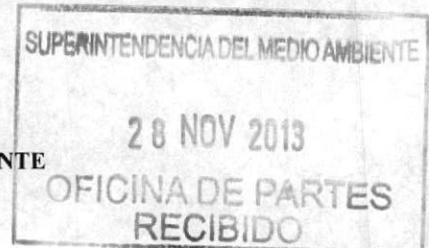


EN LO PRINCIPAL: Formula descargos. **PRIMER OTROSÍ:** Reserva derecho a presentar prueba y solicitud de término probatorio. **SEGUNDO OTROSÍ:** Acompaña antecedentes. **TERCER OTROSÍ:** Personería.

SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE



Daniel Gordon Adam, en representación de **Colbún S.A.**, en el procedimiento administrativo sancionatorio iniciado mediante el ORD U.I.P.S. N° 853 de fecha 29 de octubre de 2013 (Formulación de Cargos), a usted respetuosamente digo:

Encontrándome dentro de plazo, y en virtud del artículo 49 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (LO-SMA), procedo a formular los siguientes descargos solicitando que, en definitiva, se absuelva del cargo formulado a Colbún S.A., por las consideraciones que se expresan en este escrito.

I. ANTECEDENTES GENERALES DEL PROYECTO: CENTRAL SANTA MARÍA

El Proyecto, consistente en la construcción y operación de un complejo de generación térmica de una potencia neta de 700 MW (Central Santa María, en adelante el "Proyecto" o la "Central"), equipado con dos turbinas a vapor de 350 MW¹ y basado en tecnología de carbón pulverizado, fue evaluado a través del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) mediante un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), el cual fue calificado favorablemente a través de la Resolución Exenta N° 176/2007, del 12 de julio del año 2007, por la entonces Comisión Regional del Medio Ambiente Región del Biobío (RCA N° 176/2007).

En lo que respecta a la evaluación ambiental del Proyecto, corresponde señalar que dicha evaluación consideró la identificación de los impactos ambientales significativos y las medidas de compensación, mitigación o reparación correspondientes², las cuales se encuentran en pleno cumplimiento.

¹ Actualmente se encuentra en operación la primera unidad.

² Artículos 10, 11 y 12 de la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente y sus normas reglamentarias.

En relación al sistema de refrigeración y componente ambiental medio marino, el capítulo 5 del EIA identifica, valoriza y jerarquiza los distintos impactos significativos para las etapas de construcción, operación y abandono del proyecto, en conformidad al artículo 12 letra d) de la Ley 19.300.

Además, el punto 4 de dicho capítulo se refiere a la evaluación de impacto sobre el medio biótico y, específicamente, el punto 4.3 analiza los impactos sobre la Flora y Fauna Marina considerando, entre los más relevantes, la pérdida de hábitat debido a limpieza, despeje y preparación de terreno para la construcción del ducto, descarga de agua con un delta de temperatura mayor al del cuerpo de agua receptor, shock térmico e impacto mecánico a través del agua de enfriamiento que ingresa al condensador, entre otros.

Todo lo anterior, contó con el respaldo de información de línea de base y modelaciones contenidas, fundamentalmente, en el Adenda N° 1 del EIA.

En cuanto a las medidas para minimizar los impactos ambientales identificados, la evaluación ambiental consideró la construcción de un emisario que facilite la dispersión térmica y evite el ingreso de organismos acuáticos al ducto, mediante un sistema mecánico de rejas metálicas, modelación de la descarga, análisis de temperatura, entre otras. Dicha información, cuenta con el pronunciamiento favorable de la Autoridad Marítima en el marco del otorgamiento del Permiso Ambiental Sectorial N° 73 del Reglamento del SEIA.

Por último, el Proyecto contempló un plan de seguimiento previo al inicio y durante la construcción y operación del mismo, en conformidad a lo establecido en los considerandos 7.1.1 letra d) y 7.1.2 letra e) de la RCA. Adicionalmente, se le exigió al Proyecto una auditoría ambiental independiente con distintas variables, entre las cuales se considera la descarga de residuos líquidos a la Bahía de Coronel.

II. FISCALIZACIÓN DE SERNAPECA Y FORMULACIÓN DE CARGOS

En el contexto de los eventos de varazón de langostinos ocurridos en la zona costera de la Región del Biobío a comienzos de año, se llevó a cabo una fiscalización a la Central Santa María, realizada por funcionarios de Sernapesca y Gobernación Marítima de la Región del Biobío, encomendada por la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA).

Dicha fiscalización se realizó a fines de marzo de 2013 y dió origen a un Informe Técnico de Sernapesca y a un posterior Informe de Fiscalización de la SMA.

En base a esos antecedentes, la SMA procedió a formular cargos, mediante el ORD U.I.P.S. N° 853 de fecha 29 de octubre de 2013.

En dicho oficio se determinó que el hecho constitutivo de infracción era el siguiente: *“Con ocasión de los eventos naturales de varazón de langostinos y otras especies marinas, ocurridos durante los meses de febrero y marzo de 2013 en la Región del Biobío, quedó en evidencia la inexistencia de tecnologías en la bocatoma de la Central Termoeléctrica Santa María, produciéndose el consiguiente ingreso masivo de organismos a los sistemas de captación de agua de mar. Asimismo, a través de los antecedentes remitidos por el titular, quedó de manifiesto que desde enero a marzo de 2013 ingresaron 24,95 toneladas de especies marinas y materiales al pozo intake del sistema de agua de enfriamiento, incluyendo ingresos masivos de pez denominado comúnmente mote (*Normanichthys crockeri*) y langostinos. De este modo, se constató que el proyecto no ha implementado medidas para hacerse cargo de los efectos no previstos asociados a la succión masiva de recursos hidrobiológicos al interior del sistema de captación de agua de mar”*. (Punto 17.1 de Formulación de Cargos).

Asimismo, consideró que dicho hecho significaba un incumplimiento al Considerando 7.11 de la RCA N° 176/2007, que expresa: *“El titular del proyecto deberá implementar las medidas de mitigación y compensación comprometidas durante el proceso de evaluación, tanto para la etapa de construcción como operación del proyecto, sin perjuicio de aquellas que deban implementarse frente a eventuales efectos ambientales no previstos”*.

Como veremos, los antecedentes de hecho y de derecho que se presentan en estos descargos conducen a la conclusión que debe procederse a absolver al titular del proyecto Central Santa María por el cargo formulado, en atención a los defectos de que adolece la etapa de fiscalización, los defectos de tipicidad de la infracción alegada, las medidas oportunas y efectivas adoptadas por Colbún (cuya ausencia se alega por la SMA) y la forma de determinación de impactos ambientales no previstos.

III. DEFECTOS DEL PROCEDIMIENTO DE FISCALIZACIÓN

Como se demuestra a continuación, la actividad de inspección, sobre la que se funda la formulación de cargos, adolece de vicios que afectan su validez legal, o en su defecto, que dichos vicios determinan la insuficiencia de lo observado en la inspección para poder concluir, con validez lógica, el hecho constitutivo de infracción.

Al respecto, nos referimos, (i) en primer lugar, al procedimiento de fiscalización y sus requisitos de validez; (ii) en segundo lugar, se indican las particularidades que tuvo la fiscalización a la Central; (iii) en tercer lugar, se analiza la forma en que la referida fiscalización incurrió en defectos que afectan su validez o, cuando menos, hacen cuestionables sus inferencias para fundar el cargo; (iv) finalmente, se concluye, por las razones expuestas, que el cargo formulado debe desestimarse y procederse a la absolución del titular.

1. *EL PROCEDIMIENTO DE FISCALIZACIÓN, SUS REQUISITOS DE VALIDEZ Y VALOR PROBATORIO*

1.1 **Procedimiento de fiscalización ambiental y sus requisitos de validez:**

De acuerdo a lo prescrito en la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (LO-SMA), existen tres causales que pueden dar curso al inicio de una actividad de fiscalización, siendo estas: (i) los programas y subprogramas anuales de fiscalización ambiental (art. 16 LO-SMA), (ii) las denuncias ambientales (art. 19 y 21 de la LO-SMA), y (iii) cuando la SMA tome conocimiento, por cualquier medio, de posibles infracciones de su competencia.

Ante cualquiera de estos casos, la SMA puede disponer el inicio de actividades de fiscalización, las que se pueden llevar a cabo tanto a través de sus mismos funcionarios, a través de los organismos sectoriales encomendados o por medio de entidades técnicas acreditadas.

Cualquiera que sea la entidad que realice una fiscalización ambiental, para que dicha fiscalización (y resultados) sea válida, debe ajustarse al estándar establecido por la LO-SMA y las posteriores instrucciones técnicas aprobadas por la SMA. De este modo, el art. 25 de la LO-SMA señala: “*Las acciones de fiscalización, que sean ejecutadas directamente por la Superintendencia, por las entidades técnicas acreditadas o por los organismos sectoriales competentes, **deberán***

ajustarse a las instrucciones técnicas de carácter general impartidas por ésta relativas a los protocolos, procedimientos y métodos de análisis en ellas definidos”.

La SMA ha definido en forma detallada alguno de los componentes esenciales del procedimiento de fiscalización ambiental en la Res. Ex. N° 769 de 2012³, la cual “*Dicta e Instruye Normas de Carácter General sobre el Procedimiento de Fiscalización Ambiental*”. Dicha resolución, de conformidad con su artículo primero, es obligatoria tanto para la SMA como para los organismos sectoriales (e incluso también para los sujetos fiscalizados). Por otra parte, el fundamento de dicha norma es, entre otros, “*La necesidad de uniformar el procedimiento de fiscalización ambiental, garantizando a los sujetos sometidos a su fiscalización un procedimiento racional y justo*” (Considerando 18).

En consecuencia, no pueden los organismos sectoriales ni la SMA apartarse de ella, ya que normas técnicas de esta naturaleza, publicadas en forma general y obligatoria para todos, incluyendo titulares de proyectos, que regulan garantía a favor del particular a propósito del debido proceso, en el marco del ejercicio de la potestad fiscalizadora, cuya infracción acarrea la invalidación de la gestión que lesionado las garantías que pasamos a analizar.

1.2 Requisitos de un procedimiento de fiscalización ambiental:

En el contexto de la inspección realizada a la Central Santa María, despejando aquello que no resulta relevante al caso, algunos de los requisitos esenciales que deben observarse en toda fiscalización ambiental, son los siguientes:

- **Artículo décimo tercero, letra c), de Res. Ex. N° 769:** Debe realizarse una reunión informativa donde se explique lo dispuesto en la letra c), del artículo decimo tercero de la Res. Ex. N° 769. En particular, debe comunicarse en forma clara e inequívoca que la actividad de inspección es realizada por la SMA o para la SMA en el marco de encomendación; debe quedar constancia clara e inequívoca de las normas legales, así como sus disposiciones que se estén fiscalizando; y debe quedar constancia clara e inequívoca sobre la metodología de investigación que se utilizará para verificar si el proyecto cumple o no con las disposiciones fiscalizadas.

³ La SMA, con posterioridad a la inspección realizada a la central Santa María, reemplazó el instructivo de fiscalización citado, dividiéndolo en dos normas independientes: un instructivo para fiscalización de RCA (Res. Ex. N° 277/2012) y otro para los demás instrumentos de gestión de competencia de la SMA (Res. Ex. N° 276/2012). El presente escrito toma como referencia la norma que se encontraba vigente al momento de la inspección realizada al proyecto.

No realizar las acciones descritas afectaría el debido proceso al que el titular del proyecto fiscalizado tiene derecho, puesto que no quedará en condiciones de comunicarse con la SMA para formular observaciones a la fiscalización o consultas sobre la misma, y no quedará en condiciones de verificar y constatar en terreno, por sus propios medios, si las diligencias periciales de la SMA son apropiadas y proporcionales.

- **Artículo décimo séptimo, Res. Ex. N° 769:** Los fiscalizadores deben levantar acta que dé cuenta de las diligencias realizadas. El acta debe cumplir con los requisitos que indica el artículo décimo séptimo de la Res. Ex. N° 769. En particular, el acta debe limitarse a describir los hechos constatados, sin emitir opiniones, juicios de valor o calificaciones jurídicas.

No realizar la gestión mencionada afecta el debido proceso del titular del proyecto fiscalizado, puesto que al emitirse declaraciones valorativas basadas únicamente en observaciones empíricas sobre el proyecto, se evidencia un prejuizgamiento del fiscalizador, afectando el principio de imparcialidad.

Adicionalmente, se lesiona el principio de separación de funciones, señalado en el art. 7, inc. 2do de la LO-SMA, puesto que la unidad de fiscalización no puede atribuirse facultades propias de las unidades de cumplimiento y sanción, que son por definición las llamadas a emitir juicios valorativos.

- **Artículo 28, inc.2º, LO-SMA; y Artículo décimo sexto de Res. Ex. N° 769:** Debe dejarse copia íntegra del acta de inspección al sujeto fiscalizado, de acuerdo a lo expuesto en el art. 28, inc. 2do de la LO-SMA y en el artículo décimo sexto de la Res. Ex. N° 769.

No dejar copia del acta (cuando las circunstancias así lo permiten) afecta el debido proceso del titular del proyecto fiscalizado, puesto que queda sin la posibilidad verificar la metodología de fiscalización y sin constancia de los asuntos materia de fiscalización.

En consecuencia, las normas de debido proceso reguladas en la Res. Ex. N°769, son garantías para el particular y, en caso de inobservancia de las mismas --que afecten el

derecho a defensa-- producen la invalidación del acto que se ha dictado con infracción a éstas.

Es precisamente esta solución la que incorpora el Código Procesal Penal que, en su artículo 160 regula una “presunción de derecho” del perjuicio cuando en un proceso penal se impide al investigado el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República. Esta norma debiera resultar aplicable por analogía a este caso.

1.3 Valor probatorio. Ministro de fe y presunción legal:

En relación al valor probatorio, cabe hacer presente que el art. 8 de la LO-SMA confiere el carácter de ministro de fe al personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador, respecto de los hechos constitutivos de infracción que consignen en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización. Hechos establecidos de dicha manera constituyen presunción legal.

En consecuencia, de acuerdo con el art. 8 de la LO-SMA, para que se configure una presunción legal, deben concurrir los siguientes requisitos copulativos:

- Inspección realizada por **personal de la SMA** (excluye organismos sectoriales o entidades técnicas).
- Personal de la SMA debe estar **habilitado como fiscalizador** (debe estar contratado como funcionario de la misma y estar habilitado como fiscalizador).
- En el cumplimiento de sus funciones ha de **constatar hechos**.
- Debe dejar constancia de los hechos **en el acta de inspección**.

El defecto en cualquiera de los requisitos mencionados hace perder el valor probatorio de presunción legal a los hechos constatados por un fiscalizador, los que pasarán a considerarse en forma simple como un antecedente más dentro de otros que se aporten en el proceso sancionatorio.

Lo anterior, al tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la LO-SMA, que establece que los hechos investigados, así como responsabilidades de infractores, “*podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica*”.

En consecuencia, de ser admisible en derecho una fiscalización efectuada sin concurrir los requisitos antedichos, sus constataciones se aprecian en forma simple de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

2. PARTICULARIDADES DE LA FISCALIZACIÓN EFECTUADA A LA CENTRAL SANTA MARÍA

2.1 Inspección realizada por Sernapesca y no por la SMA:

La inspección en terreno que se realizó originalmente a la Central Santa María, de la que da cuenta el Informe de Fiscalización DFZ-2013-1084-VIII-RCA-IA (en adelante también, "IF"), fue realizada exclusivamente por funcionarios del Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura (Sernapesca) y Gobernación Marítima de la Región del Biobío, y adoleció, al menos, de las siguientes irregularidades:

La fiscalización de Sernapesca, encomendada por la SMA, no cumplió con los estándares que la misma SMA ha definido al respecto en la Res. Ex. N° 769/2012.

De este modo, no se realizó una reunión informativa comunicando en forma clara e inequívoca que la actividad de inspección era realizada por la SMA o para la SMA en el marco de encomendación; nunca hubo constancia sobre qué aspectos específicos de la RCA se estaba fiscalizando; y no hubo comunicación clara e inequívoca sobre la metodología de investigación que se utilizaría para verificar si el proyecto cumplía o no con las disposiciones fiscalizadas.

Adicionalmente, los informes técnicos de Sernapesca (p. 30 y p. 69 del IF) no indican de qué forma la información en ellos contenida emana del acta de inspección (p. 50 IF). En consecuencia, la información de dichos informes carece de continuidad y no es reproducible a través del documento que le da origen.

2.2 Acta de fiscalización y ausencia de presunción legal:

Cabe hacer presente que los hechos consignados por Sernapesca carecen de valor probatorio de presunción legal, puesto que sólo los funcionarios fiscalizadores de la SMA son ministros de fe, y sólo respecto de los hechos que consten en el acta de fiscalización, lo que no ocurrió en este caso.

En relación al acta de fiscalización (p. 50 IF), ésta no indica ni hechos constatados, ni metodología de fiscalización, recorrido, etc., limitándose simplemente a efectuar solicitudes inconexas y sin fundamentos a la empresa. En consecuencia, en el acta se emiten opiniones que son ajenas al carácter descriptivo-factual que debe cumplir, en claro contraste con lo exigido en la Res. Ex. N° 769/2012. Adicionalmente, el acta no efectúa ninguna descripción de hechos sobre los cuales pueda evaluarse el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones, normas y medidas de la RCA.

Tampoco se entregó acta al titular (p. 11 IF). Se indica como motivo de esto que “*Sernapesca utilizó actas propias, debido a lo imprevisto del evento de varazón de especies marinas*”, lo que no es argumento para no entregar acta.

El acta de Sernapesca, sobre la cual se funda todo lo demás (que es de sólo una página de extensión) no indica hora de inicio ni hora de término de la misma. Adicionalmente, si bien dice ser de fecha 27 de marzo (en el encabezado de la misma), el fiscalizador de Sernapesca, al final de sus observaciones y firma, pone como fecha el 28 de marzo. Lo anterior denota que el acta es inconsistente e incompleta.

En relación al origen de la fiscalización, se indica como motivo de la misma la “*Denuncia asociada al funcionamiento del sistema de succión de agua de mar para enfriamiento por afectación de especies hidrobiológicas*” (p. 11 IF). Sin embargo, la denuncia del Senador Navarro fue recibida por la SMA con fecha 4 de abril, es decir, fue posterior a la fiscalización (27 de marzo/ o 28 de dicho mes) que supuestamente ella misma originó.

Por último, cabe hacer presente que Sernapesca sólo fiscalizó el sistema *in take*, sin examinar el sistema de aducción de agua de mar y su rejilla. De este modo, la inspección en terreno de Sernapesca no procedió a revisar el total de las medidas de mitigación establecidas durante la evaluación ambiental, en relación al componente ambiental medio marino que se encontraban instaladas y en operación.

3. ANÁLISIS DE LOS DEFECTOS DE QUE ADOLECE LA FISCALIZACIÓN:

3.1 Omisión de información relevante sobre el procedimiento de fiscalización.

Como primer aspecto de análisis, debe indicarse que de la actividad de inspección de la SMA, encomendada a Sernapesca (ORD. Reservado N° 788/20.03.13), nunca se supo que era una fiscalización de la SMA.

La actividad de inspección se desarrolló completamente al margen de lo establecido en el instructivo de fiscalización de la Res. Ex. N° 769/2012 y Sernapesca ocupó actas propias, por lo que indujo a entender que se trataba de una fiscalización propia, sin revelar que la SMA se encontraba detrás de este proceso.

De este modo, se dio a entender que nos encontrábamos frente a una fiscalización sectorial para verificar la causa del fenómeno de varazón de langostinos. En ningún momento durante la inspección realizada se mencionó que dicha actividad se realizaba en el marco de una encomendación de la SMA, para fiscalizar normas, condiciones y medidas de la RCA aplicable al proyecto.

La circunstancia descrita anteriormente afectó (i) el principio de transparencia, de que da cuenta el art. 16 de la Ley N° 19.880, por cuanto no se dio pleno conocimiento del organismo que encargaba la inspección ni de las normas que se estaban fiscalizando; (ii) el principio de contradictoriedad, de que da cuenta el art. 10 de la Ley N° 19.880, por cuanto la privación de conocimiento dejó al titular del proyecto sin la posibilidad de aducir alegaciones a la SMA relativas a la etapa de inspección ambiental; y (iii) el principio de imparcialidad, de que da cuenta el art. 11 de la Ley N° 19.880, por cuanto no se obró con objetividad en las actuaciones, atendido a que se ocultó el hecho de que era la SMA la que encomendaba esta fiscalización.

Asimismo, al no tener conocimiento de la autoridad pública responsable del proceso de fiscalización, se privó a Colbún del derecho a *“Identificar a las autoridades y al personal al servicio de la Administración, bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos”*, reconocido a todo interesado en los procedimientos administrativos, en virtud del art. 17, letra b), de la Ley N° 19.880.

3.2 Deficiencia técnica del contenido del acta de inspección

Como segundo aspecto a considerar, debe mencionarse la insuficiencia de la información levantada por Sernapesca en su inspección, ya que en el acta sólo se realizan solicitudes, sin

constatar hechos de ninguna especie ni bajo ninguna metodología, sin indicar hora de inicio ni de término, con fecha inconsistente.

De este modo, tanto el informe técnico elaborado posteriormente por Sernapesca, así como el consecuente Informe de Fiscalización de la SMA, se explayan sobre acontecimientos no constatados en el acta de inspección, dando por indubitados aspectos de los que no puede haber constancia, atendido a que Sernapesca sólo fiscalizó el sistema *in take* y no el sistema de aducción, sin efectuar ninguna revisión a la captación marina del sistema de aguas de enfriamiento (bocatoma).

En consecuencia, no es dable concluir lo que se señala en el punto 17.1 de la Formulación de Cargos, esto es: “quedó en evidencia la inexistencia de tecnologías en la bocatoma de la Central Termoeléctrica Santa María”, puesto que en ningún momento se fiscalizó la bocatoma. De haberse inspeccionado la bocatoma, se habría constatado la presencia de rejillas en cumplimiento con las medidas de mitigación evaluadas.

Lo descrito anteriormente da cuenta de la falta de fundamento, tanto para el informe técnico de Sernapesca como para el Informe de Fiscalización de la SMA, dado que ambos se basan en una inspección cuya acta no da cuenta de lo que en ellos se expresa.

Así, queda en evidencia una vulneración al principio de imparcialidad, establecido en el art. 11 de la Ley N° 19.880, por cuanto no se obró con objetividad en las actuaciones, atendido a que el contenido de los informes no puede reproducirse válidamente a través del contenido del acta que les da origen.

3.3 Omisión metodológica y descriptiva del acta de fiscalización.

Un tercer aspecto a considerar, tiene relación con los vicios sustantivos del acta de fiscalización.

Además de haber constancia en el Informe de Fiscalización de la no entrega de la misma (p. 11 IF), ésta no constató hechos constitutivos de infracción, sino que en vez efectuó solicitudes (p. 50 IF), en claro contraste con el carácter descriptivo-factual que ha de tener. Tampoco se indica metodología de fiscalización ni normas, condiciones o medidas objeto de inspección.

De esta manera, la fiscalización de Sernapesca violó el protocolo de fiscalización establecido en la Res. Ex N° 769, que establece claramente que las actas de fiscalización deben ser descriptivas y no contener juicios evaluativos. Así, las observaciones del acta realizan consideraciones ajenas a las facultades propias de fiscalización.

Lo anterior afecta el principio de imparcialidad establecido en el art. 11 de la Ley N° 19.880, por cuanto no se obró con objetividad en las actuaciones, atendido a que no se indicó metodología de fiscalización ni normas a fiscalizar y el principio de separación de funciones establecido en el art. 7, inc. 2do de la LO-SMA, afectándose en consecuencia el derecho a un procedimiento racional y justo de fiscalización.

Las deficiencias contenidas en el Acta tratadas en los puntos 3.2 y 3.3 precedentes, desnaturalizan el procedimiento administrativo sancionador que se ha tramitado, ya que los actos trámites del procedimiento de fiscalización deben estar vinculados entre sí con la finalidad de producir un acto administrativo terminal. Así lo dispone el artículo 18 de la Ley N°19.880.

Tal como señalamos, no existe una vinculación entre lo indicado en el Acta (acto trámite), el Informe Técnico de Sernapesca (acto trámite) y el posterior Informe de Fiscalización de la SMA (acto trámite), lo que desnaturaliza el procedimiento sancionador.

4. CONCLUSIÓN

4.1 De las reglas expuestas y de las condiciones particulares en que se realizó la inspección ambiental a la Central Santa María, debe concluirse que el estándar de fiscalización es inferior al que la misma SMA reconoce como adecuado para sus propias fiscalizaciones, afectándose aspectos esenciales del debido proceso y produciéndose perjuicio a los derechos de Colbún S.A. como parte interesada en el procedimiento. Por lo anterior, al encontrarnos con evidentes vicios que afectan la validez del procedimiento de fiscalización, el cargo debe desestimarse por tener su fundamento en un procedimiento inválido.

4.2 En su defecto, se concluye que el valor probatorio de la fiscalización de Sernapesca es absolutamente insuficiente para concluir falencias del proyecto. Como ya se demostró, en el caso improbable de considerarse admisibles los antecedentes remitidos por dicho Servicio, deberían apreciarse conforme a las reglas de la sana crítica, y como consta de sus múltiples defectos y

limitaciones (se fundan literalmente sólo en media página de comentarios infundados de un acta inconsistente), lo observado y consignado por dicho órgano no satisface el estándar de apreciación de la sana crítica, puesto que lógicamente no puede inferirse falencias técnicas de alta complejidad en el sistema de captación de agua de mar de la Central, basadas en el acta de una inspección que no fiscalizó dicho sistema en su integridad.

IV. ILEGALIDAD EN LA FORMULACIÓN DE CARGOS

A continuación, se demuestra que el cargo formulado no se adecúa a los estándares del principio de tipicidad.

Para ello, pasamos a describir la aplicación del principio de tipicidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador ambiental y a demostrar cómo el cargo formulado en el proceso sancionatorio D-022-2013 no se adecúa a las exigencias del principio de tipicidad. En base a lo anterior, se concluye, por las razones expuestas, que el cargo formulado debe desestimarse y procederse a la absolución del titular.

1. EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR AMBIENTAL

1.1 Aspectos generales.

De acuerdo a lo prescrito en el art. 19 N° 3, inc. final, de la Constitución Política de la República, "*Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella*". De este modo se establece que las normas sancionatorias deben ser claras, de manera tal que los contornos de un hecho sancionable estén debidamente delimitados, dando certeza respecto a todos sus presupuestos, tanto de hecho como de derecho, objetivos y subjetivos, positivos y negativos.

Aunque el principio descrito ha sido desarrollado inicialmente por la doctrina penal, ello no obsta a su aplicación al derecho administrativo sancionador. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, "*los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo*

sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado” (Sentencia Rol N° 244, Considerando 9°), precisando adicionalmente que “entre ellos, es necesario destacar los principios de legalidad y tipicidad, los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta” (Rol N° 244, Considerando 10°, énfasis agregado).

También la Excelentísima Corte Suprema ha señalado que *“La potestad sancionadora de la Administración admite un origen común con el derecho penal en el ius puniendi del Estado, por lo que le resultan aplicables los mismos principios, límites y garantías que en la Carta Fundamental se prescriben para el derecho punitivo, aunque ese traspaso haya de producirse con ciertos matices, en consideración a la particular naturaleza de las contravenciones administrativas” (Rol N° 10.1045-2011, Considerando 4°).*

Para que una norma sancionatoria cumpla con las exigencias del principio de tipicidad debe, en consecuencia, establecer taxativamente los actos u omisiones prohibidos, sin recurrir a fórmulas genéricas ambiguas o vagas, de modo tal que los contornos del hecho ilícito queden totalmente delimitados. Así, una predeterminación cierta de la conducta ilícita asegura la garantía de seguridad jurídica, permitiendo que los ciudadanos conozcan de antemano el ámbito de lo prohibido y puedan orientar su comportamiento en forma adecuada.

En la LO-SMA el principio de tipicidad se encuentra reconocido en el art. 49, que establece que la instrucción del procedimiento sancionatorio *“se iniciará con una formulación precisa de los cargos”*, añadiendo que ésta *“señalará descripción clara y precisa de los hechos que se estimen constitutivos de infracción y la fecha de su verificación, la norma, medidas o condiciones eventualmente infringidas y la disposición que establece la infracción, y la sanción asignada”*.

Así, el legislador hace extensiva las exigencias de la tipicidad no sólo para las normas que establecen la infracción, sino también para los cargos que se formulen en virtud de las mismas, debiendo existir una continuidad de precisión y claridad tanto entre las normas sancionatorias como con los actos administrativos que acusan supuestas infracciones.

2. *ANÁLISIS RELATIVO AL PROCESO SANCIONATORIO D-022-2013 DE LA SMA: CARGO FORMULADO NO SE ADECUA A EXIGENCIAS DE TIPICIDAD.*

2.1 Requisitos de tipicidad.

Para que un proceso sancionatorio ambiental cumpla con las condiciones de tipicidad debe, como mínimo, establecer una relación de adecuación entre:

- (i) Una norma legal que establece una conducta constitutiva de infracción.
- (ii) Una norma administrativa que complementa presupuestos de la norma referida en (i), estableciendo en forma clara y precisa los contornos del ilícito administrativo.
- (iii) Un hecho constitutivo de infracción, subsumible en la prohibición establecida por la combinación entre (i) y (ii).
- (iv) Un cargo que, como mínima condición de tipicidad, dé cuenta de la verificación de (i), (ii) y (iii) en el caso concreto.

En cuanto al requisito (i), en el proceso Sancionatorio D-022-2013 la SMA se basó en lo dispuesto en la letra a) del art. 35 de la LO-SMA, que señala que *“Corresponderá exclusivamente a la Superintendencia del Medio Ambiente el ejercicio de la potestad sancionatoria respecto de las siguientes infracciones: a) El incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental”* (énfasis agregado).

En cuanto al requisito (ii), la SMA sostiene que la medida de la RCA N° 176/2007 supuestamente infringida es la del considerando 7.11: *“El titular del proyecto deberá implementar las medidas de mitigación y compensación comprometidas durante el proceso de evaluación, tanto para la etapa de construcción como operación del proyecto, sin perjuicio de aquellas que deban implementarse frente a eventuales efectos ambientales no previstos”* (énfasis agregado).

En cuanto al requisito (iii), la SMA sostiene el siguiente hecho como constitutivo de infracción: *“Con ocasión de los eventos naturales de varazón de langostinos y otras especies marinas, ocurridos durante los meses de febrero y marzo de 2013 en la Región del Biobío, quedó en evidencia la inexistencia de tecnologías en la bocatoma de la Central Termoeléctrica Santa María, produciéndose el consiguiente ingreso masivo de organismos a los sistemas de captación de*

agua de mar. Asimismo, a través de los antecedentes remitidos por el titular, quedó de manifiesto que desde enero a marzo de 2013 ingresaron 24,95 toneladas de especies marinas y materiales al pozo in take del sistema de agua de enfriamiento, incluyendo ingresos masivos de pez denominado comúnmente mote (*Normanichthys crockeri*) y langostinos. De este modo, se constató que el proyecto no ha implementado medidas para hacerse cargo de los efectos no previstos asociados a la succión masiva de recursos hidrobiológicos al interior del sistema de captación de agua de mar". (Punto 17.1 de Formulación de Cargos).

Finalmente, en cuanto al requisito (iv), la SMA formuló el siguiente cargo: "Incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en la RCA N°176/2007, que calificó ambientalmente favorable el proyecto "Central Termoeléctrica Santa María", específicamente en el considerandos (sic) 7.11". (Punto 21 de Formulación de Cargos).

2.2 Objeciones de tipicidad.

Pues bien, respecto a los requisitos (ii), (iii) y (iv) mencionados, existen objeciones de tipicidad.

- (a) En primer lugar, la SMA tipifica erróneamente la infracción y sostiene que se verificó un "incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en la RCA", fundándose en una cláusula condicional indeterminada de la RCA que, en rigor, no establece medidas.

El considerando 7.11 de la RCA sostiene que ha de cumplirse con las medidas en ella establecidas, "sin perjuicio de aquellas que **deban** implementarse frente a **eventuales efectos ambientales no previstos**".

Es decir, frente a lo no previsto en la evaluación ambiental, la SMA sostiene que debieron haberse implementado medidas, pero sin remitirse a ninguna medida positiva concreta establecida en forma previa en la RCA. Por principio de tipicidad, no puede fundarse un cargo en la simple omisión de medidas "que **deban** implementarse", salvo que la misma RCA indique cuáles son esas medidas, por una parte, y que la formulación de cargos las mencione expresamente, por la otra. Sin embargo, la SMA no se hace cargo de este asunto fundamental y básico para sustentar el proceso

sancionatorio, afectando claramente la garantía de tipicidad, pilar fundamental de seguridad jurídica y del debido proceso.

El error de la SMA se funda en que pasó por alto el carácter de norma sancionatoria en blanco del art. 35, letra a), de la LO-SMA⁴. Dicha norma legal se remite a una norma de complemento, la que a su vez, en cuanto a lo tocante al cargo en cuestión, se remite a una variable situacional vinculada a un operador deóntico (“aquellas medidas que *deban* implementarse frente a *efectos no previstos*”). Es decir, la norma de complemento no clausura los contornos de la conducta ilícita, sino que se remite a una instancia de posterior determinación de contenido normativo, que fije en forma clara el núcleo esencial de la conducta u omisión ilícita. En consecuencia, aparece de manifiesto que la SMA se excede de sus facultades al sostener que el titular debía cumplir con un deber que se encontraba en la RCA establecido sólo de manera formal-condicional, cuyo contenido material quedaba entregado para posterior determinación de acuerdo a la normativa vigente.

- (b) En segundo lugar, el hecho constitutivo de infracción no permite subsumirse en la norma que establece la supuesta infracción.

El hecho habría consistido en que “*se constató que el proyecto no ha implementado medidas*”, pero como hemos visto, sin embargo, en ningún momento se explicita cuál sería la medida establecida en la RCA que debió haberse implementado y en qué oportunidad.

⁴ Este aspecto es puesto en relieve por el profesor Jean Pierre Matus en un informe en derecho presentado por la Superintendencia del Medio Ambiente en la causa Rol N° 06-2012, seguida ante el Segundo Tribunal Ambiental. En dicho informe, se sostiene el carácter de ley sancionatoria en blanco del art. 35, letra a) de la LO-SMA, indicando sin embargo que dicha norma no se adecuaría a los estándares que la Constitución Política de la República establece para leyes penales en blanco, teniendo que efectuar matices en su aplicación al derecho administrativo. (Ver p. 15 y siguientes del informe denominado “*Informe acerca del régimen concursal de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, contemplada en el Art. Segundo de la Ley N° 20.417, a la luz de las garantías constitucionales de legalidad y tipicidad; y en especial acerca del carácter de unidad jurídica infraccional del Art. 35 letra a) de dicho cuerpo legal*”). Sobre la misma atenuación de las exigencias establecidas en el ámbito penal para el derecho administrativo sancionador, el profesor Luis Cordero ha sostenido que “*en materia de legalidad/tipicidad, se admite en alguna medida la colaboración reglamentaria conforme a una concepción que no es la de legalidad absoluta propia del Derecho Penal*” (p. 10, “*Informe en Derecho. Sobre el concurso de infracciones en el contexto de la potestad sancionatoria ambiental*”, presentado por la Superintendencia del Medio Ambiente en la causa Rol N° 06-2012, seguida ante el Segundo Tribunal Ambiental).

La SMA efectúa una relación de hechos que, si se observa con rigor lógico, asume apresuradamente una serie de premisas jurídicas y fácticas que no aparecen demostradas cuales son:

- **que frente al fenómeno de varazón se haya configurado un impacto ambiental no previsto⁵;**
- **que frente al ingreso de biota, que es una situación autorizada en el permiso ambiental, haya quedado en evidencia la falencia tecnológica del sistema de aducción;**
- **que dicha supuesta falencia sea atribuible a irresponsabilidad del titular del proyecto;**
- **que hubieran medidas concretas establecidas en la RCA que debieron haberse implementado; y**
- **que no se hayan implementado las medidas establecidas.**

Nada de lo anterior ha sido abordado de manera consistente con las exigencias de tipicidad, fundándose la SMA en circunstancias no subsumibles en las normas infraccionales citadas.

- (c) En tercer lugar, el cargo formulado, consistente en el *“Incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en la RCA N°176/2007, que calificó ambientalmente favorable el proyecto “Central Termoeléctrica Santa María”, específicamente en el considerandos (sic) 7.11”*, es incapaz de adecuarse a las exigencias de tipicidad, porque el considerando 7.11, como se indicó, no establece obligaciones positivas concretas a ser implementadas en caso de verificarse variables situacionales no previstas en la evaluación ambiental. Lo que dicho considerando establece es, en realidad, una cláusula genérica mediante la cual la Administración se reserva la facultad de modificar una RCA en caso que las variables ambientales no evolucionen de acuerdo a las predicciones consideradas en la evaluación original del proyecto.

La determinación de inadecuación de variables ambientales, por una parte, y el establecimiento de nuevas obligaciones en la RCA han de llevarse a efecto de acuerdo

⁵ Como lo hemos indicado, dicho aspecto está trabajado en este escrito bajo un capítulo especial.

con los procedimientos establecidos y, naturalmente, de manera previa a su obligatoriedad. De lo contrario, como ocurre en el presente caso, el cargo se fundamentará en un enunciado que no da cuenta de la garantía de certeza jurídica y del debido proceso, puesto que su amplitud no permitirá una comprensión inteligible de un deber jurídico establecido en relación con alguna situación concreta en que se aplique y, por consiguiente, faltará a la garantía de *lex certa* propia del principio de tipicidad.

Todo lo dicho encuentra su causa en una confusión conceptual en la que ha incurrido la SMA, que es que la constatación de impactos no previstos es excluyente de la constatación de incumplimiento a la RCA.

No puede atribuirse incumplimiento a la RCA por el hecho de verificarse un impacto ambiental no previsto. Si éste se verifica (de acuerdo a la forma y procedimientos establecidos), al constatar algo fuera de la evaluación ambiental y, por ende, fuera de la RCA, no puede imputarse incumplimiento de la RCA en algo que ésta no prevé.

A la inversa, de no constatar un impacto ambiental no previsto, se aplicarán las reglas previamente definidas en la RCA y su cumplimiento se comprobará mediante los procedimientos habituales. Pero no puede conceptualmente sostenerse como verdaderas ambas proposiciones al mismo tiempo. **Ello lo entendió correctamente Sernapesca en su Informe Técnico cuando concluye que “Los antecedentes de este Informe Técnico se ponen a disposición de la Superintendencia del Medio Ambiente para que determine si esta situación configura en un impacto ambiental no previsto o se trataría de un incumplimiento a una Resolución de Calificación Ambiental” (p. 34 IF).** La SMA, sin embargo, yerra al estimar que ambos sean complementarios, cuando son excluyentes entre sí.

3. CONCLUSIÓN

De los principios y normas expuestos y de las condiciones particulares del caso de autos, se concluye que el cargo formulado no se adecúa a los estándares del principio de tipicidad, por lo que debe desestimarse el mismo y procederse a absolver al titular del Proyecto en cuestión.

V. AUSENCIA DE CULPABILIDAD E IMPLEMENTACIÓN OPORTUNA DE MEDIDAS TÉCNICAS POR PARTE DE COLBÚN, AUTORIZADAS POR ÓRGANO COMPETENTE

Asimismo, las normas del derecho administrativo sancionador, requieren que en el caso concreto, se configure la antijuridicidad de la conducta, esto es, se incorpora como carga de la Administración del Estado acreditar infracciones dolosas o culposas. Esta exigencia deriva de la presunción de inocencia, regulada en el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República, principio que por lo demás ha sido aplicado por parte de la Jurisprudencia Judicial a los procedimientos sancionadores.⁶

En este contexto, Colbún S.A. realizó todos los estudios, análisis de alternativas y gestiones ante los órganos públicos competentes con la finalidad de implementar una solución idónea, técnica y rápida al ingreso de especies hidrobiológicas. Así, confiando en las actuaciones de la Institucionalidad Ambiental, una vez obtenida la autorización para la implementación de la tecnología propuesta como medida de mitigación ambiental, Colbún inició su implementación, por lo que no se le puede imputar al titular del proyecto una falta o ausencia oportuna en la implementación de las medidas ambientales idóneas.

A continuación, nos referiremos (i) en primer lugar, a los análisis de alternativas de tecnología considerados por la empresa como medida de mitigación y el consiguiente proceso de compra ; (ii) en segundo lugar, se indican las gestiones realizadas por Colbún para obtener, en el menor tiempo posible, la autorización para la implementación de las medidas propuestas; (iii) en tercer lugar, se analiza la forma en que la Formulación de Cargos es confusa e inconsistente, llegando al extremo de materializarse frente a medidas que ya se encuentran en ejecución; (iv) finalmente, se concluye, por las razones expuestas, que el cargo formulado debe desestimarse y procederse a la absolución del titular.

⁶ Vid. SCA de Santiago de fecha 30 de enero de 2008, Rol N° 4436-2007, confirmada por SCS de fecha 14 de abril de 2008, Rol N° 1620-2008, en la cual se señala: “Que la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, como otros varios órganos de la Administración del Estado, está dotado de facultades sancionatorias, las que deben ser ejercidas y regirse conforme a los principios y garantías reconocidos en las normas constitucionales, legales y reglamentarias en sus relaciones con los entes y personas sujetos a su ámbito de fiscalización. Estos principios amplios y reconocidamente aceptados son, a saber, la existencia de un debido proceso, racional y justo; la existencia de una investigación efectuada con la debida rigurosidad e imparcialidad; el apego al principio de legalidad, que se traduce en que la conducta fiscalizada y las sanciones aplicables deben estar establecidas en forma expresa y con antelación en el texto legal, que la normativa sea interpretada y aplicada de manera estricta, y por último que respecto del sujeto pasivo de la actividad sancionatoria se aplique el principio de presunción de inocencia”.

I. ESTUDIOS, ANÁLISIS DE ALTERNATIVAS DE MEDIDAS AMBIENTALES.

1.1 Estudios, análisis y gestiones realizadas por Colbún S.A.

Desde que Colbún S.A. constató un aumento atípico en los volúmenes de ingreso de especies hidrobiológicas al sistema de enfriamiento del Proyecto durante los meses de diciembre de 2012 a marzo de 2013, comenzó a realizar todas las gestiones necesarias con la finalidad de adoptar, en el menor tiempo que le es exigible, los análisis, estudios y autorizaciones que permitiesen implementar las mejoras necesarias para hacerse cargo del fenómeno mencionado.

Lo anterior, con sujeción al artículo 3 letra j) de la Ley Orgánica de la SMA y el instructivo sobre consulta de pertinencia emitido por el Servicio de Evaluación Ambiental, este último en el sentido que Colbún no puede ejecutar ninguna modificación al proyecto sin la respectiva autorización por parte de dicho Servicio.

En ese marco, Colbún S.A. a contar del mes de enero de 2013, comenzó a estudiar técnicamente soluciones de ingeniería para implementar las mejoras mencionadas, solicitando informes, estudios y análisis de alternativas que permitieran adecuar la captación de agua de mar del sistema de aguas de enfriamiento de la Central, con la finalidad de disminuir el ingreso de especies hidrobiológicas.

En este ámbito, cabe notar que se investigaron una variedad de alternativas técnicas entre las cual se puede mencionar el grupo de barreras físicas (mallas, rejas, pozos) y el de barreras por comportamiento (sistemas sonoros y lumínicos, tapas de velocidad, cortinas de burbujas) con sus respectivas eficiencias y criterios de selección. Esto último es relevante por cuanto cada solución tecnológica debe ajustarse al escenario particular que se requiere administrar, para lo cual también se encargaron varios estudios de caracterización de las especies hidrobiológicas.

Lo señalado, implicó la realización de diversas gestiones con el objeto de contactar a expertos, universidades e instituciones científicas en búsqueda de antecedentes que permitieran tomar la mejor decisión técnica frente al tema. Este proceso se llevó a cabo aproximadamente en el período

febrero a abril de 2013 e incluyó una visita al norte de Perú para conocer una planta industrial con un equipamiento similar en pleno funcionamiento.

Una vez que Colbún S.A. analizó los antecedentes antes señalados y tomó la decisión de instalar una barrera física del tipo filtro de malla metálica del fabricante Johnson Screens; en el período junio a septiembre de 2013, llevó a cabo los procesos de cotización y compra necesarios respectivos. De igual manera, se contrató las tareas de montaje e instalación de la batería de los filtros en la captación con una empresa nacional y se dio la orden de ejecución de dichos trabajos, una vez que se contó con los permisos necesarios para ello.

Todo lo anterior, se acredita a través de los documentos contenidos en el Anexo N° 1 que se acompaña en el Segundo Otrosí, que dan cuenta de:

- Informes técnicos en relación a análisis de alternativas y tecnología disponible.
- Informes técnicos en relación a las especies hidrobiológicas.
- Listados de instituciones y representantes contactados en busca de alternativas tecnológicas de solución.
- Recomendaciones por parte de entidades científicas internacionales (Moss Landing Labs y Tenera Environmental) considerando el sistema de batería de filtros de Johnson Screens, usados en soluciones similares en San Francisco (EEUU), y Perú.
- Propuesta técnica y económica de Johnson Screens y Sea Horse, recomendando sistema de filtros de metal y cortina de burbuja, respectivamente.
- Presentación de análisis de alternativas.
- Fotografías de construcción de filtros y su instalación.

2. AUTORIZACIÓN POR ÓRGANO PÚBLICO COMPETENTE Y EJECUCIÓN.

2.1 Colbún presenta consulta de pertinencia:

En ese marco, con fecha 22 de agosto de 2013, Colbún S.A. presentó ante el Servicio de Evaluación Ambiental de la Región del Biobío (SEA BB) una consulta de pertinencia, con la finalidad de conseguir, de manera rápida y por el órgano competente, la autorización para ejecutar las mejoras al Proyecto, específicamente, en la captación marina de su sistema de enfriamiento. Lo anterior, no tiene como fundamento una falla o deficiencia de la tecnología evaluada

ambientalmente y que Colbún está cumpliendo, sino que hacer frente de manera adecuada a fenómenos naturales como el de la “surgencia”, sin perjuicio que dicha tecnología será útil para también evitar el ingreso de otros recursos hidrobiológicos que puedan generarse en el tiempo y que la RCA permite.

La tecnología propuesta en dicha presentación, corresponde a *“una batería de diez filtros cilíndricos de malla metálica (modelo S96 HCE del fabricante Johnson Screen) y un manifold recolector, que irán adosados al cabezal del ducto de captación de agua de mar existente, con el fin de disponer de una barrera física que impida el ingreso de biota marina de un tamaño igual o mayor a 4 mm, al sistema de enfriamiento de la central”*.⁷ **Dicha tecnología se enmarca entre las mencionadas por la SMA en el número 8 de su ORD de Formulación de Cargos.**

2.2 Informes favorables de Servicios:

Ahora bien, frente a la consulta de pertinencia presentada, el SEA BB solicitó informe al Servicio Nacional de Pesca, Región del Biobío, Gobernación Marítima de Talcahuano y Secretaria Regional Ministerial del Medio Ambiente, Región del Biobío, todos los cuales informaron favorablemente dicha presentación en el siguiente sentido:

-ORD/VIII/N° 12309, de 2 de septiembre de 2013, del Servicio Nacional de Pesca Región del Biobío. *“De la evaluación del documento, esta Dirección del Servicio Nacional de Pesca Región del Bio Bio informa que desde un punto de vista sectorial se considera que la modificación propuesta no constituye un cambio de consideración al proyecto aprobado (RCA N° 176/2007), en consecuencia no requeriría ingresar al SEIA”*. Además, dicho servicio propone un Plan de Monitoreo al respecto.

-G.M. (T) ODINARIO N° 12600/421, de 2 de septiembre de 2013, de la Gobernación Marítima de Talcahuano. *“Considerando lo señalado en los párrafos anteriores, es opinión de esta Autoridad Marítima que la citada modificación no debiese ingresar al Sistema de Evaluación Ambiental, dado que en atención a los antecedentes presentados, el proyecto original no estaría sufriendo cambios de consideración”*.

⁷ Carta de pertinencia de Colbún S.A. de fecha 20 de agosto de 2013.

-ORD N° 865, de 2 de septiembre de 2013, de la Secretaría Regional del Medio Ambiente de la Región del Biobío. *“Esta Secretaría Regional es de la opinión que los cambios propuestos no deben ser ingresados al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por cuanto: 2. No se generan nuevos impactos ambientales adversos ni se alteran negativamente la magnitud de los impactos presentes en la ejecución actual del proyecto, pues los mismos se refieren a una mejora ambiental necesaria en la operación del proyecto. Se trata de una barrera que precisamente impide el ingreso de especies marinas al sistema de enfriamiento, no alterando lo actualmente autorizado ambientalmente”.*

2.3 Servicio de Evaluación Ambiental de la Región del Biobío autoriza instalación de tecnología propuesta por Colbún:

Teniendo presente lo anterior, el SEA BB a través de su Resolución Exenta N° 221/2013, de 6 de septiembre de 2013, autorizó la instalación de la tecnología descrita señalando que: *“Declarar respecto de la modificación propuesta al proyecto “Central Termoeléctrica Santa María”, según la característica de la misma, que ésta no corresponde a un cambio de consideración desde el punto de vista ambiental que, previo a su implementación requiera ser ingresado al SEIA”.* Además, exigió un plan de seguimiento ambiental para monitorear la efectividad de la modificación propuesta.

En el marco de dicha autorización, Colbún S.A. inició la ejecución de las medidas de mitigación autorizadas las cuales se encuentran, a la fecha, en etapa de instalación hasta enero de 2014 cuando se prevé su entrada en funcionamiento.

En síntesis, Colbún S.A. ha actuado dentro del marco de la institucionalidad ambiental, ha obtenido actos de contenido favorables en los cuales puede confiar legítimamente respecto del cumplimiento de la normativa.

En este contexto, no puede sancionarse a Colbún S.A. y si dicha sanción se materializa, el Acto Terminal será inválido por infracción al principio de confianza legítima que ha sido reconocido por el Tribunal de Contratación Pública⁸, por la Iltma. Corte de Apelaciones⁹, la Excma. Corte

⁸ STCP de fecha 11 de julio de 2006, Rol N°36-2005, quien señala: *“Que constituye un principio medular del Derecho Administrativo el que la Administración crea la apariencia de legalidad de sus actos, por lo cuál los administrados adecuan su propio proceder a lo que la Administración les indica en sus propias determinaciones”.*

Suprema¹⁰, asentando así su origen constitucional, apoyándolo en los principios de legalidad y seguridad jurídica.

3. ILEGALIDAD, INSUFICIENCIA Y FALTA DE COORDINACIÓN EN LA FORMULACIÓN DE CARGO.

3.1 Aspectos generales.

Todo lo antes señalado nos permite sostener que existe una ilegalidad, insuficiencia y falta de coordinación por parte de la SMA en la formulación del cargo, por lo siguiente:

-El considerando 7.11, supuestamente incumplido, establece en su primera parte una obligación genérica y lógica en el sentido que el Proyecto debe cumplir todas las medidas comprometidas durante el procedimiento de evaluación ambiental, lo que Colbún S.A. ha cumplido permanentemente en el marco de la construcción y operación del Proyecto a la fecha.

-La segunda parte del considerando referido, establece una obligación futura, inexistente, indeterminada en su contenido y que no forma parte de la RCA la cual debe ser establecida, si corresponde, a través de un procedimiento administrativo regulado en el artículo 25 quinquies de la Ley 19.300, lo que abordaremos en detalle en el punto número V siguiente.

3.2 Insuficiencia y falta de coordinación.

-Ahora bien, en relación al punto a desarrollar, lo que la SMA trata de construir artificialmente como un supuesto incumplimiento es que, como dice el punto 17.1 la Formulación de Cargos, “*Se constató que el proyecto no ha implementado medidas para hacerse cargo de los efectos no*

⁹ SCAS de fecha 12 de mayo de 2008, Rol 3.226-2007, se resuelve: “Que, de acuerdo a lo que prescribe el artículo 53 de la Ley N° 19.880, los actos administrativos contrarios a derecho pueden ser invalidados por la autoridad administrativa, de oficio o a petición de parte, previa audiencia del interesado, siempre que se haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto. Sin embargo, **el ejercicio de esta potestad invalidatoria tiene como límite el denominado principio de confianza legítima en la actuación de la Administración.** 11° “Que el denominado principio de confianza legítima en la actuación de la Administración, como limitante a la potestad invalidatoria de los actos administrativos, surge cuando en relación a un acto que se considera irregular se han consolidado de buena fe situaciones jurídicas sobre la base de la confianza de los particulares en la Administración, puesto que la seguridad jurídica de tales relaciones posteriores asentadas en esos supuestos ameritan su amparo. En otros términos, se trata de evitar que por la vía de la invalidación se ocasionen consecuencias más perniciosas que las que produciría la convalidación de los correspondientes actos”.

¹⁰ Vid. SCS de fecha 16 de abril de 2003, Rol N° 1109-2003.

previstos asociados a la succión masiva de recursos hidrobiológicos al interior del sistema de captación de agua de mar”,

Sin embargo, los antecedentes descritos no tan solo demuestran que Colbún siempre ha estado en cumplimiento de los términos y condiciones de su permiso ambiental, sino que, además, acreditan que se abocó en forma diligente y por iniciativa propia, sin mediar requerimiento alguno, a la implementación de medidas adicionales a las exigidas, frente a un fenómeno excepcional, temporal y de la naturaleza que generó un aumento en la succión de recursos hidrobiológicos.

Por lo anterior, cuesta entender que pese a todas las acciones, antecedentes públicos y notorios, análisis de alternativas, presentaciones ante órganos públicos con competencia ambiental, ejecución de medidas legales idóneas al efecto, la SMA, en un accionar de manera carente de toda temporalidad y eficiencia en la decisión, formule cargos a nuestra empresa después de más de 8 meses de conocidos los hechos que motivan la fiscalización y posterior formulación de cargos, sin adoptar oportunamente ninguna medida al respecto.

El cargo formulado desconoció por completo todas las gestiones realizadas voluntariamente por Colbún con la finalidad de hacerse cargo del tema, a través de la mejor tecnología actualmente disponible en el mundo y en coordinación con la autoridad. Por el contrario, la SMA ha señalado como fundamento o motivo de la supuesta exigencia, como se desarrollará en el siguiente punto, un procedimiento excepcional, que requiere análisis y evaluación ambiental y que determina la administración del Estado a través de un órgano publico competente.

De este modo, el actuar de la Superintendencia va en contra de los siguientes principios: i) el principio de coordinación, ii) eficiencia, iii) eficacia, iiiii) unidad de acción, iiiiii) celeridad, consagrados en la Ley N° 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado, que los órganos de administración del Estado deben observar en el marco de un actuar oportuno, coordinado, rápido y eficiente con la finalidad de encontrar una solución idónea, técnica, rápida que esté al servicio de los administrados. Lo anterior, sin tener en consideración que Colbún ha tenido una actitud transparente y proactiva desde un primer momento frente al fenómeno de la succión de especies hidrobiológicas.

4. CONCLUSIÓN.

-Desde el primer minuto en que se generó un ingreso atípico de especies hidrobiológicas al sistema de captación, Colbún S.A. ha realizado, voluntariamente y por iniciativa propia, todos los análisis, gestiones, compras y autorizaciones necesarias para implementar de la manera más rápida posible la tecnología que permita hacer frente al fenómeno que motivó la fiscalización por parte de Sernapesca. Lo anterior, sin perjuicio de la facultad que tienen los órganos públicos competentes para actuar de oficio y tomar medidas al respecto, lo que en este caso nunca ocurrió.

-Dicha tecnología corresponde a un estándar técnico de nivel mundial y considerado como alternativa idónea por la propia SMA en su oficio de Formulación de Cargos. En ese marco, una vez notificada la autorización por parte del SEA BB, Colbún S.A. ha procedido a su instalación con la finalidad de disminuir el ingreso de recursos hidrobiológicos en la obra de captación de aguas de enfriamiento del Proyecto, independiente de la causa o durabilidad de cualquier fenómeno que se genere en la bahía de Coronel.

-Desde el punto de vista de la calidad de las medidas propuestas, la tramitación de los permisos necesarios para su implementación y la celeridad en su ejecución, no puede exigírsele a Colbún S.A. mayor rapidez en su implementación, considerando los análisis técnicos de alta complejidad necesarios para ello, los procesos de compra y licitación internacional, autorizaciones administrativas y periodos de instalación de la medida.

La conducta de Colbún ha sido diligente, oportuna y eficiente, sin que corresponda exigírsele una conducta distinta a la desplegada.

En síntesis, Colbún S.A. se encuentra implementando las medidas para hacerse cargo de los impactos asociados a un aumento excepcional de especies hidrobiológicas, lo que no guarda relación alguna con lo sostenido por la SMA en su formulación de cargos.

VI. EXISTENCIA DE OTRA VÍA ADMINISTRATIVA PARA DETERMINAR IMPACTOS AMBIENTALES NO PREVISTOS. ARTÍCULO 25 QUINQUIES . INCOMPETENCIA SMA.

Se desarrolla en el presente capítulo un análisis del artículo 25 quinquies de la ley N° 19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente, demostrando que, en el marco de dicha norma, no se le puede imputar a Colbún una falta o ausencia en la implementación de medidas ambientales frente a

efectos no previstos, puesto que ello se determina sobre la base de un procedimiento excepcional de revisión de RCA que, si correspondiere, determinaría una nueva medida que pase a formar parte en el futuro de la RCA, lo que en la especie no ha tenido aplicación.

La estructura de la argumentación se refiere, (i) en primer lugar, al análisis del artículo 25 quinquies, requisitos de procedencia, procedimiento, órgano público competente para terminar con una referencia al impacto ambiental no previsto (IANP); (ii) en segundo lugar, se aborda la improcedencia e incompatibilidad para justificar un incumplimiento al punto 17.1 de la Formulación de Cargos, sobre la base de una falta de implementación de medidas generadas por un supuesto IANP. Esto último, fundado tanto en el tenor literal del considerando, como en el sentido y contexto del mismo, ya que no puede haber incumplimiento de algo que no existe y que la administración debe determinar; (iii) finalmente, se concluye, por las razones expuestas, que el cargo formulado debe desestimarse y procederse a la absolución del titular.

1. ARTÍCULO 25 QUINQUIES E IMPACTO AMBIENTAL NO PREVISTO.

1.1 Fundamento del procedimiento contemplado en el Artículo 25 quinquies:

El artículo 25 quinquies reconoce la posibilidad de revisar y modificar excepcionalmente una resolución de calificación ambiental cuando, ejecutándose el proyecto, las variables evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento sobre las cuales fueron establecidas las condiciones o medidas, hayan variado sustantivamente en relación a lo proyectado o no se hayan verificado, con el objeto de adoptar las medidas necesarias para corregir dichas situaciones.

El origen de la norma está dado por la jurisprudencia administrativa emanada de la CGR, que ha avalado la actuación de la autoridad ambiental, en orden a que ésta puede modificar una RCA, cuando las variables evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento hayan variado sustantivamente en relación a lo proyectado o no se hayan verificado.

En efecto, la modificación de la RCA por esta hipótesis fue introducida en el pronunciamiento contenido en el Dictamen N° 20.477, de 20 de mayo de 2003, en el cual Contraloría dictamina que si bien la *“ley no ha regulado explícitamente la situación en que las indicadas variables ambientales no evolucionan de acuerdo a lo previsto”*, no obstante ello, *“fuerza es concluir que, de darse esta situación, la Comisión Regional del Medio Ambiente respectiva o la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según quién haya aprobado el estudio de impacto ambiental, se encuentra en el deber de adecuar la resolución de que se trate”*.

La conclusión anterior, es explicada por la CGR utilizando como fundamento lo dispuesto en la letra f) del artículo 12 de la LBGMA, en el sentido que los EIA deben contener, entre otros aspectos, un plan de seguimiento de las variables ambientales relevantes que dan origen al EIA respectivo. Asimismo, se ampara en el artículo 63 del RSEIA que regula el plan de seguimiento, indicando que éste tiene por finalidad "*asegurar que las variables ambientales relevantes que dieron origen al Estudio de Impacto Ambiental evolucionan según lo establecido en la documentación que forma parte de la evaluación respectiva*".

Finalmente, concluye la CGR, señalando que el plan de seguimiento carecería de sentido "*si no importara la facultad de la autoridad correspondiente de adoptar -una vez constatada la circunstancia de que las variables ambientales relevantes tenidas en consideración al momento de dictar la resolución de calificación ambiental que aprueba un estudio, no han evolucionado del modo esperado- las medidas que, dentro de su competencia, resulten necesarias para, por la vía de modificar la resolución, procurar que tales variables ambientales efectivamente evolucionen en la forma prevista*". A consecuencia de ello, la CGR dictamina que "*por aplicación de principios generales, naturalmente la autoridad podrá obrar de oficio o a petición de terceros, y previo los informes de los organismos de la Administración del Estado con competencia ambiental pertinentes y por cierto del titular del proyecto, con el exclusivo propósito de cautelar las variables ambientales en riesgo*".

En el marco de lo anterior, la ley N° 20.417, que modificó la Ley N° 19.300 referida, incorporó el artículo 25 quinquies señalando que:

"La Resolución de Calificación Ambiental podrá ser revisada, excepcionalmente, de oficio o a petición del titular o del directamente afectado, cuando ejecutándose el proyecto, las variables evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento sobre las cuales fueron establecidas las condiciones o medidas, hayan variado sustantivamente en relación a lo proyectado o no se hayan verificado, todo ello con el objeto de adoptar las medidas necesarias para corregir dichas situaciones.

Con tal finalidad se deberá instruir un procedimiento administrativo, que se inicie con la notificación al titular de la concurrencia de los requisitos y considere la audiencia del interesado, la solicitud de informe a los organismos sectoriales que participaron de la evaluación y la información pública del proceso, de conformidad a lo señalado en la ley N° 19.880.

El acto administrativo que realice la revisión podrá ser reclamado de conformidad a lo señalado en el artículo 20”.

1.2 Procedimiento a que da lugar el Artículo 25 quinquies:

En relación al procedimiento administrativo de tramitación, la ley señala que *“Con tal finalidad se deberá instruir un procedimiento administrativo, que se inicie con la notificación al titular de la concurrencia de los requisitos y considere la audiencia del interesado, la solicitud de informe a los organismos sectoriales que participaron de la evaluación y la información pública del proceso, de conformidad a lo señalado en la ley N° 19.880”.*

En cuanto al órgano que resuelve dicho procedimiento la ley no lo dice, sin embargo y en atención a una regla de radicación contenida en el artículo 9° inciso de la LBGMA, en relación con lo dispuesto en los artículos 8 inciso final y 86 de la misma Ley, a nivel regional, tal facultad será ejercida por la respectiva Comisión de Evaluación, mientras que tratándose de proyectos o actividades que cuenten con RCA y que puedan causar impactos ambientales en zonas situadas en distintas regiones, ella corresponderá al Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, ambos en cuanto órganos evaluadores de impacto ambiental¹¹.

Respecto a la impugnación del acto administrativo que resuelve el procedimiento, la ley contempla el recurso administrativo del artículo 20 de la Ley 19.300, esto es, Recurso de Reclamación ante el Comité de Ministros.

1.3 Características de la revisión contemplada en el Artículo 25 quinquies:

En cuanto a las características de la revisión, es dable destacar:

- (i) que ella puede ser originada de oficio¹², a petición del titular o, bien, de un directamente afectado,
- (ii) que el proyecto debió haber sido evaluado, en este caso a través de un EIA.
- (iii) que el proyecto debe encontrarse en ejecución,

¹¹ A modo de ejemplo, existen dos procedimientos de revisión en tramitación cuales son *“Embalse Convento Viejo Etapa IP”* en la Comisión de Evaluación de la Región Libertador General Bernardo O’Higgins y el *“Sistema de Disposición de Relaves a Largo Plazo: Proyecto Ovejería”* en la Comisión de Evaluación de la Región Metropolitana. Además, existe un procedimiento ya finalizado por la Comisión de Evaluación de Atacama del proyecto *“Agroindustrial del Valle de Huasco”*.

¹² Entendiendo que puede ser iniciada y tramitada de oficio por el SEA o la Comisión de Evaluación, según corresponda, o a solicitud de otro órgano público como por ejemplo la Superintendencia de Medio Ambiente en ejercicio de su potestad fiscalizadora.

- (iv) que las variables ambientales relevantes que dan origen al EIA hayan sido evaluadas y contempladas en el respectivo plan de seguimiento y que sobre la base de tales variables se hayan establecido las condiciones o medidas, y
- (v) que exista una variación sustantiva de dichas variables en relación a lo proyectado, en este caso a consecuencia de un impacto ambiental no previsto, o no se hayan verificado.
- (vi) Es de carácter excepcional, lo que en definitiva determina que su procedencia esté circunscrita al cumplimiento estricto de los requisitos contenidos en la norma y que, por lo tanto, no sea de aplicación general. En este sentido, la facultad para revisar la RCA debe ser utilizada con la debida razonabilidad, procurando no vulnerar la certeza que deben tener los titulares de proyectos para el desarrollo de los mismos.

1.4 Procedimiento del Artículo 25 quinquies no tiene aplicación en este caso:

Conforme a lo indicado, determinar la ocurrencia de un IANP es un procedimiento administrativo excepcional, complejo y técnico, que requiere evaluación ambiental y que se escapa del ejercicio de la potestad fiscalizadora y sancionatoria de la SMA. Esto último, sin perjuicio de que cualquier órgano público con competencia ambiental que tome conocimiento de algún hecho que pueda configurar un eventual impacto ambiental no previsto, puede comunicarlo al órgano competente para que éste de oficio inicie el procedimiento que corresponda.

Como ya se señaló en el presente escrito, durante la evaluación ambiental del proyecto en cuestión, todas las variables ambientales, incluidas las relativas al impacto al componente ambiental medio marino, fueron evaluadas estableciéndose medidas al respecto y consideradas en el respectivo plan de seguimiento del proyecto. Dichas medidas, se encuentran ejecutadas por parte de Colbún S.A. tanto en el ducto de captación como en el sistema *in take*, este último objeto de la fiscalización.

Ahora bien, la ocurrencia y determinación de un IANP tiene como base que el titular de un proyecto se ha ajustado estrictamente a la RCA, descartando que su fundamento se asimile a una infracción de la misma. Es decir, el IANP no puede generarse sobre la base de un incumplimiento al permiso ambiental, sino a la alteración del comportamiento ordinario de las variables ambientales, consideradas en el procedimiento de evaluación, por la ocurrencia de un caso fortuito o fuerza

mayor no imputable al titular del proyecto, lo que excluye cualquier reproche subjetivo de dolo o culpa por parte del titular.

En ese marco, el IANP puede definirse como la alteración del medio ambiente provocada por la construcción o ejecución de un proyecto o actividad aprobado ambientalmente, en que las variables ambientales no han evolucionado conforme a lo previsto en el proceso de evaluación debido a la aparición posterior de un caso fortuito o fuerza mayor, el cual es imposible de prever. Es decir, dicho IANP supone:

- a- Evaluación previa y proyecto en ejecución.
- b- **Imposibilidad de prever el impacto o ajena a la voluntad del titular.**
- c- Generación de nuevos impactos y ausencia de medidas sobre los mismos en la RCA.
- d- **No puede el IANP ser consecuencia de un incumplimiento de la RCA.**
- e- **Debe tener una significancia en atención a la alteración del medio ambiente que genera.**
- f- **Una vez que se genera y determina se deben adoptar las medidas evaluadas por el órgano competente.**
- g- Supone una reacción rápida por parte de la autoridad o titular.

En ese contexto, el IANP requiere, entre otros temas, una permanencia, significancia y continuidad de los efectos que justifique realmente un procedimiento, excepcional, de revisión de una RCA. Es decir, si las variables ambientales vuelven en un corto plazo a su comportamiento original no se justificaría un ajuste de la RCA.

Por lo anterior, frente a una fenómeno natural, estacional y excepcional puede ser necesario una instalación rápida, técnica y definitiva de las medidas que permitan hacerse cargo del tema, sin necesariamente gatillar un procedimiento de revisión de RCA.

Además, se requiere que el Plan de Seguimiento dé cuenta de una variación sustantiva en relación a lo evaluado lo que, en el caso de la Central Santa María nunca ha ocurrido.

En el mismo sentido, la Auditoría Ambiental Independiente que el proyecto contempla tampoco ha dado cuenta de ello. Lo anterior, tiene su fundamento en que el origen y contexto del aumento en la captación de especies hidrobiológicas se enmarca en una ocurrencia rápida, excepcional, y natural que requiere de una implementación oportuna, técnica y permanente en los términos indicados en el capítulo V antes abordado.

2. IMPROCEDENCIA DE INCUMPLIMIENTO EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 25 QUINQUIES Y CONSIDERANDO 7.11. DE LA RCA.

2.1 Aspectos generales.

El oficio de Formulación de Cargos fundamenta el supuesto incumplimiento en el considerando 7.11. de la RCA, el cual, en relación a este punto, señala en su parte final que *“Sin perjuicio de aquellas que deban implementarse frente a eventuales efectos ambientales no previstos”*.

Dicha frase, da cuenta de una insuficiencia para configurar alguna obligación o exigencia de la RCA que pueda ser incumplida por Colbún S.A. considerando, como ya se señaló, puesto que lo único que establece la frase mencionada es una obligación genérica y futura, que obliga a definir una medida inexistente, que actualmente no forme parte de la RCA, y que debe ser determinada a través del procedimiento administrativo regulado en el artículo 25 quinquies, si correspondiere.

Es decir, dicho considerando consagra expresamente la posibilidad de revisar la RCA, como una manera de establecer expresamente lo sostenido por la CGR en su dictamen, pero en ningún caso define expresamente una obligación susceptible de configurar un incumplimiento. Esto último responde al hecho que revisar la RCA es producto de un procedimiento administrativo complejo, excepcional y que debe tramitarse por el órgano público competente, en la oportunidad y concurriendo los requisitos que señala la ley.

La SMA anticipadamente y sin el análisis necesario para ello, trata de imputar a nuestra empresa una falta de implementación oportuna de medidas, para hacer frente a la captación de recursos hidrobiológicos generados por un supuesto impacto ambiental no previsto. Dicha insuficiencia queda en evidencia, ya que la SMA en el punto 17.1 de la Formulación de Cargos hace mención del considerando 7.11, al expresar que *“Se constató que el proyecto no ha implementado medidas para hacerse cargo de los efectos no previstos asociados a la succión masiva...”*, con la finalidad de construir artificialmente una conducta típica más concreta, que pueda ser objeto de una formulación de cargos que, como hemos visto, el considerando 7.11 no contempla.

Lo anterior, sin perjuicio que la SMA hace más de 8 meses que conoce del fenómeno natural y sus efectos (hecho público y notorio) y no ha estimado necesario comunicar el hecho a la Comisión

de Evaluación de la Región del Biobío, para que ésta, si corresponde, de oficio determine iniciar un procedimiento de tal naturaleza. Por último, se debe tener presente que el Secretario de dicha comisión, Director Regional del SEA BB, ha tenido conocimiento de los hechos y de las medidas a implementar al momento de conocer y autorizar la consulta de pertinencia presentada por Colbún.¹³

En síntesis la omisión de los órganos públicos con competencia ambiental, que han estado en conocimientos de las actuaciones diligentes y oportunas desplegadas por Colbún frente a un hecho de la naturaleza, dan cuenta que el hecho por el cual se pretende sancionar a Colbún S.A., no es ilícita, típica ni antijurídica, lo que excluye toda posibilidad de sanción.

2.2 Inconsistencia del cargo en relación al artículo 25 quinquies.

Como ya se señaló, la segunda parte del considerando 7.11 mencionado, no fija expresamente una conducta de obligatoriedad susceptible de configurar un incumplimiento. Lo que se busca a través de la frase *“sin perjuicio de aquellas que deban implementarse frente a eventuales efectos ambientales no previstos”* es hacer mención expresa a que la RCA puede modificarse a través de una constatación y evaluación técnica que determine la existencia a un eventual impacto no previsto y que, si corresponde, se haga necesaria la implementación de medidas adicionales a las establecidas en la RCA. En este caso, tanto la administración, el titular o un afectado puede solicitar el inicio del procedimiento del artículo 25 quinquies con la finalidad que el órgano competente evalué el tema, lo que es incompatible con tratar de imputar un incumplimiento en relación a dicha gestión.

En relación a esto último, la Comisión de Evaluación puede tomar conocimiento tanto por información del titular una vez que lo constate a través del plan de seguimiento, lo que en el caso de la Central Santa María no ha ocurrido, como también por información que le entregue cualquier órgano público competente al momento de constatar un fenómeno que amerite la revisión de la RCA, lo que tampoco ha ocurrido después de 8 meses de realizada la visita inspectiva.

Por lo anterior, es evidente que resulta anticipado, carente de análisis, extemporáneo e insuficiente en su tipificación que sobre la base de un fenómeno natural, excepcional y estacional que ha implicado un aumento en la captación de especies hidrobiológicas, la SMA quiera imputar a

¹³ El Director Regional del SEA es secretario de la Comisión de Evaluación en conformidad al artículo 86 de la Ley 19.300, modificada por la ley N° 20.417, la cual es integrada, además, por el Secretario Regional de Medio Ambiente de la región del Biobío.

Colbún una falta de implementación de medidas inexistentes, que no forman parte de la RCA y que deben determinarse en el contexto del procedimiento de revisión antes señalado.

Lo anterior, infringe claramente los principios de legalidad, tipicidad y culpabilidad necesarios para ejercer la potestad fiscalizadora y sancionatoria de la SMA.

3. CONCLUSIÓN.

El considerando 7.11 establece en su parte final la posibilidad de revisar la RCA, cuando las variables ambientales no evolucionan conforme a lo previsto y establecer medidas si corresponde. Dicha posibilidad, se encuentra consagrada en el artículo 25 quinquies norma de carácter excepcional, que debe aplicarse cumpliéndose los requisitos de forma y fondo establecidos en la ley.

Por lo anterior, la SMA no puede exigir anticipadamente y sin el análisis previo necesario para ello la implementación de medidas aún inexistentes, que no forman parte de la RCA y que el órgano competente, en este caso la Comisión de Evaluación de Biobío, no ha determinado en la forma que señala la ley.

Colbún S.A. ha tomado conocimiento de un aumento en la captación de recursos hidrobiológicos de la misma forma que todas las autoridades regionales ambientales competentes en la materia. Al respecto, dicho aumento se ha generado de manera rápida, estacional, excepcional, con efectos definidos, los **que no se ha reflejado en el Plan de Seguimiento del proyecto ni tampoco a través de la Auditoría Ambiental Independiente.**

Además, dichas autoridades¹⁴, estando en conocimiento de los hechos ocurridos en la Bahía de Coronel hace más de 8 meses, han informado favorablemente la consulta de pertinencia presentada en agosto de 2013 por nuestra empresa, la cual ha permitido a la fecha implementar las medidas de mitigación propuestas voluntariamente por Colbún, necesarias para enfrentar un fenómeno de tal naturaleza.

Por lo anterior, la presentación de Colbún ha sido validada en la forma y en el fondo por los órganos público como la vía idónea para implementar las medidas de mitigación propuestas, sin que concurran los requisitos necesarios para el inicio de un procedimiento excepcional de revisión.

¹⁴ Servicio de Evaluación Ambiental de la región del Biobío, Gobernación marítima de Talcahuano, Servicio Nacional de Pesca Biobío, Secretaría Regional Ministerial de la Región del Biobío y Superintendencia de Medio Ambiente.

En ese marco, la SMA, en ejercicio de su potestad fiscalizadora, lo único que podría haber hecho es poner en conocimiento del órgano competente cualquier antecedente que pudiese servir de base a un IANP, pero en ningún caso puede asimilar a un incumplimiento una falta de implementación de medidas inexistentes y que no han sido determinadas en la forma y con los requisitos que exige la ley.

En síntesis, la SMA carece de competencia para determinar el IANP y no puede exigir, a modo de incumplimiento, la implementación de medidas inexistentes en el marco de un considerando que lo único que reconoce es la posibilidad, excepcional, de incorporar medidas adicionales a la RCA, bajo los requisitos de forma y fondo que establece la ley, como cualquier proyecto en Chile que cuente con un permiso ambiental.

Finalmente conviene destacar que mi representada consciente de que ha actuado de manera diligente, transparente y dentro del marco de la institucionalidad ambiental, puso en conocimiento a la SMA, en carta ingresada con fecha 3 de octubre de 2013, es decir con anterioridad al oficio de Formulación de Cargos, el trámite favorable de la consulta de pertinencia y el respaldo de los fallos judiciales favorables, todo lo cual ratifica que existe una situación de confianza legítima que debe ser respetada por la SMA.

Conforme con lo expuesto, sea que se revisen las actuaciones diligentes llevadas a cabo por Colbún, los Actos Administrativos de las Órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental o los actos propios de la SMA, todos llevan a la conclusión que en el actuar de Colbún, no ha existido un incumplimiento imputable a la RCA.

VII. OBJECIONES RELATIVAS A LA GRAVEDAD DE LA INFRACCIÓN SUPUESTAMENTE INCURRIDA

A continuación se demuestra que incluso bajo la hipótesis de supuesto incumplimiento, como el que describe la Formulación de Cargos, el que rechazamos por las consideraciones de hecho y de derecho antes expuestas, la calificación de “grave” que efectúa la SMA no tiene aplicación.

Lo anterior, teniendo presente dos argumentos de texto para descartar la tipificación de gravedad propuesta por la SMA. Adicionalmente, haremos referencia a la existencia de un caso de

la misma naturaleza, en la misma bahía, por un considerando de RCA de igual redacción, que sin embargo la SMA, adecuadamente, estimó que era leve.

1. LA GRAVEDAD PROPUESTA POR LA SMA

Para efectos de determinar la gravedad del cargo, la SMA indicó que la supuesta infracción corresponde a aquellas descritas en el art. 36, N° 2, letra e) de la LO-SMA: “*Son infracciones graves, los hechos actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que alternativamente: (...) e) Incumplan gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva Resolución de Calificación Ambiental*” (punto 27 de la Formulación de Cargos). Una vez citada dicha norma, la SMA concluye: “*En el presente caso, y en virtud de lo señalado y los antecedentes tenidos a la vista, se concluye que el hecho descrito en el párrafo 17.1 podría constituir una infracción grave, de conformidad a lo señalado en el artículo 36 numeral 2, letra e)*”.

2. IMPROCEDENCIA DE CALIFICACIÓN DE GRAVEDAD

Existen tres argumentos que sostienen la errónea calificación de gravedad.

- (a) En primer lugar, analizando el texto de la LO-SMA en que la SMA fundamenta su gravedad, se desprende que no puede atribuirse el carácter de grave a una infracción como la que se imputa, porque el art. 36, N° 2, letra e) de la LO-SMA señala 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*”.

En consecuencia, dado que la SMA sostiene que no se han implementado “*medidas para hacerse cargo de los efectos no previstos*” en la RCA N° 176/2007, no podrá calificarse la infracción como grave, atendida la imposibilidad de los hechos para subsumirse en la descripción de la norma calificante.

- (b) En segundo lugar, debe mencionarse que la SMA no da razón alguna para estimar la gravedad del caso, sino que simplemente se limita a mencionar el art. 36, N° 2, letra e) de la

LO-SMA, el que a su vez no da ningún criterio material de gravedad, por estar redactado en forma tautológica.

Se sostiene que “*Son infracciones graves*” aquellas que “*Incumplan gravemente*” lo previsto en la RCA, lo que si bien formalmente es verdadero (como todo juicio analítico de estructura de “X es igual a X”), materialmente carece de contenido sustantivo para determinar qué ha de entenderse como “*incumplir gravemente*” lo previsto en una RCA concreta.

La SMA debía resolver el problema de la gravedad dando criterios adicionales aplicables al caso concreto y concluir de esta forma la estimación real de gravedad de la supuesta infracción (concluir que “X es igual a Y”). De este modo, aunque si bien la SMA se ha reservado la facultad de reclasificar la infracción en el dictamen aludido en el art. 53 de la LO-SMA, en la misma formulación de cargos no se otorgaron antecedentes para fundamentar la gravedad en el caso concreto.

- (c) Finalmente, en el procedimiento sancionatorio D-015-2013, iniciado por el ORD. U.I.P.S. N° 603, de fecha 29 de agosto de 2013, se formularon cargos contra el titular Empresa Nacional de Electricidad S.A., que opera un proyecto termoeléctrico en la misma bahía que la Central Santa María.

Uno de los cargos formulados contra dicho titular se funda en un hecho de igual tenor al del presente caso: “*Con ocasión de los eventos naturales de varazón de langostinos y otras especies marinas, ocurridos durante los meses de febrero y marzo de 2013 en la Región de Biobío, quedó en evidencia la existencia de falencias tecnológicas en las bocatomas de la Central Termoeléctrica Bocamina y el consecuente ingreso masivo de organismos a los sistemas de captación de agua de mar. Al respecto, se constató que Empresa Nacional de Electricidad S.A., no cuenta con medidas implementadas para hacerse cargo de la succión masiva de recursos hidrobiológicos a través del sifón de captación de aguas de refrigeración de la Unidad IP*” (punto 13.6 de del ORD. U.I.P.S. N° 603).

Asimismo, lo anterior iría asociado al considerando 7.9 de la RCA de dicho proyecto, que es de idéntico tenor al de la Central Santa María: “*El titular del proyecto deberá implementar las medidas de mitigación y compensación comprometidas durante el proceso*

de evaluación, tanto para la etapa de construcción como operación del proyecto, sin perjuicio de aquellas que deban implementarse frente a eventuales efectos ambientales no previstos”.

Sin embargo, la calificación de gravedad para dicho caso fue de infracción leve, porque “a juicio de esta Fiscal Instructora, hasta ahora no se cuenta con antecedentes que indiquen la concurrencia de supuestos para calificarlos como infracción grave o gravísima” (punto 25, ORD. U.I.P.S. N° 603).

De este modo, no se entiende porqué de los mismos antecedentes y razones que la SMA tuvo en consideración para este caso, no haya dispuesto las mismas conclusiones. En consecuencia, la calificación de gravedad en el presente caso adolece de inconsistencia analógica, pues no se adecúa a los criterios que la misma SMA ha establecido para casos similares.

3.CONCLUSIÓN

Por las razones expuestas, aún en el caso improbable de que se estimara la existencia de una infracción, no cabe su calificación como “grave”, por no concurrir circunstancias que determinen gravedad en el presente caso.

VIII. SÍNTESIS

En efecto, habida consideración de los antecedentes de hecho y de derecho analizados, corresponde se absuelva a Colbún S.A. del cargo formulado, en virtud de haberse incurrido en lo siguiente:

A. El procedimiento de fiscalización adoleció de vicios formales y sustantivos que afectan garantías del particular, lo que se traduce en invalidez del mismo, o en su defecto, determinan su insuficiencia probatoria para sustentar el cargo formulado.

B. El cargo formulado no cumple con la las exigencias mínimas del principio de tipicidad de un procedimiento sancionador como el de la especie.

C. Colbún S.A. realizó todas las diligencias y análisis posibles en forma oportuna, y requirió las autorizaciones pertinentes con la finalidad de materializar una solución técnica y definitiva para la succión de recursos hidrobiológicos. Por lo anterior, no se le puede imputar una omisión en la implementación de medidas de mitigación ambiental y excluye cualquier tipo de culpabilidad necesario para configurar una sanción administrativa.

D. Los Órganos Pertencientes a la Administración del Estado, con competencia ambiental, han validado las actuaciones diligentes llevadas adelante por Colbún, configurando un supuesto de confianza legítima, que debe ser respetado por la SMA.

F. El cargo presupone la existencia de un Impacto Ambiental No Previsto, el cual debe determinarse en forma previa a la formulación de cargos, por el órgano competente y a través del procedimiento establecido en el artículo 25 quinquies (lo que excluye cualquier indicio de culpabilidad), por lo que, a la fecha, no existe una medida o exigencia establecida en la RCA susceptible de ser incumplida. Adicionalmente, los requisitos excepcionales que deben concurrir para la existencia de un Impacto Ambiental No Previsto no se generan en este caso.

G. Finalmente, no existen antecedentes que permitan fundamentar la calificación de la supuesta infracción como grave.

POR TANTO, en mérito de los argumentos de hecho y de derecho expuestos,

Solicito a la Superintendencia del Medio Ambiente, tener por presentados los descargos en tiempo forma y en su mérito **absolver** a Colbún S.A. del cargo formulado en el ORD. U.I.P.S. N° 853 de fecha 29 de octubre de 2013.

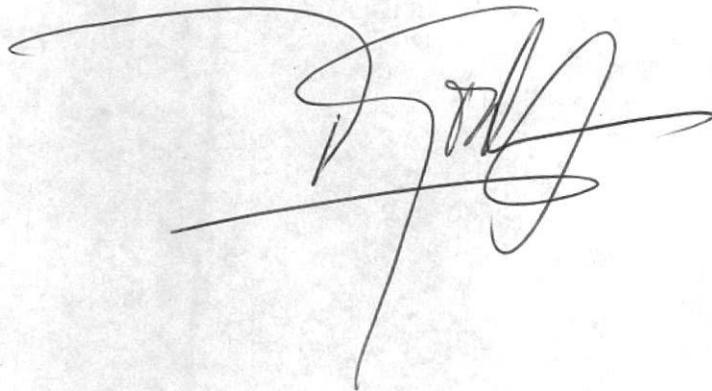
PRIMER OTROSÍ: Se hace presente que Colbún S.A. hará uso de los medios de prueba que franquea la ley durante la instrucción del procedimiento sancionatorio, específicamente durante el término probatorio que solicitamos sea fijado para este efecto, de modo de acreditar los hechos en los cuales fundamente sus descargos.

SEGUNDO OTROSÍ: Sírvase por tener por acompañado los antecedentes:

1. Tabla Listado de Instituciones y Representantes contactados en busca de alternativas tecnológicas de solución.
2. Resumen Cronológico de las etapas conducentes a la instalación y operación de la Batería de Filtros.
3. Informe técnicos en relación a análisis de alternativas y tecnología disponible.
 - a. Informe Alternativas de Captación de Agua de Mar (Mejores Prácticas, Enero 2013)
 - b. Presentación Mejoramiento Sistema de Captación Agua de Mar (Análisis de Alternativas).(Colbún S.A, Julio 2013)
4. Informes técnicos en relación a organismos marinos identificados en la zona.
 - a. Tabla Resumen de Informes Técnicos.
 - b. Algunos antecedentes preliminares sobre Langostino Colorado *Pleuroncodes monodon* y posibles explicaciones de su varamiento, (Instituto de Investigación Pesquera, Marzo 2013).
 - c. Diversidad de Organismos Marinos Presentes en la Región del Biobío, (Instituto de Investigación Pesquera, Abril 2013).
 - d. Antecedentes Bibliográficos sobre El Langostino Colorado (*Pleuroncodes monodon*), (Instituto de Investigación Pesquera, Abril 2013).
 - e. Antecedentes Bibliográficos sobre el Balacadillo o Mote (*Normanichthys crockeri*), (Instituto de Investigación Pesquera, Abril 2013).
 - f. Ciclos de vida y ontogenia de especies marinas: Antecedentes sobre la biología de *Pleuroncodes monodon* y *Normanichthys crockeri* (Universidad de Concepción, Abril 2013).
 - g. Informe Técnico, Varazón de Langostino Colorado en Bahía de Coronel (Universidad de Concepción, Marzo 2013).
5. Propuestas Técnicas y Cotizaciones de Alternativas
 - a. Cotización de Sistema de Captación por filtro de malla (Johnson Screens, Mayo 2013)
 - b. Cotización de Sistema de Captación por filtro de malla (Johnson Screens, Septiembre 2013)
 - c. Sistema de Mitigación a la Captación de Biota Marina por Acción de Cortina de Burbujas (Sea Horse, Abril de 2013)
6. Comunicaciones (emails) con recomendaciones por parte de entidades expertas internacionales de filtros de malla Johnson Screens.
 - a. Moss Landing Labs (22 de febrero de 2013)

- b. Tenera Enviromental (20 de marzo de 2013)
7. Fotografías Construcción e Instalación de Filtros.
 8. Carta de Pertinencia de fecha 20 de agosto, de Colbún S.A.
 9. Resolución N° 221/2013, del 6 de septiembre de 2013, del Servicio de Evaluación Ambiental de la región del Biobío.
 8. Carta de Pertinencia de fecha 20 de agosto, de Colbún S.A.
 9. Resolución N° 221/2013, del 6 de septiembre de 2013, del Servicio de Evaluación Ambiental de la región del Biobío.
 10. Carta de Colbún S.A. ingresada con fecha 3 de octubre de 2013.

TERCER OTROSÍ: La personería de Daniel Gordon Adam para representar a Colbún S.A. consta en escritura pública, de fecha 6 de marzo de 2013, otorgada ante el notario don Humberto Santelices Narducci, que se acompaña al presente escrito.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'D. Gordon Adam', written in a cursive style with a long horizontal stroke extending to the left.