

EN LO PRINCIPAL: Formula descargos. - **PRIMER OTROSÍ:** Acompaña documentos. -
SEGUNDO OTROSÍ: Reserva de prueba.- **TERCER OTROSÍ:** Téngase presente

Superintendencia del Medio Ambiente
Sr. Antonio Maldonado Barra
Fiscal Instructor



Miguel Ángel Lara Pereira, en representación de **Hidroeléctrica Roblería SpA**, en el marco del procedimiento sancionatorio **Rol D-109-2018**, a Ud. respetuosamente digo:

Que, encontrándome dentro de plazo, en virtud de lo dispuesto en la Resolución Exenta N° 2/ROL D-109-2018, vengo en formular descargos de conformidad a lo previsto en el párrafo 3° del Título III de Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, “LOSMA”), en los términos que a continuación se exponen, solicitando desde ya la liberación total de responsabilidad para mi representada por los hechos supuestamente infraccionales que le han sido atribuidos. Esto, en razón de los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho que pasamos a exponer:

I. ANTECEDENTES PRELIMINARES

- 1) Hidroeléctrica Roblería SpA (en adelante, “el Titular” o “HR”), es titular de una central hidroeléctrica de pasada, denominada “Generadora Eléctrica Roblería” (en adelante, “la Central”), la cual cuenta con una capacidad de generación de 4,0 MW de potencia, con una producción variable de MWh, en una superficie de 3 hectáreas. Dicha central fue ambientalmente evaluada y aprobada mediante Resolución Exenta N° 187, de 2010, de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región del Maule (en adelante, “RCA 187/2010”).

La Central utiliza parte de las aguas que le corresponden a los canalistas de la Asociación Canal Melado, con quienes se encuentra vigente un convenio de participación conjunta desde el 30 de abril de 2009.

Adicionalmente a lo anterior, el Titular es dueño de derechos de aprovechamiento de aguas de carácter no consuntivo sobre el estero Nacimiento.

- 2) Mediante carta de fecha 8 de junio de 2015, el entonces titular de la Central, Inversiones Talavera Ltda., solicitó a la Autoridad Ambiental un pronunciamiento respecto del ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, “SEIA”) del proyecto denominado “*Construcción de canal de 1,5 m³/s, para entregar agua por 5 meses para Generación Eléctrica a Mini Central de Paso, Sector Roblería, comuna de Linares*”, el cual tiene por objeto la construcción de un canal entubado, en tubería de HDPE, de 1,2 y 1,4 m de diámetro para conducir agua del Estero Nacimiento en los meses de mayo, junio, julio, agosto y septiembre. El canal de conducción sometido a pertinencia fue diseñado para contar con capacidad de 1,5 m³/s y 2,7 km de longitud.
- 3) Dicha pertinencia fue resuelta mediante Resolución Exenta N° 96/2015, del Director Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región del Maule, la cual dispuso que el señalado proyecto no requiere ingresar al SEIA de forma obligatoria, en tanto éste no constituye una modificación de proyecto que implique un cambio de consideración, según lo dispuesto en el artículo 2 literal g) del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, “RSEIA”).
- 4) Posteriormente, mediante carta de fecha 13 de diciembre de 2016, el entonces titular del proyecto, Inversiones Talavera Ltda., solicitó un nuevo pronunciamiento a la Autoridad Ambiental respecto del ingreso al SEIA del proyecto denominado “*Construcción de canal de 1,9 m³/s, para entregar agua por 5 meses para Generación Eléctrica a Mini Central de Paso, Sector Roblería, comuna de Linares*” (en adelante, “el Proyecto”), en tanto se consideró la necesidad de que el canal previamente sometido a consulta de pertinencia, contara con una capacidad de 1,9 m³/s, y no de 1,5 m³/s.

- 5) En dicha oportunidad, la Dirección Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región del Maule, mediante Resolución Exenta N° 12/2017, señaló que el mencionado proyecto no requiere ingresar al SEIA de forma obligatoria, en razón de los mismos argumentos indicados en la resolución individualizada en el numeral 4 supra, es decir, la no concurrencia de los presupuestos establecidos en el artículo 2 literales g.1 y g.3 del RSEIA.
- 6) En consideración a las resoluciones antedichas, HR encargó la construcción del Proyecto, y comenzaron los trabajos en el mes de mayo de 2018.
- 7) Con fecha 15 de junio de 2018, HR informó, mediante el sistema de reporte de contingencias de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, “SMA”), un incidente ambiental producido en el contexto de la construcción de las obras sometidas a las consultas de pertinencia señaladas, consistente en un deslizamiento del material acumulado en el costado de la zanja, debido a condiciones climáticas.
- 8) A raíz de lo anterior, mediante Memorándum N°59.437/2018, de 24 de octubre de 2018, el Jefe de la Oficina Regional de la Superintendencia del Medio Ambiente de la Región del Maule solicitó al Fiscal de la SMA la imposición de medidas provisionales, de acuerdo a lo señalado en el artículo 48, letras a), d) y f) de la LOSMA, basándose en el hecho de que *“el acueducto y sus obras asociadas, deben someterse al SELA, por constituir un proyecto listado en el artículo 3 del Reglamento del SELA”*.
- 9) En base a ello, mediante Resolución Exenta N°1369, de 2018, el Superintendente del Medio Ambiente ordenó medidas provisionales pre procedimentales, de acuerdo a lo establecido en el artículo 48 literales a) y f) de la LOSMA, fundadas en la supuesta elusión, por parte del titular, de ingreso al SEIA del proyecto *“Construcción de canal de 1,9 m³/s, para entregar agua por 5 meses para Generación Eléctrica a Mini Central de Paso, Sector Roblería, comuna de Linare”*.
- 10) Con fecha 8 de noviembre de 2018, el Jefe del Departamento de Administración de Recursos Hídricos de la Dirección General de Aguas, mediante Ord. DARH N° 208 (en adelante, “Ord. DARH 208”) indicó expresamente que el proyecto *“Construcción de canal de 1,9 m³/s, para entregar agua por 5 meses para Generación Eléctrica a Mini Central de Paso, Sector*

Roblería, comuna de Linares” no constituye una obra mayor que requiera el permiso establecido en el artículo 294 del Código de Aguas.

- 11) Con fecha 9 de noviembre de 2018, HR presentó un recurso de reposición en contra de la Resolución Exenta N°1369, de 2018, del Superintendente del Medio Ambiente, aduciendo, entre otros, la falta de fundamento de las medidas provisionales decretadas, las cuales se basan en una hipótesis de elusión de ingreso al SEIA errada, según lo dispuesto por la misma Dirección General de Aguas (en adelante, “DGA”) en el Ord. DARH 208, que excluye la existencia de los presupuestos del artículo 294 del Código de Aguas en el caso en estudio. En dicha oportunidad se solicitó, además, la suspensión inmediata de los efectos del acto recurrido, hasta que el recurso de reposición interpuesto sea resuelto y debidamente notificado.
- 12) Mediante Resolución Exenta N° 1489, de 23 de noviembre de 2018, la señalada autoridad ambiental rechazó el recurso de reposición deducido y denegó la solicitud de suspensión de efectos, indicando, en suma, que: (i) el Ord. DARH 208 fue dictado con posterioridad a las medidas provisionales y que, dado ese factor temporal, no puede afectar la legalidad de éstas; (ii) no es necesario acreditar fehacientemente la existencia de una infracción administrativa para dictar una medida provisional, sino que basta con generar una presunción razonable de daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas; y, (iii) el Ord. DARH 208 no logra desvirtuar la hipótesis de elusión, cuestión que deberá discutirse en el respectivo procedimiento administrativo sancionatorio.
- 13) Con fecha 22 de noviembre de 2018, un día antes de pronunciarse sobre el recurso de Reposición presentado, conforme se indica en los apartados 11 y 12 anteriores, la Superintendencia del Medio Ambiente, mediante Resolución Exenta N°1/ROL D-109-2018 (en adelante “Formulación de Cargos”), formuló cargos a HR, aduciendo los siguientes supuestos hechos constitutivos de infracción:
 - i. Cargo N°1: Incumplimiento de la RCA 187/2010, en tanto el titular no acredita la ejecución de la reforestación conforme a lo establecido en su plan de manejo forestal. Este supuesto hecho infraccional fue calificado preliminarmente como leve.

- ii. Cargo N°2: Modificación del proyecto “Generadora Eléctrica Roblería”, sin contar con RCA que lo autorice, lo cual implicaría que el titular se encuentra en incumplimiento de los artículos 8 y 10 letra a) de la ley 19.300, y del artículo 2 letras g.1 y g.3, y artículo 3 letra a), ambos del Reglamento del SEIA. Dichas modificaciones consistirían en:
- a) La construcción de una bocatoma de captación de aguas en el estero Nacimiento;
 - b) La construcción de un acueducto de 2,36 metros cúbicos por segundo de capacidad máxima, y de 2,7 kilómetros de longitud, que envía las aguas al canal Roblería, lugar desde donde se obtiene el agua para generación eléctrica del proyecto;
 - c) El aumento del período de generación de energía del proyecto;
 - d) El aumento de la superficie del proyecto, incluyendo el área de intervención de bosque nativo.

Este supuesto hecho infraccional fue calificado preliminarmente como **gravísimo**.

- iii. Cargo N°3: No responder en forma solicitada el requerimiento de información efectuado en acta de inspección de fecha 19 de junio de 2018. Este supuesto hecho infraccional fue calificado preliminarmente como **leve**.

II. DESCARGOS, ALEGACIONES Y DEFENSAS ASOCIADAS AL CARGO N°1

1. EL CARGO FORMULADO NO CORRESPONDE A UNA INFRACCIÓN A LA RCA 187/2010

El primer hecho infraccional imputado por la SMA a HR consiste en no acreditar la ejecución de la reforestación conforme a lo establecido en su Plan de Manejo Forestal.

Es importante destacar que, dado el tenor del cargo formulado y de los antecedentes expuestos en los puntos 82 a 88 de la Formulación de Cargos, la SMA reprochó no proporcionar la información que sería necesaria para determinar el estado de cumplimiento de su Plan de

Manejo, lo que habría impedido establecer de manera fehaciente una conclusión sobre el particular.

Entonces, no nos encontramos en realidad ante una imputación orientada a que se incumplió derechamente el Plan de Manejo, pues para ello, de acuerdo con lo expuesto por CONAF mediante su Ord. N° 192/2018, se requeriría de mayores antecedentes.

Con todo, debe señalarse que el Plan de Manejo Forestal asociado a la Central, corresponde al aprobado mediante Resolución de Plan de Manejo de Obras Civiles N° 60/38-73/10, de 3 de junio de 2010, de la CONAF, que consideró una superficie de 1,7 hectáreas de corta y reforestación, pues esa fue la superficie necesaria para efectos de construir la Central, la cual es considerablemente menor a la inicialmente presupuestada (3 hectáreas).

A su vez, cabe recordar que, tal como la propia formulación de cargos indica, en la DIA del proyecto “Generadora Eléctrica Roblería” se contempló en el capítulo 6.4.3., denominado “cumplimiento”, que *“Antes de iniciar las obras se presentarán los antecedentes necesarios para solicitar el permiso de corta para realizar obras civiles”*.

De esta manera, la obligación establecida en la licencia ambiental era obtener la aprobación del correspondiente Plan de Manejo Forestal, el cual, según consta en el expediente sancionatorio, fue obtenido satisfactoriamente por el titular.

Enseguida, es importante hacer presente que en ninguna parte de la RCA se contempló como obligación ambiental adicional a la de obtener el PAS 102 antes referido, la remisión de antecedentes para establecer el estado de los elementos ambientales del proyecto, ante la autoridad ambiental con atribuciones fiscalizadoras (que actualmente es la SMA).

Dicho lo anterior, cabe señalar que la infracción imputada es la consagrada en la letra a) del artículo 35 de la LOSMA, que tipificó las vulneraciones condiciones, normas y medidas establecidas en la RCA. Luego, siendo claro que la conducta reprochada por la SMA en la formulación de cargos no se encuadra en ninguna condición, norma o medida dispuesta en la

licencia ambiental del proyecto, es jurídicamente imposible que se haya verificado la infracción imputada.

2. LA FORMULACIÓN DE CARGOS INCURRE EN INFRACCIÓN DE LEY, EN CUANTO VULNERA EL PRINCIPIO *NOS BIS IN IDEM*

Este principio, de amplio reconocimiento en nuestra jurisprudencia judicial y administrativa, impide a la administración aplicar dos sanciones basadas en un mismo hecho, y encuentra consagración normativa en el inciso segundo del artículo 60 LOSMA¹, que requiere, para la concurrencia del *non bis in idem*, que la sanción contemple una triple identidad de sujeto, hecho y fundamento.

Por otro lado, cabe recordar que el cargo N° 3 imputó como infracción “*No responder en forma solicitada el requerimiento de información efectuado en acta de inspección de fecha 19 de junio de 2018, particularmente en los aspectos indicados en el considerando N° 86 de esta resolución*”.

Dicho considerando 86, a su vez hacía referencia a los antecedentes que la CONAF indicó como necesarios para determinar el estado de cumplimiento del plan de manejo. A estos, se hizo referencia en el considerando 85 de la Formulación de Cargos².

De esta forma, tenemos que, por una parte, en el cargo N° 1 la SMA imputa una infracción por no acreditar la ejecución de una supuesta obligación, **por no haber entregado la información**

¹ **Artículo 60 LOSMA:** Cuando por unos mismos hechos y fundamentos jurídicos, el infractor pudiese ser sancionado con arreglo a esta ley y a otra u otras leyes, de las sanciones posibles, se le impondrá la de mayor gravedad.

En ningún caso se podrá aplicar al infractor, por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, dos o más sanciones administrativas.

² Res. Ex. N° 1/Rol-D-109, p. 28, punto 85: N° 6. “Cartografía actualizada en formato digital (shp y kmz), georreferenciada en Datum WGS 84, Huso 19, con imagen aérea actualizada de fondo, con identificación de rodales de reforestaciones y plantaciones efectuadas. Además, para cada rodal debía indicar resolución de plan de manejo aprobada, superficie (ha), año de plantación, densidad de plantación y densidad actual, estado fitosanitario actual, especies y porcentaje de plantas utilizadas por especie, programa de riego y medidas culturales aplicadas, acompañada con información y resultados de un inventario de prendimiento, cuyas parcelas debían estar claramente identificadas y georreferenciadas”.

necesaria para tales efectos, y, por otro lado, en el cargo N° 2, atribuye una infracción por *No responder en forma solicitada el requerimiento de información.*

Con estos antecedentes a la vista, cabe analizar la concurrencia de la referida “triple identidad”.

Primero, la identidad de sujeto es evidente, ambas imputaciones apuntan a HR.

Segundo, en cuanto a la identidad de hecho, si bien la SMA los plantea como hechos diversos, estos consisten en uno solo, esto es, la no remisión de información en los términos solicitados,

Tercero, ambos cargos, en lo esencial consisten en la misma imputación, esto es, que HR no acreditó el cumplimiento de su plan de manejo forestal, por lo que también concurre la identidad de fundamento.

La doctrina ha señalado que a partir del inciso segundo del artículo 60 LOSMA “*se evitará la doble sanción en las hipótesis en que el mismo hecho implique más de un incumplimiento de un instrumento de gestión ambiental*”³. En definitiva, ambos cargos dicen relación con el mismo hecho y objeto de protección, que es establecer el grado de cumplimiento del Plan de Manejo dictado para la protección del bosque nativo.

De esta manera, se configura a cabalidad la “triple identidad” entre ambas imputaciones, razón por la cual no es jurídicamente admisible que la SMA formule un cargo por no haber acreditado una determinada obligación, y al mismo tiempo otro cargo por no haber entregado determinados antecedentes para verificar el cumplimiento de la misma obligación.

3. EL CARGO FORMULADO ATRIBUYE INFRACCIONES QUE NO SON EFECTIVAS

Cabe hacer presente que, el artículo 14 de la ley N° 20.283 indica que “*Los compromisos de regeneración o reforestación establecidos en los planes de manejo aprobados por la Corporación, o en las medidas de compensación o reparación establecidas por orden judicial, se entenderán cumplidos **cuando se verifique***

³ Jorge Bermúdez, Fundamentos de Derecho Ambiental, 2° Edición, Ediciones Universitarias de Valparaíso, página 492

en terreno una sobrevivencia igual o superior al 75% del número de individuos comprometidos en los respectivos planes de manejo. Esta sobrevivencia deberá determinarse, no antes que dichos individuos cumplan dos años de vida, desde su plantación o regeneración natural”.

Por tanto, lo que hizo la SMA mediante su requerimiento de información, en conjunto con la CONAF, fue un ejercicio distinto a analizar el cumplimiento del Plan de Manejo autorizado mediante la resolución N° 60/38-73/10, de 3 de junio de 2010, de CONAF, sino que, en realidad, pretende establecer el estado forestal de las zonas asociadas al Plan de Manejo actualizado al año 2018, lo que, claramente es una obligación que no se encuentra contemplada en la RCA, como tampoco en la regulación forestal.

De todas formas, y tal como se acreditará en el proceso sancionatorio, la reforestación ordenada mediante la Resolución antes singularizada ha sido ejecutada, cumpliendo con el compromiso de prendimiento establecido en el artículo 14 de la ley 20.283.

En efecto, se han efectuado las labores de reforestación en el predio Hijueta 2, La Pampa Baja, San Antonio Ancoa Lote A e Hijueta 2 Lote A y B, Vega Ancoa, completando de esa forma las 1,7 hectáreas reforestadas requeridas por el órgano sectorial. Esto, según el detalle que se presenta a continuación, y que se indica en la Minuta Técnica del consultor Servicios Ambientales Biotas SpA, acompañado a esta presentación:

Sector	Densidad comprometida (plantas/ha)	Densidad real (plantas/ha)	Superficie comprometida (ha)	Superficie efectiva	Prendimiento (%)	Estado Fitosanitario
RN1	3.000	3.750	0,55	0,55	92,90	Bueno
RN2	3.000	286	0,45	0,45	93,02	Bueno
RN3	3.000	1.913	0,70	0,70	68,30	Bueno
Total		5.949		1,70	84,74	

En virtud de lo señalado, es posible concluir los siguientes datos:

Total plantas	Superficie reforestada (ha)	Densidad real de reforestación (plantas/ha)	Prendimiento (%)
5.949	1,7	3.499	85

De esta manera, dejando claro que la información requerida por la SMA no se orienta a verificar si el titular cumplió o no con el Plan de Manejo, sino que, a establecer el estado del área a esta fecha, de acuerdo con la Minyta técnica antes individualizada, queda totalmente claro que el titular satisfizo su obligación forestal, y cumplió su Plan de Manejo Forestal.

III. DESCARGOS, ALEGACIONES Y DEFENSAS ASOCIADAS AL CARGO N°2

El Cargo N° 2 se funda en que el titular habría efectuado modificaciones a su proyecto sin contar con resolución de calificación ambiental, la cual sería necesaria puesto que, a juicio de la autoridad sancionadora, se configurarían los presupuestos establecidos en el artículo 2 letras g.1 y g.3 del RSEIA.

Este cargo se basa en supuestos errados, de clara factura especulativa y desatendiendo pronunciamientos expresos de las autoridades con competencia en la materia.

En efecto, tal como se detallará enseguida:

1. No existe elusión de ingreso al SEIA, pues el Proyecto no se encuentra listado en el artículo 294 del Código de Aguas. Por tal motivo, no le es aplicable el artículo 10 letra a) de la ley 19.300, y, por tanto, tampoco el artículo 2 letra g.1 ni el artículo 3 letra a, ambos del RSEIA.
2. No se configuran los presupuestos del artículo 2 letra g.3 del RSEIA respecto de las modificaciones de proyecto aludidas en el Cargo N° 2.
3. No se ha esgrimido argumento jurídico ni técnico que justifique la calificación preliminar de la infracción como gravísima.

1. NO EXISTE ELUSIÓN DE INGRESO AL SEIA, PUES EL PROYECTO NO SE ENCUENTRA LISTADO EN EL ARTÍCULO 294 DEL CÓDIGO DE AGUAS. POR TAL MOTIVO, NO LE ES APLICABLE EL ARTÍCULO 10 LETRA A) DE LA LEY 19.300, Y, POR TANTO, TAMPOCO EL ARTÍCULO 2 LETRA G.1 DEL RSEIA.

La Formulación de Cargos construye una hipótesis de elusión sobre la base de que el acueducto del Proyecto cuenta con una capacidad de 2,36 m³/s, para efectos de situarlo en supuesto establecido en el artículo 294 del Código de Aguas y, consecuentemente, en el del artículo 10 letra a) de la ley 19.300.

Dicha base resulta ser manifiestamente errada en términos fácticos, y contraria a lo que ha señalado expresamente el órgano competente del Estado que se encuentra facultado para resolver el punto.

a) No existe ningún antecedente técnico que permita presumir que el acueducto tiene un caudal de diseño superior a 2 m³/s.

En este punto, en el cargo se especula señalando que la capacidad del acueducto del Proyecto es de 2,36 m³/s, para hacer coincidir dicha cifra con la de los derechos de aprovechamiento de aguas que detenta HR en algunos meses del año, y así construir su hipótesis de elusión de ingreso al SEIA.

Pues bien, **dicha cifra corresponde sólo a los derechos de aprovechamiento de aguas que posee el titular**, y cuyo dominio debe acreditar para efectos de tramitar la solicitud del permiso de bocatoma del artículo 151 y siguientes del Código de Aguas, **pero no al caudal de diseño del acueducto del Proyecto**. Ambas son cuestiones completamente distintas, tal como lo reconoce la DGA en su Ord. DARH 208 al señalar:

*“6. (...) En efecto, si bien el permiso de construcción de bocatoma estipulado en los artículos 151 y siguientes del Código de Aguas requiere que se presenten los títulos de dominio de aprovechamiento de aguas, que se pretenden ejercitar, necesariamente dichos títulos deben justificar la magnitud de los caudales a aducir, **pero no implica***

que el mayor monto de caudal constituido corresponda necesariamente al caudal de diseño de la aducción.

7. (...) Es usual que se presenten títulos de dominio de derechos de aprovechamiento de aguas asociados a proyectos de bocatoma los cuales, el monto máximo de la distribución de caudales que fueron constituidos puedan superar el caudal de diseño de la aducción. Sin embargo, (...) la autorización de operación del proyecto quedará limitada al caudal de diseño de la aducción que nace de la bocatoma. (...)” (énfasis agregado).

De esta forma, la sola presentación de títulos de dominio de derechos de aprovechamiento de aguas superiores a 2 m³/s para algunos meses del año, en el contexto de un procedimiento administrativo que los requiere (solicitud de construcción de bocatoma) no constituye base para determinar que existe, aunque sea preliminarmente, una infracción al artículo 294 del Código de Aguas, pues –reiteramos– **“el mero hecho de contar con derechos de aprovechamiento de aguas por un monto mayor a 2 m³/s, no implica que el mayor monto de caudal constituido corresponda necesariamente al caudal de diseño de la aducción”**.

En consecuencia, para efectos de formular el cargo asociado a la elusión de ingreso al SEIA por la causal del artículo 10 letra a) de la ley 19.300, no se contó con antecedente alguno que permita presumir que el acueducto del Proyecto puede conducir más de 2 m³/s; el cargo, más bien, se basó en una cifra que la misma DGA ha señalado que no constituye antecedente suficiente, y que deja en evidencia una confusión en la aplicación de la normativa sectorial.

Esto es, además, admitido en el mismo Informe Técnico de Fiscalización N° 43/2018 de la DGA de la Región del Maule, el cual, al referirse a los procedimientos en los cuales se da cuenta de los derechos de aprovechamiento de aguas por sobre 2 m³/s (particularmente el procedimiento de solicitud de bocatoma) señala su literal K, que **“(...) Dicha solicitud no ha ingresado a la fecha a esta Dirección regional, desconociéndose los antecedentes técnicos de la misma”** (énfasis agregado).

En el mismo sentido se pronuncia el Memorandum N° 59.437/2018, del Jefe de Oficina de la SMA Región del Maule, el cual reitera el hecho de que la solicitud de bocatoma antedicha no ha sido ingresada a la Dirección Regional de la DGA, “*desconociéndose los antecedentes técnicos de la misma*”.

Esta circunstancia, que también fue explicitada en la reposición interpuesta en contra de la Resolución 1369/2018, de la SMA, fue inexplicablemente omitida por la Formulación de Cargos.

Este punto es relevante, pues si se desconocen los antecedentes técnicos que informan la mencionada publicación, es evidente que no existe ningún sustento técnico que permita a la autoridad afirmar, aunque sea de forma preliminar, que el acueducto asociado a la bocatoma constituye una obra cuyo caudal de diseño es superior a 2 m³/s, ni menos formular cargos por dicha circunstancia, calificando la infracción como gravísima.

Con todo, es importante señalar que, en la industria hidroeléctrica, no se diseñan las centrales para captar los puntos máximos de los derechos, por el contrario, el caudal de diseño de un proyecto lo define cada Titular de acuerdo a una evaluación que considera distintos parámetros económicos (tasa de interés, plazo de evaluación, costos de construcción, suministro, etc.), de diseño (dimensionamiento de obras, tuberías, etc.) e hidrológicos (probabilidades de excedencia de caudales, energía generada, factores de planta, entre otros), que generalmente no corresponde al caudal máximo autorizado en el acto constitutivo del derecho de agua.

b) El acueducto del Proyecto no requiere del permiso establecido en el artículo 294 del Código de Aguas, según expreso pronunciamiento del órgano competente para ello: el Departamento de Administración de Recursos Hídricos de la DGA, Nivel Central.

Esto, en virtud de lo siguiente:

- i. El pronunciamiento del Ord. DARH 208 es claro y contundente respecto a que el Proyecto no constituye una obra mayor.

Tal como se señaló a propósito en el recurso de reposición de la Resolución Exenta N° 1369, de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, la tesis de elusión de ingreso al SEIA **ha sido expresamente desestimada por la Unidad de Obras Mayores del Departamento de Administración de Recursos Hídricos de la DGA Nivel Central, al señalar expresamente que el Proyecto no requiere del permiso establecido en el artículo 294 del Código de Aguas.**

Así, el Ord. DARH 208, la Unidad de Obras Mayores del Departamento de Administración de Recursos Hídricos de la DGA Nivel Central, señaló en forma expresa que:

*“9. Luego, en atención al proyecto en evaluación que justifica el desarrollo de la aducción desde el estero Nacimiento, así como a lo informado complementariamente en su presentación de la Suma, **este Servicio deberá considerar como caudal de diseño de la obra de conducción, el valor de 1,9 m³/s.** (...)*

*11. Además, al considerar que la aducción proyectada en el estero Nacimiento responde a un caudal de diseño de 1,9 m³/s, el acueducto no podrá conducir en condición normal de operación un caudal superior y, por lo tanto, **no se daría la condición de porteo estipulada para una obra de la letra b) del artículo 194 del Código de Aguas.***

*12. Por lo tanto, desde el punto de vista del permiso exigible para dar curso a la construcción de las obras para el proyecto “Bocatoma Estero Nacimiento” tramitado en el expediente VC-0703-51, **sólo le sería exigible el permiso estipulado en los artículos 151 y siguientes del Código de Aguas.**” (énfasis agregado).*

Esto es de la máxima relevancia, puesto que, **si el Proyecto no requiere de los permisos establecidos en el artículo 294 del Código de Aguas, como ha señalado la DGA, no requiere ingresar al SEIA en virtud del artículo 10 letra a) de la ley 19.300 y, en consecuencia, no existe la elusión de ingreso al SEIA esgrimida.**

- ii. El órgano competente para efectuar pronunciamientos respecto al artículo 294 del Código de Aguas es el DARH de la DGA Nivel Central.

En efecto, el órgano competente para pronunciarse sobre la concurrencia de los requisitos del artículo 294 del Código de Aguas es el Departamento de Administración de Recursos Hídricos de la DGA Nivel Central, y no las Direcciones Regionales de la DGA.

La competencia de la DGA Nivel Central queda manifiesta de lo establecido en el mismo Código de Aguas, que señala en su artículo 294 que la construcción de ciertas obras hidráulicas “Requerirán la aprobación del **Director General de Aguas (...)**” (énfasis agregado).

En el mismo sentido, la Resolución Exenta N° 56, de 27 de septiembre de 2013, de la DGA, que dispone las atribuciones y facultades que se delegan a los Sres. Directores Regionales del Servicio, dispone en su parte resolutive 2.XII literal a) que los Directores Regionales tienen facultades para “*Supervisar la construcción de obras que se construyen de acuerdo a los artículos 294 al 297 del Código de Aguas (...)*”, pero en ningún caso para aprobar, rechazar o pronunciarse respecto a si un proyecto constituye o no una obra mayor, cuestión que es facultad privativa del Director General de Aguas, como se ha señalado.

Es más, esto último se confirma con lo dispuesto en la parte resolutive 2.VIII literal a) de la misma resolución N° 56, la cual establece que se delegan en los Directores Regionales las facultades para “*aprobar o rechazar los proyectos e modificación de cauces naturales o artificiales que fuere necesario realizar con motivo de la construcción de obras públicas (...) salvo cuando la solicitud se presente en el marco de un permiso de obras contempladas en el artículo 294 del Código de Aguas, en cuyo caso, el Director General de Aguas podrá resolver ambas peticiones?*” (énfasis agregado).

Luego, la competencia específica del Departamento de Administración Recursos Hídricos de la DGA Nivel Central para resolver el punto se encuentra establecida en el Decreto N° 12, de 1992, del Ministerio de Obras Públicas, que dispone que corresponderá a dicho Departamento:

“Dirimir técnicamente las materias de administración de recursos hídricos que se someten a pronunciamiento de la Dirección General de Aguas, especialmente relacionadas con otorgamiento de derechos de aprovechamiento, y uso efectivo del recurso, sea en forma individual o por medio de organizaciones.”

(énfasis agregado).

Lo anteriormente expuesto deja en evidencia que el objeto del Ord. DGA Maule N° 1612/2017 era solicitar el pronunciamiento de la Unidad de Obras Mayores del Departamento de Administración de Recursos Hídricos, respecto a la *posibilidad* de que el acueducto del Proyecto se encuentre dentro de los presupuestos del artículo 294 del Código de Aguas, constituyendo ésta, entonces, una comunicación interna de dicho servicio y no un pronunciamiento vinculante. De hecho, es evidente que no lo es, dado que DGA Regional carece de competencia para referirse sobre el particular.

Por tal motivo, no es posible hacerse cargo de lo señalado en el mencionado Ord. 1612/2017 como si fuese un hecho definitivo avalado por una autoridad competente, tal como se hace en los considerandos 47 y 54 de la Formulación de Cargos.

Lo que corresponde aquí es ponderar debidamente la respuesta del Departamento de Administración de Recursos Hídricos de la DGA Nivel Central mediante el ya mencionado Ord DARH 208, en donde señala categóricamente que el Proyecto no requiere del permiso establecido en el artículo 294 del Código de Aguas. Esta es una conclusión a la que el DARH llega teniendo a la vista antecedentes aportados por el titular del Proyecto y por la DGA de la Región del Maule, junto con lo consignado en el expediente VC-0703-51, como es posible visualizar del mismo Ord. DARH 208.

Desde esa perspectiva, parece al menos poco razonable que se le otorgue una relevancia fundamental a una comunicación interna de un órgano incompetente (Ord. 1612/2017 de la DGA de la Región del Maule), pero no considere lo señalado por el órgano que sí tiene las facultades legales para determinar la concurrencia de los requisitos del artículo 294 del Código de Aguas, que es el DARH de la DGA Nivel Central.

Por el mismo motivo antes señalado, corresponde desestimar las conclusiones a las que llega el Informe Técnico de Fiscalización Ambiental (expediente DFZ-2018-1736-VII-RCA) respecto a la existencia de elusión al SEIA por parte de HR, ya que, para arribar a dicha conclusión, éste

sólo considera lo mencionado por el Ord. 1612/2017 de la DGA de la Región del Maule, y no lo dispuesto por el Ord. DARH 208.

iii. Lo dispuesto por el Ord. DARH 208 es un pronunciamiento definitivo respecto a la concurrencia de los requisitos del artículo 294 del Código de Aguas.

A partir de lo dispuesto en el Ord DARH 208, la SMA concluye erróneamente, que éste no constituye un *“pronunciamiento definitivo de la Unidad competente de la DGA, en relación con la construcción de la bocatoma y acueducto en el estero Nacimiento”*, en tanto *“dicha evaluación, a juicio del DARH, debe ser resuelta en conjunto con la recepción de obras de la central Roblería, debido a la inclusión de la nueva línea de aducción que implicaría una actualización de los planes de operación normal y de emergencia, el sistema de monitoreo y control, y demás componentes técnicos de la operación de la central.”* (énfasis agregado).

La interpretación que hace la SMA del Ord. DARH 208 es derechamente errónea, lo cual es evidente de la lectura de los siguientes considerandos del mencionado ordinario:

“9. Luego, en atención al proyecto en evaluación que justifica el desarrollo de la Aducción desde el estero Nacimiento, así como a lo informado complementariamente en su presentación de la Suma, este Servicio deberá considerar como caudal de diseño de la obra de conducción, el valor de 1,9 m³/s. así, y en el caso que se resuelva favorablemente la autorización de construcción de bocatoma que da origen al expediente VC-0703-51, corresponderá una segunda fase de recepción de obras, donde se resolverá, si procede conforme a los antecedentes técnicos de construcción y operación, la autorización de operación normal de dicha aducción.

10. Complementariamente, y como se indicó en el Informe Técnico DARH N° 20/2018, dicho proceso de recepción de obras deberá ser integrado al procedimiento de recepción y autorización de operación normal de la CH Roblería, la cual se encuentra hoy en trámite en el expediente VC-0703-42.

11. Además, al considerar que la aducción proyectada en el estero Nacimiento responde a un caudal de diseño de 1,9 m³/s, el acueducto no podrá conducir en condición normal de operación, un caudal superior y, por lo tanto, no se daría la condición de porteo estipulada para una obra de la letra b) del artículo 294 del Código de Aguas.

12. Por lo tanto, desde el punto de vista del permiso exigible para dar curso a la construcción de las obras para el proyecto “Bocatoma Estero Nacimiento” tramitado en el expediente VC-0703-51, sólo le sería exigible el permiso estipulado en los artículos 151 y siguientes del Código de Aguas.

13. Sin perjuicio de lo anterior, y conforme a la aludida integración a la operación de la CH Roblería, la recepción de las obras construidas de la "Bocatoma Estero Nacimiento" debería ser resuelta en conjunto con la recepción de obras de la Central Hidroeléctrica Roblería, contenida en el expediente VC-0703-42."

Los párrafos citados son claros al señalar lo siguiente:

- a. Lo que el DARH considera como permiso necesario para tramitar el Proyecto ante la autoridad sectorial respectiva es el permiso de construcción de bocatoma de los artículos 151 y siguientes del Código de Aguas, no el de obras mayores del artículo 294 del mismo cuerpo legal.
- b. Una vez tramitado dicho permiso (el de construcción de bocatoma), y en caso de ser otorgado, corresponderá una segunda fase de recepción de obras, donde se resolverá, si procede conforme a los antecedentes técnicos de construcción y operación, la autorización de operación normal de dicha aducción.
- c. Adicionalmente, el DARH señala que dicho proceso de recepción de obras (el de la bocatoma) deberá ser integrado al procedimiento de recepción y autorización de operación normal de la CH Roblería, y, en ese sentido, **la recepción de las obras** construidas de la "Bocatoma Estero Nacimiento" debería ser resuelta en conjunto con **la recepción de obras** de la Central Hidroeléctrica Roblería.

En ningún caso el DARH está señalando que la evaluación respecto a la pertinencia de obtener permiso del artículo 294 debe ser resuelta en conjunto con la recepción de obras de la Central Roblería, como equivocadamente indica la SMA, sino que está afirmando que el Proyecto, sujeto al permiso de los artículos 151 y siguientes y no del artículo 294, deberá cumplir con una segunda etapa de recepción de obras, la cual deberá ser integrada a la etapa de recepción de obras de la Central Roblería.

Entonces, el expresar que el asunto de la aplicabilidad del artículo 294 del Código de Aguas no se encuentra resuelto por el DARH, en tanto éste depende del trámite de recepción de obras de la Central Roblería (como se hace en los considerandos 63 y 66 de su Formulación de Cargos), es simplemente desconocer las facultades que le asisten al mencionado órgano sectorial, quien ha sido enfático en descartar que el Proyecto constituya una obra mayor.

A mayor abundamiento, entender que el pronunciamiento final de la DGA deberá efectuarse una vez recepcionadas las obras de la bocatoma y de la Central Roblería, implica el absurdo de señalar que se requiere la total construcción del Proyecto para determinar si éste constituye o no una obra mayor, lo cual es a todas luces contraproducente con el objetivo del señalado permiso sectorial.

Por lo anteriormente expuesto, es forzoso concluir que al momento de formular el cargo se está haciendo una interpretación arbitraria del Ord. DARH 208, desconociendo las facultades que le asisten a dicho Departamento para pronunciarse sobre el particular.

Así, a partir de un razonamiento equivocado, especulativo y jurídicamente improcedente, se ha elaborado una tesis de elusión que redundando en la formulación de un cargo calificado como gravísimo, siendo que se contaba con antecedentes claros y categóricos que apuntan en la dirección contraria, como es el Ord. DARH 208.

4. NO SE CONFIGURAN LOS PRESUPUESTOS DEL ARTÍCULO 2 LETRA G.3 DEL RSEIA RESPECTO DE LAS MODIFICACIONES DE PROYECTO ALUDIDAS EN EL CARGO N° 2

A este respecto, es posible vislumbrar lo imprecisa y poco fundada que es la Formulación de Cargos a la hora de argumentar cómo las circunstancias ambientales que esgrime en sus considerandos constituyen una modificación sustantiva en la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales, según el artículo 2 letra g.3 del RSEIA.

En este punto, la Formulación de Cargos contiene afirmaciones erradas con el objeto construir dicha hipótesis; prescinde del análisis ya efectuado por órganos competentes; y falta gravemente a los principios de la debida coordinación de los órganos del Estado y del deber de fundamentación de los actos administrativos. Todo ello, en virtud de lo que expondremos a continuación.

a) La Formulación de Cargos no es consistente con la Resolución 1369/2018, que decreta medidas provisionales pre procedimentales en contra de HR.

La Formulación de Cargos ha utilizado lo argumentado por HR a propósito del recurso de reposición deducido en contra de la Resolución 1369, de 2018, en contra del titular, modificando su parecer luego de constatar, al parecer, la debilidad de sus argumentos.

Así, para fundar las medidas provisionales decretadas en contra de HR, la Resolución 1369/2018 se basa en dos supuestos jurídicos:

- i. El del artículo 2 letra g.1 del RSEIA, basado en una supuesta elusión de ingreso asociado al artículo 10 letra a) de la ley 19.300. Dicho supuesto fue potentemente contra argumentado en sede de reposición, mediante la presentación del Ord. DARH 208, que expresamente excluye esa causal (y que se vuelve a presentar en esta instancia); y,
- ii. El del artículo 2 letra g.2 del RSEIA, el cual fue contundentemente rebatido en sede de reposición, **en tanto es completamente improcedente en el caso de estudio**, ya que dicha norma dispone que se entenderá que un proyecto o actividad sufre cambios de consideración cuando se trata de:
 - Proyectos que se iniciaron de manera **previa** a la entrada en vigencia del SEIA; y,
 - Cuando la suma de las partes, obras y acciones tendientes a intervenirlo o complementarlo, constituyen un proyecto o actividad listado en el artículo 3 del RSEIA.

Como es evidente, ninguno de los dos supuestos se da en el caso en comento.

Luego, vistos los argumentos expuestos por HR en la reposición señalada, la SMA omite pronunciarse respecto del supuesto del artículo 2 letra g.2 del RSEIA (no lo hace ni en la Resolución Exenta N° 1486/2018, que resuelve la señalada reposición, ni en la Formulación de Cargos), y elabora esta vez una nueva teoría basada en el supuesto del artículo 2 literal g.3 del mismo cuerpo normativo.

Es decir, **se han utilizado los argumentos esgrimidos por HR en sede de reposición, con el objeto de ocultar su error manifiesto y modificar su teoría.** Todo ello con el objeto de involucrarse en un procedimiento que es claramente sectorial, fuera del ámbito de competencias de la SMA.

Cuestionamientos a un actuar similar lo encontramos en el Informe en Derecho⁴ presentado en la causa del 2º Tribunal Ambiental Rol R-45-2014, donde se cuestiona la reformulación de cargos por parte de la Autoridad luego de la presentación de los descargos por parte del titular. En efecto, en dicho informe se niega la posibilidad de reformular los cargos cuando éstos se deben a un *“error o desprolijidad en que ha incurrido la SMA al momento de iniciar el procedimiento”*⁵.

De esta misma línea es el proceder en este caso, en donde solo luego del recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución que impone medidas provisionales, la Autoridad modificó su estrategia, excluyendo de la Formulación de Cargos la infracción al artículo 2 letra g.2 del RSEIA (que sí se encontraba imputado en la Resolución 1369/2018) e incluyendo la infracción del literal g.3 del mismo artículo.

En definitiva, dicho actuar implica una actividad administrativa inadecuada y, tal como lo señala el Informe en Derecho citado, *“la falta de rigor de la SMA no puede operar en perjuicio del administrado”*⁶ ya que *“las facultades de la SMA deben ejercerse de un modo respetuoso con el debido proceso y permitiendo una debida defensa del particular”*⁷.

b) Las modificaciones que conforman los supuestos hechos infraccionales del Cargo N° 2 fueron sometidos a consulta de pertinencia de ingreso al SEIA, instancia en la cual se resolvió que no concurren los requisitos de artículo 2 letra g.3 de RSEIA.

Las modificaciones imputadas como hechos infraccionales en el Cargo N° 2 fueron sometidas al pronunciamiento de pertinencia de ingreso al SEIA en los mismos términos en que han sido

⁴ Informe en Derecho “Alcance de la facultad de la Superintendencia del Medio Ambiente de modificar los cargos y sus límites. Elaborado por Luis Cordero Vega con fecha 31 de diciembre de 2014.

⁵ *Ibid*, página 40.

⁶ *Ibid*, página 45.

⁷ *Ibid*.

construidas. En otras palabras, la Formulación de Cargos no considera ningún antecedente, respecto de las especificaciones técnicas de construcción del Proyecto que el Servicio de Evaluación Ambiental (en adelante, “SEA”) no haya tenido a la vista en las consultas de pertinencia resueltas mediante las Resoluciones Exentas N° 96/2015⁸ y N° 12/2017⁹ (en adelante, “Resoluciones SEA”).

En efecto, lo que se sometió a consulta de pertinencia de ingreso al SEIA fueron **cambios al proyecto “Generadora Eléctrica Roblería”**, consistentes en la construcción de un canal entubado, en tubería de HDPE de 1,2 a 1,4 m de diámetro, con una capacidad de 1,9 m³/s, una longitud de 2,7 km, que va entubado y enterrado bajo una capa de 0,7 m sobre el nivel del suelo, que ocupa una superficie de 2,7 hectáreas en suelos de aptitud forestal y Bosque Nativos del tipo forestal (Roble Hualo); y que tiene por objeto conducir agua desde Estero Nacimiento, hasta la sección final del canal Roblería, en los meses de mayo, junio, julio, agosto y septiembre.

Asimismo, las Resoluciones SEA dan cuenta de que el Proyecto sometido a consulta de pertinencia consideró las siguientes obras:

- Caminos de acceso a obras
- Bocatoma de captación de agua
- Canal de conducción de agua entubado en tubería de HDPE
- Obras de descarga al canal Roblería

Es del caso señalar que ninguna de las fiscalizaciones ambientales o sectoriales efectuadas a las obras de construcción del Proyecto dieron cuenta de especificaciones técnicas distintas a las señaladas.

Teniendo a la vista lo anterior, el SEA de la Región del Maule fue enfático al señalar que “(...) sobre la base de la información tenida a la vista y los criterios expresados anteriormente, es posible concluir **que**

⁸ Que se pronunció respecto del proyecto “*Construcción de canal de 1,5 m³/s, para entregar agua por 5 meses para Generación Eléctrica a Mini Central de Paso, Sector Roblería, comuna de Linares*”.

⁹ Que se pronunció respecto del proyecto denominado “*Construcción de canal de 1,9 m³/s, para entregar agua por 5 meses para Generación Eléctrica a Mini Central de Paso, Sector Roblería, comuna de Linares*”.

el Proyecto no constituye un cambio de consideración en los términos definidos por el artículo 2º del RSEIA (...)”.

En particular, respecto a la concurrencia de los presupuestos establecidos en el artículo 2 letra g.3 del Reglamento del SEIA, las Resoluciones SEA disponen que “(...) **en relación al análisis del artículo 2º letra g.3 del RSEIA, no se han identificado modificaciones sustantivas en la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto o actividad evaluados en el proceso de calificación ambiental de la DIA, aprobada mediante la Resolución Exenta N° 187, de fecha 01 de octubre de 2010, mediante la cual la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región del Maule, calificó ambientalmente la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto denominado “Generadora Eléctrica Roblería”** (Considerando 6 de la Resolución Exenta N° 96/2015, y Considerando 7 de la Resolución Exenta N° 12/2017).

De esta forma, el SEA fue claro (y en doble oportunidad) al indicar que el Proyecto no requiere ingresar al SEIA, teniendo a la vista los mismos antecedentes que esgrime la SMA para considerar que se configuran los presupuestos del artículo 2 letra g.3 del Reglamento del SEIA.

En ese contexto, el Titular legítimamente optó por no ingresar al SEIA, amparado en sendas resoluciones de la autoridad ambiental que fueron tajantes al disponer que dicho ingreso no era obligatorio, razón por la cual señalar que los hechos constituyen una modificación sustantiva de aquellas del artículo 2 letra g.3 del RSEIA atenta en contra de los principios de presunción de legalidad de los actos administrativos, de confianza legítima respecto de la actuación de la autoridad, y de debida coordinación de los órganos de la Administración del Estado, tal como se expondrá en el punto c) siguiente.

- c) No considerar lo dispuesto por las Resoluciones SEA es atentatorio contra los principios de legalidad de los actos administrativos, de confianza legítima y de debida coordinación de los órganos de la Administración del Estado.

En base a lo ya dicho, la SMA no puede simplemente prescindir de pronunciamientos de la autoridad en consultas de pertinencias que señalan que el Proyecto no requiere ingresar al SEIA,

sin afectar principios fundamentales del derecho administrativo como son la presunción de legalidad de los actos administrativos, de coordinación de los órganos administrativos y de protección de la confianza legítima.

i. Vulneración de la presunción de legalidad de las consultas de pertinencia.

En primer lugar, la presunción de legalidad de los actos administrativos -en este caso las consultas de pertinencia favorables- está expresamente consagrada en el inciso final del artículo 3 de la ley 19.300 y consiste en que *“los actos administrativos son legales mientras no se diga lo contrario por el juez o por la propia administración del Estado”*¹⁰.

Así, para efectos de que la SMA requiera el ingreso --no obstante la existencia de consultas de pertinencia favorables- necesita al menos efectuar un análisis sobre las razones que hacen improcedente considerar la pertinencia como jurídicamente vinculante. Dentro de la Formulación de Cargos no se realiza análisis alguno en ese sentido.

En efecto, la Formulación de Cargos se conforma con imputar que las obras se habrían construido excediendo lo autorizado en la RCA N° 187/2010, sin indicar que dichas modificaciones se justifican y amparan por los pronunciamientos favorables de las consultas de pertinencia.

ii. Vulneración de los principios de coordinación y de protección de la confianza legítima.

En este caso encontramos decisiones discordantes de dos órganos administrativos. Por un lado, el SEA de la Región del Maule y, por el otro, la SMA. Mientras el primero señaló que el Proyecto no es de aquellos que requiere ingresar al SEIA, la SMA sustenta --precariamente- una posición contraria e imputa a HR una elusión de ingreso al SEIA.

Esta “situación paradójica”, como la denomina el profesor Bermúdez, debe solucionarse mediante *“(.) la aplicación rigurosa de los principios de coordinación administrativa y de*

¹⁰ Jorge Bermúdez, “Derecho Administrativo General”, Thompson Reuters, 2014, página 155.

*protección de la confianza legítima*¹¹. Ninguno de esos principios ha sido mencionado ni menos aplicado por la SMA al momento de formular los cargos del presente procedimiento sancionatorio.

En primer lugar, en cuanto al principio de coordinación, éste se entiende como aquel que *“persigue la integración de la diversidad de las partes (...) evitando contradicciones y reduciendo disyunciones que, de subsistir, impedirán o dificultarán respectivamente la realidad del sistema”*¹². De la sola lectura de la Formulación de Cargos, es posible concluir que la actuación de la SMA no se ajustó a dicho fin, ya que omitir pronunciamiento sobre las Resoluciones SEA genera una contradicción arbitraria entre las facultades de los órganos administrativos.

En efecto, a la ya señalada omisión de requerir informe al SEA (según lo expuesto en el punto III.2 letra d) de esta presentación), se suma el hecho que la SMA no indica razón alguna para argumentar por qué prescinde de un acto válidamente dictado por otro órgano del Estado, lo cual viene a enfatizar la precariedad y falta de fundamento con la que ha actuado la SMA para efectos de formular el hecho infraccional N° 2 de la Formulación de Cargos.

En segundo lugar, mediante el Cargo N° 2, la SMA vulnera la confianza legítima¹³ de HR respecto de lo resuelto en actos administrativos previos --las Resoluciones SEA- las cuales, encontrándose vigentes entregan lineamientos de actuación claros para HR y justifican su decisión de no ingresar el Proyecto al SEIA.

De esta manera, cuando HR ejecuta el proyecto espera razonablemente que la vigencia y contenido de las Resoluciones SEA sean respetados mientras no exista un acto que las deje sin efecto o, al menos, cuestione el fondo de sus afirmaciones. En la Formulación de Cargos, en cambio, la SMA da un giro radical respecto de la actuación administrativa previa, sin dar cuenta

¹¹ Jorge Bermúdez, “Fundamentos de Derecho Ambiental”, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2º Edición, página 296.

¹² David Cademartori, “Buena Administración y procedimientos de selección de contratistas: análisis de mecanismos jurídicos e informativos para alcanzarla eficiencia en las licitaciones públicas”. Tesis doctoral, Universidad de Salamanca.

¹³ Definido por Jaime Rodríguez-Arana como aquella *“en cuya virtud la actuación administrativa será respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia administración en el pasado*. En “La Buena Administración como principio y como Derecho Fundamental en Europa”, página 51.

de las razones o fundamentos para ello. Por tanto, significa una infracción a la confianza de una actuación administrativa coherente que todo ciudadano espera de sus autoridades.

Sobre el particular, vale además mencionar que en otras oportunidades la SMA ha considerado las consultas de pertinencias favorables como elemento suficiente para entender que no se configura una elusión de ingreso al SEIA.

A modo de ejemplo, podemos señalar el informe DFZ-2013-217-II-RCA-IA dictado por la SMA producto de una fiscalización al proyecto Minera Zaldívar en la que se constató que los abrevaderos del campo de pozo y de la mina no fueron construidos, siendo que ellos se contemplaban en la RCA del proyecto. No obstante, por medio del Memorandum D.S.C. N° 325/2015, la Jefa de División de Sanción y Cumplimiento señala expresamente que *“el hallazgo relacionado con la mantención de abrevaderos en la zona del campo de pozo y en la mina, se estima que no se configura el incumplimiento, ya que el titular informó de la modificación de la medida al SEA, quien indicó que no era cambio de consideración que requiera ingresar al SEIA”*.

En el mismo sentido, los siguientes procedimientos sancionatorios no consideraron, dentro de sus respectivos hechos infraccionales, ciertas modificaciones efectuadas a las respectivas resoluciones de calificación ambiental, por haber sido éstas sometidas a consultas de pertinencia que resolvieron que su ingreso al SEIA no era necesario, a saber:

- Procedimiento sancionatorio rol D-092-2017 seguido contra el proyecto Delta Enami (informe DFZ-2014-235-IV-RCA-IA);
- Procedimiento sancionatorio rol D-064-2016 seguido contra Minera Los Pelambres (informe DFZ-2014-61-IV-RCA-IA);
- Procedimiento sancionatorio rol F-054-2014 seguido contra el proyecto Los Bronces de Angloamerican (informe DFZ-2013-1468-INTER-RCA-IA);
- Procedimiento sancionatorio D-050-2016 seguido contra el proyecto Minera Invierno (informe DFZ-2013-1357-XII-RCA-IA).

d) La SMA ha incumplido con uno de los requerimientos que exige la LOSMA para efectos de requerir de ingreso al SEIA a un titular: el informe previo del SEA.

Según establece el artículo 11 bis de LBMA y el artículo 3 letra j) de la LOSMA, para considerar la existencia de una infracción por elusión de ingreso al SEIA por parte de la SMA, ésta debe contar con un informe previo del Servicio de Evaluación Ambiental (en adelante, “SEA”), por ser éste el órgano competente para determinar si un proyecto debe o no ingresar al SEIA.

Dicha circunstancia no se verifica en el presente procedimiento sancionatorio, lo cual es particularmente grave, considerando que la SMA está yendo expresamente en contra de lo dispuesto por el SEA en la materia. Así, la omisión de la SMA al respecto no sólo es atentatoria en contra de la LOSMA, sino que también denota la falta de fundamento jurídico con que se formula un cargo calificado de gravísimo, en tanto no ha considerado lo ya señalado por el SEA (en la Resoluciones SEA) ni ha solicitado el informe que la ley le exige tener a la vista para estos efectos.

e) Ninguno de los supuestos hechos constitutivos de infracción son tales, en tanto no constituyen modificaciones sustantivas de aquellas reguladas en el artículo 2 letra g.3 del RSEIA

Sin perjuicio de lo señalado en los acápites anteriores, respecto de ninguno de los supuestos hechos constitutivos de infracción se logran configurar los presupuestos del artículo 2 letra g.3 del RSEIA.

A continuación, se desestimarán todos y cada uno de los hechos constitutivos de infracción del Cargo N° 2 de la Formulación de Cargos, según lo siguiente:

i. La construcción de una bocatoma de captación de aguas en el Estero Nacimiento.

No existe en la Formulación de Cargos apartado alguno que indique cómo la bocatoma asociada al Proyecto implica una modificación sustantiva de la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales. En efecto:

- d. Cada vez que la Formulación de Cargos se refirió en forma específica a la bocatoma, fue para asociarla al acueducto en construcción o para hacer referencia a los procedimientos que sobre este tema se están tramitando ante la autoridad sectorial, pero no para fundar que esta obra constituye una modificación sustantiva del proyecto aprobado mediante la RCA 187/2010 por extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales.
- e. Por otra parte, cada vez que la Formulación de Cargos se refirió a la bocatoma como obra asociada al Proyecto, y en específico al acueducto, fue para intentar –erradamente– argumentar que esta obra ha eludido el ingreso al SEIA por requerir del permiso establecido en el artículo 294 del Código de Aguas. Lo anterior no es efectivo, en tanto, habiendo descartado la hipótesis de elusión al SEIA del acueducto del Proyecto, en virtud de lo expuesto en el punto III.1 de esta presentación, se descarta también la hipótesis de elusión respecto a sus obras asociadas, ya que la bocatoma no puede constituir por sí sola una obra mayor.
- f. Asimismo, en las Resoluciones SEA, el Director Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región del Maule se pronunció respecto a la pertinencia de ingreso al SEIA del Proyecto teniendo toda la información relativa a las obras que la componen, incluida la bocatoma. De esta forma, la señalada autoridad ambiental determinó que el Proyecto no debe someterse obligatoriamente al SEIA, en tanto no concurren los presupuestos del artículo 2 letras g.1 y g.3 del RSEIA. Dicha determinación fue hecha respecto de un Proyecto que incluía una bocatoma dentro de sus obras.
- g. En consecuencia, al no ser la bocatoma una obra mayor, las cuestiones que se susciten respecto a su construcción y operación son de competencia exclusiva del organismo sectorial correspondiente, que en este caso es la DGA, y no de la SMA. Por tal motivo, los permisos asociados a la construcción de la bocatoma del Proyecto, según lo señalado en los artículos 151 y siguientes del Código de Aguas, se encuentran radicadas en la instancia sectorial competente en la materia, que es la Dirección General de Aguas (expediente VC-0703-51).

Desde esa perspectiva, la Formulación de Cargos adolece de una profunda falta de fundamento y no permite determinar, aunque sea de forma preliminar, cómo la construcción de la bocatoma

constituye una modificación sustantiva del proyecto aprobado mediante la RCA 187/2010, según lo dispuesto en el artículo 2 letra g.3 del RSEIA.

Además de todo lo dicho, resulta claro que la sola construcción de una obra de tal naturaleza no tiene la aptitud de generar un incremento en los impactos ambientales que puedan asociarse al Proyecto, pues es una obra que no afecta la calidad de las aguas ni tampoco libera emisiones a la atmósfera, por lo que es imposible comprender de qué forma o en qué dimensión la SMA la considera un elemento generador de impactos ambientales.

Sobre el particular, cabe recordar que tanto la bocatoma como el acueducto se vinculan con una central hidroeléctrica de pasada, y que el abastecimiento provendría, entre otros, de derechos de aprovechamiento de agua no consuntivos (Resolución Exenta N° 229, de 2012, de la DGA de la Región del Maule). Ello implica que su utilización no generaría un menoscabo en la disponibilidad del recurso, por lo que también se descartan los efectos en tal ámbito.

- ii. La construcción de un acueducto de 2,36 metros cúbicos por segundo de capacidad máxima, y de 2,7 kilómetros de longitud, que envía las aguas al canal Roblería, lugar desde donde se obtiene el agua para generación eléctrica del proyecto.

Respecto del caudal de diseño del acueducto, reiteramos que éste no es de 2,39 m³/s sino de **1,9 m³/s**, por las razones ya esgrimidas en el punto III.1 de esta presentación, y que descartan de plano la causal de ingreso al SEIA del artículo 2 letra g.1 del RSEIA.

Ahora bien, respecto al acueducto como una supuesta modificación sustancial de la extensión, magnitud o duración de los impactos del proyecto aprobado mediante RCA 187/2010, no queda sino descartarlo, en tanto:

- h. La Formulación de Cargos no ha señalado cuáles son los **impactos ambientales**¹⁴ que se ven modificados sustancialmente en su extensión, magnitud o duración, respecto de lo ya evaluado mediante la RCA 187/2010. En efecto, la autoridad fiscalizadora simplemente

¹⁴ En este punto es necesario recordar que el concepto de impacto ambiental difiere del de riesgo, debido a las razones que se desarrollarán en el punto III.3 letra b) de esta presentación.

menciona la aplicabilidad del mencionado artículo 2 letra g.3 del RSEIA, pero prescinde de efectuar un análisis respecto a cuáles son los impactos que se han visto modificados en extensión, magnitud o duración, que ameriten un ingreso al SEIA.

- i. Nuevamente debemos recordar que el SEA se pronunció sobre el particular, en su Resolución Exenta N° 12/2017, teniendo a la vista los antecedentes del acueducto, y declarando al efecto que dicho Proyecto no requiere ingresar al SEIA, respecto de lo cual la SMA no se hace cargo.
 - j. Además, cabe recordar que la parte del Proyecto que llegó a construirse se ciñe a lo que fue presentado ante el SEA al formular las consultas de pertinencia, razón por la que la autoridad ambiental ya ponderó este punto, descartó la configuración de la causal de ingreso del artículo 2 letra g.3. del RSEIA.
- iii. El aumento del período de generación de energía del Proyecto.

Respecto del período de generación de energía, la Formulación de Cargos yerra al señalar que la licencia ambiental considera producir energía sólo entre los meses octubre y abril, **ya que en la RCA 187/2010, la autorización para la producción de energía se extiende durante todo el año.**

En efecto, al señalar la RCA 187/2010, en su considerando 3.1.1, que el uso del canal que abastece a la central se usará entre los meses de octubre y abril, se está refiriendo a la situación existente, previa al proyecto evaluado, relativa al origen del agua a utilizar y cómo éstas son usadas para regadío. Lo anterior queda de manifiesto de la lectura de la misma RCA, a saber:

“3.1.1. Origen de las aguas a utilizar

El proyecto cuenta con la autorización de la Asociación Canalistas del Melado, para 30 años. En anexo N°2 de la Declaración de Impacto Ambiental "Generadora Eléctrica Roblería" (en adelante DIA "Generadora Eléctrica Roblería") se entrega copia de Contrato de participación conjunta entre Asociación Canal del Melado y Generadora Eléctrica Roblería Ltda (en adelante GER).

Dichas aguas son captadas del río Melado, conducidas por un canal de 22 km de largo, luego cruza a través de un túnel de 4 km para descargar las aguas al Río Ancoa, finalmente captar sus aguas desde dicho río, en el sector

Roblería y conducir las al río Putagán a través de un canal propio. Desde el río Putagán se extraen las aguas para utilizarlas en riego aguas abajo de la futura GER a construir. **El uso del canal se hace entre octubre y abril.**" (énfasis agregado).

Luego, al describir el proyecto evaluado, la RCA 187/2010 señala en su considerando 3 que:

"(...) según los antecedentes señalados en la Declaración de Impacto Ambiental respectiva, el proyecto "Generadora Eléctrica Roblería." consiste en la construcción y posterior operación de una "Central Hidroeléctrica de Pasada" con una **capacidad de generación de energía anual de 4,0 MW de potencia, con una producción variable MWh (Mega watts hora), en una superficie de 3 hectáreas.**" (énfasis agregado).

Esta afirmación queda aún más clara de la lectura de la DIA del proyecto, la cual dio cuenta de la existencia de un Contrato de Participación Conjunta con la Asociación Canal del Melado, en cuya cláusula tercera indica que dicha Asociación entregará caudales determinados a HR durante los meses de octubre a abril, y que "la Asociación se obliga a realizar sus mejores esfuerzos para **procurar a la Generadora, un flujo de 3,6 m³/S durante todo el año, existiendo disponibilidad de recursos hídricos y siempre y cuando ello no afecte la entrega de aguas a los regantes de la Asociación**" (énfasis agregado). De la misma forma, la DIA establece que "el proyecto se justifica porque (...) permite una potencia instalada de 4 MW, con una **energía firme anual prevista del orden de 11.605.848 kWh, cantidad que puede llegar a 33.322.021 kWh, si los canalistas logran transportar agua durante todo el año por el Canal Roblería con caudal de 3,6 m³/seg**"¹⁵ (énfasis agregado).

Por lo tanto, al señalarse que el proyecto contará con una "energía firme anual", y que dicha energía firme anual puede llegar a los 33.322.021 kWh si los canalistas logran transportar agua **durante todo el año** por el Canal Roblería con caudal de 3,6 m³/seg., es posible concluir que ya desde la DIA el proyecto contemplaba funcionar durante el año completo, no habiéndose cuestionado dicha circunstancia por los Servicios competentes en la evaluación.

Luego, el ICE señala que el proyecto cuenta con una "capacidad de generación **anual** del orden de los 3,85 a 4,0 MW de potencia, con una producción variable MWh **según los escenarios de caudal**

¹⁵ Capítulo N° 2.1 de la DIA.

*disponible*¹⁶. De esta sección deducimos que existe una coincidencia entre los topes de generación señalados en la DIA y la capacidad de generación anual contemplada en el ICE. En otras palabras, solo se puede llegar a los 3,85 o 4,0 MW cuando se generan los 33.322.021 kWh anuales, señalados en la DIA, los que, a su vez, solo son alcanzables cuando se cuenta con los 3,6 m³/s de agua durante el año completo. Es decir, para que HR alcance la máxima capacidad de generación autorizada por la RCA 187/2010, debe contar con los 3,6 m³/s de agua para producir energía durante todo el año.

Cuestión distinta es que exista disponibilidad del recurso durante todo el año. Por tal motivo, el Contrato de Participación Conjunta con la Asociación Canal del Melado asegura el abastecimiento del recurso durante los meses de octubre a abril, pero se compromete a realizar sus mejores esfuerzos para procurar a HR flujo durante todo el año.

En razón de ello, el entonces titular del Proyecto presentó una consulta de pertinencia, para efectos de complementar dicho abastecimiento, que no se encontraba asegurado entre los meses de mayo a septiembre. Así, de la lectura de las Resoluciones SEA es posible vislumbrar que en ningún momento la construcción del Proyecto en el estero Nacimiento tenía como causa una limitación de la licencia ambiental referida a los meses de generación de energía de la Central, sino más bien, la disponibilidad efectiva del recurso hídrico. En consecuencia, **no es efectivo que exista un aumento en los impactos ambientales del Proyecto por aumento de los meses del año en que se generará energía, en tanto la RCA 187/2010 contempló, desde siempre, que la Central estaba autorizada a generar todo el año.**

Ahora bien, sin abandonar lo anteriormente expuesto, es menester señalar que aún si existiese un límite temporal para la generación de energía de la Central –que no existe–, la Formulación de Cargos no indica de manera alguna cómo es que la nueva situación con Proyecto constituye una modificación en la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales a este respecto, como ha sido la tónica de esta resolución.

¹⁶ Considerando N° 1.9 del ICE.

Por último, tampoco es cierto que el sólo hecho de generar energía durante un determinado período de tiempo se pueda asociar *ipso facto* a un incremento sustantivo en la extensión, magnitud o duración de los impactos del proyecto, por lo que la imputación del SEA no sólo se desajusta al marco autorizatorio del proyecto Roblería, sino que también desatiende los elementos ambientales implicados.

- iv. El aumento de la superficie del proyecto, incluyendo el área de intervención de bosque nativo.

El aumento de la superficie del Proyecto, por sí sólo, no constituye una modificación sustantiva en la extensión, magnitud o duración de los impactos del proyecto aprobado mediante la RCA 187/2010.

Lo anterior queda en evidencia de la misma Resolución Exenta N° 12, de 2017, del Director Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región del Maule, la cual, en su considerando 7.2, dispone que “(...) *las modificaciones corresponden a la construcción de un canal para la conducción de agua de una capacidad de hasta 1,9 m³/seg. con una longitud de 2,7 km en donde se ocuparán una superficie de 2,7 hectáreas en suelos de aptitud forestal y Bosque Nativos del tipo forestal: Roble- Hualo (...)*”, concluyendo luego que el Proyecto no requiere ingresar al SEIA de forma obligatoria.

De esta forma, el SEA de la Región del Maule fue enfático en señalar que la ocupación de 2,7 hectáreas de suelos de aptitud forestal y Bosque Nativo no configura el supuesto del artículo 2 letra g.3 del RSEIA.

En este sentido, la SMA no expresó ninguna razón o argumento para desvirtuar lo señalado por el SEA de la Región del Maule en su Resolución Exenta N° 12, de 2017, ni señaló cómo es que dicha circunstancia constituiría una modificación sustantiva de impactos ambientales cuyo ingreso al SEIA es obligatorio.

Por otra parte, es importante tener presente que el Proyecto contempló inicialmente la afectación de 2,7 hectáreas de bosque nativo, siendo que en la práctica sólo fue necesario afectar 1,7

hectáreas, y dicha afectación sólo se refirió a la especie nativa Roble Hualo, la cual, en este caso, no se encuentra inserta dentro de un área colocada bajo protección oficial, ni tampoco se trata de una especie que posea un valor adicional, en tanto no se encuentra declarada como Monumento Natural. Asimismo, en virtud de lo señalado en el decreto supremo N° 42, de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, dicha especie se encuentra clasificada como Casi Amenazada por dicha entidad, es decir, no satisface los criterios para ser clasificada dentro de las categorías En Peligro Crítico, En Peligro o Vulnerable.

Es evidente que el SEA dimensionó lo anteriormente señalado para efectos de concluir que el Proyecto no requiere ingresar al SEIA. La Formulación de Cargos, en cambio, no contiene argumentos que permitan desestimar lo resuelto por el SEA en la mencionada consulta de pertinencia, y atribuye cambios sustantivos en la generación de impactos en circunstancias que ello no es efectivo.

5. NO SE HA ESGRIMIDO ARGUMENTO JURÍDICO NI TÉCNICO ALGUNO QUE JUSTIFIQUE LA CALIFICACIÓN PRELIMINAR DE LA INFRACCIÓN COMO GRAVÍSIMA.

En efecto, y aun careciendo de argumentos mínimos para fundar una elusión de ingreso al SEIA, la Formulación de Cargo va más allá al sostener la concurrencia de las circunstancias del artículo 6 inciso 2° del RSEIA para considerar que, de esta forma, concurrirían los supuestos del artículo 36 numeral 1 letra f) de la LOSMA y, en consecuencia, la supuesta infracción cometida tendría el carácter de gravísima. Esto, a nuestro entender, no es sostenible, por las razones que pasaremos a exponer:

a) No concurren los requisitos del artículo 6 del RSEIA.

Primeramente, al no existir una causal de ingreso al SEIA (en virtud de lo argumentado latamente en esta presentación), el artículo 6 del RSEIA no es aplicable, en cuanto éste regula efectos asociados al ingreso al SEIA.

Sin perjuicio de ello, aún sin tomar en cuenta lo anterior, consideramos excesiva y errónea la aproximación según la cual en este caso existen efectos adversos significativos sobre recursos naturales renovables, pues:

- Respecto al recurso suelo, no existe en este caso una pérdida de suelo o de su capacidad para sustentar biodiversidad, según lo señalado en el artículo 6 del RSEIA, en tanto esto sucede sólo cuando existe una “*eliminación absoluta de las condiciones o propiedades que otorgan al suelo la facultad de producir y arraigar especies vegetales y sustentar vida*”¹⁷, cuestión que no ocurre en el caso en comento, en donde en ningún caso se ha generado una pérdida total de las propiedades del suelo.
- Por otra parte, la superficie afectada por los derrumbes corresponde a 1,5 hectáreas, lo cual es equivalente al 1,5% del área de la sub-subcuenca del Río Putagán, y a un 0,00034 % del área de la subcuenca del Río Loncomilla, donde se ubica el estero Nacimiento. Es decir, constituye una superficie que por su tamaño y calidad (área no sujeta a protección), no tiene la entidad suficiente como para provocar efectos sobre la permanencia del recurso, alteraciones sobre la capacidad de regeneración o renovación del recurso, o alteraciones en las condiciones que hacen posible la presencia y desarrollo de las especies y ecosistemas.
- Asimismo, tampoco puede entenderse que exista una falta de disponibilidad del recurso hídrico, en tanto, al ser ésta una Central de pasada, el agua utilizada para la generación de energía es devuelta al cauce, con lo cual su permanencia y disponibilidad no se ve afectada. Por otra parte, en cuanto al estero Nacimiento, reiteramos que éste no ha visto afectado en ningún momento el libre escurrimiento de sus aguas, y, a mayor abundamiento, HR ha paralizado la construcción del Proyecto y se encuentra evaluando adoptar las medidas que se puedan ejecutar de acuerdo con el resultado de los estudios técnicos que esta parte está desarrollando (entre ellos, informes geológicos, climáticos e hidrológicos), según lo señalado en el recurso de reposición presentado con fecha 21 de diciembre de 2018.

¹⁷ Guía sobre efectos sobre recursos naturales renovables, del SEA.

- Por último, no hay antecedente alguno respecto a la potencial afectación del recurso aire, con lo cual se terminan de descartar los supuestos del artículo 6 del RSEIA.

Por todo lo anteriormente expuesto, y al no haberse constatado la concurrencia de la circunstancia del artículo 6 del RSEIA ni ninguna otra del artículo 11 de la ley 19.300, no existe motivo alguno para calificar el Cargo N° 2 como una infracción gravísima en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 numeral 1 letra f) de la LOSMA, esgrimidos en la Formulación de Cargos.

- b) Para efectos de fundar la existencia de la circunstancia del artículo 6 del RSEIA, la Formulación de Cargos confunde el concepto de riesgo con el de impacto/efecto.

Tal como se expondrá, las circunstancias señaladas en el artículo 11 se refieren a impactos ambientales que de forma específica gatillan la necesidad de que un proyecto o actividad ingrese al SEIA por la vía de un Estudio de Impacto Ambiental. Así, las circunstancias del artículo 11 de la ley 19.300 y, por tanto, las del artículo 6 del RSEIA, no se configuran a partir de riesgos.

La diferencia entre riesgo e impacto ha sido explicitada por el SEA, quien, mediante el Oficio Ordinario N° 180972, de 2018, impartió instrucciones en relación con el concepto de “impacto ambiental” y “riesgo” en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Sobre el particular, la señalada autoridad ambiental dispuso que:

*“(...) un impacto ambiental requiere necesariamente una relación de causalidad entre la alteración al medio ambiente y la ejecución del proyecto o actividad, como ocurre con el "riesgo para la salud de la población" al que se asocian las correspondientes medidas de mitigación, compensación o reparación; mientras que el riesgo —para efectos del SEIA— **dice relación con los eventos o contingencias que no son necesariamente una consecuencia de la ejecución del proyecto** (en cuanto, puede asociarse a una contingencia, por ejemplo, un derrame de sustancias peligrosas, como a un fenómeno natural ajeno al proyecto), pero no como un efecto esperado del proyecto o actividad, pues los hechos que lo constituyen no corresponden al funcionamiento normal del proyecto o actividad, conforme sea declarado por su proponente, y a los cuales se asocian los Planes de Prevención de Contingencias y Emergencias (...)”.* (el subrayado es nuestro).

Por su parte, respecto a la identidad de los conceptos de “impacto” y “efecto”, el referido Oficio señala que:

*“Al respecto, la Ley N° 19.300, en su artículo 11, señala aquellos efectos, características y circunstancias que implican que un proyecto ingrese al SELA mediante un Estudio de Impacto Ambiental (en adelante, "ELA"), mientras que, cuando se generan **otros impactos ambientales distintos de los enumerados en dicha disposición**, el proyecto deberá ingresar al SELA mediante una Declaración de Impacto Ambiental (en adelante, "DLA").*

*Sea que se trate de una DLA o ELA, a partir de la descripción de dicho proyecto, y definiendo sus partes, obras y acciones, es posible realizar una **identificación de impactos potenciales del mismo (sean o no los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley N° 19.300)**, la que se complementa una vez conocida la descripción del área de influencia.*

*Abora bien, **la relevancia de esta distinción entre los efectos, características y circunstancias del artículo 11 de la Ley N° 19.300 y los demás impactos ambientales**, radica en que, como antes se indicó, respecto de los proyectos o actividades enumerados en el artículo 10 de la Ley N° 19.300 que generen alguno de efectos, características o circunstancias del citado artículo 11, deberán establecer las consecuentes medidas de mitigación, compensación o reparación, según el caso. (...)*” (énfasis agregado).

En consecuencia, según lo expuesto por el SEA:

- Impacto implica una relación de causalidad entre la alteración al medio ambiente y la ejecución del proyecto o actividad.
- Riesgo se refiere a los eventos o contingencias que no son necesariamente una consecuencia de la ejecución del proyecto pues los hechos que lo constituyen no corresponden al funcionamiento normal del proyecto o actividad (poniendo como ejemplo el derrame de sustancias peligrosas).
- Las circunstancias del artículo 11 de la ley 19.300 (incluyendo aquella regulada en el artículo 6 del RSEIA), constituyen propiamente impactos.

Pues bien: de la lectura de los considerandos 53, 57, 58, 59, 60, 61 de la Formulación de Cargos, queda clara la confusión de los conceptos antes descritos. En efecto, los derrumbes y el peligro de entorpecimiento del libre escurrimiento de las aguas (considerandos 53, 57, 58, 59, 60 y 61),

constituyen riesgos asociados al Proyecto, no impactos ambientales, en tanto éstos no son un efecto esperado del proyecto o actividad, pues los hechos que lo constituyen no corresponden al funcionamiento normal de éste.

Lo anterior queda de manifiesto de lo señalado en el Informe Técnico de Fiscalización N° 43/2018, de la DGA de la Región del Maule, que es citado por la Formulación de Cargos. A saber:

*“Según lo informado por la empresa constructora, se debe seguir trabajando en bajar la cota de la faja en construcción, lo que según este Servicio irremediablemente traerá mayor acumulación de material en el estero Nacimiento, estando en **peligro su interrupción total**, a raíz de la alta pendiente existente en la zona (promedio de 65%). Adicionalmente, ante la sostenida baja de caudales que traerá el estero Nacimiento a medida que avanza hacia la estación veraniega, se prevé una menor capacidad de remoción de material producto del escurrimiento de las aguas, lo que acrecentará las posibilidades de colapso en dicho cauce”.* (punto 3 letra C). (Énfasis agregado).

Lo dicho en este apartado es relevante en tanto la DGA de la Región del Maule está indicando que la eventual mayor acumulación de material en el estero Nacimiento y su peligro de interrupción total, se encuentra asociada a dos supuestos:

- Continuar con los trabajos para bajar la cota de la faja en construcción; y,
- La eventual baja de caudales por causa del avance de la estación veraniega.

De esta forma, lo que existía al momento de la redacción del mencionado Informe de la DGA, asociado a la baja de la cota de la faja en construcción, es un **peligro de interrupción total del estero Nacimiento, lo cual constituye una situación de riesgo o peligro, no de un impacto.**

Por tal motivo, dichas circunstancias no pueden configurar los presupuestos del artículo 11 de la ley 19.300 ni del artículo 6 del RSEIA, en tanto dichas normas regulan efectos/impactos ambientales y no riesgos, como bien señala el Oficio citado del SEA.

Por lo demás, la existencia, entidad y magnitud de tales riesgos está siendo discutida en la instancia procesal correspondiente (los procedimientos asociados a las medidas provisionales decretadas por la SMA en contra de HR) y ante los órganos sectoriales competentes. Sin perjuicio de ello, vale señalar que las aguas del estero Nacimiento se encuentran escurriendo libremente y que, en virtud de la paralización total del Proyecto y de las medidas que se han adoptado y adoptarán con tal fin, se suprimieron los supuestos que, a juicio de la DGA, generaban el riesgo o peligro.

c) La Formulación de Cargos confunde el concepto de daño inminente requerido para disponer una medida provisional, con los efectos del artículo 11 de la ley 19.300.

Dicha confusión queda clara de la lectura del considerando 76 de la Formulación de Cargos, y de la referencia a dicho considerando dentro de las justificaciones para calificar el Cargo N° 2 como infracción gravísima, por aplicación del artículo 36 número 1 letra f) de la LOSMA.

Así, el riesgo de daño inminente al medio ambiente y la salud de la población constituye un requisito exigido para la interposición de medidas provisionales, que no guarda relación con los efectos del artículo 11 de la ley 19.300, ni del artículo 6 del RSEIA.

Tal como se señaló, tanto el artículo 11 de la ley 19.300 como el artículo 6 del RSEIA regulan la concurrencia de impactos/efectos asociados a proyectos o actividades, y no a sus riesgos. En ese sentido, el requisito exigido en el artículo 48 de la LOSMA (daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas) constituye propiamente un riesgo, para lo cual la SMA dispone de ciertas herramientas procedimentales.

Por tal motivo, el riesgo de daño inminente al medio ambiente señalado en el considerando 76 de la Formulación de Cargos claramente se refiere a un riesgo, y, por tanto, no puede ser un antecedente que logre configurar los presupuestos del artículo 6 del RSEIA, ni de cualquier otra circunstancia del artículo 11 del RSEIA.

Por tal motivo, y dado que la SMA cita el Considerando 76 dentro los fundamentos para considerar que el Cargo N° 2 es una infracción gravísima, es posible concluir que ha confundido los conceptos de riesgo de daño inminente con el de efectos del artículo 11 de la ley 19.300.

Somos enfáticos al señalar que, **aún si es que dichos riesgos se configuraran, éstos no constituyen de por sí antecedentes que detonen la aplicabilidad de los efectos del artículo 11 de la ley 19.300.** Los presupuestos de ambos artículos se refieren a cuestiones totalmente distintas, como se ha explicitado en este acápite.

A mayor abundamiento, en cuanto al riesgo a la salud de la población, vale indicar que el requisito regulado por el artículo 48 de la LOSMA a este respecto, no se identifica con el riesgo a la salud de la población del artículo 11 letra a) de la ley 19.300, en tanto la figura jurídica de la norma de la ley 19.300 se refiere a un impacto ambiental. Así lo señala el mismo Oficio Ordinario N° 180972, de 2018:

“(...) la Ley N° 19.300 y el RSELA utilizan la frase “riesgo para la salud de la población”, y que para estos efectos, constituye el impacto ambiental del artículo 11 letra a) de la Ley N° 19.300 (...)

Por ende, cuando se genere este efecto adverso significativo del artículo 11 letra a) de la Ley N° 19.300, el cual es, un “impacto ambiental”, deberán adoptarse las medidas de mitigación, compensación o reparación, según el caso.”

Por otra parte, es totalmente descartable que en el caso en comento se den efectos del artículo 11 letra a) de la ley 19.300, en tanto dicha normativa requiere que el riesgo a la salud de la población sea a causa de la cantidad o calidad de efluentes, emisiones o residuos, cuestión que no ocurre en este caso.

Por último, es menester señalar que no existen, a la fecha, reportes de daños a la salud de las personas con ocasión de la construcción del Proyecto ni de los eventos climáticos que han ocurrido en los últimos meses.

Como conclusión de lo señalado en este punto, la calificación efectuada en la Formulación de Cargos, en el sentido que nos encontramos ante una infracción gravísima, es jurídicamente errada, en tanto los antecedentes esgrimidos en los considerandos citados, al calificar dentro del concepto de riesgo y no de impacto, no son capaces de configurar la hipótesis del artículo 6 del RSEIA ni de ningún numeral del artículo 11 de la ley 19.300, lo cual excluye la existencia de una infracción por elusión que cumpla los requerimientos dispuestos en el artículo 36 numeral 1 letra f) de la LOSMA. Asimismo, la existencia y magnitud de los eventuales riesgos generados están siendo discutidos en las instancias administrativas correspondientes (ambientales y sectoriales) y, dado que la construcción del Proyecto se encuentra totalmente paralizado en razón de lo ordenado por la DGA de la Región del Maule (Resolución Exenta N° 567/2018), los supuestos riesgos esgrimidos, de existir, han disminuido su entidad de forma categórica.

d) Respecto al resto de los considerandos esgrimidos para fundamentar la calificación de “gravísima” de la supuesta infracción del Cargo N° 2, ninguno de ellos tiene el mérito de justificar la concurrencia de los presupuestos del artículo 36 numeral 1 letra f) de la LOSMA.

Habiendo descartado que los Considerandos 53, 57, 58, 59, 60, 61 y 76 de la Formulación de cargos tenga mérito alguno para acreditar la concurrencia de los presupuestos del artículo 36 numeral 1 letra f) de la LOSMA, es necesario dar cuenta de cómo el resto de los considerandos citados para estos efectos por la SMA tampoco dice ninguna relación con la concurrencia de las circunstancias el artículo 6 del RSEIA. Esto, según lo que pasaremos a exponer:

- Respecto a lo señalado en los considerandos 54 y 55, solicitamos remitirse a lo latamente fundamentado en el punto III.1 de esta presentación.
- Respecto a lo que se plantea en el Considerando 56, es efectivo que, a partir de lo señalado en la Resolución 567/2018 de la DGA de la Región del Maule, HR paralizó completamente la construcción del Proyecto, con lo cual, de verificarse riesgos asociados, éstos fueron prácticamente suprimidos con dicha acción.
- Respecto a lo planteado en el Considerando 74, podemos señalar lo siguiente:

- En cuanto a las características del Proyecto (superficie, período de generación, intervención del bosque nativo y obras hidráulicas contempladas), se ha fundamentado largamente que éstas fueron sometidas oportunamente a consultas de pertinencia de ingreso al SEIA ante el SEA de la Región del Maule, instancia en la cual dicha autoridad descartó la concurrencia tanto de los supuestos del artículo 2 letras g.1 y g.3 del RSEIA; en consecuencia, sobre el particular nos remitimos a dichos argumentos. Sin perjuicio de lo anterior, la SMA no ha indicado razón alguna para considerar que, dado lo dispuesto en este considerando, corresponde la aplicación del artículo 6 del RSEIA, dejando en evidencia, una vez, la falta de antecedentes y de argumentos jurídicos que ha esgrimido la SMA para construir el Cargo N°2 y su calificación.
- Luego, respecto a la intervención del lecho del estero Nacimiento por depositación de material de escape en quebradas, es importante hacer presente que nos encontramos ante supuestos normativos de clara competencia sectorial y no ambiental. Por tal motivo, la DGA -autoridad sectorial competente para estos efectos- está siendo la encargada de determinar, la magnitud, naturaleza y efectos de las labores efectuadas en el cauce por mi representada (expedientes FD-0703-125 y FD-0703-131 de la DGA).
- Respecto a lo expresado en el Considerando 75, podemos señalar que todas las materias ahí mencionadas se encuentran radicadas en las instancias sectoriales correspondientes. Nuevamente, la SMA no ha indicado de forma alguna cómo estas circunstancias son capaces de configurar los supuestos del artículo 6 del RSEIA.

6. EN LA FORMULACIÓN DEL CARGO N° 2, LA SMA HA VULNERADO COMPLETAMENTE EL DEBER DE MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

El deber de motivación de los actos administrativos constituye un principio general del derecho administrativo y un requisito expresamente establecido en el artículo 41 inciso 4° de la LPA, el cual dispone que: *“Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada.”* Lo propio sucede con lo que ordena el segundo inciso del artículo 11 de la LPA, al exigir que: *“Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los*

limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio (...)”. Esto ha sido ratificado por el 2º Tribunal Ambiental, el cual ha dispuesto que *“todo acto administrativo debe ser fundado, debiendo cumplir con las exigencias establecidas en los artículos 11 inciso 2 y 41 inciso 4 de la ley N° 19.880 (...) pues de lo contrario deviene en arbitraria, debiendo en consecuencia ser anulada”*¹⁸.

En cuanto a la legislación ambiental, el artículo 49 inciso 2º de la LOSMA dispone que ***“La formulación de cargos señalará una descripción clara y precisa de los hechos que se estimen constitutivos de infracción y la fecha de su verificación, la norma, medidas o condiciones eventualmente infringidas y la disposición que establece la infracción, y la sanción asignada.”***

Tal como se ha expresado en esta presentación, nos encontramos ante una Formulación de Cargos que no cumple con los estándares de debida fundamentación que todo acto administrativo debe satisfacer, en tanto prescinde de antecedentes concretos que desestiman su postura y omite justificar la aplicabilidad de las leyes que, a su parecer, son aplicables al caso. Por tal motivo, el Cargo N° 2 adolece de falta de debida precisión, claridad y motivación de sus fundamentos, cuestión que *per se* implica que éste debe ser desestimado.

De esta manera, el sólo hecho de hacer alusión a una serie de antecedentes, como el reporte del incidente efectuado por esta parte, luego, los procesos de fiscalización sectoriales o referirse a los riesgos atribuidos al proyecto, no satisface el estándar de motivación que debe tener la formulación de cargos, pues no explicita las razones técnicas para imputar un incremento sustantivo en la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales. Al mismo tiempo, sin dar justificación jurídica de ningún tipo, y yendo en contra del marco regulatorio definido por la autoridad ambiental, asimila conceptos que jurídicamente son claramente distintos, por ejemplo, el impacto y el riesgo.

¹⁸ Rol R-32-2014 (Considerando Decimosexto).

IV. DESCARGOS, ALEGACIONES Y DEFENSAS ASOCIADAS AL CARGO N°3

1. LA FORMULACIÓN DE CARGOS INCURRE EN INFRACCIÓN DE LEY, EN CUANTO VULNERA EL PRINCIPIO *NOS BIS IN IDEM*

Sobre el particular, damos por reproducidas las consideraciones relativas a la vulneración del principio *non bis in idem*, desarrollada en la sección N° 2, del capítulo II de estos descargos.

2. EL REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN NO SE ENMARCA EN LOS PARÁMETROS DEL ARTÍCULO 3° LETRA E) DE LA LOSMA.

Cabe hacer presente que la SMA omite en su Formulación de Cargos hacer alusión al inciso 2° del referido artículo 3°, el cual contempla que se deberán conceder plazos razonables para proporcionar la información solicitada, considerando las circunstancias que rodean su producción, incluyendo el volumen de la información, complejidad, ubicación, entre otros.

Dicho ello, es de la mayor relevancia relevar que la SMA no solicitó información que estuviese a disposición de HR, sino que, por el contrario, solicitó información que requería de una serie de análisis e informes, lo que claramente excede del ámbito contemplado por la letra e) del artículo 3°, el cual apunta a que la SMA pueda imponerse de todos los antecedentes ambientales asociados al proyecto que se encuentren en poder del titular, pero no así, a aquellos que no existen y que deben ser desarrollados.

3. CONSIDERACIONES PARTICULARES SOBRE LA INFORMACIÓN SOLICITADA.

Como primer punto, es importante reiterar lo dispuesto por el inciso segundo del referido artículo 3° de la LOSMA, toda vez que, para poder generar información de la complejidad técnica que requirió la SMA, se deben contar con plazos significativamente mayores a los otorgados.

Adicionalmente, el hecho de recibir la información que se logró recabar, pero sin emitir ninguna clase de pronunciamiento relativo a su suficiencia, sino que hasta la formulación de cargos,

claramente atenta contra el real sentido de la atribución que le fue otorgada a la SMA, toda vez que se prescinde de un sentido finalista y de resguardo del medio ambiente, privilegiando los aspectos sancionatorios sobre los de promoción temprano al cumplimiento.

Dicho lo anterior, cabe recordar que, específicamente, se imputa la omisión de requisitos asociados al requerimiento N° 6 de dicha acta de inspección ambiental, que señala lo siguiente:

“Cartografía actualizada en formato digital (shp y kmz), georreferenciada en Datum WGS 84, Huso 19, con imagen aérea actualizada de fondo, con identificación de rodales de reforestaciones y plantaciones efectuadas. Además, para cada rodal debía indicar resolución de plan de manejo aprobada, superficie (ha), año de plantación, densidad de plantación y densidad actual, estado fitosanitario actual, especies y porcentaje de plantas utilizadas por especie, programa de riego y medidas culturales aplicadas, acompañada con información y resultados de un inventario de prendimiento, cuyas parcelas debían estar claramente identificadas y georreferenciadas.”.

En concreto, el considerando N° 85 de la Formulación de Cargos cuestiona que i) no se haya incorporado una imagen aérea actualizada de fondo en la cartografía requerida; ii) no se haya indicado el año real de ejecución de las plantaciones; iii) no se haya cumplido con el requerimiento de declarar la densidad original de la plantación y la actualmente existente; iv) no se haya cumplido con el requerimiento de declarar el estado fitosanitario actual de las plantaciones; v) no se haya cumplido con el requerimiento de declarar el programa de riego y medidas culturales aplicadas; y, vi) la información y resultados de un inventario de prendimiento.

A continuación, pasaremos a exponer nuestros descargos al respecto:

- Respecto a la cartografía actualizada.

Dado que el requerimiento en comento utilizó la expresión “cartografía actualizada”, HR consideró que la última versión disponible en la plataforma Google Earth, que data del 2016, cumplía con dicho requerimiento. Esto, en atención a que éste no entregó mayores detalles respecto del año de actualización de la cartografía solicitada, ni tampoco formuló observaciones a ésta una vez entregada. Asimismo, es importante señalar que en dicha oportunidad se utilizaron

los recursos que existían disponibles en ese momento, también en atención al breve plazo que le fue otorgado a HR para dar cumplimiento a su obligación de entrega de información.

Por tal motivo, HR considera que se ha cumplido con la presentación de la cartografía actualizada, en tanto ésta fue presentada con los antecedentes que existían y se encontraban disponibles al momento de requerir la mencionada información.

- Respecto a la información de los puntos ii), iii), iv), v) y vi).

Todos los antecedentes anteriores se encuentran contenidos en la Minuta Técnica del consultor Servicios Ambientales Biotas SpA, que se acompaña a esta presentación.

Igualmente, resulta importante poner de relieve que el Cargo N° 3 sólo se refiere a uno de los requerimientos del acta de inspección ambiental de 19 de junio de 2018 de la SMA, de los seis que en total fueron solicitados por dicha autoridad ambiental.

V. CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LOSMA.

Sin abandonar lo anteriormente señalado en esta presentación, y en el improbable caso de que la SMA estime que se configuran las infracciones imputadas en la Formulación de Cargos, a continuación se analizarán cada una de las circunstancias descritas en el artículo 40 de la LOSMA, con el objeto de descartar o fundar su concurrencia, según corresponda respecto de cada uno de los cargos imputados a HR.

1. Letra a): La importancia del daño causado o del peligro ocasionado.

En lo que respecta al Cargo N° 1, no existe daño o peligro atribuible a dicha supuesta infracción, pues es un hecho que se efectuaron labores asociadas a la reforestación establecida en la Resolución de Plan de Manejo de Obras Civiles N° 60/38-73/10, de 3 de junio de 2010, de la CONAF. Dado ello, no puede entenderse que ese supuesto daño o peligro sea de una magnitud, entidad o extensión que importe aplicar esta circunstancia a este caso concreto.

En lo que respecta al Cargo N° 2, tampoco concurre la circunstancia del artículo 40 letra a) de la LOSMA, pues, de la lectura de la Formulación de Cargos, se desprende que todos los potenciales daños y peligros esgrimidos en dicho acto administrativo se asocian al deslizamiento de material desde la ladera hacia el estero Nacimiento. Pues bien, una vez paralizadas las obras de construcción del Proyecto, ordenada por la Resolución 567/2018 de la DGA de la Región del Maule, el eventual peligro ocasionado por dicha construcción ya no existe o bien ha disminuido de forma considerable, debido a que no existe la causa que lo puede producir. Sin perjuicio de ello, y con el objeto de descartar de plano cualquier indicio de riesgo o peligro al respecto, HR se encuentra actualmente adoptando las medidas que son técnicamente factibles para reforzar la estabilidad de taludes. Junto con ello, se han iniciado los trabajos para reparar el camino vecinal afectado por deslizamientos. Por su parte, en cuanto al daño, no existe a la fecha ninguna afectación a la salud de las personas y/o al medio ambiente que por su magnitud, entidad o extensión tenga el mérito suficiente para ser considerado como una circunstancia a ser aplicada para la determinación de la sanción en el caso en comento.

En el caso del Cargo N° 3, esta circunstancia no es aplicable, en tanto la potencial falta en la entrega de una información acotada y precisa, como ocurre en este caso, no tiene ninguna relevancia ni relación respecto a la potencial afectación de la salud de las personas o el medio ambiente, bajo el prisma de daño ni de peligro.

2. Letra b): Número de personas cuya salud pudo afectarse.

En los casos del Cargo N° 1 y N°3, esta circunstancia no es aplicable, puesto que ningún caso dichas supuestas infracciones se asocian a una afectación a la salud de las personas.

Respecto del Cargo N° 2, como ya se ha señalado, la paralización de las obras de construcción del Proyecto ordenada por la DGA ha derivado en una restricción en el ingreso de cualquier persona al recinto, por lo cual cualquier peligro asociado a este literal ha desaparecido.

3. Letra c): El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.

Respecto al Cargo N°1, no puede entenderse que exista un beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, puesto que se han efectuado las labores de reforestación que han sido mandatadas, respecto de las hectáreas en las cuales efectivamente se efectuó corta, según lo señalado por la CONAF en su Resolución de Plan de Manejo de Obras Civiles N° 60/38-73/10, de 3 de junio de 2010. De esta forma, no se vislumbra cómo podrían concurrir esta circunstancia, ya que no ha existido en esta potencial infracción ningún tipo de ganancia económica, ni evitadas, retrasadas, anticipada o adicionales.

Respecto al Cargo N°2, las supuestas infracciones cometidas por HR no le han reportado beneficio económico o ganancia alguna, pues no se puede entender que la elusión de ingreso al SEIA sea una ganancia evitada o retrasada, y, por tanto, un beneficio económico, dado que HR ha realizado todas las gestiones que en materia ambiental son requeridas para dar curso a la construcción de su Proyecto.

Prueba de ello es que fueron presentadas **dos consultas de pertinencia del ingreso ante el SEA de la Región del Maule**, con el objeto de obtener de dicha autoridad un pronunciamiento que indicara si el Proyecto requiere o no el ingreso al SEIA.

Por otra parte, tampoco existen ganancias anticipadas o adicionales que se hayan percibido como consecuencia de las presuntas infracciones, debido a que el Proyecto no ha concluido su etapa de construcción y, en consecuencia, no ha reportado ningún beneficio económico para HR. Es más, por este motivo, el Proyecto sólo ha reportado costos.

Por último, respecto al Cargo N°3, la supuesta infracción cometida tuvo su origen en errores meramente formales y en la falta de un plazo razonable para dar cumplimiento a los requerimientos efectuados por la autoridad. Éstos, en caso alguno, han significado ganancias evitadas, retrasadas, anticipada o adicionales.

4. Letra d): La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.

Respecto del Cargo N°1, es posible asegurar que no existe intencionalidad, en la medida que HR ha efectuado las labores requeridas por la RCA 187/2010 y por los organismos sectoriales relacionados. De esta forma, y tal como se explicó en el punto II de estos descargos, HR ha efectuado los trabajos de reconstrucción requeridos por la Resolución de Plan de Manejo de Obras Civiles N° 60/38-73/10, de 3 de junio de 2010, de la CONAF, en los predios Hijuela 2, La Pampa Baja e Hijuela 2 Lote A y B, Vega Ancoa, según lo aprobado por dicha autoridad sectorial.

Luego, respecto del Cargo N° 2, no puede entenderse que exista intencionalidad por parte de HR en la comisión de la supuesta infracción, por la razón que ha sido largamente explicada y esgrimida en esta presentación: **dadas las Resoluciones SEA que determinaron que el Proyecto no requería ingresar al SEIA, HR decidió legítimamente no tramitar dicha evaluación, amparado en resoluciones de la autoridad competente que se pronunciaron en tal sentido.** En consecuencia, no cabe señalar que existió intencionalidad o dolo en la comisión de la supuesta infracción, y, por tal razón, también se excluye la existencia de algún grado de participación.

Respecto del Cargo N° 3, entendiendo que la supuesta infracción se debió a errores meramente formales y falta de plazo suficiente para dar cumplimiento a lo requerido, no puede entenderse que exista intencionalidad en la comisión de la supuesta infracción. Esto, en tanto en virtud del requerimiento de información efectuado por la SMA con fecha 19 de junio de 2018, fueron presentados prácticamente la totalidad de los antecedentes requeridos. De esta forma, si es que existe algún grado de culpabilidad en tal sentido, éste sólo podría atribuirse a un actuar culposo o negligente, lo cual no constituye la circunstancia en comento.

Por otra parte, en lo que se refiere a la autoría o grado de participación, cuando la atribución de responsabilidad es a título de autor, como es el caso de los tres cargos formulados, entonces la sanción aplicable no se verá alterada por esta circunstancia, ni para su incremento ni para su disminución.

5. Letra e): Conducta anterior del infractor.

A este respecto, HR ha evidenciado una irreprochable conducta anterior, toda vez que ni la unidad fiscalizable constituida por Generadora Eléctrica Roblería ni su actual titular, HR, han sido objeto de sanciones o procedimientos sancionatorios por incumplimientos de la normativa ambiental.

Por consiguiente, dicha circunstancia debe ser considerada como un factor de disminución de las eventuales sanciones que se apliquen respecto de las infracciones imputadas en las Formulación de Cargos.

6. Letra f): Capacidad económica del infractor.

Tal como señalan las “Bases Metodológicas para la determinación de sanciones ambientales” de la SMA, esta circunstancia tiene relación con el nivel de ingresos anuales, actuales o potenciales, del infractor, el cual corresponde a un indicador de la capacidad económica del mismo, así como a la situación financiera específica del infractor en el momento de la aplicación del conjunto de las sanciones pecuniarias determinadas para el caso bajo análisis.

En este sentido, dado el tamaño económico de HR, y a que su único proyecto consiste una central de pasada cuya capacidad de generación es de sólo 4 MW (pequeño medio de generación), no corresponde que la presente circunstancia sea considerada como un factor de aumento de la eventual sanción.

7. Letra g): Cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3° de la LOSMA.

Dicha circunstancia no es aplicable a este caso.

8. Letra h): Detrimiento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado.

Dicha circunstancia no es aplicable a este caso.

9. Letra i): Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción.

Para estos efectos, son tres los criterios que resultarían ser aplicables en el caso en comento:

a) Cooperación en la investigación y/o el procedimiento.

Al respecto, cabe señalar que, según consta en las actas de inspección ambiental, HR ha sido diligente en otorgar a las autoridades todas las facilidades requeridas para llevar a cabo su labor con éxito, sin que haya existido oposición u obstrucción en el ingreso, ni necesidad de solicitar el ingreso de la fuerza pública para el ingreso a la unidad fiscalizable. Asimismo, consta en las actas que existió colaboración por parte de los fiscalizados y trato respetuoso y deferente hacia los fiscalizadores.

Por otra parte, HR ha respondido oportunamente a todos los requerimientos de información efectuados por la autoridad ambiental, y, en dichas respuestas sólo podrían existir, eventualmente, errores meramente formales respecto de sólo uno de los requerimientos (el número 6 del acta de inspección ambiental de 19 de junio de 2018) que no invalidan el ánimo de cooperación de HR en el procedimiento.

Por último, tal como se informó en el recurso de reposición presentado en contra de la Resolución Exenta N° 1548/2018, dictada en el expediente MP-24-2018, relacionado con el procedimiento sancionatorio Rol D-109-2018, HR se encuentra evaluando adoptar las medidas que se puedan ejecutar de acuerdo con el resultado de los estudios técnicos que esta parte está desarrollando (entre ellos, informes geológicos, climáticos e hidrológicos), dentro de las cuales se cuentan incrementar las cargas en el pie del talud con el objetivo de aumentar la tensión normal sobre la superficie de la rotura, e implementar un sistema de drenaje para evitar los potenciales efectos que el agua puede generar en la estabilidad. Asimismo, junto con los estudios de ingeniería en desarrollo, se realizarán mediciones topográficas, despejes de sectores a contener y despejes de frentes de trabajo, para efectos de estabilizar los taludes y reconstruir el camino vecinal.

Esto implica que HR está dispuesto a adoptar acciones proporcionales y que sean tendientes a aminorar eventuales situaciones de riesgo.

b) Adopción de medidas correctivas.

Sobre el particular, remitirse a lo señalado en la letra a) anterior respecto a lo señalado en el recurso de reposición presentado en contra de la Resolución Exenta N° 1548/2018, dictada en el expediente MP-24-2018, relacionado con el procedimiento sancionatorio Rol D-109-2018.

c) Importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental.

En cuanto al Cargo N° 1, esta circunstancia no es aplicable, dado que ni el tipo de norma infringida, ni su rol dentro del esquema regulatorio ambiental, ni su objetivo ambiental y características propias del supuesto incumplimiento que se ha cometido a la norma son de una entidad suficiente para considerarlas dentro de una eventual determinación de sanción. Todo ello, en tanto se trata del cumplimiento de un permiso ambiental sectorial, que fue debidamente tramitado y que, a su respecto, se han efectuado las labores de reforestación ordenadas. Por otra parte, vale enfatizar que la necesidad de corta fue menor a la esperada, razón por la cual sólo fue necesario obtener el referido PAS 102 por 1,7 hectáreas y no por 3, como originalmente se contempló. Este hecho confirma que no ha existido en este caso una vulneración del sistema jurídico de protección ambiental que amerite aplicar esta norma, en el caso improbable de que se determine que existió infracción.

En cuanto al Cargo N° 2, considerando la entidad del proyecto y su superficie de afectación; el antecedente de lo resuelto a raíz de las consultas de pertinencia efectuadas al SEA; la disminución de los eventuales riesgos asociados a la construcción del Proyecto en virtud de la paralización de obras; y la adopción de medidas por parte de HR para suprimir aún más la potencial ocurrencia de nuevos deslizamientos, es posible señalar que no se ha visto vulnerado de forma alguna la efectividad del sistema de protección ambiental, en tanto, si es que se determina que existe infracción, ésta ha tenido un bajo nivel de lesividad.

En cuanto al Cargo N°3, esta circunstancia no es aplicable ni por el tipo de norma infringida, ni por su rol dentro del esquema regulatorio ambiental, ni por su objetivo ambiental y características propias del supuesto incumplimiento que se ha cometido a la norma. En efecto, reiteramos que

las supuestas omisiones en la entrega de información corresponden a cuestiones meramente formales, que se refieren a un acápite específico establecido en el requerimiento de información de 19 de junio de 2018 (requerimiento N°6), ya que todos los demás antecedentes fueron debidamente entregados, sin observaciones. De esta forma, de haber infracción, ésta no es de una entidad o importancia que merezca ser mirada bajo el prisma de esta norma.

VI. CONCLUSIONES.

1. Respecto al Cargo N° 1

Se ha demostrado que la obligación de reforestación de 1,7 hectáreas establecida en la Resolución de Plan de Manejo de Obras Civiles N° 60/38-73/10, de 3 de junio de 2010, de la CONAF y el compromiso de prendimiento establecido en la ley 20.283 ha sido cumplida, razón por la cual HR debe ser absuelta del Cargo N° 1.

2. Respecto al Cargo N° 2

En cuanto a la conurrencia del supuesto contemplado en el artículo 2 letra g.1 del Reglamento SEIA, podemos concluir que:

- a) El acueducto asociado al Proyecto tiene un caudal de diseño de 1,9 m³/s, y, por tanto, no requiere del permiso del artículo 294 del Código de Aguas. En consecuencia, el Proyecto no se encuentra sujeto a la obligación del artículo 10 letra a) de la ley 19.300 ni del artículo 3 letra a) del RSEIA. Así lo señaló la autoridad competente en la materia: el DARH de la DGA Nivel Central.
- b) En efecto, el tenor del Ord. DARH 208, es claro y enfático en señalar que el Proyecto no constituye una obra listada en el artículo 294 del Código de Aguas, lo cual permite descartar de plano el supuesto de elusión de ingreso al SEIA asociado al artículo 10 letra a) de la ley 19.300, y al artículo 3 letra a) del RSEIA;

- c) La Formulación de Cargos se basa, para construir la tesis de elusión por aplicación del artículo 2 letra g.1 del RSEIA, en una mera comunicación interna de la DGA Regional a la Unidad de Obras Mayores a la DGA Nivel Central, y en los antecedentes referidos a los derechos de agua del titular, los cuales no necesariamente deben coincidir con el caudal del diseño del acueducto;
- d) Adicionalmente, las Resoluciones Exentas N° 96/2015 y N° 12/2017, ambas del Director Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región del Maule, son categóricas al indicar que el Proyecto no constituye un cambio de consideración en los términos definidos por el artículo 2 del RSEIA, refiriéndose tanto a la letra g.1 como a la letra g.3 de dicho artículo;

Por otra parte, en cuanto a la concurrencia del supuesto contemplado en el artículo 2 letra g.3 del RSEIA, es posible concluir que la Formulación de Cargos construyó una tesis de modificación sustantiva en la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales, en base a supuestos precarios y carentes de sustento jurídico, pues:

- a) El Proyecto fue oportunamente sometido a dos consultas de pertinencia de ingreso ante la autoridad ambiental, en las cuales se expusieron las obras que iba a constituir el Proyecto, y en donde se resolvió que éste no requiere ingresar obligatoriamente al SEIA, por no concurrir los presupuestos del artículo 2 literal g.1 y g.3 del Reglamento del SEIA;
- b) Dado lo resuelto en las Resoluciones SEA, HR decidió, legítimamente, no someter el Proyecto al SEIA, cuestión que está siendo hoy calificada como una infracción gravísima por parte de la SMA;
- c) Al no hacerse cargo de las Resoluciones SEA, la decisión contenida en la Formulación de Cargos atenta en contra de los principios de presunción de legalidad de los actos administrativos, de confianza legítima y de coordinación de los órganos de la Administración del Estado;

- d) En anteriores oportunidades, la SMA ha considerado las consultas de pertinencia como antecedente suficiente para no incluir dentro de las formulaciones de cargo por elusión al SEIA, las obras que fueron oportunamente sometidas a dicho trámite;
- e) De esta forma, en el caso en comento, no sólo no consideró las Resoluciones SEA para efectos de formular el Cargo N° 2, sino que además omitió cumplir con el requisito legal de solicitar informe al SEA sobre el particular;
- f) Por último, y a mayor abundamiento, la Formulación de Cargos no ha logrado fundamentar, siquiera preliminarmente, de qué forma las modificaciones de proyecto que constituyen los supuestos hechos constitutivos de infracción esgrimidos en el Cargo N° 2 serían modificaciones sustantivas en la extensión, magnitud o duración de los impactos asociados a la Central, según lo establecido en el artículo 2 letra g.3 del RSEIA.

Asimismo, en cuanto a la calificación de gravísima de la infracción asociada al Cargo N° 2, podemos colegir que ésta es errada, en tanto:

- a) Ha sido posible demostrar que no concurren los requisitos del artículo 6 del RSEIA --referida a los efectos adversos significativos sobre recursos naturales renovables- que la Formulación de Cargos esgrime para justificar la calificación de la infracción, y, por tanto, no se configura el presupuesto del artículo 36 numeral 1 letra f) de la LOSMA;
- b) Por otra parte, se ha evidenciado que la distinción entre riesgo e impacto/ efecto es relevante, en tanto sólo los impactos pueden configurar las hipótesis de los artículos 10 y 11 de la ley 19.300, y del artículo 2 letras g.1 y g.3 y artículo 6, ambos del RSEIA, pero no los riesgos. Desde esa perspectiva, los derrumbes y el peligro de entorpecimiento de libre escurrimiento de las aguas, por ejemplo, no pueden ser consideradas como antecedentes para configurar los presupuestos del artículo 11 de la ley 19.300, ni menos del artículo 6 del RSEIA, debido a que claramente constituyen riesgos y no impactos. Por lo demás, la existencia, entidad y magnitud de dichos riesgos están siendo discutidos las instancias ambientales y sectoriales correspondientes y, dado que el proyecto se encuentra actualmente paralizado, éstos han disminuido de forma considerable.

Todo lo anteriormente expuesto, denota el hecho de que la SMA ha formulado un cargo calificado como gravísimo, sin contar con antecedentes siquiera medianamente suficientes para fundar su pretensión, obviando la existencia de pronunciamientos de autoridades competentes en la materia que legitiman el actuar de HR, y faltando gravemente a los deberes de fundamentación de los actos administrativos y de coordinación de los órganos del Estado.

3. Respecto al Cargo N°3

Respecto a la cartografía, HR efectuó la entrega de toda la información que tenía disponible en razón del tiempo otorgado por la SMA y del detalle del requerimiento mismo. En su oportunidad, la SMA no efectuó observación alguna al respecto.

En cuanto a los demás antecedentes éstos se incluyen en la minuta técnica del consultor Servicios Ambientales Biota SpA, acompañado en esta presentación.

4. Respecto a la concurrencia de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA

Según el detalle señalado en el punto V, y en el improbable caso de que la SMA considere que existe infracción respecto de los cargos formulados, se han expuesto las razones por las cuales ninguna de las circunstancias señaladas en el artículo 40 son procedentes de ser aplicadas respecto de los hechos infraccionales imputados.

POR TANTO, en razón de lo previamente expuesto,

A UD. PIDO,

Tener por formulados descargos en contra de las infracciones imputadas mediante la Resolución Exenta N° 1/ ROL D-109-2018, de la SMA, y con el mérito de lo expuesto en el cuerpo de esta presentación, acogerlos en todas sus partes y, en definitiva, absolver a HR de todos los cargos formulados en su contra.

PRIMER OTROSI: Sírvase tener por acompañados los siguientes antecedentes, en formato impreso y digital:

1. Minuta Técnica del consultor Servicios Ambientales Biotas SpA.
2. Resolución Exenta N° 96/2015, del Director Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región del Maule, la cual dispuso que el señalado proyecto no requiere ingresar al SEIA de forma obligatoria, por la no concurrencia de los presupuestos establecidos en el artículo 2 letra g), del RSEIA.
3. Resolución Exenta N° 12/2017, del Director Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región del Maule, la cual dispuso que el proyecto no requiere ingresar al SEIA de forma obligatoria, por la no concurrencia de los presupuestos establecidos en el artículo 2 letra g) del RSEIA.
4. Copia del Ord. DARH N° 208 de 2018, de 8 de noviembre de 2018, del Jefe del Departamento de Administración de Recursos Hídricos.
5. Copia de Contrato entre la Asociación Canal del Melado y Generadora Roblería, de fecha 30 de abril de 2009, suscrito ante Notario Público de la Primera Notaría de Linares, don Edison Trincado Córdova.
6. Copia de Resolución Exenta N° 229, de 22 de noviembre de 2012, de la Dirección General de Aguas de la Región del Maule.

SEGUNDO OTROSÍ: Que, en virtud de lo señalado en los artículos 10 y 17 letra f) de la ley 19.880, HR se reserva el derecho de aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio en cualquier momento del procedimiento.

TERCER OTROSÍ: Solicito a Ud. tener presente lo siguiente:

- 1) La razón social de mi representada corresponde a Hidroeléctrica Roblería SpA. Lo anterior, en atención a la escritura pública de fecha 8 de febrero de 2018, otorgada por la 36° Notaría de Santiago de don Andrés Rieutord Alvarado, en la cual consta la transformación societaria de “Generadora Eléctrica Roblería Limitada” a “Hidroeléctrica Roblería SpA”, la cual se acompaña a esta presentación. Asimismo, se acompaña copia de inscripción en el Registro de Comercio de Santiago, que certifica la vigencia de la sociedad “Hidroeléctrica Roblería SpA” que rola a fojas 8580, N° 5614, del Registro de Comercio de Santiago del año 2009.

- 2) Los poderes que invisto para representar a Hidroeléctrica Roblería SpA, los cuales fueron acreditados mediante escritura pública de fecha 8 de junio de 2018 otorgada ante el Notario Público de Santiago don Andrés Rieutird Alvarado, y que fue acompañada en presentación efectuada ante Ud. con fecha 4 de diciembre de 2018, se encuentran vigentes, según consta en el Certificado del Registro de Comercio de Santiago, que acompaño.

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'A. Rieutord', is written in a cursive style.