembre y octubre de 2014"*.



²⁶ CALVO Ortega, Rafael, Curso de Derecho Financiero, I. Derecho Tributario, Parte General, 10ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 52; citado por MASBERNAT Muñoz, Patricio, "El principio de capacidad económica como principio jurídico material de la tributación: su elaboración doctrinal y jurisprudencial en España" Revista Ius et Praxis, Año 16, N° 1, 2010, pp. 303 - 332.

263. Se propone una multa de 35 UTA respecto de la infracción n° 2, consistente en "Residuos peligrosos se encuentran almacenados a la intemperie, sin contar con cierre perimetral ni techumbre."

264. Se propone una multa de 72 UTA respecto de la infracción n° 3, consistente en "Los taludes de derrame no se encuentran revegetados con Retanilla ephedra".



A large, stylized handwritten signature in black ink.

Camilo Orchard Rieiro
Fiscal Instructor de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente



Rol N° F-027-2015