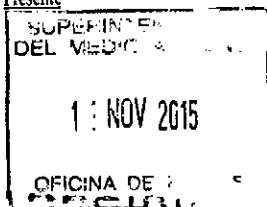


Santiago, 11 de noviembre de 2015

Señor
CRISTIAN FRANZ THORUD
Superintendente de Medio Ambiente
Miraflores N° 178, piso 7.

Presente



Mat.: Descargos en procedimiento administrativo sancionador

Ref.: Expediente Sancionatorio Rol D-055-2015

Ant.: Res. EX. N° 1, 30 septiembre de 2015

Atención: Camilo Orchard Rieiro

Fiscal Instructor División de Sanción y Cumplimiento

EN LO PRINCIPAL: Formula descargos en procedimiento administrativo sancionador que indica; EN EL PRIMER OTROSÍ: Acompaña documentos; y EN EL SEGUNDO OTROSÍ: Reserva de derecho a presentar prueba y solicitud de término probatorio.

De nuestra consideración:

FERNANDO MOLINA MATTA y JORGE ANDRÉS FEMENÍAS SALAS, abogados, en representación, según consta en el presente expediente administrativo, de EMPRESA ELÉCTRICA CARÉN S.A. -CARÉN-, en estos autos sobre Procedimiento administrativo sancionador iniciado mediante Resolución Exenta N° 1 de fecha 30 de septiembre de 2015, Rol D-055-2015, -los CARGOS o PLIEGO DE CARGOS-, de la Superintendencia del Medio Ambiente -SMA o SUPERINTENDENCIA-; por medio de esta presentación, y encontrándonos dentro de plazo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente -LOSMA-, venimos en formular los correspondientes descargos a las imputaciones formuladas contra nuestra representada, oponiéndonos a ellas en los términos que se expresan en el cuerpo de este escrito; sobre la base de los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho que pasamos a exponer a continuación:

SUMARIO

En primer lugar, se expondrán los antecedentes generales y de contexto que circunscriben el presente procedimiento administrativo sancionador. Luego, se transcribirán los Cargos formulados por la SMA.

Posteriormente, se formularán los Descargos a cada una de las imputaciones formuladas por la SMA, considerando los antecedentes de hecho y los fundamentos de Derecho que sean relevantes.

A.- Con respecto a los antecedentes de hecho:

Para cada infracción imputada se seguirá la siguiente estructura:

- Exposición de algunos antecedentes preliminares de relevancia.
- Exposición de los compromisos ambientales asumidos por CARÉN durante el proceso de evaluación ambiental.
- Análisis de la forma en que CARÉN dio cumplimiento a dichos compromisos
- Examen de los errores en que incurre el Informe de Fiscalización Ambiental y que motivaron la primera imputación formulada contra CARÉN

B.- Con respecto a los fundamentos de Derecho:

- Se analizará la ausencia de un examen de los requisitos de la responsabilidad infraccional, en particular de la (i) acción u omisión y (ii) culpabilidad.
- Subsidiariamente se solicitará la recalificación de las infracciones indicadas en los números y 2 del Pliego de Cargos, a infracciones *leves*, por no haberse acreditado que las supuestas infracciones fueron ejecutadas gravemente.
- A continuación se solicitará la consideración de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, para efectos de pedir se aplique la sanción un su grado más bajo.

Finalmente, se presentarán las conclusiones de los presentes descargos.

A efectos de proporcionar mayor claridad en la exposición, incorporamos un índice del contenido de los presentes descargos

ÍNDICE

§1.- Antecedentes.....	6
§2.- De la formulación de cargos	9
§3.- De los descargos	10
1.- Descargos frente a la primera imputación formulada por la SMA: <i>No implementación de medidas adecuadas para la prevención de procesos erosivos, derrumbes, deslizamientos y otros fenómenos análogos, particularmente en la zona donde se ubica la tubería de presión, entre los vértices 7 y 12</i>	10
1.1.- Compromisos ambientales asumidos por Carén	11
1.2.- CARÉN cumplió los compromisos ambientales asumidos en su proceso de evaluación ambiental.....	17
a. Sobre la construcción de los taludes recomendados en el IMS o de aquellos considerados "adecuados" para impedir que se produzca remoción en masa.....	17
.....	17
a.1 Construcción de los taludes recomendados en el IMS:.....	17
a.2 CARÉN construyó taludes "adecuados" para impedir que se produzca remoción en masa:.....	20
b. Sobre el revestimiento de los canales con muros de albañilería de piedra.	28
c. Sobre el cumplimiento del Informe Sobre Control de Erosión.....	29
1.3.- Errores en que incurre el IFA y que motivaron la primera imputación formulada contra CARÉN	29
2.- Descargos frente a la segunda imputación formulada por la SMA: <i>Las compuertas de la bocatoma emplazada en el río Malalcahuello presentan como mecanismo</i>	

<i>para permitir el paso del caudal ecológico y de la fauna íctica una ranura rectangular de dimensiones de 80x8 cm. aproximadamente, en vez de orificios de 30 cm. de diámetro ..</i>	31
2.1.- Compromisos ambientales asumidos por CARÉN	31
2.2.- No existe compromiso ambiental que podría haber sido incumplido por CARÉN.....	32
2.3.- Errores en que incurre el IFA y que motivaron la segunda imputación formulada contra CARÉN	33
3.- Descargos frente a la tercera imputación formulada por la SMA: <i>Ausencia de rotulación en contenedores de residuos peligrosos.....</i>	34
3.1.- Compromisos ambientales asumidos por CARÉN	34
3.2.- Actuación de CARÉN	35
3.3.- Circunstancias actuales del hecho imputado.....	35
3.4.- Calificación jurídica de la infracción	37
3.5.- Solicitud de consideración de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA: Aplicación de la sanción específica en su grado más bajo según el rango contemplado en el artículo 39 letra c) de la LOSMA	37
§ 4.- Fundamentos de Derecho	40
1.- Ausencia de <i>acción u omisión</i> en las imputaciones formuladas a Carén en los numerales 1 y 2 de los Cargos.....	41
1.1.- Con respecto imputación formulada en numeral 1 de los Cargos: <i>No es efectivo que no se hayan implementado medidas para evitar la erosión.....</i>	41
1.2.- Con respecto imputación formulada en numeral 2 de los Cargos: <i>no se ha incumplido la obligación, pues ésta sólo nace al concluir la fase de construcción del Proyecto.....</i>	42
2.- Ausencia de análisis del elemento <i>culpabilidad</i> en el pliego de cargos y su consecuencia: necesaria absolución.....	46
§ 5.- Petición subsidiaria: Recalificación de las infracciones señaladas en los números 1 y 2 del Pliego de Cargos por no haberse acreditado que las supuestas infracciones fueron ejecutadas gravemente.....	49
§ 6.- Solicitud de consideración de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA: Aplicación de la sanción específica en su grado más bajo a las infracciones señaladas en los numerales 1 y 2 de los Cargos.....	53

1.- Respecto de la primera imputación:	53
2.- Respecto de la segunda imputación:	56
§ 7.- Conclusiones	59

§1.- ANTECEDENTES

Nuestra representada es titular de los proyectos "Central de Pasada Carilafquén-Malalcahuello" y "Modificación Central de Pasada Carilafquén-Malalcahuello" (en adelante, dichos proyecto referidos conjuntamente como el "Proyecto"), cuyas Declaraciones de Impacto Ambiental (en adelante, como "DIA") fueron calificadas favorablemente mediante Resoluciones de Calificación Ambiental N° 145 y N° 77, de fechas 2 de julio de 2008 y 5 de marzo de 2014, respectivamente, emitidas por la Comisión Regional del Medio Ambiente de la IX Región de la Araucanía, la primera, y por la Comisión de Evaluación Ambiental de la misma región, la segunda (en adelante, "RCA 145/2008" y "RCA 77/2014", respectivamente). Dichas resoluciones fueron refundidas mediante Resolución Exenta N° 132, de 16 de abril de 2014, del Servicio de Evaluación Ambiental de la Araucanía.

El objetivo del Proyecto es la construcción de una central hidroeléctrica de pasada, que contempla una capacidad total de 29 MW, la cual utilizará dos tuberías de acero para conducir el agua proveniente de los ríos Carilafquén y Malalcahuello.

Con ocasión de denuncias presentadas por particulares, fiscalizadores de la SMA, de la Corporación Nacional Forestal (en adelante, "CONAF") y del Servicio Agrícola y Ganadero (en adelante, "SAG") concurrieron, los días 19 y 20 de mayo de 2015, a fiscalizar las obras asociadas al Proyecto.

Los resultados y conclusiones de dichas fiscalizaciones se plasmaron en el Informe de Fiscalización Ambiental, elaborado por la División de Fiscalización de la SMA (en adelante, dicho informe como el "IFA"), el cual detectó una serie de hechos susceptibles de calificarse como infracciones.

En virtud de todo lo anteriormente expuesto, mediante Resolución Exenta N° 507 de fecha 23 de junio de 2015, la SMA ordenó a nuestra representada que adoptara una serie de medidas destinadas a: (i) controlar los procesos erosivos detectados y sus consecuencias y (ii) prevenir futuros eventos similares. Para estos efectos, nuestra representada, el 13 de julio de 2015, presentó un informe indicando cómo y cuándo se ejecutarían las medidas solicitadas, y el 27 de julio de 2015, se informó estado de implementación de las medidas provisionales ordenadas.

En efecto, conforme consta del documento acompañado a el día 27 de julio de 2015, todas las medidas provisionales requeridas por esa Superintendencia se encuentran ejecutadas o en proceso de ejecución. A saber:

- a. Construcción de taludes
- b. Construcción de muros de hormigón:
- c. Retiro de material
- d. Retiro de desechos
- e. Implementación de barreras de contención
- f. Nivelación de terreno

Por esta razón, las medidas provisionales dictadas no se encuentran vigentes al no haber sido renovadas por el señor Superintendente.

En consideración a los hechos recién descritos, en virtud de Res. Ex. N°1/ROL D-055-2015, la SMA decidió formular cargos en contra de nuestra representada, por cuanto estimó que ésta habría incurrido en actuaciones constitutivas de infracciones a las condiciones, normas y medidas establecidas en las respectivas resoluciones de calificación ambiental.

Ahora bien, en otro orden de cosas, es necesario señalar que, en el marco de la obtención de uno de los permisos sectoriales requeridos para la ejecución del Proyecto, nuestra representada ingresó a la Corporación Nacional Forestal la solicitud N°12/PMP-13/15, sobre Plan de Manejo de Corta y Reforestación de

Bosque Nativo para Ejecutar Obras Civiles. Dicha solicitud fue acompañada de un Informe sobre Control de Erosión, de fecha 18 de febrero de 2015 y elaborado por la empresa consultora ambiental Norconsult Andina (en adelante dicho informe como el "Informe sobre Control de Erosión"), el cual señaló la necesidad de adoptar medidas urgentes en la zona de construcción de uno de los *penstock* para prevenir la ocurrencia de erosión, derrumbes y remoción en masa, y recomendó medidas a adoptar en las zonas de riesgo detectadas.

El referido Plan de Manejo fue aprobado por CONAF, mediante Resolución N° 12/PMP-13/15 de fecha 13 de mayo de 2015, ordenándose, en dicho acto administrativo, que *"se deberá dar cumplimiento al informe de control de erosión adjuntado en el estudio técnico."* Es decir, CONAF impuso a nuestra representada la obligación de dar cumplimiento a lo dispuesto en el Informe sobre Control de Erosión.

§2.- DE LA FORMULACIÓN DE CARGOS

Según consta del Pliego de Cargos, CARÉN fue objeto de la siguiente acusación por parte de la SMA:

1.- No implementación de medidas adecuadas para la prevención de procesos erosivos, derrumbes, deslizamientos y otros fenómenos análogos, particularmente en la zona donde se ubica la tubería de presión, entre los vértices 7 y 12.

2.- Las compuertas de la bocatoma emplazada en el río Malalcahuello presentan como mecanismo para permitir el paso del caudal ecológico y de la fauna íctica una ranura rectangular de dimensiones de 80x8 cm. aproximadamente, en vez de orificios de 30 cm. de diámetro.

3.- Ausencia de rotulación en contenedores de residuos peligrosos.

Todos los Cargos transcritos anteriormente configuraron, a juicio de esa Superintendencia, una infracción administrativa en los términos del artículo 35 letra a) de la LOSMA.

§ 3.- DE LOS DESCARGOS

1.- DESCARGOS FRENTE A LA PRIMERA IMPUTACIÓN FORMULADA POR LA SMA: *No implementación de medidas adecuadas para la prevención de procesos erosivos, derrumbes, deslizamientos y otros fenómenos análogos, particularmente en la zona donde se ubica la tubería de presión, entre los vértices 7 y 12*

Previo al análisis de la actuación de nuestra representada, y para efectos de una mayor claridad en la exposición, es menester referirse a la zona del Proyecto donde, presuntamente a juicio de la SMA, CARÉN no habría tomado los resguardos necesarios para evitar los desprendimientos de tierra. Dicha zona es aquella ubicada entre los vértices 7 y 12 de la tubería encargada de transportar el caudal en su tramo de máximo desnivel topográfico, cercano a los 280 metros o conocido también como "caída", hasta las turbinas de la unidad generadora¹, la cual se encuentra al interior de la casa de máquinas.

Para efectos de lo anterior, lo primero es entender la forma cómo se instalan las tuberías antes mencionadas, así como las particularidades de la zona del *penstock*.

Para instalar correctamente el *penstock* es necesario previamente remover y despejar la cobertura vegetal del suelo en la franja donde se instalarán las tuberías, para posteriormente ejecutar las excavaciones necesarias para fundar las bases o cimientos que soportarán los apoyos de las tuberías (los bordes de dichas excavaciones reciben el nombre de "talud").

Ahora bien, la zona comprendida entre los vértices 7 y 12 de la tubería forzada es una zona de pendiente pronunciada². Esta particularidad (que es la

¹ Dicha tubería recibe el nombre de "*penstock*", "tubería de presión" o "tubería forzada". Para el presente caso, el *penstock* se encuentra ubicado entre los vértices 7 y 12 de la tubería.

² Pendientes pronunciadas son aquellas pendientes del 100%, siendo el 100% equivalente a la relación geométrica 1H:1V (H=horizontal; V=vertical). En el caso particular de esta zona de alta

característica natural más deseable detrás de un buen proyecto hidroeléctrico “de pasada” como lo es la del Proyecto) genera, irremediablemente, posibilidades de desprendimiento de material y de escurrimiento de agua en los taludes.

A continuación, se exhibe una imagen de la zona en análisis:

Imagen N°1: Ubicación y Disposición de vértices en el penstock



Teniendo en consideración lo anterior, corresponde revisar los compromisos ambientales asumidos por CARÉN durante la etapa de evaluación ambiental del Proyecto.

1.1.- Compromisos ambientales asumidos por Carén

A este respecto, lo primero que se debe efectuar es definir cuáles fueron las obligaciones que CARÉN asumió en el proceso de evaluación ambiental del Proyecto.

pendiente, se tienen pendientes sobre el 100%, puntualmente en torno a los vértices 7 y 11, próximos a la verticalidad de las laderas.

En este escenario, e incluso de acuerdo a las propias imputaciones formuladas en los Cargos, nuestra representada asumió las siguientes obligaciones tendientes a asegurar la estabilidad de la construcción de la obra:

a. Utilizar alguno de los siguientes taludes:

(i) Aquellos recomendados en el Informe de Mecánica de Suelos, el cual fue acompañado como Anexo 9.2 de la Adenda N°1 de la DIA del proyecto "Modificación Central de Pasada Carilafquén-Malalcahuello (en adelante, dicho informe como el "IMS")³, o

(ii) Aquellos que sean "adecuados" para impedir que se produzca remoción en masa.⁴

b. En el evento de que el suelo no soporte la utilización de taludes verticales, se deben revestir los canales con muros de albañilería de piedra⁵, y

c. Dar cumplimiento al Informe Sobre Control de Erosión indicado (Resolución N° 12/PMP-13/15) referido Plan de Manejo que fue aprobado por CONAF, mediante Resolución N° 12/PMP-13/15 de fecha 13 de mayo de 2015.⁶

³ Esta obligación se desprende del considerando 8.6 número 6 de la RCA 77/2014, citado en la Formulación de Cargos (hay que tener presente que la Formulación de Cargos señala que esta obligación está contenida en el considerando 7 "Observaciones Ciudadanas Consideradas", referencia que no es correcta).

⁴ Esta obligación se desprende de la Respuesta a la Observación N° 13 del Informe Consolidado de Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones y/o Ampliaciones (en adelante, "ICSARA") N° 1 correspondiente a la DIA del proyecto "Central Carilafquén-Malalcahuello", citado en la Formulación de Cargos.

⁵ Esta obligación se desprende de la Respuesta a la Observación N° 44 del ICSARA correspondiente a la DIA del proyecto "Central Carilafquén-Malalcahuello", citado en la Formulación de Cargos.

⁶ Esta obligación, si bien no es susceptible de ser fiscalizada por la SMA al no poseer una *naturaleza propiamente ambiental*, es un imperativo impuesto por una Autoridad administrativa, sin el cual no resulta posible desarrollar el Proyecto, razón por la que su cumplimiento resultaba ineludible.

Como se ve, y en plena concordancia con las particularidades del terreno de la zona del *penstock*, los tres compromisos indicados precedentemente (los dos ambientales y aquél impuesto por la CONAF) apuntan al mismo objetivo: evitar deslizamientos de tierra u otro tipo de material.

Precisadas las obligaciones que efectivamente nuestra representada asumió, corresponde referirse a la forma en que dichas obligaciones debían, y deben, llevarse a cabo.

EN PRIMER LUGAR, hay que hacer mención a los taludes que CARÉN debía utilizar en la ejecución de las obras correspondientes a la tubería de presión. Tal como ya se indicó, los taludes que debían utilizarse en dichas obras debían ser aquellos (i) recomendados en el IMS; o (ii) "adecuados" para impedir que se produzca remoción en masa.

En cuanto al primer tipo de taludes, el capítulo 7. del IMS, llamado "Especificaciones Técnicas Constructivas Generales", indica que, cuando se requieran taludes cuyas excavaciones sean más profundas que 1,5 metros (como es el caso de la zona en análisis) se deben considerar taludes de corte 1H:3V.

Al respecto, los términos expresos que se utilizan en el IMS no son una cuestión baladí, toda vez, que la voz "*considerar*" no representa un significado igual -o siquiera similar- a la de "*imponer*" u "*obligar*". En efecto, como se expresa en el Diccionario de la Real Academia Española, la voz "*considerar*" no implica una orden que se deba observar a ciencia cierta, sino que es una invitación a pensar detenidamente un asunto.⁷

Lo anterior, considerando la naturaleza de un IMS, no podía ser de otra forma. En efecto, un informe de mecánica de suelos es una serie de

⁷ Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, considerar es: "pensar sobre algo analizándolo con atención". Cfr. *Diccionario de la lengua española*, Real Academia Española, 23ª edición, S.L.U. Espasa Libros, Madrid, 2014.

recomendaciones basadas en resultados obtenidos a la luz de investigaciones y pruebas llevadas a cabo con anterioridad al inicio de las obras cuyos suelos se han estudiado.

En tal sentido, la descripción del método constructivo indicado en el IMS necesariamente debe ser considerado como algo *dinámico* y no *estático*. Por ello, **un informe de mecánica de suelos no puede prever todas las dificultades que dichas obras pueden encontrar en la práctica, las cuales imponen cuáles son los cambios que se deben ir implementando conforme avanza la construcción de la obra.**

Así, lo indicado en el IMS sólo puede ser interpretado como una *invitación a nuestra representada* para que discierna si, al momento de la ejecución de las obras, la utilización de dichos taludes era la mejor, ponderando todos los factores involucrados.

En cuanto al segundo tipo de taludes, nuestra representada se obligó a utilizar taludes "*adecuados para impedir que se produzca remoción en masa*". En esta hipótesis, el elemento clave es el fin tenido en mente al utilizar uno u otro talud.

A este respecto, hay que tener presente que la *remoción en masa* es un proceso de "movilización lenta o rápida de determinado volumen de suelo, roca o ambos, en diversas proporciones, generados por una serie de factores"⁸, de carácter descendente ya que están fundamentalmente controlados por la gravedad.⁹

Considerando lo anterior, y de acuerdo a lo indicado en la Respuesta a la Observación N° 13 del ICSARA N° 1 correspondiente a la DIA del proyecto "Central Carilafquén-Malalcahuello, **nuestra representada podía construir todos**

⁸ HAUSER, A., *Remociones en masa en Chile*, Servicio Nacional de Geología y Minería, Santiago, 1993, p. 7-29.

⁹ CRUDEN, D., "A simple definition of a Landslide", en *Bulletin of the International Association of Engineering Geology*, N° 43, (1991), p. 27-29.

aquellos taludes que le permitieran cumplir el fin buscado por la autoridad, esto es, evitar la referida remoción en masa.

En consideración a todo lo anteriormente expuesto, CARÉN podía, y puede, cumplir el compromiso de construir los taludes de dos formas posibles:

- a. Construyendo los taludes recomendados en el IMS; o
- b. Construyendo aquellos taludes que se consideren adecuados para evitar desprendimiento del terreno.

Dado que Carén ha llevado a cabo esto último (construcción de taludes que se consideraron adecuados), no se advierte cómo podría estar en incumplimiento de la normativa ambiental aplicable al Proyecto.

EN SEGUNDO LUGAR, de acuerdo a los Cargos, nuestra representada estaba obligada a revestir los canales con muros de albañilería de piedra en el evento de que el suelo no soporte el uso de taludes verticales. En la práctica, lo que esto significa es que, cuando no se puedan utilizar taludes verticales (porque el suelo no los soporta), nuestra representada debía revestir los muros de los canales construidos con obras que impidieran o dificultaran la erosión de los taludes no verticales. **El objetivo de lo anterior era disminuir la posibilidad de desprendimiento de material ocasionado por la erosión del suelo.**

Así, la obligación de nuestra representada se entiende cumplida en la medida en que hubiese efectuado las obras de revestimiento requeridas para disminuir la erosión de los taludes.

Como se explicará más adelante, CARÉN sí ejecutó dichas obras, razón por la cual no existe incumplimiento alguno de la obligación en comento.

Y, EN TERCER LUGAR, las obligaciones de nuestra representada en relación al cumplimiento del Informe Sobre Control de Erosión, se reducen a dos:

- a. La ejecución de obras de drenaje; y
- b. La construcción de muros y obras de contención.

Respecto de la ejecución de obras de drenaje, el Informe de Control de Erosión **recomendó** la utilización de drenajes profundos y drenajes superficiales. Los primeros "...corresponden a canaletas de desviación de aguas lluvias, que conduzcan el agua de escorrentía superficial hasta fuera de los límites de excavación, entregando el caudal desviado a zonas con suelo y vegetación no alterada"¹⁰, mientras que el segundo consistiría "...en una cuneta o zanja revestida con hormigón o materiales sintéticos para garantizar su impermeabilidad y rellenas con grava"¹¹.

En cuanto a la construcción de muros, el Informe de Control de Erosión **recomienda** la "... la construcción de un muro de gaviones bien cimentado, al pie del talud, cuyo trasdós (espacio entre el muro y el terreno) y contrafuerte del talud puedan rellenarse de escolleras..."¹². Y en lo que a obras de contención se refiere, el antedicho Informe señala que éstas deben tratarse "... de barreras dinámicas para el frenado y contención de los materiales desprendidos de la ladera...", barreras que deben ser "...flexibles contra deslizamientos de tierras para deslizamientos poco profundos en taludes inestables, del fabricante Geobrugg."¹³

En este estado de cosas, dado que nuestra representada construyó -tal como se señalará más adelante- las obras de drenaje y los muros y obras de contención

¹⁰ Ver sección 5.3.1 del Informe de Control de Erosión.

¹¹ Ídem.

¹² Ver sección 5.3.2 del Informe de Control de Erosión.

¹³ Ídem.

en los términos dispuestos en el Informe de Control de Erosión, no aparece claro cómo habría incumplido con sus obligaciones ambientales asociadas al Proyecto.

1.2.- CARÉN cumplió los compromisos ambientales asumidos en su proceso de evaluación ambiental

La actuación de nuestra representada a la luz de la imputación de cargos en comento, será explicada de acuerdo a la enumeración de las obligaciones indicadas más arriba.

- a. *Sobre la construcción de los taludes recomendados en el IMS o de aquellos considerados "adecuados" para impedir que se produzca remoción en masa:*

a.1 Construcción de los taludes recomendados en el IMS:

Como se señaló, el IMS contenía una recomendación respecto de los taludes a construir en la zona comprendida entre los vértices 7 y 12 de la tubería forzada, toda vez, que la decisión final respecto a qué taludes edificar debía ser adoptada por nuestra representada en el momento en que comenzara la construcción de las obras, y ponderados todos los factores que inciden en dicha ejecución.

Además, según se ha dicho, las modificaciones que necesariamente impone la realidad de los hechos al iniciar la construcción de la obra, es una cuestión de la naturaleza del desarrollo de cualquier proyecto. En este estado de cosas, la evaluación ambiental consideró un IMS que daba cuenta e informaba esta situación -dado que contenía *recomendaciones* y no *imposiciones*- y, en tal sentido, la aprobación ambiental otorga al titular la posibilidad de efectuar modificaciones al método constructivo en la medida que éstas sean adecuadas para los fines perseguidos.

En este punto es importante señalar que, una vez comenzadas las obras de construcción de las tuberías en la zona del *penstock*, CONAF, a través de la Resolución N° 514/2014, de 18 de noviembre de 2014, indicó que un sector de la zona donde se desarrollarían dichas obras (en particular, el sector considerado para la construcción de caminos), no se podría intervenir por cuanto en ésta había un número importante de ejemplares de Lleuque (*Prumnopitys andina*), con características de alta singularidad, que era necesario no alterar.

Esta **orden de autoridad** tuvo un severo efecto en el método empleado para la construcción de los taludes -manifestado, eminentemente, en la necesidad de efectuar una inversión mucho mayor a la proyectada-, por cuanto todas las estimaciones y proyecciones relacionadas con dicha construcción (incluido el IMS) que nuestra representada aportó durante la evaluación ambiental del Proyecto, consideraba que el referido sector podía utilizarse para la construcción del *penstock*.

Lo anterior es un antecedente clave, por cuanto las características técnicas de la excavación y los taludes según éstas fueron descritas en el IMS consideraba un terreno disponible mucho mayor que el que finalmente se tuvo a disposición.

Considerando lo anterior, y habida cuenta de la elevada pendiente que existe en el terreno del *penstock*, nuestra representada se vio imposibilitada, en un principio, de ejecutar las actividades civiles y mecánicas necesarias para la construcción de los taludes 1H:3V (tales como excavaciones, instalación de moldajes, montaje de enfierraduras, vaciado de hormigones, montaje y soldadura de tuberías), debiendo implementar un método de construcción alternativo y equivalente al previsto y, además, medidas de sujeción de laderas de los taludes.

Sobre este último punto, es necesario hacer presente que la implementación de medidas alternativas y equivalentes en el método constructivo implicó para nuestra representada una serie de inconvenientes que, incluso, hicieron que el

costo de la instalación de las tuberías en la zona en comento fuese excesivamente más gravoso del presupuestado.¹⁴

Sólo a modo de ejemplo, a continuación, señalaremos algunas de las actividades civiles y mecánicas que CARÉN tuvo que efectuar como consecuencia del cambio del método constructivo antes indicado:

- El acceso a la zona de la tubería a presión se hizo más complejo para el personal de construcción, toda vez, que sólo se pudo llegar a éste mediante escaleras de madera dispuestas a lo largo de la franja de tubería forzada, y de dos accesos laterales a los que se podía llegar mediante vehículos livianos a las proximidades de los vértices 8 y 10 de la tubería a presión.
- Se utilizó un helicóptero para el traslado de moldajes y enfierraduras a lo largo de la estructura del *penstock*, en circunstancias que el método constructivo original contemplaba que éstas fueran trasladadas mediante la conformación de caminos laterales paralelos a las tuberías, con la posibilidad de que el traslado se hiciera con maquinaria acondicionada para tal actividad. Asimismo, se utilizó maquinaria especial y un operador experimentado para lograr *tregar* por la ladera y generar condiciones óptimas para la ejecución de excavaciones en parte importante del sector de la tubería forzada; y
- Se instaló un "Sistema Teleférico Austríaco", a lo largo de todo el sector de la tubería a presión, para efectuar la carga, traslado y montaje de trozos de tuberías con pesos promedios de cinco toneladas, de forma tal de no invadir zonas adyacentes de bosque más allá de las autorizadas.

¹⁴ De hecho, la suma de estas medidas ha implicado gastos no contemplados por más de \$800.000.000.- (ochocientos millones de pesos).

De esta manera, en la primera parte de la fase de construcción de los taludes ubicados entre los vértices 7 y 12 del *penstock*, nuestra representada se vio imposibilitada de seguir la RECOMENDACIÓN del IMS en cuanto a utilizar taludes 1H:3V, debido, principalmente, a la orden de autoridad de CONAF y a las dificultades existentes en el terreno.

Sin embargo, y dado que, como ya se explicó, el IMS sólo entrega recomendaciones, no es posible afirmar que por no seguir, al pie de la letra, dichas recomendaciones CARÉN haya incumplido obligación alguna de aquellas indicadas en los compromisos ambientales que asumió durante la evaluación ambiental del Proyecto.

Sin perjuicio de lo anterior, juzgamos oportuno señalar que, sin que ello reste valor o contradiga lo señalado precedentemente, a esta fecha CARÉN ha ejecutado la construcción de la obra siguiendo la recomendación del IMS.

a.2 CARÉN construyó taludes "adecuados" para impedir que se produzca remoción en masa:

Corresponde ahora analizar si los taludes construidos por CARÉN, en la zona comprendida entre los vértices 7 y 12, durante la primera fase de construcción, fueron "adecuados" para impedir que se produzca remoción en masa.

A este respecto, hay que precisar que el instrumento que mejor explica la forma en la cual se puede evitar la remoción en masa, es el *Informe Sobre Control de Erosión*, por cuanto el nivel de erosión incide directamente en el nivel de desprendimiento de terreno. La observancia de dicho instrumento era, además y según se ha dicho, imperativa para CARÉN desde que constituyó una orden de autoridad.

Teniendo en cuenta lo anterior, nuestra representada siguió las recomendaciones contenidas en el *Informe Sobre Control de Erosión* que, como ya se dijo, fueron básicamente dos: i) la ejecución de obras de drenaje y (ii) la construcción de muros y obras de contención.

En cuanto a la ejecución de obras de drenaje, CARÉN construyó zanjas de infiltración y canales de desviación en diversos sectores de la tubería, incluyendo aquella zona entre los vértices 7 y 12 de la misma.

Las zanjas de infiltración fueron construidas en forma manual y tienen 50 cm. de profundidad y 50 cm. de ancho, mientras que los canales de desviación tienen las mismas medidas y en uno de sus extremos contemplan posos decantadores de 1 metro por 1 metro. Por último, cada una de las zanjas de infiltración y de los canales de desviación fueron cubiertas por geotextil CNBM 200 gr/m².

Respecto a la construcción de muros, nuestra representada ha dispuesto la construcción de muros de contención de hormigón armado en las últimas tres sillas del sector *penstock*.

Lo anterior, permite que, en los tramos más críticos de la tubería (es decir, entre los vértices 13 y 14 de ésta), se pueda utilizar rellenos en base a material granular. Asimismo, se debe señalar que aguas arriba de los muros ya construidos se implementarán sostenimientos en base a "tierra armada"¹⁵, los que cumplirán funciones de confinamiento pero con un carga (peso) menor al desarrollado por los muros de hormigón armado recién señalados.

De igual forma, como una manera de mejorar la contención y optimizar el sistema de drenaje del sector *penstock*, se construirá una defensa en el sector del vértice 14 (aguas arriba de la Casa de Máquinas) en base a contención de gaviones.

¹⁵ "Tierra armada" (o "reforzada") es un tipo de geotextil.

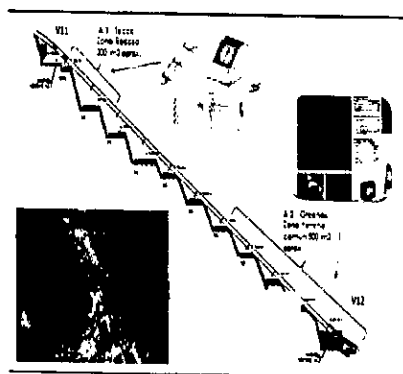
Por último, se incorporarán rellenos entre sillas en base a una combinación de material granular proveniente de las excavaciones y gravilla.

Finalmente, nuestra representada sí implementó las obras de contención recomendadas en el *Informe Sobre Control de Erosión*, utilizando los sistemas denominados "Greenax"¹⁶ y "Tecco"¹⁷, ambos desarrollados por la empresa Geobruigg.

A continuación, se desplegarán dos series de imágenes, las cuales se acompañan, además, al presente escrito: en la primera de ellas se mostrará (a) Funcionamiento de las medidas de contención ejecutadas en algunos tramos de la tubería forzada; y (b) estado de algunos de los tramos de la tubería forzada antes de la ejecución de las obras de contención y cómo quedaron después de ejecutadas éstas:

- Funcionamiento de las medidas de contención:

Imagen N°2: Análisis solución para el tramo comprendido entre los vértices 11 y 12



¹⁶ Sistema establecido para el control de erosión sobre la base de una malla de acero galvanizado y tejido de polipropileno, el cual se complementa con la aplicación a baja presión de una siembra de productos compuestos por semillas de pasto perenne de *Ballica Nui* y *Trevol Rosado* y fertilizante con mezcla especial para praderas a base de NPK.

¹⁷ Este es un sistema para la estabilización de taludes rocosos sobre la base de una malla de acero galvanizado y pernos de anclaje con lechada o mortero.

Imagen N°3: Análisis solución para el tramo comprendido entre los vértices 10 y 11

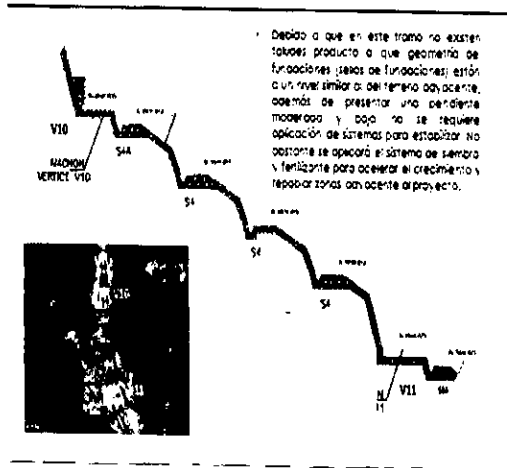
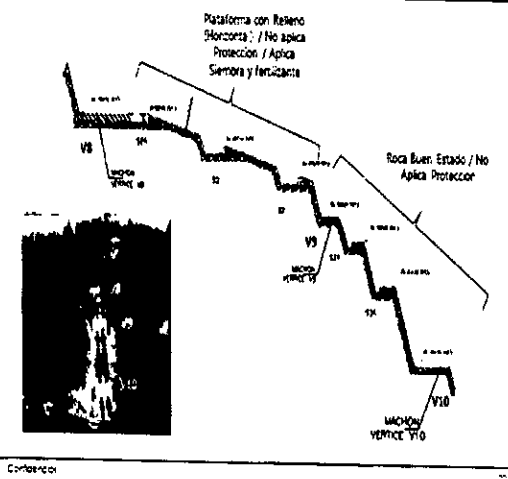


Imagen N°4: Análisis solución para el tramo comprendido entre los vértices 8 y 10

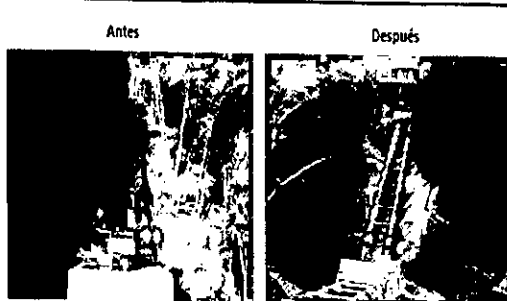
8.0. Análisis Solución / Tramo V10 - V9 - V8

GLAP



- Estado de algunos tramos de la tubería forzada antes y después de la ejecución de las medidas de contención:

Imagen N°5: Reporte fotográfico y porcentaje de Avance, tramo comprendido entre los vértices 12 y 13

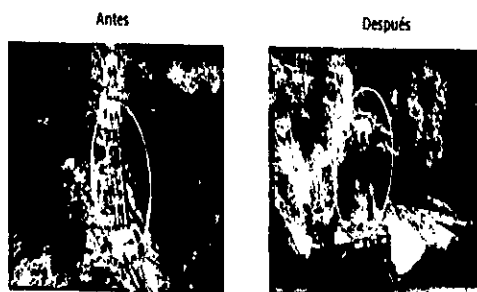


Desarrollo de actividades en el tramo.

Avance: 80% aplicación mala Greenax, Fin Previsto 15 Noviembre 2015.

Siembra y Fertilizante : 30% Aplicación, Fin Previsto 20 Noviembre 2015.

Imagen N°6: Reporte fotográfico y porcentaje de Avance, tramo comprendido entre los vértices 10 y 11

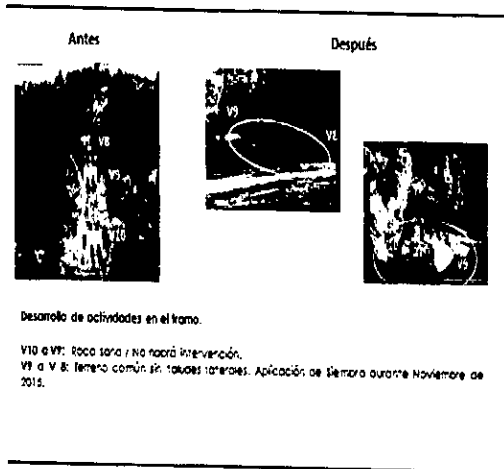


Desarrollo de actividades en el Tramo.

Avance: 0%.

Siembra y Fertilizante : Se aplicará a contar de los primeros días del mes de Noviembre 2015.

Imagen N°7: Reporte fotográfico y porcentaje de Avance, tramo comprendido entre los vértices 8 y 10



Sin perjuicio de lo expuesto en precedencia, se debe señalar que, durante la construcción de los taludes, se utilizaron *tablaestacados* y *mallas metálicas de sujeción de laderas frontales*, como una forma de mejorar la sujeción de las laderas de los referidos taludes, para así evitar deslizamientos de material, según se muestra en las imágenes siguientes:

Imagen N°8: Detalle *tablaestacado* de sujeción de ladera en zona alta de tubería de presión (vértice 7, noviembre de 2014)



Imagen N°9: Tablaestacado de sujeción de ladera en zona baja de tubería de presión (vértice 11, agosto de 2014)



Imagen N°10: Detalle conformación tablaestacado de sujeción de ladera en alta pendiente en zona baja de tubería de presión (vértice 11, agosto de 2014)



Imagen N°11: Detalle tablaestacado de sujeción de ladera en zona baja de tubería de presión (vértice 12, agosto de 2014)



Imagen N°12: Mallas de sujeción de ladera frontales y laterales en zona baja de tubería de presión (vértice 12, agosto de 2014)



En consideración a todo lo expuesto, ha quedado demostrado que los taludes construidos por nuestra representada son plenamente adecuados para evitar el desprendimiento de material.

En efecto, los taludes fueron construidos, no sólo dando íntegro cumplimiento a lo dispuesto en el *Informe Sobre Control de Erosión* (razón por la cual éstos cuentan con obras de drenaje, muros de hormigón y obras de contención) sino que además se utilizaron *tablaestacados* y *mallas metálicas de sujeción*, todo lo cual redundaba en una disminución considerable de la posibilidad de erosión del suelo y el consecuente deslizamiento de material.

En virtud de ello, no es correcto afirmar que los taludes construidos por CARÉN en la zona comprendida entre los vértices 7 y 12 no sean adecuados para evitar el desprendimiento de material, razón por la cual la no se ha verificado incumplimiento alguna de las obligaciones que nuestra representada asumió durante la etapa de evaluación ambiental del Proyecto.

b. Sobre el revestimiento de los canales con muros de albañilería de piedra

De acuerdo a lo ya señalado, si el suelo en el cual se instalarían taludes verticales no resistía dicha instalación, nuestra representada estaba obligada a revestir los canales con muros de albañilería de piedra, lo que significa, en la práctica, revestirlos con obras que impidieran o dificultaran la erosión de los taludes no verticales.

Ahora bien, según se indicó precedentemente, nuestra representada sí revisó los canales de forma tal de prevenir la erosión de los mismos. ¿Cómo lo hizo?:

a. Utilizando los sistemas "Greenax" y "Tecco";

- b. Construyendo obras de drenaje;
- c. Construyendo muros de contención (para prevenir que el material que pueda desprenderse de los canales construidos afecte a la flora, fauna y las personas que rodean el área de la Tuberías Forzada); y
- d. Utilizando *tablaestacados* y *mallas metálicas* para sujetar las laderas de los taludes.

En consecuencia, ha quedado demostrado, *más allá de toda duda razonable*, que nuestra representada revistió los canales de forma tal de prevenir la erosión de los mismos y el subsiguiente deslizamiento de material, razón por la cual no se ha verificado incumplimiento alguno de las obligaciones que CARÉN asumió durante la etapa de evaluación ambiental del Proyecto.

c. Sobre el cumplimiento del Informe Sobre Control de Erosión

En relación a esta obligación, nos remitimos a lo ya señalado respecto al cumplimiento de las recomendaciones contenidas en el Informe Sobre Control de Erosión.

1.3.- Errores en que incurre el IFA y que motivaron la primera imputación formulada contra CARÉN

En la página 38 del IFA, se señala que “[l]as obras de construcción no contemplan acciones para el adecuado control de riesgo de erosión”, lo que habría producido un derrumbe en el sector del vértice 7 de la tubería a presión.

La afirmación no es correcta, porque sí existían medidas. Frente a ello, y ya que el IFA no lo señala, cabe preguntarse si los funcionarios que llevaron a cabo la fiscalización ¿concurrieron efectivamente al terreno donde se ubica la tubería forzada?

La pregunta es válida, dado que lo único que se señala en el IFA, a este respecto, es que el fiscalizador observó dos cosas:

a. Daño mecánico en la corteza y las ramas de especies Lleuque, ubicadas en el sector de la bocatoma río Malalcahuello correspondiente al vértice 7 de la tubería a presión; y

b. Desprendimiento de tierra y rocas que generó destrucción de bosque y cubierta vegetal en zona de una protección por pendiente y curso de agua, ocurrido en un sector de ladera en donde se ubica la tubería de presión entre los vértices 7-12. Este fenómeno se observó durante el recorrido que el fiscalizador realizó por el terreno del Sr. Renato Barrientos que colinda con el área del Proyecto.

En este estado de cosas, se debe mencionar que, si los fiscalizadores hubiesen efectivamente recorrido la zona correspondiente a los vértices 7 y 12 del *penstock*, NO HABRÍAN PODIDO OBVIAR LA EXISTENCIA DE LAS OBRAS CORRESPONDIENTES A LOS TABLAESTACADOS Y LAS MALLAS DE CONTENCIÓN, YA QUE ÉSTAS FUERON EJECUTADAS DURANTE EL AÑO 2014.

De esta forma, el supuesto fáctico en virtud del cual a nuestra representada se le imputó el cargo que analizamos, no se corresponde con la realidad de los hechos según éstos ocurrieron.

Afirmamos lo anterior, por cuanto, como se ha venido señalando, nuestra representada sí disponía (desde antes del 19 y 20 de mayo de 2015), y dispone actualmente, de medidas de control de la erosión que son adecuadas para prevenir el deslizamiento de material. ¿Cuáles eran dichas medidas? Las siguientes:

- a. Obras de drenaje;
- b. Construcción de Muros;

- c. Obras de contención;
- d. Tablaestacados, y
- e. Mallas de sujeción de laderas frontales.

En consideración de todo lo anteriormente expuesto, nuestra representada sí contaba, y cuenta al día de hoy, con las medidas de control de erosión exigidas en los documentos que informaron el proceso de calificación ambiental del Proyecto, razón por la cual el presente cargo debe ser desestimado en su totalidad.

2.- DESCARGOS FRENTE A LA SEGUNDA IMPUTACIÓN FORMULADA POR LA SMA: *Las compuertas de la bocatoma emplazada en el río Malalcahuello presentan como mecanismo para permitir el paso del caudal ecológico y de la fauna íctica una ranura rectangular de dimensiones de 80x8 cm. aproximadamente, en vez de orificios de 30 cm. de diámetro*

2.1- Compromisos ambientales asumidos por CARÉN

Al igual que en la imputación anterior, para efectos de desvirtuar el cargo aquí referido, es necesario precisar primero cuál era el compromiso ambiental asumido por nuestra representada y que, en el criterio de la SMA, habría sido incumplida por ella.

A este respecto, nuestra representada asumió la obligación, para la *fase de construcción*, de:

*Construir las compuertas de la bocatoma del río Malalcahuello con orificios de un diámetro de 300mm (30cm) cada uno, a efectos de permitir, en la fase de operación, el libre desplazamiento de peces por el cauce, manteniendo el caudal ecológico.*¹⁸

¹⁸ Esta obligación se desprende de la Respuesta a la Observación N° 12 del ICSARA correspondiente a la DIA del proyecto "Modificación Central de Pasada Carilafquén-Malalcahuello".

Sobre el particular, se debe precisar que el libre desplazamiento de los peces sólo puede verse afectado una vez que comience la operación del Proyecto.

Lo anterior, por cuanto, las compuertas sólo tienen por objetivo el acumular agua hasta cierto nivel, para luego, una vez alcanzado dicho nivel, continuar su trayecto por el caudal hasta las tuberías. De esta forma, si el Proyecto no está operativo, no tiene ningún sentido el tener funcionando las compuertas durante la fase de construcción.

POR LO MISMO, LA OBLIGACIÓN DE NUESTRA REPRESENTADA DE TENER OPERATIVAS LAS COMPUERTAS EN LOS TÉRMINOS ANTES INDICADOS (PARA EFECTOS DE ASEGURAR EL LIBRE DESPLAZAMIENTO DE LOS PECES POR EL CAUCE) SÓLO ES EXIGIBLE UNA VEZ CONCLUIDA LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN DEL PROYECTO.

Confirma lo anterior, el hecho de que, si la obligación de CARÉN hubiese sido tener operativas y funcionando las compuertas antes mencionadas, el IFA así lo habría señalado. Sin embargo, a este respecto, dicho informe nada señala.

En este estado de cosas, el compromiso ambiental señalado en el presente acápite nace para nuestra representada una vez que se dé inicio a la operación del Proyecto, cuestión que como bien sabe esa Superintendencia, aún no ha ocurrido.

2.2.- No existe compromiso ambiental que podría haber sido incumplido por CARÉN

En lo que respecta a la obligación aquí analizada, como ya se señaló, nuestra representada **ESTÁ OBLIGADA A SU CUMPLIMIENTO SÓLO DESDE EL INICIO DE LA FASE DE OPERACIÓN DEL PROYECTO O, EN TODO CASO, HASTA ANTES DEL TÉRMINO DE LA FASE DE CONSTRUCCIÓN.**

Por esta razón, y no existiendo a la fecha obligación alguna que nuestra representada deba cumplir respecto del diseño y construcción de las compuertas

antes indicadas, CARÉN se encuentra en total cumplimiento de las obligaciones contraídas durante el proceso de evaluación ambiental del Proyecto.

Con todo, a la fecha de la fiscalización que se da cuenta en el IFA los orificios de las compuertas tenían un diámetro diverso al proyectado en la evaluación ambiental. Por esta razón, y para efectos de que al momento en que comience la fase de operación del Proyecto, las compuertas cumplan con lo dispuesto en la Respuesta a la Observación N° 12 del ICSARA correspondiente a la DIA del proyecto "Modificación Central de Pasada Carilafquén-Malalcahuello", CARÉN se encuentra efectuando las modificaciones respectivas. Se espera que éstas estén listas el 30 de noviembre.

2.3.- Errores en que incurre el IFA y que motivaron la segunda imputación formulada contra CARÉN

De acuerdo a lo indicado en el IFA, el único supuesto incumplimiento de nuestra representada en relación al compromiso ambiental aquí comentado, sería el haber construido las compuertas con orificios de distinto tamaño al indicado por CARÉN durante la etapa de evaluación ambiental del Proyecto.

Al respecto, huelga repetir lo que se ha indicado anteriormente: que la obligación de nuestra representada de construir las compuertas con orificios de dimensiones de 300mm de diámetro sólo nace para ella una vez se dé inicio a la fase de operación del Proyecto o expuesto de otra forma, una vez que concluya la fase de construcción, **lo cual, a la fecha, no ha ocurrido aún.**

De esta manera, lo verificado en el IFA no corresponde a incumplimiento alguno de parte de nuestra representada, sino más bien al legítimo derecho de corregir durante las distintas fases del Proyecto, los errores en que se pueda haber incurrido.

3.- DESCARGOS FRENTE A LA TERCERA IMPUTACIÓN FORMULADA POR LA SMA:
AUSENCIA DE ROTULACIÓN EN CONTENEDORES DE RESIDUOS PELIGROSOS

3.1.- Compromisos ambientales asumidos por CARÉN

De acuerdo a lo indicado en la sección 1.5.4 de la DIA del proyecto "Modificación Central de Pasada Carilafquén-Malalcahuello", durante la fase de construcción del Proyecto (y en particular de las obras aprobadas por la RCA 77/2014) nuestra representada asumió la obligación de almacenar los residuos peligrosos generados con ocasión de dicha construcción, por un período máximo de 6 meses, según lo dispone el artículo 31 del Decreto Supremo N° 148, de 2003, del Ministerio de Salud, que Aprueba Reglamento Sanitario sobre Manejo de Residuos Peligrosos (en adelante, "D.S. 148/2003").

A su turno, la letra d) del artículo 8° del D.S. 148/2003 dispone que los contenedores de residuos peligrosos deberán estar rotulados indicando, en forma claramente visible, las características de peligrosidad del residuo contenido de acuerdo a la Norma Chilena NCh 2.190 Of 93; el proceso en que se originó el residuo; el código de identificación; y la fecha de su ubicación en el sitio de almacenamiento. La presente norma es de aplicación general a todos los habitantes de la República, razón por la cual CARÉN está obligada a cumplirla.

En virtud de lo indicado previamente, nuestra representada, en relación a la imputación de cargos en análisis, se obligó a:

a. Almacenar los residuos peligrosos generados con ocasión de dicha construcción por un período máximo de 6 meses; y

b. Rotular los contenedores de residuos peligrosos, en forma claramente visible, indicándose la siguiente información:

- (i) Las características de peligrosidad del residuo contenido (de acuerdo a la Norma Chilena NCh 2.190 Of 93;
- (ii) El proceso en que se originó el residuo;
- (iii) El código de identificación; y
- (iv) La fecha de su ubicación en el sitio de almacenamiento.

3.2.- Actuación de CARÉN

De acuerdo a lo indicado en el IFA, nuestra representada sí disponía de un lugar de acopio para de residuos peligrosos. Sin embargo, los contenedores que se ubicaban dentro de dicha bodega no contenían información respecto de su contenido.

Lo anterior, llevo a la SMA a formular un Cargo por cuanto estimó que no fue posible determinar: (i) el tipo de residuos peligroso que existía en cada contenedor; (ii) la fecha de generación de dichos residuos.

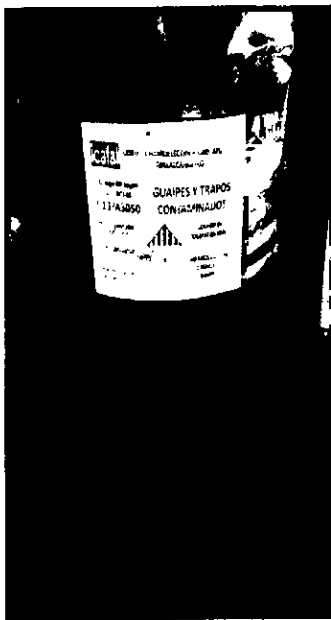
Sobre el particular, resulta necesario, **destacar que la infracción imputada posee un carácter meramente formal. Así queda de manifiesto en el Pliego de Cargos que no contiene ningún antecedente que permita afirmar lo contrario.**

3.3.- Circunstancias actuales del hecho imputado

A la fecha, nuestra representada ha dado total e íntegro cumplimiento a las disposiciones del D.S. 148/2003 y, en consecuencia, a la sección 1.5.4 de la DIA del proyecto "Modificación Central de Pasada Carilafquén-Malalcahuello".

En efecto, como se advierte en la imagen que a continuación se exhibe, y que se acompaña a esta presentación, los contenedores traen un rotulado que cumple con todos los requisitos indicados en la letra d) del artículo 8° del D.S. 143/2003:

Imagen N°13: Contenedor debidamente rotulado.



En efecto, respecto de las características de peligrosidad del residuo contenido, en la imagen aparece la etiqueta que, de acuerdo a la Norma Chilena NCh 2.190 Of 93), se le asigna a la "Clase 9" correspondiente a "Sustancias Peligrosas Varias".

Sobre el proceso en que se originó el residuo, el rotulado claramente indica "OO.CC.", que significa Obras Civiles.

En cuanto al código de identificación, aparece de manifiesto que se trata del código I.13/A3050.

Y en lo que respecta a la fecha de su ubicación en el sitio de almacenamiento, en imagen aparece que el contenedor en comento fue almacenado el 5 de septiembre de 2015.

Con toda esta información, es fácil acreditar el tiempo que cada contenedor ha estado en el lugar destinado al acopio de residuos peligrosos, de forma tal que dicho período no exceda los 6 meses indicados en el artículo 31 del D.S. 148/2003.

Así entonces, ha quedado demostrado que nuestra representada se encuentra, al día de hoy, en total cumplimiento de lo dispuesto tanto en las disposiciones del D.S. 148/2003 como en la sección 1.5.4 de la DIA del proyecto "Modificación Central de Pasada Carilafquén-Malalcahuello".

3.4.- Calificación jurídica de la infracción

La presente imputación efectuada a CARÉN, ha sido calificada, por el Instructor del procedimiento administrativo sancionador, como una infracción leve.

En efecto, el Pliego de Cargos señala a los efectos:

"II. Clasificar... Por su parte, la infracción N° 3 se clasificará como leve en virtud del numeral 3° del artículo 36 de la LOSMA, que establece que son infracciones leves los hechos, actos u omisiones que contengan cualquier precepto o medida obligatorios y que no constituyan infracción gravísima o grave, de acuerdo con lo previsto en los números anteriores".

En atención a la calificación que la Superintendencia ha hecho de la presente infracción, y de los antecedentes de hecho que se han expuesto en precedencia, en el acápite siguiente y sobre la base de lo dispuesto en los artículos 39 letra c y 40 de la LOSMA, solicitaremos al señor Superintendente tener a bien aplicar la sanción específica contemplada en el rango menor para las infracciones *leves*, esto es, la *amonestación por escrito*.

3.5- Solicitud de consideración de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA: Aplicación de la sanción específica en su grado más bajo según el rango contemplado en el artículo 39 letra c) de la LOSMA

Todo lo dicho en precedencia permite, a nuestro juicio, solicitar al señor Superintendente tenga a bien disponer la aplicación de la sanción respectiva en el grado más bajo que contempla el artículo 39 letra c) de la LOSMA.

En este sentido, la consideración de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, permitiría, en nuestro entender, justificar respecto de CARÉN la imposición de una sanción que consista solamente en una "*amonestación por escrito*", habida consideración de:

- a. Tratarse de una infracción *leve*;
- b. No haberse ocasionado daño ni haberse generado un peligro, puesto que la imputación que se formula dice relación con no haber podido determinar la fecha de almacenamiento de los respectivos contendedores, no señalándose nada con respecto a posibles riesgos;
- c. No haberse afectado la salud de ninguna persona;
- d. No haberse obtenido ningún beneficio económico con la infracción;
- e. No concurrir en la infracción una *conducta dolosa* (ausencia de cualquier grado de *intencionalidad* -según los términos que usa la LOSMA-);
- f. Poseer nuestra representada una irreprochable conducta anterior con respecto a su RCA;
- g. No representar la capacidad económica de CARÉN ningún elemento relacionado a la infracción cometida;
- h. No existir, con ocasión de la infracción en que se incurrió, ningún detrimento o vulneración de un área silvestre protegida por el Estado; y

i. Finalmente, conforme lo recomienda el literal i) del artículo 40 de la LOSMA, existir otros antecedentes que así lo justifican. A saber:

- Haberse tomado a la brevedad todas las medidas necesarias para corregir la situación de hecho que motivo la infracción;
- Encontrarse al día de hoy, y desde hace más de 25 días, plenamente superada la situación fáctica que motivo la infracción;
- No haber señalado la SMA ningún antecedente adicional que permita agravar la responsabilidad de CARÉN.

§ 4.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sin perjuicio de todos los antecedentes fácticos expuestos y que demuestran, a nuestro juicio, la improcedencia de los cargos formulados a CARÉN; existen una serie de consideraciones jurídicas que se deben efectuar en orden a demostrar que, en el presente procedimiento administrativo sancionador, no concurren los presupuestos necesarios para imputar responsabilidad infraccional a nuestra representada.

En efecto, tal vez convenga recordar brevemente -so pena de incurrir en obviedades- que los requisitos para que exista responsabilidad infraccional y sea posible, en consecuencia, aplicar sanciones administrativas, son los siguientes:

a. Conducta: que puede revestir la forma de una *acción* u *omisión*, y que consiste en el acto material del individuo en virtud del cual observa el comportamiento prohibido (ajusta su conducta a la descripción fáctica de un determinado tipo normativo infraccional).

b. Tipicidad: la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo infraccional, es decir, de la descripción que hace la ley del comportamiento prohibido.

c. Relación de causalidad: la exigencia de que se verifique una relación entre la conducta y el resultado, esto es, que se encuentre presente en la hipótesis infraccional una debida relación de causalidad. Es menester, entonces, que la conducta esté directamente relacionada, por un nexo causal, con el resultado.

d. Antijuridicidad: se refiere a que el comportamiento, además de ser típico, debe ser antijurídico, en el sentido que contravenga el ordenamiento jurídico; y, además, en el sentido material, de que lesione o ponga en peligro de manera efectiva un bien jurídico.

e. Culpabilidad: es el juicio de reproche que se formula a quien ha ejecutado una conducta típica y antijurídica. Lo anterior significa que, el sujeto, pudiendo haberse comportado de acuerdo a los mandatos y prohibiciones del Derecho, no lo hizo, permitiendo predicarse en su contra, entonces, el reproche por dicha conducta.

En este escenario, hemos preferido exponer este evidente marco dogmático-normativo, puesto que de la lectura del Pliego de Cargos se manifiesta que no se ha efectuado un análisis de dichos presupuestos o, cuando menos, no se ha efectuado en forma sistemática ni se han considerado dichos presupuestos en el sentido que, a nuestro juicio, correspondería conforme a los principios y normas que informan el Derecho administrativo sancionador.

Veamos entonces cuál sería la ausencia de análisis que se denuncia.

1.- AUSENCIA DE ACCIÓN U OMISIÓN EN LAS IMPUTACIONES FORMULADAS A CARÉN EN LOS NUMERALES 1 Y 2 DE LOS CARGOS

1.1.- Con respecto imputación formulada en numeral 1 de los Cargos: *No es efectivo que no se hayan implementado medidas para evitar la erosión*

En efecto, se ha demostrado y analizado latamente, en el capítulo referido a los hechos, que no es efectivo que CARÉN no haya implementado medidas adecuadas para la prevención de procesos erosivos, derrumbes, deslizamientos y otros fenómenos análogos. Y que, en tal sentido, se implementaron todas las medidas necesarias para evitar estos sucesos, siendo incluso alguna de ellas manifiestamente más onerosas que las comprometidas en la evaluación ambiental.

Consecuentemente con ello, ya desde el análisis jurídico de la imputación, se verifica en el presente procedimiento administrativo sancionador la misma situación analizada en precedencia, esto es, al no concurrir el primer presupuesto

de la responsabilidad, la acción u omisión constitutiva de infracción, tampoco se verifican los demás requisitos.

Sin perjuicio de todo lo anterior y para el evento que esa Superintendencia estimara lo contrario, a continuación, analizaremos otros yerros que, desde la perspectiva del Derecho, también permiten excluir la responsabilidad imputada a CARÉN.

1.2.- Con respecto imputación formulada en numeral 2 de los Cargos: *no se ha incumplido la obligación, pues ésta sólo nace al concluir la fase de construcción del Proyecto*

Sobre el punto en comento, es necesario recordar los compromisos ambientales que la propia SMA aduce, en su Pliego de Cargos, como fundamentos de la supuesta infracción en la que incurrió nuestra representada, a saber:

Condiciones, normas y medidas incumplidas de la RCA respectiva
<p><u>RCA N°145/2008</u></p> <p>Considerando 3.5 <i>"3.5. Efectos Directos Producidos Por La Ejecución Del Proyecto. (...)</i> <i>c) Modificación del Caudal del Río</i> <i>La medida tomada para mitigar parcialmente este efecto, es el diseño de obras hidráulicas que aseguren el flujo del caudal ecológico."</i></p> <p>Considerando 6.2.1 <i>"El titular ha establecido que en ningún caso dejará fluir, aguas abajo de la captación, un caudal ecológico inferior al definido por la Dirección General de Aguas, correspondiente a 351 litros por segundo para el caso del río Malalcahuello y 1042 litros por segundo para el caso del río Carilafquén."</i></p>
<p><u>RCA N°77/2014</u></p> <p>Considerando 3.8.2 <i>"Usos de agua. (...)</i> <i>Consistente con lo anterior, el Proyecto considera mantener el caudal ecológico aprobado mediante lo RCA N° 145/2008 y que se relaciona con el derecho de agua otorgado por la DGA mediante Resolución NQ 209/2007. En efecto, la Dirección General de Aguas (DGA) ha determinado un caudal ecológico de acuerdo a los respectivos derechos de agua con que se cuenta para los ríos Malalcahuello y Carilafquén, con los cuales se asegura los actuales</i></p>

usos por partes de las familias cercanas así como los valores ecológicos, los hábitats naturales que cobijan flora y fauna, las funciones ambientales como purificación de aguas, amortiguación de los extremos climatológicos e hidrológicos, los parques naturales y la diversidad de paisajes. Con este margen de caudal, se puede mantener el funcionamiento de los ecosistemas acuáticos y con ello los bienes y servicios que brindan a la sociedad.”

Considerando 3.8.4.

“Requerimientos hídricos del estero para mantener la biota acuática del río Malalcahuello.

Para determinar la variación de caudal del tramo de río Malalcahuello sujeto a caudal ecológico (ya sea por pérdidas debida a infiltración o aportes debido a flujos laterales y/o de agua subterránea), se contó con 19 pares de aforos puntuales en la bocanoma y restitución del río Carilaquén medidos el año 2012, cada pareja un mismo día. En base a esta información, se determinó una variación en el porcentaje de caudal a lo largo del tramo del río Carilaquén y, por consiguiente, por unidad de longitud del río. Estos resultados fueron extrapolados para el río Malalcahuello, dada la similitud y cercanía entre ambos ríos (Adenda 1).

*La evaluación del estado de la biota acuática bajo la situación de caudal ecológico, en cuanto al tirante hidráulico (profundidad) y la velocidad del río resultante, fueron analizados tomando como base un monitoreo efectuado a lo largo del tramo afecto a caudal. En este monitoreo se registró la presencia de las especies introducidas *Oncorhynchus mykiss* (Trucha arcoíris) en todas las estaciones muestreadas, y *Salmo trutta* (trucha Café) en la restitución. Para estas especies, los requerimientos de hábitat disponibles en el tramo bajo régimen de caudal ecológico estarían satisfechas, ello basado en los resultados del monitoreo y las curvas de preferencia de hábitat publicadas (para ambas especies).”*

DIA “Modificación Central de Pasada Carilaquén-Malalcahuello”

Adenda N°1, Respuesta N°12:

“(…)”

Respecto al desplazamiento libre de los peces, se debe considerar que se mantendrá el caudal ecológico mediante compuertas con orificios (diámetro de 300 mm), lo que implica que el sistema no pierde su conectividad, permitiendo el desplazamiento de la fauna íctica aguas abajo”.

Frente a tales imputaciones, cabe mencionar que, de conformidad a los usos y costumbres en materia de evaluación de impacto ambiental, implementados sobre la base de lo dispuesto en el RSEIA, las obligaciones y compromisos ambientales se contraen para las distintas fases que se verifican en el desarrollo de un proyecto, pudiendo distinguirse claramente, al menos dos de ellas: (i) la *fase de construcción* y (ii) la *fase de operación*.

En efecto, en cualquier RCA es posible observar que existen compromisos u obligaciones de naturaleza ambiental que deben ser observados o cumplidos según avancen las diversas fases del proyecto.

Esta distinción resulta evidente, y necesaria, a partir de la propia naturaleza de los diversos compromisos ambientales que se asumen en una RCA, desde que estando destinados unos a compensar, otros a mitigar, otros a reparar, etc.; su requerimiento no se producirá sino hasta que la realidad de los hechos y el avance del proyecto lo vaya requiriendo (y así, por ejemplo, no es posible reparar algo antes de dañarlo o compensarlo sin que se haya afectado primero).

En este orden de ideas, como se señaló en los párrafos anteriores, las obligaciones asumidas por nuestra representada, **relativas a los efectos que se producirían con respecto al caudal ecológico del río Malalcahuello FUERON ASUMIDAS, COMO NO PODRÍA SER DE OTRA FORMA, PARA LA FASE DE OPERACIÓN DEL PROYECTO.**

Ahora bien, amén de las consecuencias fácticas expuestas al analizar los antecedentes de hecho, ¿qué consecuencias jurídicas plantea esta cuestión? Nos parece que la respuesta resulta sencilla: **la no existencia de una acción u omisión que sea constitutiva de infracción administrativa ambiental y, a partir de ello, la ausencia absoluta de todos los requisitos necesarios para que surja responsabilidad infraccional imputable a CARÉN.**

En efecto, como fue expuesto al comienzo de este capítulo, el primer y más elemental presupuesto de todo régimen de responsabilidad se refiere a la existencia de una acción u omisión constitutiva, en este caso, de una infracción administrativa. Luego, si dicho presupuesto falta, huelgan mayores consideraciones referidas a los demás elementos, desde que no existiendo éste presupuesto mal podría haber un *resultado* (infracción) que pueda ser imputable objetiva (*relación de causalidad*) y subjetivamente (*culpabilidad*) a un sujeto determinado. **Sin acción u omisión, evidentemente, no concurren los demás presupuestos de la responsabilidad.**

En este sentido, si, como resulta acreditado de la sola lectura de la RCA y demás antecedentes de la evaluación ambiental del Proyecto, CARÉN asumió el

compromiso referido a las características que debían poseer las compuertas de la bocatoma emplazada en el río Malalcahuello PARA LA FASE DE OPERACIÓN DEL PROYECTO. Esto es así, por cuanto sólo durante la operación del Proyecto se podría EFECTIVAMENTE afectar el caudal ecológico.

Así, RESULTA DEL TODO IMPROCEDENTE PRETENDER IMPUTARLE UNA INFRACCIÓN A DICHO COMPROMISO, SI EN LA ACTUALIDAD EL PROYECTO SE ENCUENTRA EN LA FASE DE CONSTRUCCIÓN, y en consecuencia, no es posible afectar, de modo alguno el caudal ecológico del río.

Con este predicamento, la SMA pasa por alto que, mientras dure la fase de *construcción*, nuestra representada podrá ejecutar las modificaciones que estime pertinente o sean necesarias para ajustarse debidamente a los compromisos ambientales que asumió. En el caso concreto -en teoría desde luego-, las modificaciones de las características de las compuertas de la bocatoma podrían realizarse hasta el minuto antes en que comience a operar la central, esto es, hasta el segundo anterior a que concluya la fase de *construcción* y comience la de *operación*.

En todo caso, se debe reiterar que, como se indicó en el análisis de hechos de estos descargos, al día de hoy las compuertas serán modificadas en los términos establecidos en la RCA, de manera tal que se ajustan perfectamente a los requerimientos técnicos que habrían estado ausentes al momento de la fiscalización.

En síntesis, la SMA no puede formular cargos, ni mucho menos sancionar, a CARÉN, por el incumplimiento de una obligación establecida para UNA FASE QUE AÚN NO HA TERMINADO (la *construcción del Proyecto*) y cuyos efectos (evitación de afectar el caudal ecológico) se proyectan para el inicio de una fase que aún no ha comenzado (la *operación del Proyecto*); por cuanto sólo podría consumarse la mentada infracción al momento de concluir la fase para la cual fue comprometida la obligación sin que ésta se haya efectuado.

2.- AUSENCIA DE ANÁLISIS DEL ELEMENTO *CULPABILIDAD* EN EL PLIEGO DE CARGOS Y SU CONSECUENCIA: NECESARIA ABSOLUCIÓN

Es necesario ahora referirse a la ausencia de un análisis respecto del presupuesto de la *culpabilidad* en los Cargos, lo que conlleva la necesaria absolución de éstos a CARÉN.

En efecto, la SMA está obligada, por imposición de los mandatos de nuestra Constitución Política de la República y de la LBPA, a acreditar la *culpabilidad* de las personas a quienes aplica sanciones; amén de ser una exigencia que emana de uno de los principios más básicos del Derecho administrativo sancionador -consagrado positivamente en dichos cuerpos legales-, a saber, el *principio de culpabilidad*.¹⁹

Así, se ha dicho que "no cabe en ningún caso imponer una sanción administrativa, a quien no pueda dirigírsele un reproche personal por la ejecución de la conducta prohibida"²⁰, por lo que sólo puede predicarse responsabilidad por un injusto administrativo a quien teniendo capacidad para comprender la antijuridicidad de su actuar y de adecuar su comportamiento a las disposiciones legales, actúa, no obstante, en contra de las prescripciones del ordenamiento jurídico²¹; lo que a su vez supone que deban concurrir todos los componentes

¹⁹ Así se ha dicho que "la responsabilidad se vincula a la conducta punible de forma tal que la sanción es el resultado de la actividad infraccional del agente. En otras palabras, la comisión de un hecho tipificado como contravencional genera responsabilidad a su autor en la medida en que sea atribuible a título de culpa o dolo". Cfr. OSSA ARBELÁEZ, Jaime, ob. cit. p., 351.

²⁰ Cfr. VERGARA BLANCO, Alejandro, "Esquema de los principios del Derecho Administrativo Sancionador", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Año 11, N°2, (2004), pp. 137-147.

²¹ Cfr. ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, "Aplicación de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad en la infracción administrativa", en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 24, Julio, (2011), pp. 63-78. Sobre el particular, afirma este autor "tratándose, ahora, del principio de culpabilidad, y a propósito del moderno derecho europeo, Tiedemann expresa que la garantía se encuentra recogida expresamente en el derecho comunitario, por lo que en principio no está permitida ninguna clase de responsabilidad objetiva, agregando que el aspecto procesal del mismo principio ha conducido

subjetivos de la culpabilidad respecto de todos los resultados que originan el castigo, ya que sólo de este modo se cuenta con la seguridad de que las personas respondan por lo que efectivamente estuvo dentro de sus posibilidades de previsión al momento de actuar.²²

En este sentido, la omisión de un análisis de este presupuesto da cuenta de un severo yerro jurídico que, a nuestro juicio, debe ser considerado por la SMA en orden a la necesidad de pronunciar, en este procedimiento administrativo sancionador, una resolución absolutoria de los Cargos formulados a CARÉN en los numerales 1 y 2.

Como se ha dicho, "al día de hoy, una de las ideas menos cuestionadas del Derecho sancionador lo constituye la proscripción de la sanción a comportamientos en los que no concurra dolo o culpa, es decir imprudencia. Esto es lo que conocemos como el principio de imputación subjetiva".²³

Así lo confirma la doctrina especializada, explicando que "para imponer sanciones administrativas se exige que la conducta ilícita haya sido cometida voluntariamente y con culpabilidad, es decir, o con dolo o con negligencia. Exactamente igual que en derecho penal. A pesar de que no aparece recogido en ningún artículo de la CE, el TC ha considerado que el requisito de la culpabilidad está implícito en ella y es un derecho fundamental, de modo que cualquier ley que lo vulnere será inconstitucional. Por tanto, no cabe imponer sanciones

de modo consecuente en el derecho penal y sancionador administrativo alemán a la supresión de las presunciones de culpabilidad, que en otros países aún se conservan, precisamente en el derecho sancionador administrativo. El mismo autor advierte que en el derecho comunitario, el TJCE (p. ej. en el caso *Thyssen*) ha declarado la necesidad de constatar la culpabilidad, todo lo cual determina que "las nuevas codificaciones del derecho sancionador administrativo, sucesoras de antiguas teorías del derecho penal administrativo, se apoyan en la categoría y reglas penales". *Ibidem*, p. 75.

²² Cfr. ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La responsabilidad de los Directores de Sociedades Anónimas. Responsabilidad civil y penal administrativa*, Ediciones UC, Santiago, 2013, p. 344.

²³ GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General.*, 3ª Edición, Navarra, 2013, p. 374.

administrativas cuando concurre alguna causa que excluya la culpabilidad: por ejemplo, el error invencible o el principio de confianza legítima”.²⁴

En síntesis, al no haberse analizado de qué forma concurre dicho presupuesto respecto de CARÉN en la supuesta comisión de las infracciones imputadas, no resulta posible imponerle una sanción administrativa ambiental, puesto que la Autoridad administrativa no ha justificado, más allá de toda duda razonable, que el actuar de nuestra representada es susceptible de un reproche jurídico subjetivo.

²⁴ REBOLLO PUIG, Manuel, *et al.*, “Panorama del Derecho administrativo sancionador en España”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 7, Nº. 1, (2005), p. 37.

§ 5.- PETICIÓN SUBSIDIARIA: RECALIFICACIÓN DE LAS INFRACCIONES
SEÑALADAS EN LOS NÚMEROS 1 Y 2 DEL PLIEGO DE CARGOS POR NO HABERSE
ACREDITADO QUE LAS SUPUESTAS INFRACCIONES FUERON EJECUTADAS GRAVEMENTE

En subsidio de todo lo señalado en precedencia, para el evento que el señor Superintendente desestime todas nuestras alegaciones de hecho y fundamentaciones de Derecho tendiente a demostrar la improcedencia de los Cargos formulados a CARÉN, rogamos tener a bien que disponga la recalificación de la naturaleza jurídica de las infracciones signadas con los literales 1 y 2 de los Cargos, estableciendo que las mismas corresponden a infracciones *leves* y, en consecuencia, disponiendo la aplicación de la sanción específica en su grado mínimo, esto es, *amonestación por escrito*.

Fundamos la presente solicitud subsidiaria, sobre la base de la ausencia del presupuesto de la *culpabilidad* -ya analizado- y la no concurrencia del requisito de *gravedad* que exige el literal e) del numeral 2 del artículo 36 de la LOSMA.

En este sentido, se debe recordar que el Pliego de Cargos establece en su página 10:

"II. Clasificar, sobre la base de los antecedentes que constan al momento de la emisión del presente acto, las infracciones n° 1 y 2 como graves, en virtud de lo dispuesto en las letras e) del numeral 2 del artículo 36 de la LO-SMA, que prescribe 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".

Ahora bien, con respecto a la calificación de *grave* de una infracción, es posible advertir que el tipo normativo que contempla el artículo 36 N° 2 letra e) señala, como requisitos copulativos para que se verifique su hipótesis, que:

a) Se incumplan 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; y

b) Dichos incumplimientos sean *graves*.

De esta manera, para verificar si la calificación que efectuó la SMA en su pliego de Cargos es correcta y ajustada a derecho, debemos analizar si la conducta imputada a CARÉN reúne estos dos requisitos.

Con respecto al *incumplimiento de las medidas*, permítasenos remitirnos a todo lo dicho en precedencia, reiterando en tal sentido que, a la luz de los antecedentes tenidos a la vista, **la compañía no ha incumplido las medidas impuestas durante la evaluación ambiental**. Desde luego, ésta sola circunstancia sería suficiente para desestimar los Cargos.

Sin embargo, estimamos igualmente necesario, para el evento que esta opinión no fuera compartida, pronunciarnos sobre el segundo requisito referido a que dicho incumplimiento sea *gravemente* ejecutado.

Lo anterior supone, en consecuencia, delimitar y precisar el concepto de *gravedad* contemplado en la LOSMA. Para tales efectos, resulta de utilidad recurrir a la historia fidedigna del establecimiento de la LOSMA. Así, en lo que dice relación a la inclusión de la voz *gravemente*, el siguiente párrafo resulta muy clarificador:

"El asesor jurídico, señor Luis Cordero señaló que [...] la modificación que se efectúa al artículo 36 tiene por objeto efectuar ciertas precisiones para evitar equívocos en la aplicación de la potestad sancionatoria. Señaló que la disposición sanciona incumplimientos normativos, vale decir debe existir infracción de una norma para

que se establezca la sanción, agregando que la manera como se gradúa guarda relación con el nivel o los resultados que haya provocado el incumplimiento."²⁵

Como se observa, el artículo referido adquiere su redacción definitiva, precisamente, porque se pretende *evitar equívocos de la potestad sancionatoria*, agregando al elemento *incumplimiento* el requisito copulativo de la *gravedad*, la cuál se vincula estrechamente al nivel o los resultados que haya provocado el incumplimiento.

En este sentido, se debe considerar que:

a) **Tratándose de la primera infracción imputada:** CARÉN adoptó todas las medidas necesarias para evitar la erosión, derrumbes o desprendimientos de material. En efecto, el desprendimiento de material que se verificó en la fiscalización consistió en un hecho aislado y fortuito, propio de la naturaleza de las obras que se desarrollaban, el cual, por lo demás, no ha vuelto ha vuelto a repetirse.

b) **Mientras que respecto de la segunda infracción imputada:** Amén de no haberse incumplido ningún compromiso u obligación ambiental, dado que la fase de construcción aún no concluye; no se ha afectado en lo absoluto el caudal ecológico cual es el bien jurídico a proteger por la medida.

Esta ausencia de *gravedad* de los incumplimientos imputados, queda de manifiestos de una simple lectura del Pliego de Cargos. En efecto, en ellos se puede advertir que esa Superintendencia no dedica absolutamente ninguna línea a fundamentar cuales habrían sido los antecedentes que le permitieron arribar a la conclusión de que los supuestos incumplimientos en que incurrió CARÉN habrían sido ejecutados gravemente, conforme lo exige la norma en comento.

²⁵ Historia de la Ley N° 20.417. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1010459&buscar=20417>.

Consecuentemente, y no siendo posible a la SMA corregir dicha omisión - habida cuenta de prohibírsele el *principio de congruencia*- a esta parte le resulta plausible impetrar la presente solicitud subsidiaria.

§ 6.- SOLICITUD DE CONSIDERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LOSMA: APLICACIÓN DE LA SANCIÓN ESPECÍFICA EN SU GRADO MÁS BAJO A LAS INFRACCIONES SEÑALADAS EN LOS NUMERALES 1 Y 2 DE LOS CARGOS

Sea que las infracciones imputadas en los numerales 1 y 2 de los Cargos se califiquen como *graves* o *leves*, en cualquier caso, a juicio de esta parte, concurren respecto de CARÉN en su favor las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, que hacen procedente solicitar que la sanción concreta que se aplique sea aquella que corresponda al grado más bajo de la misma.

En esta línea de razonamiento, se debe considerar que mientras el artículo 35 de la LOSMA establece un catálogo de infracciones respecto de las cuales le corresponde a la SMA el ejercicio de la potestad sancionatoria, el artículo 36 solamente clasifica el hecho infraccional en un determinado grado (gravísima, grave y leve) definiendo los tipos de sanción aplicables.

Luego, son las circunstancias del artículo 40 de LOSMA las que permiten ajustar en concreto la respuesta asociada al incumplimiento, permitiendo materializar el *principio de proporcionalidad*.

El artículo 40 de la LOSMA establece que para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerarán una serie de circunstancias que enumera.

Veamos, breve y sucintamente, la aplicación de dichas circunstancias al caso concreto de CARÉN:

1.- RESPECTO DE LA PRIMERA IMPUTACIÓN:

a) La importancia del daño causado: No se produjo un daño ambiental, al punto que el **Pliego de Cargos nada señala sobre el particular**. En efecto, no se

ha verificado ninguna pérdida, disminución, detrimento o menoscabo **significativo** a ningún componente ambiental.

Como los propios CARGOS lo reconocen sólo hubo un desprendimiento menor, absolutamente controlado, y que ocurrió una sola vez.

A este respecto, es imposible que hechos como éstos no ocurran, habida consideración de la naturaleza de las obras en ejecución y el lugar donde esto ocurrió, y no supone que no se hayan adoptado medidas apropiadas para controlar la erosión. Por el contrario, el hecho que sólo se haya constatado dicho evento, pese a las intensas lluvias e inclemencias del tiempo, demuestra que las medidas adoptadas fueron las correctas.

En efecto, estamos en presencia de una superficie afectada que representa 0,7 Ha, el que corresponde a menos del 5% del área potencialmente intervenida, solo por la construcción del *penstock*. Lo anterior, adicionalmente considerando que el método constructivo utilizado permitió no intervenir una superficie de bosque equivalente a 2 Ha. Ello dado a que se aprobó en la evaluación una afectación de una faja de 30 metros, y finalmente esta se redujo a tan solo 15 metros.

b) El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción:
No existe tal afectación y de hecho el Pliego de Cargos nada dice al respecto.

En este sentido, la infracción imputada dice relación únicamente con el no haber implementado obras para controlar la erosión en la zona del *penstock*, de manera que resulta imposible que se pudiera haber afectado la salud de las personas con ocasión de dicha infracción.

A mayor abundamiento, y sólo a modo referencial, debe tenerse presente que ningún trabajador ha sufrido accidentes en dicha zona.

c) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción: No se produjo y el **pliego de Cargos nada señala sobre el particular**. En todo caso, juzgamos oportuno señalar que, con el objeto de cumplir a cabalidad la orden de autoridad impuesta por la CONAF, así como de evitar cualquier impacto adverso, la compañía incurrió en gastos mucho mayores que los proyectados (aproximadamente \$800.000.000 -ochocientos millones de pesos extras).

d) La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma: Según se señaló, no hubo intencionalidad (dolo) -cuestión que tampoco fue desarrollada ni analizada en los Cargos-.

Tal como se indicó, se cumplió con las medidas indicadas en la evaluación e instruidas por CONAF, por lo que los ajustes obedecieron a un requerimiento precisamente de la autoridad en orden a reducir el área de afectación de bosque generado con ocasión de la construcción de las obras.

e) La conducta anterior del infractor: La compañía posee una irreprochable conducta anterior con respecto al cumplimiento de su RCA, dado que no se le ha aplicado sanción alguna al respecto.

f) La capacidad económica del infractor: No existe entre la infracción específica que se imputa y la capacidad económica de nuestra representada, relación alguna que permita agravar la responsabilidad de ésta en atención a su capacidad económica. Al contrario, según se indicaba más arriba, CARÉN ha invertido una suma de dinero mucho mayor a la proyectada, precisamente, para implementar medidas más eficaces en la tutela del medio ambiente.

g) El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3º: No aplica, dado que no se ejerció dicho derecho.

h) El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida por el Estado: No se verificó, de hecho, según se ha dicho, con el objeto de evitar un daño de este tipo, debió desarrollar e implementar medidas aún más onerosas que las comprometidas en su RCA.

i) Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción: El pliego de Cargos no señala ninguno adicional. Sin perjuicio de ello, sí se debe considerar, como otros criterios, que:

- CARÉN tomó a la brevedad todas las medidas necesarias para corregir las situaciones de hecho que motivaron la imputación formulada en los Cargos;
- Ha existido una plena colaboración con la Autoridad, por parte de CARÉN, desde el comienzo del proceso de fiscalización, proveyéndole toda la información necesaria, solicitando reuniones e implementando y adoptando todas las medidas provisionales requeridas.

2.- RESPECTO DE LA SEGUNDA IMPUTACIÓN:

a) La importancia del daño causado: No se produjo daño ambiental alguno, al punto que el **Pliego de Cargos nada señala sobre el particular.**

A este respecto, vale considerar que el bien jurídico protegido por los compromisos ambientales asumidos, en lo que respecta a esta imputación, es el caudal ecológico del río Malalcahuello, el cual no ha sido afectado en forma alguna, por la sencilla razón de que el Proyecto aún no ha llegado a su fase de operación.

b) El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción: No existe tal afectación, y de hecho el **Pliego de Cargos nada dice al respecto.** En

todo caso, y considerando la naturaleza de la imputación, no se ve cómo podría haberse afectado la salud de las personas con ocasión de la infracción imputada.

c) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción: No se produjo y el pliego de Cargos nada señala sobre el particular.

d) La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma: Según se señaló, no hubo intencionalidad (dolo) -cuestión que tampoco fue desarrollada ni analizada en los Cargos-. Con respecto a la participación sería en calidad de autor.

e) La conducta anterior del infractor: La compañía posee una irreprochable conducta anterior con respecto al cumplimiento de su RCA, dado que no se le ha aplicado sanción alguna al respecto.

f) La capacidad económica del infractor: No existe entre las infracciones específicas que se imputan y la capacidad económica de nuestra representada, relación alguna que permita agravar la responsabilidad de ésta.

g) El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3º: No aplica, dado que no se ejerció dicho derecho.

h) El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida por el Estado: No aplica.

i) Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción: El pliego de Cargos no señala ninguno adicional. Sin perjuicio de ello, sí se debe considerar, como otros criterios, que:

- CARÉN tomó a la brevedad todas las medidas necesarias para corregir las situaciones de hecho que motivaron la imputación formulada en los Cargos;
- Ha existido una plena colaboración con la Autoridad, por parte de CARÉN, desde el comienzo del proceso de fiscalización, proveyéndole toda la información necesaria, solicitando reuniones e implementando y adoptando todas las medidas provisionales requeridas.

En síntesis, si la aplicación concreta de la sanción debe efectuarse mediante la conjugación de los artículos 35, 36 y 40 de la LOSMA y, según se analizó, ninguna de dichas circunstancias concurren para agravar la responsabilidad de CARÉN por el supuesto incumplimiento en el que habría incurrido; en el evento que no se acoja la solicitud de absolución impetrada en lo principal de este escrito, procede que se aplique a nuestra representada la **sanción establecida en su grado más bajo, ya sea esta se califique como grave (1.001 UTA) o bien se recalifique a leve** (amonestación por escrito).

§ 7.- CONCLUSIONES

Para finalizar las alegaciones vertidas en la presente reposición, hacemos presente al señor Superintendente, a modo de síntesis, las siguientes conclusiones:

1. CARÉN cumplió con la totalidad de los compromisos ambientales asumidos en su proceso de evaluación ambiental

En tal sentido y en lo que respecta a la primera infracción imputada, se debe señalar que el supuesto fáctico en virtud del cual a nuestra representada se le imputó el cargo que analizamos, no se corresponde con la realidad de los hechos según éstos ocurrieron.

Afirmamos lo anterior, por cuanto nuestra representada sí disponía (desde antes del 19 y 20 de mayo de 2015), y dispone actualmente, de las siguientes medidas de control de la erosión que son adecuadas para prevenir el deslizamiento de material:

- a. Obras de drenaje;
- b. Construcción de Muros;
- c. Obras de contención;
- d. Tablaestacados, y
- e. Mallas de sujeción de laderas frontales.

Respecto a la segunda imputación formulada, CARÉN no ha incurrido en una infracción administrativa ambiental, por cuanto la supuesta obligación incumplida debe implementarse en la fase de operación, fase que a la fecha no se ha iniciado.

En relación a la tercera imputación formulada, nuestra representada ha dado cumplimiento cabal a las labores necesarias para poner término al incumplimiento imputado.

En tal sentido, y concurriendo a su respecto todas las circunstancias atenuantes del artículo 40 de la LOSMA, hemos solicitado al señor Superintendente disponer la aplicación de la sanción establecida para las infracciones leves en su grado mínimo, esto es, sólo *amonestación escrita*.

2. No es posible imputar responsabilidad infraccional a CARÉN en virtud de los cargos signados con los numerales 1 y 2 del Pliego de Cargos.

Esto, dado que:

- a. No existe una acción u omisión constitutiva de infracción ambiental;
- b. Aun cuando se pensará lo contrario, no existe en los Cargos un análisis del elemento culpabilidad.

3. En subsidio de lo expuesto, y para el evento que se desestimaran nuestras alegaciones, procede la **recalificación de las infracciones indicadas en los números 1 y 2 de los CARGOS como leves**, sobre la base de no haberse desarrollado ni acreditado que los incumplimientos sean *graves*.

4. El análisis de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA permiten solicitar al señor Superintendente, sea cual sea la calificación jurídica que se efectúe de la infracción, la aplicación de la sanción concreta en su grado más bajo.

POR TANTO;

ROGAMOS AL SR. SUPERINTENDENTE: Tener por formulados los descargos contenidos en esta presentación, contra los cargos imputados por la SMA a nuestra representada, mediante Res. EX. N° 1/ROL-055-2015, y en mérito de los mismos:

a) Se absuelva a nuestra representada de los cargos imputados en el literal 1 de la citada Resolución Exenta, por la inexistencia de responsabilidad administrativa.

b) En subsidio de lo anterior, para el caso que se declare la existencia de responsabilidad por el hecho imputado, se califique como una infracción *leve*, aplicándose a su respecto la sanción de grado mínimo establecida para dichas infracciones en el artículo 39 letra c) de la LOSMA, esto es, *amonestación escrita*.

c) Se absuelva a nuestra representada de los cargos imputados en el literal 2 de la citada Resolución Exenta, por la inexistencia de responsabilidad administrativa.

d) En subsidio de lo anterior, para el caso que se declare la existencia de responsabilidad por el hecho imputado, se califique como una infracción *leve*, aplicándose a su respecto la sanción de grado mínimo establecida para dichas infracciones en el artículo 39 letra c) de la LOSMA, esto es, *amonestación escrita*.

e) Con respecto a la infracción imputada al literal 3 del Pliego de Cargos, se aplique la sanción específica en su grado mínimo, esto es, *amonestación por escrito*, por concurrir a su respecto todas las circunstancias atenuantes establecidas en el artículo 40 de la LOSMA.

PRIMER OTROSÍ: Ruego al Sr. Superintendente tener por acompañado un *dossier* con 13 imágenes que permiten acreditar los asertos vertidos en el presente escrito de Descargos.

SEGUNDO OTROSÍ: Rogamos al Señor Superintendente tener presente que CARÉN hará uso de los medios de prueba que franquea la ley durante la instrucción de este procedimiento administrativo sancionador, específicamente durante el término probatorio que por este acto solicitamos sea fijado para este efecto, de modo de acreditar los hechos en los cuales se fundamentan los descargos.

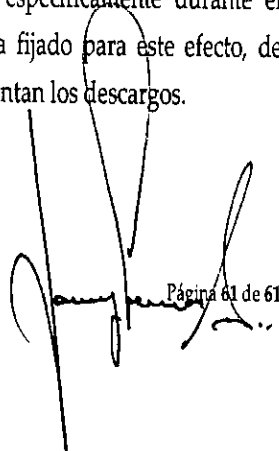


Imagen N° 1: Ubicación y Disposición de Vértices en Penstock

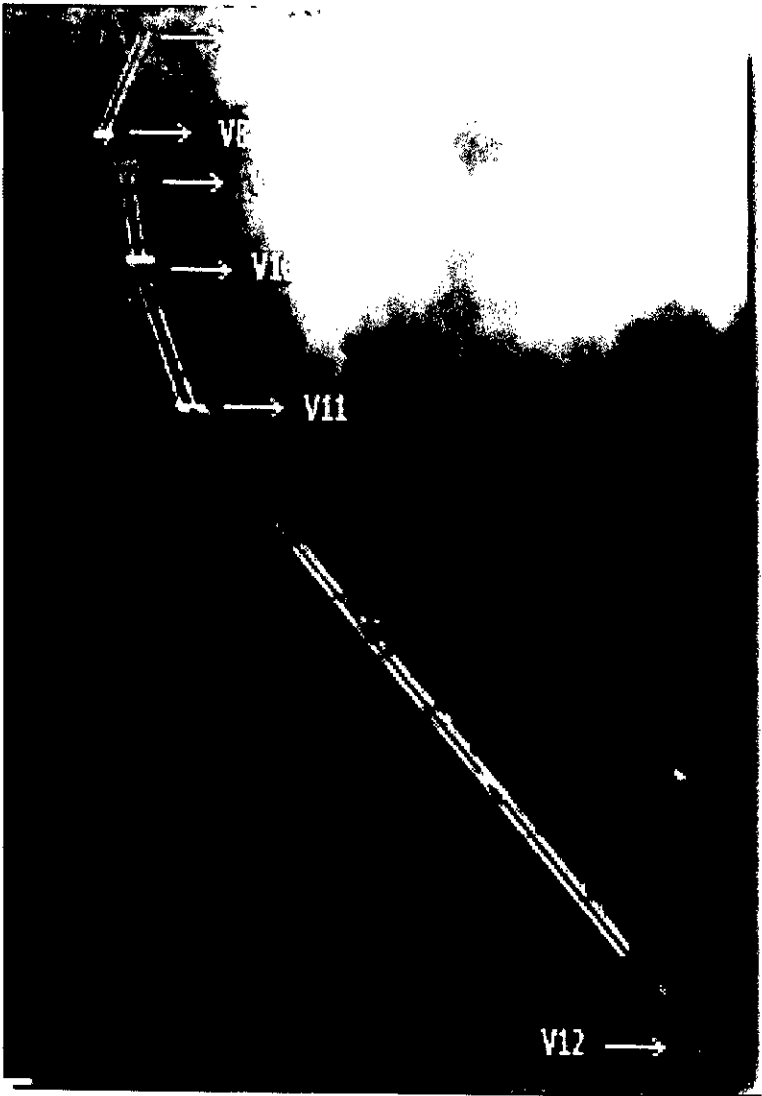


Imagen N° 2: Análisis solución para el tramo comprendido entre los vértices 11 y 12

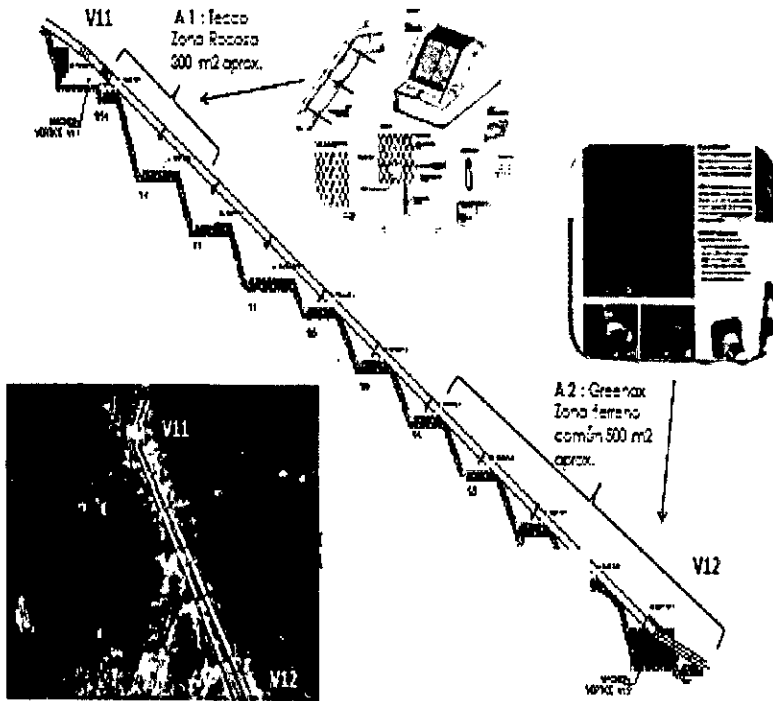
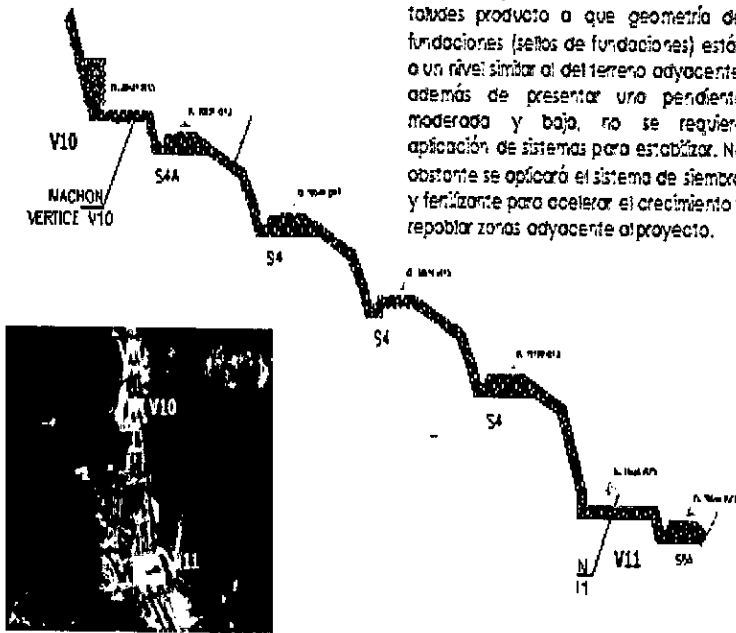


Imagen N° 3: Análisis solución para el tramo comprendido entre los vértices 10 y 11



- Debido a que en este tramo no existen taludes producto a que geometría de fundaciones (setos de fundaciones) están a un nivel similar al del terreno adyacente, además de presentar una pendiente moderada y baja, no se requiere aplicación de sistemas para estabilizar. No obstante se aplicará el sistema de siembra y fertilizante para acelerar el crecimiento y repoblar zonas adyacente al proyecto.

Imagen N° 4: Análisis solución para el tramo comprendido entre los vértices 8 y 10

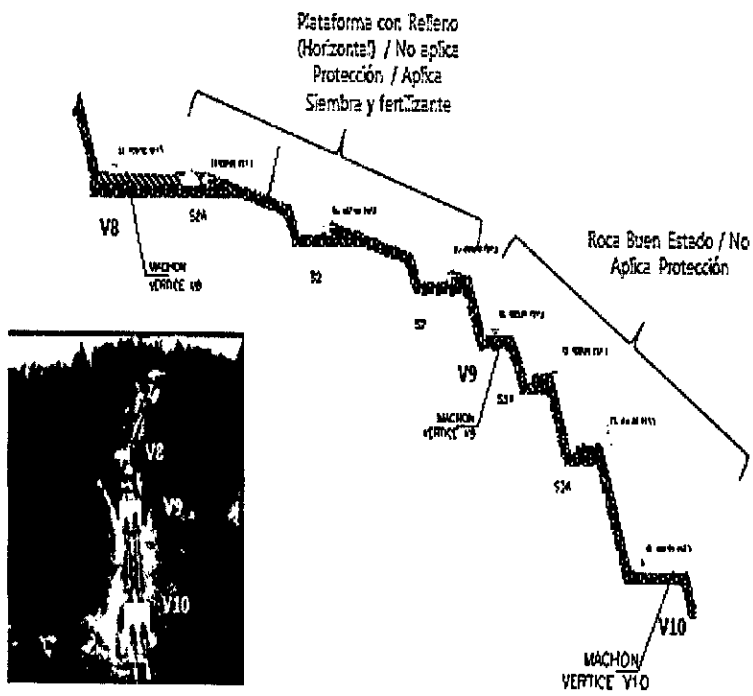
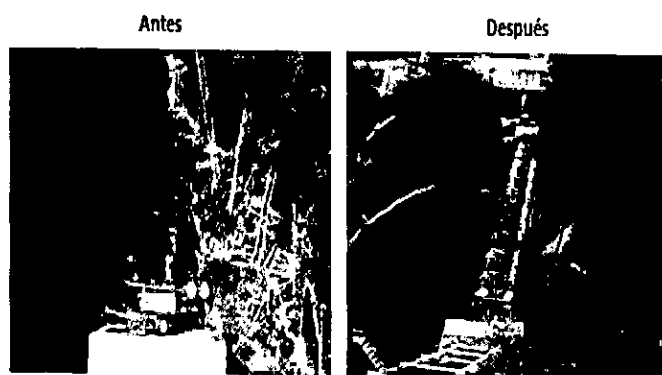


Imagen N° 5: Reporte fotográfico y porcentaje de Avance, tramo comprendido entre los vértices 12 y 13



Desarrollo de actividades en el tramo.

Avance: 80% aplicación mofa Greenax. Fin Previsto 15 Noviembre 2015.

Siembra y Fertilizante: 30% Aplicación, Fin Previsto 20 Noviembre 2015.

Imagen N°6:Reporte fotográfico y porcentaje de Avance, tramo comprendido entre los vértices 10 y 11

Antes



Después

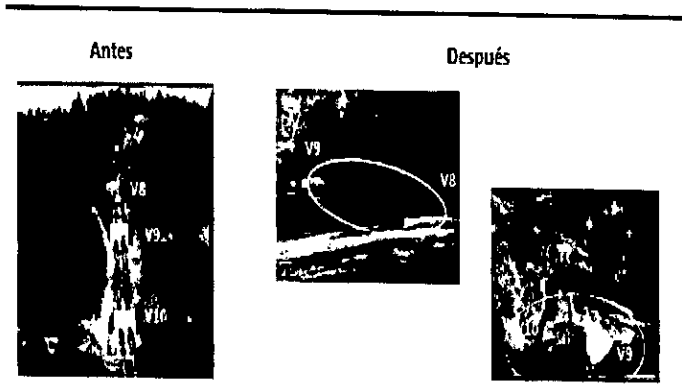


Desarrollo de actividades en el Tramo.

Avance:0%.

Siembra y Fertilizante : Se aplicará a contar de los primeros días del mes de Noviembre 2015.

Imagen N° 7: Reporte fotográfico y porcentaje de Avance, tramo comprendido entre los vértices 8 y 10



Desarrollo de actividades en el tramo.

V10 a V9: Roca sana / No habrá intervención.

V9 a V 8: Terreno común sin taludes laterales. Aplicación de Siembra durante Noviembre de 2015.

Imagen N° 8:Detalle *tablaestacado* de sujeción de ladera en zona alta de tubería de presión (vértice 7, noviembre de 2014)



Imagen N° 9: Tablaestacado de sujeción de ladera en zona baja de tubería de presión (vértice 11, agosto de 2014)



Imagen N° 10:Detalle conformación *tablaestacado* de sujeción de ladera en alta pendiente en zona baja de tubería de presión (vértice 11, agosto de 2014)



Imagen N° 11:Detalle *tablaestacado* de sujeción de ladera en zona baja de tubería de presión (vértice 12, agosto de 2014)



Imagen N° 12: Mallas de sujeción de ladera frontales y laterales en zona baja de tubería de presión (vértice 12, agosto de 2014)



Imagen N° 13: Contenedor debidamente rotulado

