



Mat.: 1. Presenta descargos. 2. Acompaña documentos. 3. Reserva y ofrece prueba. 4. Solicita reserva de la información que indica.

Ant.: 1. Res. Ex. N° 1/ Rol D-001-2019, de 2 de enero de 2019, de la Superintendencia del Medio Ambiente. 2. Res. Ex. N° 2/ Rol D-001-2019, de 22 de enero de 2019, de la Superintendencia del Medio Ambiente. 3. Informe Técnico de Fiscalización Ambiental DFZ-2017-3474-III-RCA-IA, y documentos anexos.

Ref.: Expediente Rol D-001-2019.

Santiago, 7 de febrero de 2019.

Srta.

Daniela Jara Soto

Fiscal Instructora de la División de Sanción y Cumplimiento

Superintendencia del Medio Ambiente

Teatinos N° 280, piso 8, Santiago

Presente

Sebastián Avilés Bezanilla, apoderado por **Ibereólica Cabo Leones III SpA**, Rol Único Tributario N° 76.202.069-6, ambos domiciliados para estos efectos en Isidora Goyenechea N° 3477, piso 22, comuna de Las Condes, Región Metropolitana, en procedimiento sancionatorio Rol D-001-2019, a la Fiscal Instructora de la Superintendencia del Medio Ambiente ("**SMA**") respetuosamente digo:

Que, por este acto, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente ("**LOSMA**"), vengo, dentro de plazo, a presentar descargos en contra de la formulación de cargos contenida en la Resolución Exenta N° 1/Rol N° D-001-2019, de fecha 2 de enero de 2019 ("**Formulación de Cargos**"), de la SMA.

Esta presentación se realiza dentro del plazo y en la oportunidad procesal correspondiente, considerando lo resuelto por la SMA en la Res. Ex. N° 2/Rol D-001-2019, de fecha 22 de enero de 2019, que concedió un plazo adicional de siete días hábiles contados desde el vencimiento del plazo original contemplado en el artículo 49 de la LOSMA, para la presentación de los descargos.

Sobre la base de los descargos aquí presentados, se solicita que mi representada sea absuelta del cargo de fraccionamiento de proyecto por variación de instrumento que le fuere imputado, según las consideraciones de hecho y de derecho que a continuación se indican.

I. LOS CARGOS FORMULADOS POR LA SMA Y RESUMEN DE LOS DESCARGOS.

1) PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO Y LOS ELEMENTOS EN QUE SE SUSTENTA.

De acuerdo con lo expresado en la Formulación de Cargos, el presente procedimiento se inició a partir de la actividad de inspección ambiental realizada por la SMA con fecha 1 y 2 de junio 2017, en el marco de los Programas y Subprogramas Sectoriales de Fiscalización Ambiental de Resoluciones de Calificación Ambiental ("RCA") para el año 2017.

La actividad inspectiva consideró el proyecto de mi representada "Parque Eólico Cabo Leones III", cuyo Estudio de Impacto Ambiental ("EIA") fue recién calificado ambientalmente favorable mediante Res. Ex. N° 126, de 17 de diciembre de 2018, dictada por la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama ("RCA 126/2018"), conjuntamente con los que a continuación se mencionan: i) "Parque Eólico Cabo Leones", de Parque Eólico cabo Leones I S.A., calificado ambientalmente favorable mediante Res. Ex. N° 70, de fecha 21 de marzo de 2012, de la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama ("RCA 70/2012"); ii) "Parque Eólico Cabo Leones II", de Ibereólica Cabo Leones II S.A., calificado ambientalmente favorable mediante Res. Ex. N° 219, de 11 de octubre de 2012, de la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama ("RCA 219/2012"); iii) "Línea de Transmisión Eléctrica de Doble Circuito de 220 kV Cabo Leones y Subestación Eléctrica Domeyko", de Línea de Transmisión Cabo Leones S.A., calificado favorablemente, mediante Res. Ex. N° 224, de fecha 17 de octubre de 2012, de la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama ("RCA 224/2012"); y, iv) "Línea de Alta Tensión de Doble Circuito de 220 kV Subestación Domeyko a Subestación Maitencillo", también de Línea de Transmisión Cabo Leones S.A., calificado ambientalmente favorable, mediante Res. Ex. N° 284, de fecha 30 de diciembre de 2013, de la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama ("RCA 284/2013").

Lo anterior, por cuanto, a juicio de la SMA, dichos proyectos constituirían una única Unidad Fiscalizable, denominada "Ibereólica Parque Eólico Cabo Leones". La citada actividad inspectiva resultó en la elaboración del Informe Técnico de Fiscalización Ambiental DFZ-2017-3474-III-RCA-IA, en que se expone haber constatado una serie de no conformidades, entre las que se cuenta la existencia de un supuesto fraccionamiento de proyectos por variación de instrumento de evaluación ambiental, pues existiría una supuesta vinculación societaria, territorial, física y estructural de las instalaciones de las faenas de los distintos proyectos, lo que implicaría una relación de interdependencia entre ellos.

Conforme al análisis realizado por la División de Fiscalización de la SMA, y posteriormente por la División de Sanción y Cumplimiento de la SMA, al dictar la Formulación de Cargos, los tres proyectos de generación de energía eólica y los dos proyectos de líneas de transmisión eléctrica corresponderían a un solo proyecto, que en opinión de la SMA debió ser evaluado conjuntamente mediante un EIA, considerando los siguientes criterios:

- (i) la identidad de sus titulares, dado que se habría constatado que existiría una misma identidad en el representante legal y accionistas iniciales de las empresas "Ibereólica Cabo Leones I", "Ibereólica Cabo Leones II" e "Ibereólica Cabo Leones III";

- (ii) la ubicación geográfica, considerando que los proyectos están emplazados en una misma zona, aledaños entre sí y separados por distancias inferiores a 500 m²;
- (iii) las características físicas de las instalaciones, donde se accedería a través de un solo camino a la totalidad de los proyectos, a la vez que contemplan otras vinculaciones de carácter vial, como la utilización de caminos internos para transitar entre los parques eólicos;
- (iv) Se denuncia que, en lo relativo al Parque Eólico Cabo Leones III, este se encuentra vinculado con el Parque Eólico Cabo Leones, a través de la utilización del Edificio de Control y Subestación Transformadora de este último; y,
- (v) la interdependencia de sus partes, toda vez que comparten infraestructura y que todos se necesitan entre sí para poder cumplir sus objetivos de generación de energía y transmisión eléctrica.

A mayor abundamiento, en su Formulación de Cargos, la SMA indica que los proyectos en conjunto generarían los efectos del artículo 11 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente ("LBGMA"). Así, se señala que sus áreas de influencia son aledañas entre sí, configurando una superficie de 6.496 hectáreas, a lo que se sumaría una supuesta simultaneidad y continuidad de las etapas de construcción y operación de los mismos, considerando a su juicio una similitud ecosistémica.

Añade la SMA que el proyecto Parque Eólico Cabo Leones III reconoció, en su proceso de evaluación ambiental, específicamente, respecto de especies de flora y fauna en algún estado de conservación una afectación significativa, especies que supuestamente habrían sido también consideradas por las distintas DIAs.

Destaca también la SMA que en la Adenda N° 1 del proyecto Parque Eólico Cabo Leones III, mi representada reconoció como impacto, durante la etapa de construcción, la afectación a los sistemas de vidas de grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, concretamente, una interferencia en el desarrollo de la práctica criancera de las familias Galleguillos De Laho y De Laho Aguilar.

Adicionalmente, en la Formulación de Cargos se sostiene que proyecto Parque Eólico Cabo Leones III realizó un análisis de efectos sinérgicos limitado a la posibilidad de alteraciones de la actividad turística, salud de las personas por aumento de ruido y afectación de fauna, sin analizar otros impactos que, reconocidos en su proyecto, no consideran la operación simultánea de los aerogeneradores de los otros dos parques eólicos.

Finalmente, la SMA indica que el supuesto fraccionamiento por variación de instrumento de evaluación habría sido realizado a sabiendas por mi representada y el resto de los titulares de los proyectos mencionados, fundado exclusivamente en la proximidad de las fechas en que se presentaron los distintos proyectos a evaluación ambiental.

2) RESUMEN DE LOS DESCARGOS PRESENTADOS.

En primer lugar, corresponde hacer presente que si bien la Formulación de Cargos consta de 8 cargos distintos, sólo el Cargo N° 8 fue dirigido en contra de mi representada, conjuntamente con las sociedades Parque Eólico Cabo Leones I S.A., Ibereólica Cabo Leones II S.A. y Línea de Transmisión Cabo Leones S.A. (conjuntamente denominadas como los "Titulares"), por lo que no nos son oponibles los demás cargos formulados.

A modo de resumen, y con el objeto de facilitar la comprensión de los descargos que se presentan y desarrollan en el presente documento, a continuación me permito enunciar el contenido de éstos:

- (i) Infracción al principio de legalidad y tipicidad al vincular el fraccionamiento de proyecto por variación de instrumento a las potestades sancionadoras de la SMA.

Conforme se expondrá, la conducta reprochada no se encuentra expresamente descrita en el artículo 35 letra n) de la LOSMA, razón por la cual no corresponde que la SMA imponga sanciones en base a la misma, menos aún, considerando la existencia de confianza legítima en las RCAs de los distintos proyectos.

Así, se sostendrá que la SMA únicamente podría requerir el ingreso adecuado de los proyectos al SEIA, asociado a una hipótesis de nulidad de los actos administrativos, cuyo ejercicio ya se encuentra caducado.

- (ii) En segundo lugar, nuestros descargos darán cuenta de que en la especie no se cumplen los requisitos legales para la configuración del fraccionamiento de proyectos por variación de instrumentos de evaluación imputado a mi representada.

Para ello comenzaremos exponiendo los elementos que se requieren para configurar la hipótesis de fraccionamiento reprochada por la SMA bajo análisis, para luego hacer especial énfasis en los hechos y el derecho aplicable al caso particular para desvirtuar cada uno de los elementos, es decir, se demostrará categóricamente que estamos en presencia de diversos proyectos individuales, de titulares diversos, existiendo en la especie una suficiencia de la evaluación ambiental de cada uno de los proyectos involucrados que descarta la presencia de impactos sinérgicos significativos, terminando con la acreditación de la imposibilidad técnica, tecnológica, eléctrica y financiera de haber estado si quiera habilitado para diseñar el año 2010-2011 un solo proyecto como el que pretende la SMA.

Adicionalmente, controvertiremos cada uno de los puntos que, según sostiene la SMA, darían cuenta de la existencia de fraccionamiento de proyecto por variación de instrumento.

- (iii) Finalmente, para el improbable evento de que la SMA desestime los argumentos referidos en los dos puntos anteriores, se solicitará fundadamente que tenga a bien

reclasificar la supuesta infracción como leve, y considerar el bajo valor de seriedad y circunstancias que disminuyen el componente de afectación.

A continuación, se formularán y desarrollarán en detalle estos descargos, luego de presentar algunos antecedentes generales de las autorizaciones existentes y del presente procedimiento sancionatorio.

II. ANTECEDENTES GENERALES DEL MERCADO ELÉCTRICO, LOS PROYECTOS Y SUS AUTORIZACIONES.

1) EL MERCADO ELÉCTRICO Y LAS ENERGÍAS RENOVABLES NO CONVENCIONALES.

En el año 1982 se publica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Minería, Ley General de Servicios Eléctricos ("**LGSE**"), que introduce la competencia y privatización del sector eléctrico chileno. Se establece un modelo de operación a mínimo costo global, y se fomenta que las empresas de generación puedan suscribir libremente contratos de abastecimiento con clientes libres y empresas distribuidoras (clientes regulados).

Los cambios a la LGSE, oficializados en marzo de 2004 mediante la Ley N° 19.940 (Ley Corta I), modifican un conjunto de aspectos del mercado eléctrico que afecta a todos los medios de generación, introduciendo elementos especialmente aplicables a las Energías Renovables No Convencionales ("**ERNC**"). En concreto, mejora la tarificación en el sector de transmisión, incentiva un trato igualitario a las ERNC, abriendo el mercado mayorista a generadores pequeños, menores de 9 MW, y garantizando el acceso a las redes de distribución.

Luego, el año 2005, mediante la Ley N° 20.018 (Ley Corta II), se dispone que las distribuidoras deben disponer de contratos de suministro para sus clientes regulados para, a lo menos, 3 años, los que deben ser realizados mediante licitaciones públicas y abiertas, dándose la posibilidad a las distribuidoras de poder realizar las licitaciones en forma conjunta. Se reserva un 5% de los bloques de licitación para energías renovables, en condiciones de precio similares a las empresas generadoras que logren contratos con las distribuidoras.

Asimismo, el año 2008 entró en vigencia la Ley N° 20.257, que consolida los esfuerzos emprendidos por el Estado de Chile para remover las barreras a la incorporación de las ERNC a la matriz de generación eléctrica nacional, ya que impone a los generadores la obligación, ya sea de crear proyectos de energías verdes o bien comprar a otras empresas generadoras de estas energías la cuota necesaria para el cumplimiento de esta ley.

En concreto, se impone que cada empresa eléctrica que efectúe retiros de energía desde los sistemas eléctricos con capacidad instalada superior a 200 MW para comercializarla con distribuidoras o con clientes finales, deberá acreditar que una cantidad de energía equivalente al 10% de sus retiros en cada año calendario haya sido inyectada a cualquiera de dichos sistemas, por medios de generación renovables no convencionales, propios o contratados. De acuerdo a ello, entre los años 2010 y 2014, la obligación de suministrar

energía con medios renovables no convencionales sería de 5%. A partir de 2015, este porcentaje se incrementaría en 0,5% anual, hasta llegar al 10% en el año 2024.

Posteriormente, el año 2013, mediante la Ley N° 20.698, se propicia la ampliación de la matriz energética mediante ERNC. Lo anterior por cuanto se eleva la meta de generación eléctrica de ERNC de 10% para 2024 a 20% en 2025 de manera escalonada. Además, se establece que el Ministerio de Energía deberá efectuar licitaciones públicas para la provisión de bloques anuales de energía provenientes de ERNC.

Sin perjuicio de que las metas antes señaladas fueron consideradas siempre “ambiciosas”, en los últimos años, las ERNC han tenido un aumento considerable en su participación en la matriz energética nacional. Si en 2009, solo el 2,7% de la matriz energética chilena provenía de fuentes de ERNC¹, actualmente dicha cifra ha crecido en gran medida, debido principalmente a iniciativas gubernamentales de fomento a la tarificación, transmisión y generación, alcanzando un 20,6% a noviembre de 2018².

Dado el contexto anterior, es fundamental tener presente que, a fines del año 2012, la capacidad de ERNC instalada correspondía a 873 MW, equivalente a un 4,88% de la capacidad total del país, siendo la biomasa la tecnología con mayor presencia, equivalente a 394 MW, mientras que se contaba solo con 205 MW de capacidad instalada por concepto de energía eólica³.

A este respecto, es fundamental entender los distintos aspectos involucrados en un proyecto de generación a base de ERNC. Se deben revisar y comprender las distintas etapas y elementos que condicionan su desarrollo, señalando, entre ellas, a lo menos las siguientes: a) Evaluación del recurso energético; b) Selección de tecnología; c) Evaluación técnico-económica; d) Financiamiento; e) Ingeniería y construcción; f) Integración al mercado; y, g) Operación en el mercado.

En lo que respecta a las primeras fases, cabe relevar que para los proyectos de ERNC el financiamiento pasa a ser una barrera de entrada al mercado, dado que estos dependen tanto del viento, irradiación solar, u otro recurso natural que generalmente es intermitente, y que requiere viabilidad para el despacho inmediato (dado que no puede almacenarse). En general los analistas financieros son reacios a financiar este tipo de proyectos si no es cuando se les otorga un alto grado de seguridad en cuanto a que no existirá riesgo operacional y viabilidad técnica.

¹ Sector energía III: ERNC, perspectivas y dificultades. Chile. Deloitte, agosto 2016.

² La potencia instalada neta con base a tecnologías ERNC, a diciembre de 2018, asciende a un total de 4.793 MW. De dicho valor, 4.764 MW se ubican en el SEN. El restante 0,6 % (26 MW) se encuentran en el Sistema Eléctrico de Aysén y el 0,1 % (3 MW) en Magallanes. La capacidad ERNC instalada corresponde a un 20,6% de la capacidad eléctrica total en los sistemas eléctricos nacionales. Reporte Sector Energético, Enero 2019, Comisión Nacional de Energía.

³ Reporte CER (Centro de Energías Renovables) Noviembre 2012, Estado de proyectos ERNC en Chile.

Es justamente por esta razón, que los desarrolladores de proyectos eólicos⁴ y solares deben medir el recurso disponible en un área específica, que puede variar dramáticamente en cuestión de metros por condiciones geográficas u otras causas naturales. Así un área es medida y estudiada por años para generar una estadística, que luego sirva para financiar proyectos. La decisión de llevar adelante un proyecto de esta naturaleza se toma sí, y sólo sí, el recurso viento o irradiación solar lo permite, después de hacer exhaustivos estudios y mediciones en terreno.

En tanto, la fase de integración al mercado implica una conjunción de aspectos que se sustentan en las políticas sectoriales, el marco legal y reglamentario. Por una parte, considera los elementos técnicos necesarios para que un proyecto ERNC pueda inyectar energía en un sistema eléctrico interconectado (certificaciones, evaluación de impacto ambiental, permisos de construcción, pruebas, elementos de medición y protecciones). Por otro lado, la integración está relacionada con el análisis de los costos de conexión que puede enfrentar un proyecto, los que pueden depender de su localización (p. ej.: distribución, subtransmisión, transmisión), tipo de tecnología a utilizar (p. ej.: con o sin capacidad de regulación de sus excedentes) y de los niveles de potencia a inyectar en la red (p. ej.: excedentes menores o mayores a 9 MW). Estos elementos están estrechamente relacionados con los esquemas de remuneración definidos para los segmentos de transmisión y distribución.

La integración a los sistemas eléctricos parte por la identificación del tipo de subsistema en el cual se pretende lograr la conexión del proyecto ERNC. De acuerdo a la reglamentación vigente esto corresponde a seleccionar si la conexión se hará a nivel de distribución o en los sistemas de transmisión.

En lo que interesa para el presente caso, cabe tener en cuenta que en Chile, el acceso a las redes de transmisión troncal y de subtransmisión está garantizado en el artículo 77 de la LGSE, las cuales se encuentran sometidas a régimen de acceso abierto.

Sin embargo, la principal traba con la que los gestores de proyectos de generación eólica se encuentran a través del desarrollo del proyecto es, sin duda, la tramitación para lograr una conexión al sistema eléctrico que permita evacuar la producción de la central. Es allí donde se encuentra el "cuello de botella" de todos los proyectos de generación de ERNC. Las trabas son de diversa índole, pero hay consenso dentro de los inversionistas de que todavía no existe una voluntad nacional completa de estimular el ingreso de generación ERNC al sistema. Esto debido a que los procesos definidos para materializar esta conexión parecen

⁴ La energía eólica es la que es generada a partir de la energía cinética contenida en el viento, el cual se origina por la existencia de diferencias de presión atmosférica entre dos puntos geográficos, lo cual se debe a la acción del calentamiento del aire por el sol, por lo que se dice que la energía eólica es una forma indirecta de energía solar. La tecnología se basa básicamente en aprovechar el movimiento del aire para hacer girar aerogeneradores que poseen un generador eléctrico. Existen dos tipos de campos eólicos, los onshore y los offshore, ubicados sobre tierra firme o en el mar abierto, respectivamente. En Chile los terrenos con buenas condiciones para aprovechar el recurso eólico son numerosos y se ubican a lo largo de todo el país, destacándose principalmente las zonas costeras. Estimaciones realizadas al efecto estiman el potencial del país en 40.000 MW para este recurso. La desventaja más crítica de este tipo de tecnología es la variabilidad con la que operan los generadores, acarreado por la naturaleza no constante de la intensidad del viento. Esto significa un enorme inconveniente para evaluar los proyectos de generación de este tipo. Por esto se requieren exhaustivos estudios y mediciones en terreno.

no ser los adecuados para que las ERNC puedan llevarlos a cabo. Como en cualquier proyecto, la evaluación de flujos es lo más significativo y obviamente los costos juegan un rol principal. Para algunos casos se observa que usualmente la construcción de tendido eléctrico para transmitir lo generado en la central significa una muy considerable proporción de los costos totales del proyecto.

Con respecto a centrales ERNC conectadas a transmisión o subtransmisión, la problemática radica en encontrar una solución de conexión al sistema que minimice los costos y que satisfaga todas las exigencias ambientales y técnicas. Generalmente, se pueden definir numerosas soluciones o configuraciones de conexión para uno o diferentes centros de generación. Para dichos efectos, se deben desarrollar estudios conducentes a cuantificar el impacto del acceso sobre las líneas de transmisión, a fin de que el respectivo proyecto de generación pueda integrarse al sistema eléctrico nacional cumpliendo los requisitos y condiciones técnicas establecidas en la Norma Técnica de Seguridad y Calidad de Servicio ("NTSyCS").

Al mismo tiempo, destaca el Estudio de Capacidad Técnica en Sistemas de Transmisión, toda vez que de acuerdo a lo dispuesto en la LGSE, respecto del procedimiento de Planificación de la Transmisión, anualmente el Coordinador debe realizar una propuesta a la Comisión Nacional de Energía ("CNE"), de las obras de Transmisión Troncal que deban iniciarse o realizarse en el período siguiente, para posibilitar el abastecimiento de la demanda, considerando las exigencias de calidad y seguridad de servicio vigentes.

Lo anterior, en base al proceso de planificación de la transmisión que lleva a cabo anualmente la CNE, el que abarca las obras de expansión necesarias del sistema de transmisión nacional, de polos de desarrollo, zonal y dedicadas utilizadas por concesionarias de servicio público de distribución para el suministro de usuarios sometidos a regulación de precios, o necesarias para entregar dicho suministro. Luego de recibido el informe técnico definitivo, el Ministro de Energía mediante decreto exento fija las obras de ampliación de los sistemas de transmisión que deban iniciar su proceso de licitación en los doce meses siguientes.

Este esquema de la demanda proyectada del sistema de transmisión nacional, incorporado el año 2016 en la LGSE por la Ley N° 20.936, no difiere mayormente del régimen vigente a partir del año 2004 con la Ley N° 19.940, en donde también se simulaban diversas condiciones de disponibilidad de recursos de generación por bloque de simulación, estimándose para cada uno de ellos diversos flujos esperados.

En tanto, hasta antes que puedan entrar en operación las respectivas obras de expansión, se aplican los límites de transmisión por líneas establecido en el respectivo Estudio de Restricciones en el Sistema de Transmisión. La NTSyCS establece la obligación de realizar un estudio que determine las restricciones en el sistema de transmisión de acuerdo a los escenarios de contingencias más críticas que establezca el Coordinador. Este estudio debe determinar las restricciones por las líneas de transmisión que se identifiquen como críticas de manera que al ocurrir una contingencia el sistema cumpla con los estándares de seguridad y calidad de servicio que establece la NT.

El régimen anteriormente descrito evidencia que la expansión de las obras de transmisión, y la capacidad de la red se encuentran íntegramente reguladas y sujetas exclusivamente a la proyección que efectúe la autoridad eléctrica, y no a lo que pretenda generar un desarrollador o bien lo que la SMA pretenda *a posteriori* como en el presente caso.

A partir de la proyección de regresores (crecimiento económico, población y precios) y las elasticidades estimadas, se proyecta la demanda. Por lo tanto, se debe considerar muy especialmente que el titular de un proyecto eólico, al planificarlo lo hace de acuerdo a condiciones técnicas concretas, del momento, y en base a la posibilidad real de inyectar a la red lo que busca generar.

De este modo, por ejemplo, si un informe técnico del transmisor le indica que en un determinado punto de conexión se podrá evacuar hasta 100 MW, no podría diseñar una alternativa que considere generar 150 o 200 MW. Ello en primer lugar porque los permisos ambientales y sectoriales que se le exigirán tendrán que ajustarse a dicha realidad, siendo obviamente rechazados u objetados si hay diferencias. Lo mismo ocurrirá con el financiamiento. Su materialización estará asociada a que se otorguen garantías de la real capacidad que tenga el proyecto de generar e inyectar y vender su energía a clientes libres o regulados.

Por lo tanto, sobre la base de la regulación eléctrica y realidad del mercado, así como de los antecedentes de hecho y de derecho que a continuación se expondrán, esta Superintendencia llegará a la inevitable conclusión que en este caso en particular es materialmente imposible haber diseñado, configurado y elaborado un único proyecto de generación de energía y transmisión eléctrica, especialmente, en los términos planteados en la Formulación de Cargos, considerando las características particulares de cada uno de los cinco proyectos cuyo fraccionamiento se reprocha.

2) ANTECEDENTES DE LOS PROYECTOS INVOLUCRADOS EN EL SUPUESTO FRACCIONAMIENTO Y SUS AUTORIZACIONES AMBIENTALES.

Luego de explicar las consideraciones técnicas que regulan el mercado de la energía en general, y de las ERNC en particular, corresponde analizar cómo fue el diseño y elaboración de los proyectos cuyo fraccionamiento persigue la SMA.

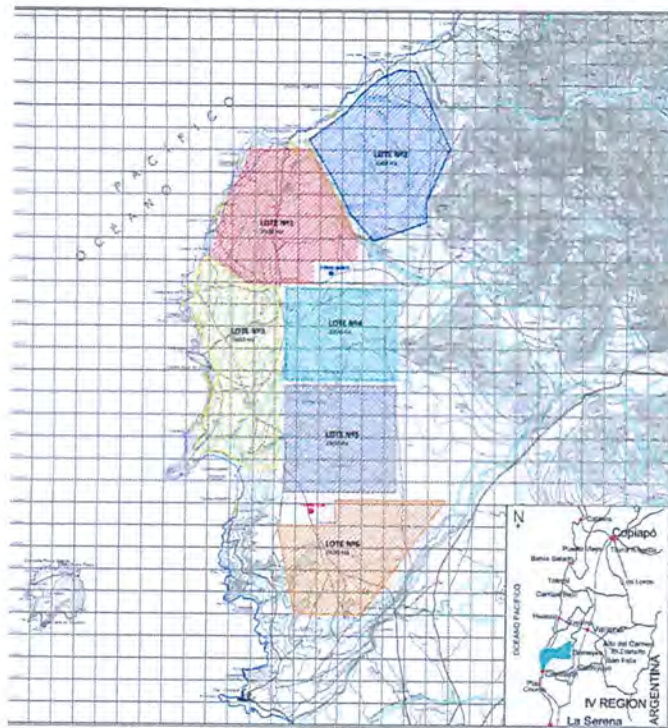
a) Proyecto "Parque Eólico Cabo Leones".

El Grupo Ibereólica Renovables ("**Ibereólica**"), empresa de capital español, llega a Chile el año 2010 en búsqueda de oportunidades en el mercado de las ERNC, específicamente, energía eólica y solar, con la finalidad de desarrollar proyectos de generación de energía y gestionar proyectos de transmisión eléctrica, atendida la regulación eléctrica previamente expuesta.

Como parte del proceso de análisis de mercado, Ibereólica entra en contacto con la sociedad Agrícola Konavle Limitada ("**Arrendador**"), propietaria del inmueble denominado

“Estancia Chañaral de Aceituno”, que deslinda con el Océano Pacífico, el cual poseía una data primaria que mostraban cualidades adecuadas para el potencial desarrollo de proyectos de energía eólica, estando interesada en entregarlos en arriendo para la materialización de éstos, para lo cual realizó una licitación con distintos actores del mercado energético.

El 30 de noviembre de 2010, Ibereólica y el Arrendador iniciaron negociaciones para arrendar parte del inmueble, toda vez que éste había sido definido y ordenado en 6 lotes para potenciales desarrollos energéticos (lotes 1, 2, 3, 4, 5 y 6), según se da cuenta en el siguiente plano.



En paralelo, Ibereólica inicia la fase de estudios de viabilidad técnica - económica, para lo cual los principales factores a analizar son la velocidad y dirección de viento registrada por las estaciones de monitoreo instaladas por el Arrendador en el sector norte (“Torre Norte”) -que corresponde al punto azul de la imagen- y sur (“Torre Sur”) -que corresponde al punto rojo de la imagen- del inmueble, los cuales registraron datos desde el año 2008, y la capacidad de evacuación que existe a la red de transmisión.

Para complementar la información disponible, Ibereólica analizó a su vez los resultados de la estación de monitoreo “Loma del Hueso”, de propiedad de la CNE, la que se encuentra próxima al lote 4.

Los resultados obtenidos de velocidad media para los lotes de interés fueron los siguientes: i) el lote 3 tiene 7,2 m/s; ii) el lote 4 tiene 7,3 m/s; y, iii) el lote 5 tiene 6,3 m/s.

Luego, se obtiene los análisis respecto de la capacidad de evacuación a la red de transmisión, información de topografía básica de cada lote particular, entre otros factores que permitieron obtener el informe de análisis de viabilidad preliminar.

Pues bien, los resultados del mencionado análisis concluyeron que: i) se requería instalar nuevas estaciones de monitoreo para estudiar los vientos del lote 5, que permitieran confirmar o descartar las bajas velocidades de viento registradas, habida cuenta de la falta de representatividad de los resultados existentes a la fecha dada la ubicación de las estaciones de monitoreo; ii) el lote 4 presentaba el mejor emplazamiento por la representatividad de los resultados de las estaciones de monitoreo; iii) la evacuación de energía debería ser a través de la línea Punta Colorada - Maitencillo de 220 KV, de propiedad de Transelec; y, iv) la capacidad de evacuación existente no superaba los 200 MW.

En lo que se refiere a este último aspecto, fue determinante para el análisis de la viabilidad del proyecto la "Revisión Estudio de Transmisión Troncal Cuatrienio 2011-2014" de 16 de junio de 2011, efectuada por la Dirección de Peajes CDEC-SIC, que se acompaña en el primer otrosí de esta presentación, que evaluó la pertinencia de recomendar las obras de transmisión troncal que deban ser iniciadas dentro del Período Tarifario 2011-2014, y que, respecto a la Línea Punta Colorada - Maitencillo 220 kV, para el año 2011, consideró una capacidad límite de transmisión de 197 MW (Cuadro 9: Limitaciones de transmisión y Figura 5: Flujos Punta Colorada - Maitencillo 220 kV para distintas probabilidades de excedencia).

Esta revisión consideró dentro de sus antecedentes: i) Informe Técnico para la determinación del Valor Anual y Expansión de los Sistemas de Transmisión Troncal, Cuatrienio 2011-2014, aprobado mediante la Res. Ex. N° 194, del 19 de abril de 2011, de la CNE, y rectificada mediante Res. Ex. N° 232, del 05 de mayo de 2011, de la CNE; ii) Decreto N° 115, del 02 de mayo de 2011, el cual fijó el plan de expansión del Sistema de Transmisión Troncal para los doce meses siguientes, indicando las obras necesarias para el abastecimiento de la demanda; iii) Propuesta de Proyectos de Ampliación Troncales en el SIC de fecha 27 de mayo de 2011 de Transelec; y, iv) Informe Técnico Definitivo de Precios de Nudo de Abril de 2011 que establece un plan de obras de generación.

Luego, con fecha 7 de junio del año 2011, Ibereólica, mediante la sociedad Aprovechamientos Energéticos S.A. suscribe un contrato de arriendo de los lotes 3, 4 y 5, con el objeto de asegurar su posición en el sector y eventualmente, una vez conseguidas las viabilidades eléctricas, tecnológicas y financieras, proceder a gestionar y/o desarrollar proyectos de generación de energía, buscando también que aquellos contaran con la posibilidad de conectarse con proyectos de transmisión eléctrica.

En definitiva, a mediados del año 2011, considerando los factores previamente enunciados, solo se contempla como viable técnicamente la materialización de un proyecto de generación de energía eólica cuya capacidad de generación total no superara 200 MW.

De esta forma, Ibereólica diseña el proyecto "Parque Eólico Cabo Leones", que contempla la construcción y operación de 85 aerogeneradores al interior del lote 4, con una capacidad de generar un total de 170 MW.

Es así, que la sociedad Parque Eólico Cabo Leones I S.A. ingresa una DIA el 28 de septiembre de 2011, ya que el análisis de evaluación de impacto concluye que el proyecto no generaba ni presentaba ninguno de los efectos, características o circunstancias señalados en el artículo 11 de la LBGMA, ni aquellos enumerados en los artículos 5 al 11 del antiguo Reglamento del SEIA, vigente a la fecha de ingreso al SEIA (D.S. N° 95/01). El citado proyecto fue objeto de un riguroso procedimiento de evaluación, obteniendo su calificación favorable mediante Resolución Exenta N° 70, de 21 de marzo de 2012, de la Comisión de Evaluación de la región de Atacama ("RCA 70/2012").

Posteriormente, Parque Eólico Cabo Leones I S.A., para el proyecto "Parque Eólico Cabo Leones", se adjudicó la "Licitación de Suministro de Energía 2015/02" efectuada por la CNE en el año 2015 para clientes regulados para el suministro a distribuidoras de energía a partir del 1 de enero de 2017, según Acta de Aceptación de la Adjudicación de Suministro Eléctrico, que consta en escritura pública de 2 de noviembre de 2015, que se acompaña en el primer otrosí de esta presentación.

Una vez adjudicada la licitación, y a modo de financiar dicho proyecto, ingresa como socio con el 50% en la sociedad Parque Eólico Cabo Leones I S.A., con fecha 13 de mayo de 2016, la eléctrica estatal de Francia, EDF, que es la mayor generadora del mundo, mediante su filial EDF en Chile Holding SpA, lo cual consta en contrato de suscripción de acciones que se acompaña en el primer otrosí de esta presentación. Lo anterior, permitió obtener una financiación el 15 de noviembre de 2016 bajo ley de Nueva York con bancos internacionales tales como SMBC de Japón, Credit Agricole de Francia, DNB de Noruega, ICO de España, y KFW de Alemania. Actualmente el proyecto se encuentra en una refinanciación mediante la emisión de un bono verde bajo ley de Nueva York.

b) Proyecto "Línea de Transmisión Doble Circuito 220 kV Cabo Leones y Subestación Domeyko".

Adicionalmente, Ibereólica como gestor de proyectos de transmisión eléctrica, diseñó el proyecto "Línea de Transmisión Doble Circuito 220 kV Cabo Leones y Subestación Domeyko", el que fue sometido por la sociedad Ibereólica Cabo Leones I S.A. (hoy Línea de Transmisión Cabo Leones S.A.) al SEIA con fecha 1 de marzo de 2012, con la finalidad de transportar la energía generada por el proyecto "Parque Eólico Cabo Leones" mediante una línea de transmisión que llegaría a la subestación Domeyko, donde se conectaría a la línea Punta Colorada - Maitencillo de 220 kV. Este proyecto fue objeto de un riguroso procedimiento de evaluación, obteniendo su calificación favorable mediante Resolución Exenta N° 224, de 17 de octubre de 2012, de la Comisión de Evaluación de la región de Atacama ("RCA 224/2012").

Habida cuenta de los antecedentes que terminaron de viabilizar el proyecto "Parque Eólico Cabo Leones", se inician negociaciones con operadores del sistema de transmisión, concretando la venta y traspaso de dichos proyectos en su totalidad a SAGESA S.A. e Inversiones Eléctricas del Sur S.A., con fecha 19 de julio de 2016.

c) Proyecto “Parque Eólico Cabo Leones II”.

Por otro lado, a finales del año 2011, con las expectativas de poder desarrollar nuevos proyectos de generación de energía y gestionar su transmisión eléctrica, Ibereólica analizó alternativas de evacuación que permitieran encontrar una solución para lograr la factibilidad eléctrica futura de evacuar mayor energía a la red de transmisión. Las alternativas fueron presentadas a Transelec, quién, a inicios del año 2012, informa que, bajo determinadas condiciones por materializarse, existiría una alternativa para aumentar la capacidad de evacuación mediante la implementación de una solución adicional de un circuito que enlazara la nueva subestación Domeyko y la subestación Maitencillo.

En otras palabras, recién en ese momento surge la potencialidad de poder diseñar un nuevo proyecto de generación de energía, encargándose una serie de estudios adicionales que confirmaran la viabilidad ingenieril, técnica y económica. A su vez, el diseño original de conexión a la red que contemplaba materializar el Parque Eólico Cabo Leones debería ser modificado en razón de las conclusiones de los estudios encargados.

En razón de lo anterior, se diseña el proyecto “Parque Eólico Cabo Leones II”, que contempla 102 aerogeneradores con capacidad para generar un total de 204 MW. El referido proyecto fue ingresado por la sociedad Ibereólica Cabo Leones II S.A. al SEIA mediante una DIA que fue calificada favorablemente mediante Resolución Exenta N° 219, de 11 de octubre de 2012, de la Comisión de Evaluación de la región de Atacama (“RCA 219/2012”).

Con posterioridad y considerando condiciones de mercado como la baja de los precios de la energía, fue necesario estudiar la implementación de nuevas tecnologías que permitieran dar viabilidad técnica al proyecto “Parque Eólico Cabo Leones II”.

En diciembre de 2015, ingresa como socio con el 51% en la sociedad Ibereólica Cabo Leones II S.A. el grupo Global Power Generation (“GPG”), a través de su filial chilena Global Power Generation Chile SpA, con la finalidad de apoyar tecnológicamente y financieramente con su amplia experiencia en el mercado, según consta en contrato de compraventa de acciones de 15 de diciembre de 2015 que se acompaña en el primer otrosí de esta presentación.

Luego, recién en 2016, se procede a instalar cuatro estaciones de monitoreo de viento, que entregan nuevos resultados de velocidad de viento, los cuales confirmaban la necesidad de buscar, diseñar e implementar nuevas tecnologías para vientos bajos, tecnología que dicho sea de paso no se encontraba disponible en el mercado a nivel global. Justamente por lo anterior se inicia un proceso de análisis para la confección de aerogeneradores especiales para este tipo de condiciones, suscribiendo finalmente un contrato con el fabricante internacional de aerogeneradores Senvion.⁵

Por lo anterior, con fecha 12 de diciembre del año 2018, se ingresó una consulta de pertinencia para actualizar la tecnología a implementar por el proyecto, la que en lugar de utilizar 102 aerogeneradores de potencia unitaria de 2 MW, con una altura de buje de 90 m

⁵ <https://www.evwind.com/2018/08/06/senvion-suministrara-a-ibereolica-renovables-205-mw-de-eolica-en-chile/>

y un diámetro de palas de 97 m, contará con 90 aerogeneradores de potencia unitaria de 2,3 MW, con una altura de buje de 85 m y un diámetro de rotor de 130 m. Con fecha 1 de febrero de 2019, la autoridad emitió la Resolución Exenta N° 14, por la que concluye que esta modificación no supone un cambio de consideración del proyecto.

- d) Proyecto “Línea de Transmisión Doble Circuito 220 kV Subestación Domeyko a Subestación Maitencillo”.

Asimismo, para posibilitar la evacuación del proyecto “Parque Eólico Cabo Leones II”, así como futuros proyectos en la zona, considerando la presencia de los proyectos eólicos de AELA Eólica Sarco SpA y San Juan S.A. en los lotes 1 y 2 del Arrendatario, se diseñó el proyecto “Línea de Transmisión Doble Circuito 220 kV Subestación Domeyko a Subestación Maitencillo” por la sociedad Ibereólica Cabo Leones II S.A. Al igual que en el caso de los proyectos anteriores, la modalidad de ingreso al SEIA fue mediante una DIA, pues el proyecto no generaba ni presentaba ninguno de los efectos, características o circunstancias señalados en el artículo 11 de la Ley N°19.300 ni aquellos enumerados en los artículos 5 al 11 del antiguo Reglamento del SEIA (D.S. N° 95/01), la cual fue calificada favorablemente mediante Resolución Exenta N° 284, de 30 de diciembre de 2013, de la Comisión de Evaluación de la región de Atacama (“RCA 284/2013”). Al respecto, cabe señalar que este proyecto fue ingresado al SEIA más de un año después del ingreso del proyecto “Línea de Transmisión Doble Circuito 220 kV Cabo Leones y Subestación Domeyko”.

Posteriormente, en junio de 2014, una vez entregados los estudios técnicos y de factibilidad, se tramitó mediante consulta de pertinencia, la eliminación de la Subestación Domeyko y la conexión de ambas líneas de transmisión eléctrica, conformando una infraestructura de transmisión que permitiera la evacuación de los proyectos “Parque Eólico Cabo Leones” y “Parque Eólico Cabo Leones II”, así como otros eventuales desarrollos eólicos en el sector, compartiendo la infraestructura eléctrica, lo que, junto con satisfacer los requerimientos técnicos que establece la legislación eléctrica y mandatan los organismos públicos pertinentes, permitiría una importante disminución de los impactos ambientales: en lugar de que cada proyecto de generación de energía construyera su propia infraestructura de evacuación, todas ellas se conectarían a una única línea de transmisión eléctrica para evacuar y transmitir la energía al Sistema Interconectado Central, hoy Sistema Eléctrico Nacional.

Habida cuenta de los antecedentes que terminaron de viabilizar el proyecto “Parque Eólico Cabo Leones II”, se inician negociaciones con operadores del sistema de transmisión, concretando la venta y traspaso de dichos proyectos en su totalidad a SAGESA S.A. e Inversiones Eléctricas del Sur S.A., con fecha 19 de julio de 2016.

- e) Proyecto “Parque Eólico Cabo Leones III”.

Finalmente, el proyecto “Parque Eólico Cabo Leones III” se diseña luego de obtenerse factibilidad de evacuación eléctrica considerando especialmente el proyecto “Plan de Expansión Chile LT 2x500 kV Cardones - Polpaico”, y las modificaciones regulatorias que

aumentaron al doble el porcentaje de aporte a la matriz energética para las ERNC en el mes de octubre del año 2013.

Este proyecto fue presentado por Ibereólica Cabo Leones III SpA al SEIA mediante DIA el 23 de diciembre de 2013, más de un año después de haber obtenido la aprobación de la RCA del proyecto "Parque Eólico Cabo Leones II", y posteriormente a través de un EIA que fue calificado favorablemente mediante Resolución Exenta N° 126, de 17 de diciembre de 2018, de la Comisión de Evaluación de la región de Atacama ("**RCA 126/2018**").

A continuación, se presenta un cuadro resumen con las características de la infraestructura aprobada en los distintos proyectos:

Infraestructura	Parque Eólico Cabo Leonés	Parque Eólico Cabo Leonés II	Parque Eólico Cabo Leonés III
Aerogeneradores	85 aerogeneradores de 2,0 MW de potencia unitaria de Siemens Gamesa. El modelo utilizado para aprovechar de manera óptima el recurso eólico del emplazamiento fue el aerogenerador G114-2,0 MW, clase III, que cuenta con un diámetro de 114 metros y una altura de buje de 80 metros.	90 aerogeneradores de 2,3 MW de potencia unitaria de SENVION. El modelo seleccionado para aprovechar de manera óptima el recurso eólico del emplazamiento ha sido el aerogenerador M130-2,3 MW, clase III; cuenta con un diámetro de 130 metros y una altura de buje de 85 metros.	50 aerogeneradores de 3,465 MW de potencia unitaria de Siemens Gamesa. El modelo utilizado para aprovechar de manera óptima el recurso eólico del emplazamiento fue el aerogenerador G132-3,465 MW, clase II, que cuenta con un diámetro de 132 metros y una altura de buje de 84 metros.
Rotor	1 rotor de diámetro de 114 m, de área de barrido de 10.207 m ² con una velocidad de giro de 7,8 - 14,8 rpm	1 rotor de diámetro de 130 m, de área de barrido de 13.273 m ² con una velocidad de giro de 7,8 - 14,8 rpm	1 rotor de diámetro de 132 m, de área de barrido de 13.685 m ² con una velocidad de giro de 6,82 - 10,9 rpm
Palas	3 palas de una longitud de 56 m, de material de fibra de vidrio reforzada con resina de epoxi.	3 palas de una longitud de 63,7 m, de material de fibra de vidrio en construcción sándwich.	3 palas de una longitud de 64,5 m, de material de fibra de vidrio reforzada con resina de epoxi.
Torre	1 Torre de tipo modular de 80 m de altura.	1 Torre de tipo modular de 85 m de altura.	1 Torre de tipo modular de 84 m de altura.
Multiplicadora	1 multiplicadora de ratio 1:128,5 (50 Hz)	1 multiplicadora de ratio 1:128,5 (50 Hz).	1 multiplicadora de ratio 1:102,75 (50 Hz).
Generador	Generador de 2,0 MW, de tipo generador doblemente alimentado con una	Generador de tipo generador doblemente alimentado con una potencia nominal de 2,3 MW.	Generador de tipo generador doblemente alimentado con una potencia nominal de 3,465 MW.

	potencia nominal de 2,0 MW.		
--	--------------------------------	--	--

En conclusión, sobre la base de los antecedentes anteriormente expuestos, esta Superintendencia llegará a la inevitable conclusión de que los proyectos objeto de la formulación de cargos son proyectos individuales e independientes, los cuales se fueron gestando en diferentes oportunidades, dadas las factibilidades eléctricas de evacuación, las tecnologías disponibles en el mercado, la posibilidad de ejecutar largos y complejos estudios técnicos, la adjudicación de contratos de suministro de energías, así como la participación de distintos accionistas que respaldaran y permitieran el financiamiento de éstos, por lo que deberá proceder con la absolución del cargo de fraccionamiento formulado. Entender lo contrario, se contrapone con la lógica de cómo se crea, estructura y viabiliza un proyecto de generación de energía y un proyecto de transmisión eléctrica.

DESCARGOS.

Como cuestión preliminar, corresponde hacer presente que si bien la Formulación de Cargos consta de ocho cargos, sólo el Cargo N° 8 fue dirigido en contra de mi representada, conjuntamente con las sociedades Parque Eólico Cabo Leones I S.A., Ibereólica Cabo Leones II S.A. y Línea de Transmisión Cabo Leones S.A. (conjuntamente denominadas como los "**Titulares**"). El resto de los cargos (1° a 7°) imputan infracciones a instrumentos de carácter ambiental de titularidad de parte de las otras sociedades recién citadas, por lo que no nos son oponibles los referidos cargos.

A continuación, se exponen los antecedentes de hecho y de derecho que permitirán concluir que corresponde absolver a mi representada del cargo que le fuere formulado.

III. INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD AL VINCULAR EL FRACCIONAMIENTO DE PROYECTO POR VARIACIÓN DE INSTRUMENTO A LAS POTESTADES SANCIONADORAS DE LA SMA. ESTE FRACCIONAMIENTO CORRESPONDE A UNA HIPÓTESIS DE NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CUYO EJERCICIO CADUCÓ EN ESTE CASO.

Tal y como se demostrará a continuación, en el presente procedimiento se están formulando cargos por una supuesta infracción que, además de ser improcedente en los hechos -según se demostrará en los siguientes acápite-, no se encuentra tipificada dentro del catálogo de infracciones que establece la LOSMA.

En efecto, según señala el ordenamiento jurídico, la única consecuencia jurídica válida ante una hipótesis de fraccionamiento por variación de instrumento como la pretendida por la SMA, es el ejercicio de la potestad de requerimiento para ingresar adecuadamente al SEIA, según disponen de manera categórica y clara los artículos 11 bis inciso 1° parte final de la LBGMA y el artículo 3 literal k) de la LOSMA.

Esta situación acarrea una serie de consecuencias jurídicas de vital relevancia para el caso en cuestión, según se revisará a continuación.

1) LA CONDUCTA REPROCHADA NO SE ENCUENTRA EXPRESAMENTE DESCRITA EN EL ARTÍCULO 35 LETRA N) DE LA LOSMA, INFRINGIÉNDOSE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD.

A juicio de la SMA, el Hecho N° 8 de la formulación de cargos sería constitutivo de una infracción de conformidad con la letra n) del artículo 35 de la LOSMA, norma que se refiere al “incumplimiento cualquiera de toda otra norma de carácter ambiental que no tenga establecida una sanción específica”. Al sustentarse en el referido literal de dicho artículo, la formulación de cargos vulnera el principio de legalidad que informa todo nuestro Derecho Público, toda vez que la SMA, como todo órgano del Estado, sólo puede ejercer las potestades y atribuciones que expresamente le atribuye la Constitución y las leyes, por lo que, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias puede atribuirse otra autoridad o derechos que aquellos efectivamente conferidos⁶. Más aún, el citado principio de legalidad cobra mayor relevancia a propósito del derecho administrativo sancionador, por cuanto, como ha reconocido la jurisprudencia, en el derecho administrativo sancionatorio, como manifestación del *ius puniendi* estatal⁷, corresponde una aplicación con matices de los principios penales, entre los cuales se encuentran los principios de legalidad y de tipicidad.

La transgresión al principio de legalidad se manifiesta en la formulación de un cargo –y pretender ejercer la potestad sancionadora– respecto al fraccionamiento por variación de instrumento, fundándose al efecto en el artículo 35 letra n) de la LOSMA, en tanto la conducta reprochada no se encuentra expresamente descrita en dicho literal, lo que transgrede asimismo el principio tipicidad.

Los profesores García de Enterría y Fernández afirman correctamente que el principio de legalidad en materia de derecho administrativo sancionador es la expresión del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, de modo que es la ley la que debe preceder a la conducta sancionable, así como determinar el contenido de la sanción que pueda imponerse⁸.

A su turno, el Tribunal Constitucional ha recogido esta posición en su sentencia Rol N° 244, señalando: “Que, en este sentido ambos principios se encuentran consagrados en los incisos séptimo y octavo del N° 3° del artículo 19, de la Carta Fundamental, de acuerdo a los cuales “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”, y “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

Añade que: “de esta forma la Constitución precisa de manera clara que corresponde a la ley y sólo a ella establecer al menos el núcleo esencial de las conductas que se sanciona, materia que es así de exclusiva y excluyente reserva legal, en términos tales que, no procede a su respecto ni siquiera la

⁶ Eduardo Cordero, *Derecho Administrativo Sancionador: Bases y Principios en el Derecho Chileno* (Legal Publishing Chile, 2014), 231-32.

⁷ En STC Rol N° 480, de 27 de junio de 2006, el Tribunal Constitucional sostuvo que las sanciones administrativas y penales “pertenecen a una misma actividad sancionadora del Estado -el llamado *ius puniendi*- y están, con matices, sujetas al estatus quo constitucional establecido en el numeral 3 del artículo 19”. En el mismo sentido, véase STC Rol N° 1518, de 21 de octubre de 2010.

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. (2011). *Curso de Derecho Administrativo, volumen II*. Thompson Reuters (Legal) Limited, Editorial Aranzadi, SA, duodécima edición, Pamplona, p. 181.

delegación de facultades legislativas al Presidente de la República, en conformidad con lo que dispone el artículo 61, inciso segundo, de la Constitución Política”.

Por su parte, el principio de tipicidad está establecido en el inciso final del N° 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental, conforme al cual *“Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”*. Si bien la tipicidad se asemeja al principio de legalidad, no se identifican, pues la tipicidad es un modo de realización del primero. Es así como la tipicidad *requiere algo más que la legalidad*, pues es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, lo que permite garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta⁹. También se sostiene correctamente que el fundamento del precepto que contempla este principio es extensible a sanciones administrativas, ya que ambas –sanciones administrativas y penales– representan el *ius puniendi* del Estado.

Si bien en el ámbito penal se discute si el fundamento del principio de tipicidad se debe encontrar en la certeza subjetiva que éste debe otorgar o de una garantía normativa que reserva al legislador la determinación de las conductas punibles, lo cierto es que en materia administrativa la tipicidad cumple esta doble función¹⁰. Por una parte, dada la complejidad de las materias, conductas y deberes que se imponen en el ámbito administrativo, es necesario que los particulares tengan la certeza de los mismos con el objeto de adecuar su conducta a lo exigido por la autoridad para no incurrir en alguna infracción. Al mismo tiempo, dicha conducta es en principio legítima, salvo que el propio legislador determine que debe ser prohibida y sancionada, cuestión de estricta reserva legal.

De esta forma, y desde la perspectiva de la infracción administrativa, la función del Legislador y, en su caso, de la Administración no se cumple sólo con establecer las conductas constitutivas de infracción administrativa, sino que además deben determinar y hacer previsible dichas conductas, eliminando o reduciendo al máximo la incerteza frente a los destinatarios de dichos deberes. Así, la tipicidad en sede administrativa se traduce en que las disposiciones sancionadoras –que comprende la ley, las normas administrativas que la complementan y los actos formales que las aplican– deben contener suficientes referencias normativas de orden formal y material para generar previsibilidad y certeza sobre lo que, en su aplicación, configurará una infracción administrativa, constituyéndose en una verdadera garantía para el ciudadano¹¹. De esta forma, la conducta constitutiva de infracción debe responder a los parámetros de norma *scripta, praevia, certa y stricta*.

⁹ Véase STC Rol N° 244, c. 10. En el mismo sentido STC Rol N° 480, c. 5.

¹⁰ Sobre la materia véase VAN WEEZEL, Alex (2011): *La garantía de tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Thomson Reuters).

¹¹ Aun cuando no se exija en este ámbito una tipicidad estricta (como la prevista en el ámbito penal), es necesario que la norma tenga contornos definibles, así, señala la Londoño “[...] ni el centro-pivote puede faltar (ley), ni la cuerda asociada al radio de acción puede ser ilimitada. En efecto, lo prohibido y las consecuencias jurídicas deben aparecer como determinables. Si acaso, como ya se ha expuesto abundantemente, no se adhiere aquí a la noción de “tipicidad administrativa” (en sentido vigoroso, penal), ello de ningún modo significa que no se comparta la exigencia de un marco seguro de legalidad que funde el poder sancionatorio. La legalidad es impostergable”, en LONDOÑO MARTÍNEZ, Fernando (2014): “Tipicidad y legalidad en el derecho administrativo-sancionatorio”, en *Revista de Derecho* (Valparaíso), Vol. XXVII, N° 2, p. 161.

Ahora bien, en el ámbito ambiental este principio se expresa no sólo en la idea que no se pueden reprimir aquellas acciones u omisiones que el ordenamiento no considera como infracción, sino que exige que la determinación de las conductas sancionables debe ser configuradas bajo ciertos parámetros de certeza y previsibilidad. En este sentido, bien se sostiene que la legalidad o reserva legal, la tipicidad y la certeza son aspectos requeridos para predecir las conductas sancionables, así como la clase e intensidad de la medida a imponer, se trata de principios de gran importancia para la protección ambiental, dado que se encuentran vinculados a la eficacia preventiva general del instrumento¹². Así, la Ley N° 20.417 desarrolla estos aspectos: i) *desde una perspectiva cuantitativa*, al contemplar una mayor densidad normativa, y ii) *desde una perspectiva cualitativa*, dado que las disposiciones permiten identificar los diferentes grados de infracción.¹³

Siendo ello así, lógica consecuencia es que para la protección de los derechos fundamentales, la legislación debe detallar los criterios o parámetros para el ejercicio de potestades administrativas como, así mismo, cumplir con el principio de tipicidad, determinando con claridad las conductas sujetas a sanciones administrativas. Para la aplicación de una determinada sanción, la infracción debe ser contemplada en una ley, fijando así la fuente normativa y, además, *“se requiere que dicha conducta punible, más allá de la fuente en que se contiene, se encuentre expresamente descrita”*¹⁴.

Uno de los problemas que precisamente ha identificado la doctrina, en relación al principio de tipicidad, se encuentra relacionado a aquellos tipos residuales, que establecen como infracción administrativa cualquier otro incumplimiento no sancionado en normas especiales¹⁵.

En concordancia con lo anterior, de haber querido la ley que la consecuencia asociada al denominado fraccionamiento por variación de instrumento fuera una de tipo sancionatorio, lo habría tipificado expresamente en el artículo 35, en lugar de optar por la regulación de la situación mediante normas que se encuentran lejos de satisfacer los requisitos básicos del principio de legalidad en su vertiente sancionadora.

Es más, entender lo contrario no es posible considerando que la letra b) del citado artículo contempla expresamente como conducta infraccional la otra hipótesis de fraccionamiento, es decir, sólo se establece como infracción de competencia de la SMA la elusión al SEIA, mas no el fraccionamiento por variación de instrumento. Dicho de otro modo, mal podría la SMA ampararse en utilizar la causal residual prevista en la letra n), en circunstancias que el propio legislador diseñó un catálogo de infracciones dentro de las cuales explícitamente no se encontraba la hipótesis de variación de instrumento.

¹² Véase BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2013): “Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental”, en: *Revista de Derecho* (Valparaíso), p. 443 y luego reiterado en BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014): *Fundamentos de Derecho Ambiental* (2ª edición, Valparaíso, Ediciones Universidad de Valparaíso), p. 476. Según el autor, uno de los límites al ejercicio de la potestad sancionadora ambiental se funda en la tipificación de infracciones ambientales, por cuanto la tipificación de infracciones ambientales en el artículo 35 LOSMA, presenta como primer carácter evidente poseer rango legal, lo que no siempre ocurre en el ordenamiento jurídico administrativo sancionador,

¹³ *Ídem*.

¹⁴ FERNÁNDEZ, Miguel (2006). Potestad sancionadora de la Administración y ley penal en blanco: Caso de las eléctricas ante el Tribunal Constitucional. Sentencias destacadas 2006, Libertad y Desarrollo, p. 193.

¹⁵ Cordero, *Derecho Administrativo Sancionador: Bases y Principios en el Derecho Chileno*, 249.

En consecuencia, la SMA excede sus competencias, al formular cargos por la conducta imputada de conformidad al artículo 35 letra n) de la LOSMA.

2) LA CONSECUENCIA JURÍDICA DEL FRACCIONAMIENTO POR VARIACIÓN DE INSTRUMENTO NO CORRESPONDE A LA POTESTAD SANCIONADORA. CORRESPONDE AL REQUERIMIENTO DE INGRESO ADECUADO AL SEIA.

Como es de su conocimiento, la norma que prohíbe el fraccionamiento se encuentra en el artículo 11 bis de la LBGMA, disposición que contiene dos hipótesis: (i) la primera, consistente en el fraccionamiento cuyo propósito es la elusión del SEIA y (ii) la segunda, que tiene por objeto variar el instrumento de evaluación, esto es evitar la presentación de un EIA.

Luego, cuando el fraccionamiento se traduce en la elusión del SEIA, el tipo infraccional se reconoce expresamente en la primera parte de la letra b) del artículo 35 de la LOSMA, que se refiere a la *“ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige resolución de calificación ambiental, sin contar con ella”*.

Por otra parte, y tal como se indicó anteriormente, cuando el fraccionamiento se traduce en la variación del instrumento de evaluación, a diferencia de la elusión, no existe texto expreso que otorgue competencia sancionadora a la SMA. Más bien, la consecuencia jurídica de incurrir en un fraccionamiento como el descrito corresponde al ejercicio del requerimiento de ingreso adecuado al SEIA, tal y como se desprende de la parte final del primer inciso del artículo 11 bis de la LBGMA, en concordancia con el artículo 3 literal k) de la LOSMA. De este modo, se le confiere a la SMA un instrumento de restablecimiento de la legalidad dirigido a garantizar la debida evaluación de iniciativas que pueden presentar efectos, características o circunstancias de las establecidas en el artículo 11 de la LBGMA.

Así, el fraccionamiento por variación de instrumento corresponde a una conducta antijurídica cuyos efectos se proyectan en la integridad y validez del procedimiento administrativo y del acto terminal que autorizará el funcionamiento del respectivo proyecto o actividad.

Por tanto, conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo de la letra b) del artículo 35 de la LOSMA, no mediando ejecución de proyecto al margen del SEIA, y sólo una vez que se ha formulado un requerimiento de ingreso adecuado por un fraccionamiento referido a la variación de instrumento (en conformidad al artículo 3 literal k), en caso de incumplirse dicho requerimiento, recién ahí la SMA se encuentra habilitada para proceder al ejercicio de sus potestades sancionadoras. Debemos hacer presente que este requerimiento, en todo caso no puede formularse sin antes contar con el informe del órgano competente en esta materia, como es el SEA, precisamente cuando esos temas están en discusión o han sido ventilados ante dicho Servicio.

En ese contexto, cabe destacar que es una práctica asentada en la SMA el dar traslado a los regulados al existir indicios de fraccionamiento en los cuales se podrían ejercer sus

potestades de requerir el ingreso al SEIA, para luego decidir si se hará efectivo o no tal requerimiento. A modo de ejemplo, cabe citar el procedimiento ROL REQ-002-2018, en el cual fue dictada la Res. Ex. SMA N° 183, de 9 de febrero de 2018, que confirió traslado por un posible requerimiento de ingreso al SEIA a la sociedad Minera Candelaria Limitada, por su proyecto "Planta Procesadora de Minerales Corona". Evacuado dicho traslado, finalmente, mediante Res. Ex. SMA N° 1282, de 12 octubre de 2018, se requirió su ingreso al SEIA, bajo apercibimiento de sanción¹⁶.

Luego, en la misma resolución de requerimiento de ingreso citada, la SMA ha entendido el requerimiento de ingreso como una medida correctiva, citando doctrina al efecto, que reconoce la importancia de las facultades conferidas a la SMA en el artículo 3 de la LOSMA, dada su finalidad preventiva sobre la protección del medio ambiente; y, además el hecho de que el dotar a la función fiscalizadora de herramientas correctivas también fue parte de la modificación legal de la Ley N° 20.417, siendo precisamente la posibilidad de solicitar el ingreso una demostración de aquello.

En razón de lo anterior, la SMA solo podrá concluir que el fraccionamiento por variación de instrumento imputado, no puede subsumirse en ninguno de los tipos infraccionales contenidos en el artículo 35 de la LOSMA, respecto de los cuales la SMA puede ejercer su competencia sancionadora directa.

En consecuencia, a partir de lo precedentemente expuesto, ha quedado en evidencia la falta de competencia de la SMA para sancionar el supuesto fraccionamiento de proyectos por variación de instrumento, siendo necesario, por ende, absolver a mi representada -y de paso a todas las demás compañías involucradas- del Cargo N° 8 de la Formulación de Cargos, ya que en caso contrario se contravendrían gravemente los principios de legalidad y tipicidad.

- 3) **AL NO ENCONTRARSE TIPIFICADO DENTRO DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA SMA, LA CONSECUENCIA JURÍDICA ES LA DE UNA INFRACCIÓN DE LEY CUYO EFECTO NO ES OTRO QUE EL DE NULIDAD DE LOS RESPECTIVOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.**

Al haber quedado clarísimo que la infracción de fraccionamiento por variación de instrumento -pretendida por la SMA- no se encuentra contenida dentro del catálogo de infracciones del artículo 35 de la LOSMA y, por lo tanto, mal podría la SMA ejercer su potestad sancionadora sin antes infringir los principios de legalidad y tipicidad, es necesario caracterizar dicha infracción como un problema de legalidad de que supuestamente adolecerían los actos administrativos involucrados en el supuesto fraccionamiento. En efecto, en caso de dividirse un solo proyecto en distintos proyectos, con la exclusiva

¹⁶ En el mismo sentido cabe citar el Procedimiento ROL REQ-003-2017, en que fue dictada la Res. Ex. SMA N° 850, de 2 de agosto de 2017, mediante la cual la SMA requirió el ingreso al SEIA, bajo apercibimiento de sanción, a Fábrica de Cementos Génesis S.A. Previamente le había dado traslado a dicha empresa respecto del posible requerimiento, mediante Res. Ex. SMA N° 272, de 6 de abril de 2017. A su vez, en el procedimiento ROL REQ-004-2917, fue dictada la Res. Ex. SMA N° 926, de 18 de agosto de 2017, mediante la cual la SMA requirió el ingreso al SEIA, bajo apercibimiento de sanción, a Agrícola Santis Fruit Ltda. Previamente le había dado traslado a dicha empresa respecto del posible requerimiento, mediante Res. Ex. SMA N° 547, de 8 de junio de 2017. Más recientemente, en el procedimiento rol REQ-011-2018, fue dictada la Res. Ex. SMA N° 1587, de 18 de diciembre de 2018, dando traslado Inmobiliaria y Constructora Río Blanco SpA, a propósito de una supuesta elusión al SEIA.

finalidad de acogerse a los beneficios de ingresar dos o más DIAs en vez de un solo EIA para calificar ese supuesto proyecto dividido, lo que estaría ocurriendo en los hechos es una infracción al procedimiento ambiental, en tanto dichas autorizaciones –las de las DIAs– habrían sido obtenidas en un procedimiento irregular, que no es el correcto al efecto.

Así las cosas y a consecuencia de lo anterior, fuerza es concluir que el vicio de que adolece el acto puede ser perseguido y luego corregido –a iniciativa de la SMA– mediante el ejercicio de la potestad de requerimiento de ingreso adecuado al SEIA, tal y como disponen los artículos 11 bis de la LBGMA y 3 literal k) de la LOSMA. Asimismo, y sólo en el evento de ser efectivo, cabe señalar que este vicio consistiría en una especie de infracción de carácter formal, asociada a un error en el procedimiento utilizado para dar vida al acto administrativo RCA¹⁷, precisamente por utilizarse una o más DIAs en vez de un solo EIA. En esos mismos términos lo ha indicado la jurisprudencia del Ilustre Tercer Tribunal Ambiental que ha abordado esta problemática, al indicar que: *“De esta forma el fraccionamiento adquiere un sentido claro, pues este comportamiento es reprobable si el proponente de un proyecto, a sabiendas, lo fracciona de modo de variar el instrumento de evaluación, e imposibilita la correcta evaluación del impacto ambiental, lo que resulta en una alteración directa o indirecta del medio ambiente en un área determinada (...) De esta forma, el proponente impide evaluar posibles efectos sinérgicos y presenta una línea de base incompleta”*¹⁸.

Así las cosas, al tratarse de un vicio de legalidad del acto –originado en la elección del instrumento– y no del ejercicio de la potestad sancionadora, es fundamental concluir que su persecución por parte de la SMA no se encuentra sujeta a los plazos de prescripción dispuestos en el artículo 37 de la LOSMA. Dicha norma dispone que *“Las infracciones previstas en esta ley prescribirán a los tres años de cometidas, plazo que se interrumpirá con la notificación de la formulación de cargos por los hechos constitutivos de las mismas.”* En efecto, y según se exploró anteriormente, al no encontrarse tipificado el fraccionamiento por variación de instrumento dentro de la LOSMA, mal podría aplicársele dicho régimen al presente caso.

Así las cosas, la persecución, el ejercicio de la potestad de requerimiento de ingreso o la posibilidad de la Administración de poder revisar sus propios actos, derivado de una situación en que ha ocurrido una infracción de fraccionamiento, debe ser necesariamente asociada a los plazos de ejercicio de la potestad invalidatoria de la Administración, plazo que corresponde a uno de dos años desde la notificación del acto, por aplicación expresa del artículo 53 de la Ley N° 19.880.

Dada toda la explicación jurídica anterior, al encontrarnos frente a un plazo de caducidad, el ejercicio de la potestad invalidatoria en el presente caso, se encuentra caducada para la administración, toda vez que ya han transcurrido con creces el plazo de 2 años para todas las posibles RCAs comprometidas en el supuesto fraccionamiento del presente caso, que corresponden a aquellas asociadas a los proyectos (i) Parque Eólico Cabo Leones; (ii) Línea de Transmisión Eléctrica de Doble Circuito de 220 kV Cabo Leonés y Subestación Eléctrica

¹⁷ Javier García Luengo, *Las infracciones formales como causa de invalidez del acto administrativo*, 1ª edición (Madrid: Iustel, 2016), 147.

¹⁸ Considerando 10° de la sentencia recaída en causa rol R-60-2017.

Domeyko; (iii) Parque Eólico Cabo Leones II; y (iv) Línea de Alta Tensión de Doble Circuito de 220 kV Subestación Domeyko a Subestación Maitencillo. Todas estas DIAs fueron sometidas al SEIA entre los años 2011 y 2013 y la última de ellas calificada con fecha 30 de diciembre de 2013 y notificada a su titular con fecha 7 de enero de 2014, según se puede apreciar en el expediente electrónico de dicho proyecto. En consecuencia, es hasta el 7 de enero de 2016 que la SMA se encontraba habilitada para requerir el ingreso adecuado al SEIA. De lo contrario se afecta la certeza jurídica y la necesaria estabilidad que un proyecto de esta naturaleza requiere para poder ser ejecutado, financiado y desarrollado adecuadamente.

En ese contexto, es fundamental tener presente que la SMA incurre en un grave error al incluir al Parque Eólico Cabo Leones III en el supuesto fraccionamiento por cambio de instrumento. Lo anterior por cuanto al haber sido evaluado a través de un EIA, no se produjo variación de instrumento alguna, lo cual viene a confirmar la forma en que mi representada se comportó siempre dentro de un ámbito de legitimidad. En consecuencia, mal podría la SMA aprovecharse de que este proyecto haya sido calificado recientemente para incluirlo dentro de una parte de un proyecto mayor. No se puede olvidar que el hecho antijurídico justamente requiere que se varíe el instrumento, lo cual evidentemente no ocurrió en el presente caso.

Sobre este aspecto valga, por último, tener en consideración que la caducidad en este aspecto atiende a criterios de seguridad jurídica (certidumbre y fijeza). Bajo la figura de la caducidad en el ejercicio de la potestad invalidatoria, se transforma en cierto sentido un estado de hecho en un estado de derecho. La situación de inactividad de la Administración para perseguir la hipótesis de fraccionamiento por cambio de instrumento, se transforma en jurídica (no se puede actuar)¹⁹.

Consecuentemente, a partir de lo precedentemente expuesto ha quedado en evidencia la falta de competencia de la SMA para sancionar el supuesto fraccionamiento de proyectos por variación de instrumento.

Finalmente, y sin perjuicio de su improcedencia, ha quedado en evidencia que el supuesto vicio de legalidad de fraccionamiento imputado por la SMA ya se encuentra caducado, siendo necesario, por ende, absolver a mi representada y a las demás compañías involucradas en el Cargo N° 8 de esta Formulación de Cargos, ya que en caso contrario contravendría gravemente los principios de legalidad, tipicidad y de certeza jurídica.

¹⁹ Alfredo de Diego Díez, *Tratamiento y efectos de la caducidad en el procedimiento sancionador* (Madrid: Fe d' erratas, 2014), 34.

IV. NO SE CUMPLEN LOS REQUISITOS LEGALES PARA LA CONFIGURACIÓN DE FRACCIONAMIENTO DE PROYECTOS POR VARIACIÓN DE INSTRUMENTO DE EVALUACIÓN.

1) EL FRACCIONAMIENTO DE PROYECTOS Y LOS ELEMENTOS PARA SU CONFIGURACIÓN.

El fraccionamiento de proyectos, ya sea por elusión o variación del instrumento de evaluación, está establecido en el artículo 11 bis de la LBGMA que dispone *“los proponentes no podrán, a sabiendas, fraccionar sus proyectos o actividades con el objeto de variar el instrumento de evaluación o de eludir el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Será competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente determinar la infracción a esta obligación y requerir al proponente previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, para ingresar adecuadamente al sistema. No se aplicará lo señalado en el inciso anterior cuando el proponente acredite que el proyecto o actividad corresponde a uno cuya ejecución se realizará por etapas”*.

En lo pertinente al caso de autos, del análisis de la normativa citada, para que se configure el fraccionamiento por variación de instrumento, se deben reunir los siguientes requisitos copulativos: (i) que se esté en presencia de un solo proyecto; (ii) que se trate de un solo titular; (iii) que dicho titular haya variado el instrumento de evaluación en el SEIA; y, (iv) que dicho titular haya variado el instrumento obrando a sabiendas, es decir, con dolo o mala fe.

La finalidad de la norma, conforme lo ha establecido el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental²⁰, es el resguardo de una correcta evaluación ambiental, según se desprende de la lectura armónica de los artículos 2, letras i), j), k), l) y ll), 11 bis y 12, letras b), c) y d), de la LBGMA. En este sentido el Ilustre Tribunal Ambiental concluye *“De esta forma el fraccionamiento adquiere un sentido claro, pues este comportamiento es reprochable si el proponente de un proyecto, a sabiendas, lo fracciona de modo de variar el instrumento de evaluación, e imposibilita la correcta evaluación del impacto ambiental, lo que resulta en una alteración directa o indirecta del medio ambiente en un área determinada (...) De esta forma, el proponente impide evaluar posibles efectos sinérgicos y presenta una línea de base incompleta”*.

En cuanto al primer requisito, cabe señalar que no existen criterios objetivos regulados en la doctrina ni jurisprudencia nacional para determinar cuándo se está en presencia de un solo proyecto, en lugar de una serie de proyectos individuales, estén o no relacionados.

En consecuencia, dado lo anterior, se debe proceder al análisis específico de los proyectos cuyo fraccionamiento se reprocha para dilucidar si se trata de un proyecto global o de distintos proyectos, según se detallará en el próximo acápite.

En relación con el requisito de titularidad, el tenor literal del artículo 11 bis de la LBGMA y la letra k) del artículo 3° de la LOSMA, se refieren al sujeto obligado, como el “proponente”, es decir, que se trate de una misma persona natural o jurídica que desarrolla el proyecto cuyo fraccionamiento se reprocha.

²⁰ Considerando décimo de la sentencia definitiva dictada en causa rol R-60-2017.

Luego, el tercer requisito para que se configure el fraccionamiento por cambio de instrumento, consiste en que el titular somete al SEIA distintas DIAs, en lugar de un EIA, dado que se requiere que el proyecto genere los efectos, características o circunstancias descritas en el artículo 11 de la LBGMA y 5 a 10 del Reglamento del SEIA.

Lo anterior ha sido confirmado por el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental²¹, por lo que no se configura este elemento si los proyectos cuyo fraccionamiento se reprocha consideraron al menos una evaluación ambiental mediante un EIA. Sin perjuicio de que se abordará este requisito más adelante, corresponde desde ya destacar que este elemento crucial a la hora de determinar si se configura la hipótesis de fraccionamiento por variación de instrumento, NO SE VERIFICA en el presente caso, considerando que el proyecto de mi representada fue evaluado como un EIA.

Finalmente, en relación con el cuarto requisito, éste consiste en que el titular haya obrado con dolo o mala fe al momento de someter distintas DIAs dividiendo un proyecto que por sí solo hubiese ingresado como un EIA.

El conocimiento al que alude la expresión “a sabiendas” del artículo 11 bis de la LBGMA no se refiere sólo a la interrelación que pudiere existir entre dos o más proyectos, sino que a la voluntad de un titular que, en conocimiento de que un determinado proyecto produce impactos significativos, procede a dividirlo, con la finalidad de ingresar DIAs en lugar de un EIA, y así simplificar la evaluación ambiental del proyecto, eximiéndose de contar con medidas de mitigación, compensación o reparación.

En otras palabras, para que el denominado “fraccionamiento” se perfeccione, no basta la simple concurrencia de algunas de las conductas descritas en el artículo 11 bis de la LBGMA, sino que además es necesaria la concurrencia de un elemento subjetivo particular, el dolo, que debe ser probado por la autoridad administrativa. Lo anterior ha sido confirmado por la doctrina²²²³ y jurisprudencia de los tribunales superiores.²⁴²⁵

²¹ Ídem.

²² CARRASCO, Edesio (2014). Notas respecto al fraccionamiento de proyectos en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. VII Actas de las Jornadas de Derechos Ambiental, Universidad de Chile. Legal Publishing, Santiago, p. 485: “probar su elemento subjetivo, es demostrar que el infractor conoce la antijuridicidad de la norma y pese a eso, “a sabiendas” nos dice la ley, decide “eludir” el ingreso al SEIA o “variar” el instrumento de evaluación”.

²³ LEIVA, Felipe (2013). A propósito de Hidroaysén: notas sobre el fraccionamiento de proyectos en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Revista Actualidad Jurídica, N° 27, p. 269: “la probanza de la infracción del artículo 11 bis debe recaer en el análisis de este tipo de acciones de manera tal que vayan configurando la voluntad o intención expresa de eludir las normas del SEIA, debiendo descartarse, repetimos, las conductas culposas del titular del proyecto”.

²⁴ Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 40665-2012, sentencia de 9 de septiembre de 2013: “De tal precepto se desprende que el legislador exige, en primer lugar, que el fraccionamiento del proyecto sea realizado por su titular “a sabiendas”, para variar el instrumento de evaluación o para evitar el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de lo que se colige que debe constar que Metro S.A. (titular) ha obrado de mala fe, dolosamente, al dividir el proyecto, lo que no ha quedado demostrado en autos”.

²⁵ Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 9305-2013, sentencia de 4 de noviembre de 2013: “Luego, se exige, en primer término, que el titular “a sabiendas” fraccione su proyecto para variar el instrumento de evaluación, o sea, que le permita evitar el ingreso al Sistema de Evaluación Ambiental o someterse a una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) en vez de a un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), es decir, debe constar que Agrícola Laguna Redonda S.A. ha obrado dolosamente, de mala fe, al fraccionar su proyecto, lo cual no está demostrado ni en este procedimiento ni, aparentemente, en ningún otro”.

Finalmente, en cuanto al estándar probatorio de este elemento, el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental señaló: *“Habida cuenta que la función de este Tribunal es resolver controversias ambientales, para lo cual debe analizar las consideraciones de hecho y de derecho que planteen las partes en relación con el procedimiento administrativo reclamado, es que el estándar de prueba del elemento subjetivo del art. 11 bis LBGMA debe ajustarse al balance de probabilidades, por el que se debe declarar existente dicho elemento si resulta más probable que el proponente supiera de todos los impactos del proyecto y aún así varió su instrumento de evaluación ambiental o eludió el SEIA”*.²⁶

2) AUSENCIA DE UNIDAD DE PROYECTO. DEFINICIÓN Y LÓGICA DE PROYECTOS ELÉCTRICOS EN GENERAL Y DE PROYECTOS DE ENERGÍAS RENOVABLES NO CONVENCIONALES EN PARTICULAR.

- a) No existe unidad de proyecto entre los parques de generación y las líneas de transmisión: qué entender por unidad de proyecto, en relación a la generación y transmisión de energía.

Como hemos señalado con anterioridad, el fraccionamiento de proyecto por variación de instrumento implica que un único proyecto sea dividido, con el objeto de variar la vía de ingreso al SEIA, mediante la presentación de diversas DIAs en lugar de un EIA.

Por lo anterior, es esencial determinar qué se debe entender por “proyecto” o “unidad de proyecto”, particularmente en lo que dice relación con la generación y transmisión de energía, para a su vez, determinar si corresponde y está permitida su evaluación en forma individual en el SEIA.

Al respecto, dada la inexistencia de definición legal del concepto proyecto, corresponde acudir a las reglas de interpretación consagradas en el Código Civil²⁷, específicamente en los artículos 19 y 22, que regulan la interpretación literal y sistemática de las normas, es decir, considerando el contexto de las disposiciones para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía²⁸.

Pues bien, con el objeto de determinar qué cabe entender por “proyecto” o “unidad de proyecto”, es atinente citar el artículo 8 de la LBGMA, cuyo inciso primero, indica que: *“Los proyectos o actividades señalados en el artículo 10 sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido en la presente ley.”* (énfasis agregado).

A su vez, el artículo 10 de la LBGMA dispone que: *“Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes: (...)*

- b) *Líneas de transmisión eléctrica de alto voltaje y sus subestaciones;*
c) *Centrales generadoras de energía mayores a 3 MW”;*

²⁶ Considerando undécimo de la sentencia definitiva dictada en causa rol R-60-2017.

²⁷ Alejandro Guzmán Brito, *La interpretación administrativa en el derecho Chileno*, 2014, 153; Carlos Ducci, *Interpretación Jurídica*, 2ª edición (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1977), 162.

²⁸ Ver dictamen N° 29.505 de 2005.

Luego, una interpretación literal y sistemática del artículo 11 bis, en relación con los artículos 8 y 10 de la LBGMA, nos lleva a concluir que para efectos del SEIA, por proyecto o actividad cabe entender precisamente aquellos que se encuentran descritos en el artículo 10, el que a su vez consagra, por una parte, las líneas de transmisión eléctrica y, por otra parte, las centrales generadoras de energía mayores a 3 MW, lo que *per se* permite distinguir proyectos que el propio legislador definió como independientes, tengan o no una relación comercial, sin existir norma que exija su presentación conjunta, entendiéndose a *contrario sensu* que su presentación por separado está permitida.

En este sentido, frente a la discusión que se presentó respecto del proyecto Hidroaysén, que consideraba solo la generación de energía, y no su transmisión, la Excelentísima Corte Suprema, en causa rol 10.220-2011, señaló *“Que de la lectura del texto de la Ley N° 19.300 como de la Ley N° 20.417 no puede concluirse que el ordenamiento jurídico exija perentoriamente que ambos proyectos se presenten a evaluación en forma conjunta”*.

En consecuencia, es absolutamente improcedente la vinculación que ha construido la SMA de pretender aglutinar, bajo una misma lógica de unidad de proyecto, a proyectos de generación con aquellos de transmisión eléctrica.

Dichos proyectos, aunque evidentemente se encuentran al servicio de la energía eléctrica, se encuentran regulados en tipologías distintas, responden a lógicas distintas, generan impactos distintos y aún más, en ciertas ocasiones la propia regulación impide que se encuentren bajo la misma propiedad, no siendo necesaria por lo tanto su evaluación de impacto conjunta según muestra la mayoritaria evidencia de evaluación en la historia del SEIA.

En efecto, como se sabe, la industria eléctrica se divide en tres segmentos: (i) generación²⁹, (ii) transmisión³⁰ y (iii) distribución³¹, estableciéndose en el inciso quinto del artículo 7 de la LGSE, la prohibición absoluta a las empresas transmisoras para dedicarse por sí mismas o a través de personas relacionadas a actividades que comprendan de cualquier forma el giro de generación o distribución. La misma disposición, en su inciso séptimo, establece la posibilidad de que empresas generadoras o distribuidoras y usuarios no sujetos a regulación de precios puedan participar en el segmento de transmisión nacional, pero de manera limitada a un ocho por ciento máximo de participación individual en el valor de inversión total de dicho sistema y con un límite de cuarenta por ciento considerando las

²⁹ En particular, respecto del segmento de generación, este no está calificado como servicio público por ley, no obstante, se encuentra sujeto a un régimen regulatorio cuyo objeto es asegurar el acceso a suministro más eficiente y velar por la seguridad operacional del sistema en su conjunto. Asimismo, indica que la interconexión y operación de las instalaciones de generación con las de transmisión es determinada por el Coordinador Eléctrico.

³⁰ En cuanto al segmento de transmisión, este está definido como servicio público y se clasifica en: (i) el Sistema de Transmisión Nacional (anteriormente denominado “Sistema Troncal”); (ii) el Sistema de Transmisión Zonal (anteriormente denominado “Sistema Subtransmisión”); (iii) el Sistema de Transmisión Dedicado (anteriormente denominado “Sistema Adicional”); (iv) el Sistema de Transmisión de Polos de Desarrollo; y, (v) el Sistema de Interconexión Internacional.

³¹ El segmento de distribución también, está calificado un servicio público, en el cual las empresas de distribución operan bajo un régimen de concesión, con obligación de servicio y tarifas reguladas para el suministro a clientes regulados. Las fuentes de suministro son definidas mediante procesos de licitación de suministro para clientes regulados.

participaciones de manera conjunta.

Las limitaciones que contiene el artículo 7° de la LGSE fueron incorporadas a la regulación eléctrica durante el año 2004, mediante la dictación de la Ley N° 19.940, que regula sistemas de transporte de energía eléctrica, establece un nuevo régimen de tarifas para sistemas eléctricos medianos e introduce las adecuaciones que indica a la Ley General de Servicios Eléctricos³².

Dicha incorporación buscó regular estructuralmente la industria eléctrica con el fin de evitar posibles infracciones a la libre competencia mediante la prohibición de integración vertical entre los distintos segmentos de la industria eléctrica.

Posteriormente, en 2016, se publicó la Ley N° 20.936, que tuvo por objeto modificar la LGSE en materia de transmisión, mediante la incorporación de disposiciones cuyo objetivo es que la transmisión eléctrica favoreciera el desarrollo de un mercado de generación más competitivo. Destaca que dicha ley no consideró modificaciones a las reglas sobre integración vertical actualmente vigentes, sino que, por el contrario, durante la tramitación se consideró que el mercado debía mantener las características de desintegración vertical.

De igual modo, cabe tener presente que, respecto de la solicitud efectuada el año 2018 por una empresa transmisora al Tribunal de la Libre Competencia³³, para efectos que se propusiera al Presidente de la República la eliminación de la prohibición a las empresas transmisoras de participar en los segmentos de distribución y generación, dicho tribunal resolvió que no era procedente ejercer dicha facultad.

De esta forma si una empresa decide primero invertir en transmisión, dicha empresa no podrá posteriormente participar en el segmento de generación o distribución, ello con el

³² La incorporación de esta prohibición tuvo como antecedente la Resolución N° 488 de 1997 de la Comisión Resolutiva, mediante la cual se pronunció sobre un requerimiento formulado por la Fiscalía Nacional Económica en contra de Endesa S.A., Transelec S.A. y Chilectra S.A. para desconcentrar y descentralizar sus operaciones en los distintos segmentos. Indica que la Comisión si bien rechazó su petición, reconoció la existencia de áreas de conflicto actuales y potenciales que derivaban de lo imperfectamente competitivas que eran algunas de sus actividades, la incompleta regulación del sector y la asimetría de información que caracterizaba la situación de los distintos participantes, por ello, la Comisión estableció que: (i) la autoridad debía promulgar el reglamento del sector y promover las modificaciones legales para resolver problemas de ambigüedad como el proceso de uso, tarifas y peajes de las redes de transmisión; (ii) ordenó a Transelec S.A. a transformarse en dueña de los activos de transmisión que administraba, constituyéndose en una sociedad anónima abierta de giro exclusivo y que, dicha regla, se aplicó a todas las empresas que posteriormente entraron al segmento de transmisión; (iii) ordenó que las empresas de transmisión permitieran la participación accionaria de terceros interesados en ampliaciones a la red, atendida la inexistencia de un procedimiento de ampliación de la transmisión troncal; y (iv) ordenó que las empresas distribuidoras licitaran públicamente sus abastecimientos de energía u potencia sobre condiciones objetivas y no discriminatorias.

³³ El 1° de febrero de 2018, mediante presentación de fojas 20, Celeo Redes Chile Limitada (en adelante e indistintamente, "Celeo Redes" o la "Solicitante") solicitó al Tribunal de la Libre Competencia que, en ejercicio de la facultad conferida en el artículo 18 N° 4 del Decreto Ley N° 211 (en adelante, "D.L. N° 211"), propusiera al Presidente de la República, a través del Ministerio de Energía u otro, la modificación de los preceptos legales necesarios para introducir un mayor grado de competencia en los mercados de generación, distribución y transmisión eléctrica. En particular, solicita recomendar que se modifique el artículo 7° del Decreto con Fuerza de Ley N° 4, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Minería de 1982, de la Ley General de Servicios Eléctricos ("LGSE"), eliminando los incisos quinto al octavo del artículo 7° de la LGSE y modificando sus incisos cuarto y noveno, con el objeto de eliminar, por una parte, la prohibición a las empresas transmisoras de participar en los segmentos de distribución y generación y, por otra, eliminar la limitación existente para las empresas de distribución y generación que deseen participar en el segmento de transmisión.

objeto de prevenir los potenciales efectos anticompetitivos de una eventual participación cruzada entre los distintos segmentos del mercado eléctrico.

En definitiva, existe una prohibición de integración vertical entre el segmento de transmisión y los demás segmentos de la industria eléctrica, que impide que se encadenen los tres segmentos del mercado bajo un mismo controlador, ya sea a nivel nacional o en algunas zonas. De ahí que, lo planteado por la SMA en cuanto a la unidad de proyecto no tiene sustento normativo.

Por lo anterior, en consideración a los argumentos de hecho y de derecho aquí presentados, se solicita a la SMA que resuelva absolver a mi representada del cargo formulado, por cuanto no se está en presencia de un solo proyecto, sino de diversos proyectos individuales de tipologías distintas según lo establece la normativa vigente.

b) Criterios que deben ser atendidos para analizar la unidad de proyecto.

A mayor abundamiento, y aun cuando ya ha sido aclarado y definido el concepto de proyecto acorde a las tipologías de ingreso definidas en la LBGMA, tratándose de proyectos de una misma tipología, el análisis se torna más complejo, ya que como ha sostenido el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental³⁴, no es posible determinar de la interpretación literal de la norma, cuándo se está en presencia de un solo proyecto que ha sido fraccionado en forma ilegal o se está en presencia de distintos proyectos que han sido presentados en forma legítima por el proponente.

Al respecto, dadas las tipologías de proyectos involucradas, para determinar el concepto de proyecto único o de diversos proyectos, se deben analizar aspectos esenciales de los mismos como lo son su diseño, condiciones de viento, topografía y geotecnia del sitio de emplazamiento, factibilidad eléctrica para la evacuación de energía, existencia y costos de la tecnología necesaria para su ejecución y el financiamiento de éstos, supeditado a la existencia de un contrato de suministro dada la intermitencia de las ERNC.

Por lo tanto, solo realizando el análisis incorporando estos criterios adicionales, se podrá determinar si realmente se está en presencia de un solo proyecto o de proyectos individuales e independientes, que por determinadas características son inviables de ser presentados como una unidad.

A continuación, analizaremos cada uno de estos criterios:

- (i) Información técnica respecto de las condiciones de viento. Conforme a la información expuesta en el acápite II.2., el año 2011, fecha en la cual se diseñó e ingresó el proyecto "Parque Eólico Cabo Leones" al SEIA, sólo se contaba con información representativa de la velocidad y dirección de viento para el lote 4, considerando la ubicación de las torres de monitoreo del arrendatario (que midieron desde el año 2008), así como la torre de la CNE denominada "Loma del Hueso".

³⁴ Ídem.

- (ii) Capacidad de evacuación de energía. A su vez, conforme a la información expuesta en el mismo acápite II.2., el año 2011 la capacidad de evacuación se encontraba limitada a la de la línea Punta Colorada - Maitencillo de 220 KV, de propiedad de Transelec, la cual no superaba los 200 MW. Posteriormente, en el año 2012, Transelec informa que existiría una alternativa para aumentar la capacidad de evacuación mediante la implementación de una solución adicional de un circuito que enlazara la nueva subestación Domeyko y la subestación Maitencillo. Finalmente, considerando especialmente el proyecto "Plan de Expansión Chile LT 2x500 kV Cardones - Polpaico", se consolida la posibilidad de contar con una mayor evacuación de energía a través de la subestación Maitencillo, destacando que el referido proyecto aún no está en etapa de operación. Todo lo anterior, es una evidencia irrefutable de la imposibilidad técnica de haber concebido los cinco proyectos como uno solo, lo que deja en absoluta evidencia su individualidad y la ausencia un actuar "a sabiendas".
- (iii) Tecnología disponible. Conforme al mismo acápite citado anteriormente, dadas las condiciones de velocidad del viento y corrosividad que presentaban los lotes 3 y 5, no existía tecnología que permitiera el año 2010-2011 ejecutar los proyectos "Parque Eólico Cabo Leones II" y "Parque Eólico Cabo Leones III".
- (iv) Condiciones financieras y contratos de suministro. De acuerdo a la información anteriormente expuesta, consta que la viabilidad financiera de los distintos proyectos se encontraba supeditada a la obtención de un contrato de suministro, los cuales fueron obtenidos en distintas licitaciones realizadas por la CNE en los años 2015 y 2016 para clientes regulados para el suministro a distribuidoras de energía a partir del 1 de enero de 2017 y 1 de enero de 2021.
- (v) Condiciones de mercado y regulación eléctrica. Al año 2009, solo el 2,7% de la matriz energética chilena provenía de fuentes de ERNC³⁵, considerando la regulación eléctrica vigente a la época y los costos de la tecnología. Actualmente dicha cifra ha crecido en gran medida, debido principalmente a iniciativas gubernamentales de fomento a la tarificación, transmisión y generación, alcanzando un 20,6 % a noviembre de 2018³⁶. Dado el contexto anterior, es fundamental tener presente que, a fines del año 2012, la capacidad de ERNC instalada correspondía a 873 MW, equivalente a un 4,88% de la capacidad total del país, siendo la biomasa la tecnología con mayor presencia, equivalente a 394 MW, mientras que se contaba con 205 MW de capacidad instalada por concepto de energía eólica³⁷.

Por lo anterior, y considerando todos los antecedentes y factores anteriormente expuestos, es inevitable concluir en forma clara y categórica que, durante el año 2011, al momento de

³⁵ Sector energía III: ERNC, perspectivas y dificultades. Chile. Deloitte, agosto 2016.

³⁶ La potencia instalada neta con base a tecnologías ERNC, a diciembre de 2018, asciende a un total de 4.793 MW. De dicho valor, 4.764 MW se ubican en el SEN. El restante 0,6 % (26 MW) se encuentran en el Sistema Eléctrico de Aysén y el 0,1 % (3 MW) en Magallanes. La capacidad ERNC instalada corresponde a un 20,6% de la capacidad eléctrica total en los sistemas eléctricos nacionales. Reporte Sector Energético, Enero 2019, Comisión Nacional de Energía.

³⁷ Reporte CER (Centro de Energías Renovables) Noviembre 2012, Estado de proyectos ERNC en Chile.

diseñarse el proyecto “Parque Eólico Cabo Leones”, haber imaginado la posibilidad de diseñar y construir un proyecto de más de 500 MW de potencia, como pretende la SMA, no era racional, toda vez era inviable técnica, tecnológica, eléctrica y financieramente.

Un proyecto de ERNC de esa envergadura hubiese representado un 2,7% del total de la matriz energética nacional, y el 57% de la capacidad instalada de las ERNC total del país, superando los 205 MW instalados en dicho momento. En consecuencia, no era ni es racional diseñar un proyecto de energías renovables de la capacidad que pretende la SMA. Las condiciones de mercado de la época en que supuestamente habría sido planificado el fraccionamiento no otorgaban condiciones para el desarrollo de un proyecto eólico de 547 MW como pretende la SMA.

A mayor abundamiento, y aun cuando era impensable el diseño del proyecto que pretende la SMA, técnicamente está demostrado que al año 2011 sólo se contaba con información representativa de las velocidades y dirección de viento del lote 4, lo que sumado a la capacidad de evacuación limitada a 197 MW y tecnologías disponibles a dicha fecha, permite concluir que únicamente era factible diseñar y ejecutar el proyecto “Parque Eólico Cabo Leones”.

Finalmente, un aspecto que es capital para establecer la individualidad entre los distintos proyectos es su financiamiento. En efecto, al desarrollarse un proyecto de ERNC, cuya principal barrera está constituida por su financiamiento –máxime al año 2011– el aspecto financiero se torna en un atributo de la esencia de lo que corresponde un proyecto.

En conclusión, sobre la base de los antecedentes anteriormente expuestos, esta Superintendencia llegará a la inevitable conclusión de que los proyectos objeto de la formulación de cargos son proyectos individuales e independientes, los cuales se han ido desarrollando gradualmente, dadas las factibilidades eléctricas de evacuación, las tecnologías disponibles en el mercado, la posibilidad de ejecutar largos y complejos estudios técnicos, la adjudicación de contratos de suministro de energías, así como la participación de distintos accionistas que respaldaran y permitieran el financiamiento de éstos, por lo que deberá proceder con la absolución del cargo de fraccionamiento formulado. Entender lo contrario, se contrapone con la lógica de cómo se crea, estructura y viabiliza un proyecto de generación de energía y un proyecto de transmisión eléctrica.

Adicionalmente, todos los aspectos fácticos anteriormente expuestos no hacen sino desechar la tesis elaborada por la SMA, por cuanto para poder configurar una hipótesis de fraccionamiento por variación de instrumento se requiere que el infractor haya planificado *a sabiendas* una división de proyecto con miras a beneficiarse de un ingreso a través de una o varias DIAs en vez de un solo EIA. Evidentemente, lo anterior no concurre en el presente caso, toda vez que está demostrado que no estaban dadas las condiciones necesarias para haber siquiera concebido un proyecto de las características que pretende la SMA.

- c) Los elementos considerados por la SMA para sustentar la supuesta unidad de proyecto que existiría entre los 5 proyectos son equivocados y adolecen de debida motivación. Los hechos y el derecho aplicable al caso particular, demuestran que se trata de proyectos individuales, independientes económica y eléctricamente, de titulares distintos y de tipologías distintas, no existiendo la obligación de ingresarlos conjuntamente al SEIA.

De acuerdo al análisis realizado en la Formulación de Cargos, los 3 proyectos de generación de energía eólica y los dos proyectos de líneas de transmisión eléctrica corresponderían a un solo proyecto, que en opinión de la SMA debió ser evaluado conjuntamente mediante un EIA, considerando una serie de criterios que a continuación procedemos a controvertir:

- i) La ubicación geográfica y emplazamiento de los distintos proyectos no implica "unidad" y fraccionamiento.

Según plantea la SMA, la existencia de fraccionamiento por variación de instrumento se haría evidente en consideración a que los distintos proyectos se emplazarían en una misma ubicación geográfica.

Sobre este punto cabe señalar que el hecho de ser colindantes no otorga necesariamente el carácter de unidad a dos o más proyectos. Los ejemplos en el SEIA abundan. En dicho sentido podemos citar el caso de los proyectos con RCA favorable "Parque Eólico Sarco"³⁸, "Parque Eólico San Juan"³⁹, "Línea de Transmisión y Subestación Eléctrica San Juan"⁴⁰, "Línea de transmisión eléctrica 2 X 220 kV, tramo Sarco-Maitencillo, comunas de Freirina y Vallenar, Provincia del Huasco, Región de Atacama"⁴¹, y "Proyecto Línea de Transmisión Eléctrica San Juan conexión Sarco", actualmente en calificación, todos ubicados contiguos a los proyectos que son objeto del presente proceso sancionatorio, dentro del resto de los lotes definidos por el Arrendatario, según se da cuenta en la siguiente imagen.



³⁸ Calificado ambientalmente favorable mediante Res. Ex. N° 32, de 5 de febrero de 2014, de la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama.

³⁹ Calificado ambientalmente favorable mediante Res. Ex. N° 40, de 13 de febrero de 2013, de la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama.

⁴⁰ Calificado ambientalmente favorable mediante Res. Ex. N° 1001, de 29 de octubre de 2014, de la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama.

⁴¹ Calificado ambientalmente favorable mediante Res. Ex. N° 7, de 21 de enero de 2015, de la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama.

En el mismo sentido, podemos citar los proyectos “Central Termoeléctrica de Ciclo Combinado Central San Isidro”⁴², de Compañía Eléctrica Tarapacá S.A. y “Central termoeléctrica de Ciclo Combinado Nehuenco”⁴³, de Colbún S.A., en la comuna de Puchuncaví. Ambos proyectos resultan prácticamente idénticos, son colindantes entre sí, y además fueron presentados casi coetáneamente y calificados favorablemente un mismo día. Sin embargo, nunca se ha planteado respecto de estos ejemplos, que exista una “unidad”, ni mucho menos que se genere entre los mismos un fraccionamiento.

Finalmente, en los proyectos de los Titulares objeto de cargo en comento, la ubicación geográfica de cada uno fue reconocida y abordada en las respectivas evaluaciones de impacto ambiental, según las descripciones de áreas de influencia y también con la evaluación de impactos acumulativos y sinérgicos realizados por mi representada durante la evaluación del proyecto “Parque Eólico Cabo Leones III”. A mayor abundamiento, es necesario expresar que con anterioridad el proyecto “Parque Eólico Cabo Leones II” también evaluó su impacto desde el punto de vista acumulativo con el proyecto “Parque Eólico Cabo Leones”.

ii) Uso de un mismo camino de acceso para los distintos proyectos no implica “unidad” y fraccionamiento.

Finalmente, dado que la SMA ha pretendido configurar la unidad de proyectos también en el hecho de que los distintos proyectos comparten caminos de acceso y caminos internos, no podemos dejar de señalar que ello se debe tanto al resguardo de intereses económicos (reducción de costos), satisfacción de requisitos técnicos (exigencias del regulador eléctrico), como a la lógica de que resulta beneficioso aprovechar instalaciones e infraestructura común para disminuir impactos ambientales, más aún, cuando cada uno de los caminos que comparten los distintos proyectos ha sido evaluado ambientalmente y autorizada su utilización común, en el marco del SEIA. Pretende que por el hecho de tratarse de proyectos distintos no se puede compartir infraestructura o partes de un mismo proyecto, generaría absurdos en la forma en como en la práctica se llevan a cabo los proyectos en Chile. Es más, los proyectos “Parque Eólico Sarco” y “Parque Eólico San Juan”, comparten el mismo camino.

iii) Utilización de la misma mano de obra de los distintos proyectos no implica “unidad” y fraccionamiento.

Por otra parte, en la Formulación de Cargos la SMA intenta dar por acreditada la existencia de fraccionamiento en base a que los Titulares habrían utilizado la misma mano de obra para el desarrollo de sus proyectos. Sin embargo, ello bajo ningún caso acredita unidad de proyecto, menos si se declaró que las respectivas etapas de construcción de los proyectos no serían simultáneas. Dicho de otro modo, no podría sostenerse que un mismo trabajador o

⁴² Calificado ambientalmente favorable mediante Res. Ex. N°2, de 5 de mayo de 1997, de la Comisión Regional del Medio Ambiente de Valparaíso.

⁴³ Calificado ambientalmente favorable mediante Res. Ex. N° 3, de 5 de mayo de 1997, de la Comisión Regional del Medio Ambiente de Valparaíso.

una escuadra de trabajadores ejecute labores simultáneas en dos o más faenas. Aún más, como analizaremos más adelante, la SMA utiliza erróneamente el concepto de impacto sinérgico, por cuanto habla de simultaneidad y secuencia, siendo ambos conceptos antónimos, y el último no forma parte de su definición.

Adicionalmente en relación a la selección de la mano de obra a utilizar, cabe señalar que los Titulares encargan la construcción a un contratista, y éste a su vez, tiene subcontratistas, quienes seleccionan directamente su personal. A mayor abundamiento, las autoridades locales fomentan la contratación de mano de obra local, existiendo incluso compromisos al respecto. De este modo, el argumento utilizado por la SMA carece de sentido para los fines de verificar un eventual fraccionamiento.

iv) Similitud de compromisos voluntarios de los distintos proyectos no implica "unidad" y fraccionamiento.

Sumado a lo anterior, no podemos dejar de referirnos a que la SMA ha intentado también justificar la existencia de una supuesta unidad de proyecto, en el hecho de que en las RCA de algunos de los proyectos de los Titulares se replican obligaciones tales como planes de rescate y replante de flora.

Sin embargo, ello no implica una íntima vinculación de los mismos (o unidad), toda vez que es lógico que medidas sean similares si los objetos de protección son específicos en el área.

No son aislados los casos en que las distintas autoridades ambientales y sectoriales, aprueban a distintos titulares de proyectos, independientemente de sus tipologías, propuestas de compromisos voluntarios exactamente iguales, máxime si se trata de uno o más objetos de protección ambiental idénticos⁴⁴, y proyectos que se encuentran amparados por una guía de evaluación emitida por el SEA justamente para unificar criterios.

Evidencia de lo anterior, es la denominada "Mesa Eólica", conformada por los diversos titulares de generación de energía en la zona, donde se busca ofrecer y coordinar medidas conjuntas para las comunidades, lo que no puede ser entendido por la SMA como un criterio o evidencia para configurar una hipótesis de fraccionamiento.

d) No existe entre los distintos proyectos una interdependencia constitutiva de "unidad" y fraccionamiento.

En estrecha relación con todo lo expuesto, se desvirtúa la afirmación de la SMA sobre la interdependencia de los proyectos, particularmente, ya que no basta para llegar a dicha conclusión, el que compartan obras tales como caminos de acceso, caminos internos y el Edificio de Control y Subestación Transformadora, toda vez que los tres parques no necesitan de los otros para tener autonomía funcional. Las líneas de transmisión eléctrica, por su parte, representan proyectos distintos, según una interpretación literal y sistemática de la LBGMA.

⁴⁴ Muestra de lo anterior es por ejemplo lo que ocurre con la protección de especies como el Gaviotín Chico en el área industrial de Mejillones, o de especies de Flamencos en salares de la II Región.

Por lo demás, cada una de las referencias que se hace entre un proyecto y otro, se encuentra plenamente recogida en las evaluaciones ambientales de cada uno, habiendo sido autorizadas por la autoridad evaluadora. Lo mismo ocurre, en cuanto a las líneas de transmisión, agregando que la finalidad de cada uno de los proyectos resulta además ser diferente.

3) LOS PROYECTOS PERTENECEN A TITULARES DISTINTOS.

Contrariamente a lo sostenido por la SMA en la Formulación de Cargos, con relación al segundo requisito del fraccionamiento, cabe señalar que los titulares de los cinco proyectos objeto de la formulación de cargos son personas jurídicas distintas, según se expone a continuación:

- (i) **Parque Eólico Cabo Leones I S.A.** (antes Ibereólica Cabo Leonés I S.A.): es titular del proyecto "Parque Eólico Cabo Leones". Su accionariado está compuesto por los siguientes grupos empresariales: i) Grupo Ibereólica Renovables, grupo de capital español, accionista del 50%, a través de la sociedad chilena Ibereólica Renovables Chile S.A.; y, ii) Grupo EDF Renovables, grupo de capital francés, accionista del 50%, a través de la sociedad chilena EDF EN Chile Holding SpA.

Conforme al Acta de la Décimo Sexta Sesión de Directorio de la empresa Parque Eólico Cabo Leonés I S.A., su representación legal corresponde a don Cristián Arévalo Leal y/o don Gregorio Álvarez Cabrerros, firmando conjuntamente con don Jean Christophe Puech o don Vincent Griffon.

- (ii) **Ibereólica Cabo Leonés II S.A.:** es titular del proyecto "Parque Eólico Cabo Leones II". Su accionariado está compuesto por los siguientes grupos empresariales: i) Grupo Naturgy, de capital español, accionista del 51%, a través de la sociedad chilena GPG Chile SpA; y, ii) Grupo Ibereólica Renovables, grupo de capital español, accionista del 49%, a través de la sociedad chilena ERNC Atacama SpA, empresa 100% de Ibereólica Renovables Chile S.A.

Conforme al Acta de Sesión Extraordinaria de Directorio de la sociedad Ibereólica Cabo Leonés II S.A., de fecha 22 de abril del año 2016, la representación legal de la misma corresponde a José Enrique Auffray García.

- (iii) **Ibereólica Cabo Leonés III SpA:** es titular del proyecto "Parque Eólico Cabo Leones III". Su accionariado está compuesto mayoritariamente por el Grupo Ibereólica Renovables, de capital español, a través de la sociedad chilena Ibereólica Renovables Chile S.A.

Conforme al Acta de Sesión Extraordinaria de Directorio de la sociedad Ibereólica Cabo Leonés III SpA, de fecha 30 de agosto del año 2017, la representación legal de la misma corresponde a Cristián Arévalo Leal.

(iv) **Línea de Transmisión Cabo Leonés S.A.:** es titular de los proyectos “Línea de Transmisión Eléctrica de Doble Circuito de 220 kV Cabo Leonés y Subestación Eléctrica Domeyko” y “Línea de Alta Tensión de Doble Circuito de 220 kV Subestación Domeyko a Subestación Maitencillo”. Su accionariado está compuesto por SAGESA S.A. e Inversiones Eléctricas del Sur S.A. El representante legal es don Charles Naylor Del Río.

Como la SMA podrá apreciar, la titularidad de las RCAs y el desarrollo de los diversos proyectos corresponde a personas jurídicas distintas, lo cual queda en evidencia al considerar quienes son sus accionistas.

En conclusión, sobre la base de los antecedentes anteriormente expuestos, esta Superintendencia llegará a la inevitable conclusión de que los proyectos objeto de la formulación de cargos son desarrollados y operados por titulares distintos, lo que no permite configurar este requisito de la hipótesis de fraccionamiento, debiendo proceder a la absolución del cargo.

4) NO SE HA VERIFICADO UNA VARIACIÓN DEL INSTRUMENTO DE EVALUACIÓN.

A continuación, se analizará y demostrará que no se configura este elemento, toda vez que la única hipótesis posible sería sostener que una división deliberada de los proyectos les permitió a algunos de los titulares presentar varias DIAs, en lugar de un EIA, es decir, evitar la configuración de un impacto significativo, cuestión que no acontece en el presente caso, según se detallará a continuación.

Asimismo, contrariamente a lo sostenido en la Formulación de Cargos, ninguno de los procesos de evaluación relacionados con los proyectos objeto del presente procedimiento sancionatorio ha variado el instrumento mediante el cual debía ser evaluado, demostrándose la suficiencia de su evaluación ambiental, según se detallará a continuación.

a) El proyecto “Parque Eólico Cabo Leones III” se evaluó como un EIA.

En efecto, tal y como fue señalado previamente, para que se configure el requisito esencial del fraccionamiento –asociado a su objetivo– se debe haber variado el instrumento de evaluación.

Conforme a la jurisprudencia del Ilustre Tercer Tribunal Ambiental, previamente citada, lo anterior se materializa cuando un proyecto que genera los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la LBGMA, es dividido por su titular, ingresando únicamente a través de una serie de DIAs, disminuyendo la calificación de la magnitud de los impactos ambientales, producto de la división, evitando así la presentación de un EIA.

Lo anterior, genera una serie de consecuencias tales como eximición de participación ciudadana obligatoria, no presentación de medidas de mitigación, reparación y compensación, realización de estudios ambientales de menor profundidad, entre otros.

Al respecto, atendido que mi representada evaluó el proyecto "Parque Eólico Cabo Leones III" mediante un EIA, no es posible configurar en el presente caso el fraccionamiento que reprocha la SMA.

Es más, el ingreso a través de un EIA no hace sino ratificar la ausencia de una planificación dolosa de parte de mi representada, la cual se vio obligada, ante la presencia y afectación de especies de flora y fauna en categoría de conservación a someter su proyecto a través de un EIA.

Por lo tanto, esta SMA debe certificar que el supuesto fraccionamiento de proyecto, además de ser infundado, tampoco podría haber alcanzado al proyecto de mi representada, debiendo proceder a la absolución del cargo.

- b) Suficiencia de la evaluación ambiental de los proyectos. No existe un impacto significativo atribuible a dos o más proyectos.

Al respecto, la Formulación de Cargos en sus considerandos 81 y siguientes, señala que, una vez establecido que los proyectos serían uno solo –cuestión que ya fue debidamente desvirtuada–, *"corresponde analizar si considerados conjuntamente los cinco proyectos, estos presentan o generan alguno de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley N° 19.300, situación condicionante de que un proyecto ingrese al SEIA mediante un EIA,"*. Seguidamente (considerando 82), se avoca a analizar la generación de efectos sinérgicos *"producto de la interacción entre los cinco proyectos"*, para lo cual establece que existen dos "cuestiones" a considerar en cuanto a la determinación de la generación del impacto sinérgico, a saber: (i) un criterio espacial ligado al área de influencia, y; (ii) la temporalidad en la generación de impactos.

En relación con el criterio espacial, es necesario resaltar que el informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2017-3473-III-RCA-IA de diciembre de 2017 sólo ofrece un relato descriptivo respecto al emplazamiento de cada proyecto y su área de influencia, de acuerdo a los antecedentes de su respectiva evaluación ambiental. Dicho informe se limita a hacer una reseña a las distintas áreas de influencia reconocidas en cada uno de los cinco proyectos, representándolos gráficamente, para luego realizar el ejercicio aritmético de sumar sus superficies totales, concluyendo que los cinco proyectos suponen una intervención efectiva de 695 hectáreas. Sin perjuicio de lo anterior, el análisis no ofrece ningún antecedente concreto en relación al componente suelo u otro componente ambiental que suponga una incidencia ambiental derivada de esa mayor extensión superficial y conjunta de los parques y las líneas, y que indique inequívocamente que aquella incidencia sea superior a la de cada proyecto individualmente considerado.

La mera suma de superficies de áreas de intervención al interior del área de influencia -sin una valoración cualitativa del impacto- no es un indicador de generación de un efecto sinérgico de carácter significativo.

En este punto, la Formulación de Cargos parece orientada a forzar la verificación de un impacto significativo, a través de una artificiosa lectura de lo que es un "efecto sinérgico".

Lo anterior por cuanto para dicha construcción utiliza elementos o hechos que no se condicen con los elementos objetivos contenidos en el artículo 2 literal h bis) de la LBGMA, cuando define el concepto de efecto sinérgico: *“aquél que se produce cuando el efecto conjunto de la presencia simultánea de varios agentes supone una incidencia ambiental mayor que el efecto suma de las incidencias individuales contempladas aisladamente”* (énfasis agregado).

Así, luego de referirse a un criterio espacial, aislado, y basado en la extensión territorial sumada de los cinco proyectos, la Formulación de Cargos procede a analizar el criterio temporal en la generación de impactos. Indica que ello dice relación con la *“duración e incremento de la magnitud de los impactos ambientales producto de una sucesión y simultaneidad en las etapas de construcción y operación de los proyectos”*.

Como podemos ver la Formulación de Cargos se basa sobre un elemento ausente de la definición antes expuesta, como es considerar que el aumento de la magnitud de un impacto está dado por la sucesión de etapas, cuando en realidad conforme a la definición entregada no existe efecto sinérgico asociado a la presencia sucesiva o secuencial de distintos agentes. Por el contrario, el impacto sinérgico se verificará únicamente por la presencia simultánea de distintos agentes, la que a su vez exige constatar como resultado una incidencia ambiental de mayor entidad, o de un impacto significativo.

Despejado lo anterior, conviene examinar si el análisis temporal, a la luz del concepto de la simultaneidad de impactos en la Formulación de Cargos se realiza en forma correcta.

En primer lugar, para intentar demostrar la simultaneidad, la Tabla N° 7 de la Formulación de Cargos expone las fechas de inicio de la ejecución de las etapas de construcción y operación de los distintos proyectos. Sin embargo, no explica cómo aquello habría generado un impacto sinérgico capaz de generar un impacto significativo, cuestión que en todo caso refutaremos más adelante.

Luego, la Formulación de Cargos incurre en un error determinante. Los considerandos 88 a 90 señalan que la *“última fase de la etapa de construcción de los referidos proyectos fue coetánea al inicio de la construcción del Parque Eólico Cabo Leones II, [agregando que] de esta forma, los proyectos han tenido una construcción simultánea y continua en el tiempo, que potencia la generación de impactos ambientales, extendiendo la duración de estos.”* De este modo, la autoridad asume que los cambios de etapas informados en el Sistema de RCAs de la SMA es un dato plausible para demostrar simultaneidad, concluyendo que habría habido una ejecución paralela de las etapas de construcción de los cuatro proyectos, al menos de cuatro meses.

Sin embargo, dicha conclusión es errada por cuanto, como se demostrará, el proyecto Parque Eólico Cabo Leones, así como la respectiva línea de transmisión y su subestación, terminaron su fase de construcción antes del inicio de la construcción de Parque Eólico Cabo Leones II. Para demostrar lo anterior, se debe apreciar por ejemplo que el 22 de septiembre de 2017 el Coordinador Eléctrico Nacional informara, mediante carta que se acompaña a este escrito, que a esa fecha *“todas las instalaciones correspondientes a la subestación Cabo Leones I (desde el interruptor 52JL1 hasta los interruptores de 33 kV) se encuentran en condiciones de iniciar su período de pruebas de energización.”* Como la autoridad conoce, para que el Coordinador

Eléctrico Nacional autorice pruebas de energización, la línea de transmisión y quienes la alimentan con energía (generador), deben haber cumplido en forma previa con la construcción de las obras necesarias, con las fases de comisionamiento, etc., todo lo cual se verificó antes del inicio de dicha fecha, por consiguiente, antes de la construcción de Parque Eólico Cabo Leones II. De ello deviene que no existió en la especie simultaneidad de las fases de construcción de ambos proyectos de parques eólicos como pretende la SMA.

Incluso con anterioridad a la comunicación anterior, y dando cuenta de una serie de gestiones previas, la empresa Línea de Transmisión Cabo Leones S.A., titular del proyecto Línea de Transmisión Eléctrica informó formalmente a Parque Eólico Cabo Leones S.A., con fecha 1 de septiembre de 2017, el retraso en la puesta en servicio de la línea de transmisión debido al retraso de las obras de Interchile S.A., correspondientes a la Subestación Maitencillo, documentos que se acompañan en un otrosí de esta presentación. Estos antecedentes permiten descartar de plano la hipótesis de construcción simultánea de dichos proyectos con Parque Eólico Cabo Leones II, y con ello también descartar que haya de ahí derivado un efecto sinérgico capaz de generar efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la LBGMA.

Lo anterior deja en evidencia la errónea conclusión a la que se arriba en la Formulación de Cargos en cuanto a que *“los proyectos han tenido una construcción simultánea y continua en el tiempo, que potencia la generación de impactos ambientales, extendiendo la duración de estos.”* (énfasis agregado). Lo anterior tampoco puede señalarse respecto de la fase de operación, puesto que ninguno de los proyectos evaluados y contenidos en el cargo supone impactos significativos para dicha etapa, y la SMA no entrega antecedente alguno en ese sentido.

Finalmente creemos necesario hacer presente que resulta altamente cuestionable e improcedente que, a propósito de la verificación temporal de efectos sinérgicos, la Formulación de Cargos haga referencia a un supuesto inicio de la etapa de construcción del Parque Eólico Cabo Leones III, aludiendo al proceso de adopción de la medida provisional que se relata en los considerandos 15 a 20 de la Formulación de Cargos. Ello por cuanto como le consta a la SMA, a pesar de que mi representada acató estrictamente lo dispuesto, se acreditó finalmente en dicho proceso que no se estaban ejecutando labores de construcción del proyecto, sino que muy por el contrario se realizaban labores de levantamiento de información, en el marco de la elaboración de un Adenda para la evaluación ambiental de dicho proyecto, y a requerimiento de servicios sectoriales.

A modo de resumen, es posible concluir hasta el momento que: (i) la ejecución secuencial de ciertas etapas de los distintos proyectos no constituye un elemento objetivo para configurar un efecto sinérgico. Por el contrario, se evaluó y autorizó ambientalmente la ejecución de las distintas fases de tales proyectos de esa manera; (ii) no es efectivo tampoco que se haya dado una ejecución simultánea de la fase de construcción de los cinco proyectos. Se ha acreditado que la única construcción simultánea que se verifica es la del Parque Eólico Cabo Leones con las dos líneas de transmisión, sin atribuirse impactos sinérgicos a éstos en la Formulación de Cargos; y, (iii) no es efectivo que la construcción de dos o los tres parques eólicos coincidió temporalmente.

Luego, es pertinente referirse al último aspecto que considera la Formulación de Cargos para configurar el supuesto efecto sinérgico, cual es determinar el alcance del efecto sinérgico de los cinco proyectos y la posibilidad de que ello configure un impacto significativo.

Pues bien, procede indicar primeramente que los titulares justificaron adecuadamente en el marco de la tramitación de sus DIAs, que sus proyectos no generaban efectos sinérgicos capaces de configurar un impacto significativo de aquellos reconocidos en el artículo 11 de la LBGMA. Lo mismo si se realiza una revisión del EIA de mi representada, el que expresamente descartó efectos sinérgicos de entidad ambiental mayor como consecuencia interacción conjunta.

La definición legal de efecto sinérgico ya expuesta, entrega elementos para afirmar, acreditar o descartar en un proceso de evaluación ambiental, la posibilidad de generación conjunta de efectos significativos sobre alguno de los componentes del medio ambiente, y en base a lo mismo determinar la obligación o no de presentar un EIA. Como se pasará a examinar, la Formulación de Cargos no contiene elemento alguno que dé cuenta de la real configuración de un efecto sinérgico ni de la existencia de un impacto significativo sobre algún componente ambiental.

Por el contrario, a la luz de los propios expedientes de evaluación ambiental es posible verificar que la presencia conjunta de los proyectos (agentes) no es capaz de generar un efecto simultáneo que suponga una incidencia ambiental mayor sobre algún componente ambiental, en comparación con la incidencia individual o aislada de cada proyecto. La eventual afectación significativa conjunta o sinérgica sobre alguna especie de flora, fauna o cualquier otro componente ambiental debe ser examinada considerando especialmente la simultaneidad de los proyectos, de sus etapas, así como del real grado de afectación sobre los componentes objeto de protección ambiental, cuestión que supone un exhaustivo análisis cualitativo y/o cuantitativo.

En este sentido, la tesis expresada en los considerandos 93 y siguientes de la Formulación de Cargos, descansa fundamentalmente sobre la base de los impactos significativos reconocidos en el EIA del proyecto Parque Eólico Cabo Leones III. Así, para la Srta. Fiscal Instructora, el hecho de que el EIA de nuestra representada reconociera impactos significativos sobre ciertas especies de flora y fauna, sumado a la supuesta constatación de una "similitud ecosistémica" entre las distintas áreas de influencia de los demás proyectos, implica una suerte de extensión por analogía de un impacto ambiental común, que a su vez se aprecia con carácter de significativo.

A mayor abundamiento, la Tabla N° 8 de la Formulación de Cargos reproduce los impactos significativos reconocidos por mi representada en su EIA, a saber:

- (i) Pérdida de individuos de especies singulares y protegidas de flora;
- (ii) Perturbación de hábitat para fauna de baja movilidad y pérdida de individuos de especies protegidas de este tipo de fauna, y;

- (iii) Disminución de superficie para la práctica de actividades tradicionales, utilizadas como sustento económico de la Comunidad Indígena Diaguíta Tierra y Mar.

Luego de lo anterior, expone la forma en que mi representada reconoce dichos impactos como significativos en el marco de su EIA, argumentando que, existe una "similitud ecosistémica" de las áreas de influencia de los proyectos (los cinco), e indicando específicamente respecto de ellos que:

1. *"se identifica una afectación a 41 especies que se encuentran en algún (sic) categoría de conservación, identificándose cuatro especies de flora protegida, que se encuentran presentes en al menos cuatro proyectos analizados"*.
2. *"respecto al componente fauna, en específico la fauna protegida de baja movilidad, en la evaluación del Parque Eólico Cabo Leones, se indicó que las siguientes especies se ubican en el área del proyecto (...)"* (énfasis propio)
3. *"Que en el caso del Parque Eólico Cabo Leones II, se identificaron las siguientes especies en categoría de conservación en el área de influencia del proyecto (...)"* (énfasis propio)
4. *"Que en el caso de la Línea de Transmisión Eléctrica "se pudo constatar la presencia de 34 especies de vertebrados terrestres, distribuidos en tres tipos de ambientes (...)"*
5. *"Que en la evaluación de la Línea de Alta Tensión, se señaló que "Se registraron en el área del proyecto 35 especies de fauna, de las cuales 9 se encuentran en estado de conservación"* (énfasis propio)

Profundizando la misma línea argumentativa, los considerandos 106 y 107, indican que *"de lo expuesto se desprende, que gran parte de las especies de fauna de baja movilidad identificados en el proyecto Cabo Leones III, son identificadas también en las áreas de influencia de los proyectos ingresados por DIA" [...]* *Que por lo anterior, es posible sostener que existen similitudes en cuanto a la representatividad ecosistémica (flora, vegetación y fauna) en las áreas que serán intervenidas por los cinco proyectos, por lo cual todos ellos generan una afectación sobre los mismos componentes ambientales"* (énfasis agregados).

En relación a los pasajes antes citados cabe preguntarse si la mera "identificación", "constatación", avistamiento o "registro" de especies "similares" dentro del área de influencia de uno o más proyectos, es indicador suficiente para configurar un efecto sinérgico asociado, y aún más, junto con ello un impacto significativo de aquellos establecidos en el artículo 11 de la LBGMA. La respuesta es que no. **No resulta plausible atribuir un impacto significativo conjunto, simplemente por extensión u homologación.** Dicho de otra forma, en virtud de la sola verificación de individuos comunes a las distintas áreas de influencia no se puede establecer una afectación significativa que justifique el imperativo de ingresar un solo EIA. Ni aún en el caso de que se trate de especies similares en categorías de conservación.

El problema de la tesis antes expuesta es que se prescinde de un análisis cualitativo y cuantitativo que establezca y demuestre la real magnitud de intervención o afectación sobre dichas especies o recursos naturales renovables, no habiendo efectuado un análisis a la luz

de los criterios entregados en el artículo 6 letra b del Reglamento del SEIA en relación con lo dispuesto en el literal f) del artículo 18 y/o 19 letra b del mismo cuerpo reglamentario.

Es que el error en la fundamentación del cargo es tan importante, que basta hacer un simple ejercicio comparativo para refutar la configuración de un efecto sinérgico de significancia. Siguiendo el criterio expuesto en los considerandos N° 106 y 107 de la Formulación de cargos, la Tabla que exponemos más adelante reproduce en la primera columna las especies contenidas en la Tabla N° 8 de la Formulación de Cargos, que corresponden a las especies de fauna, flora y vegetación, sobre las cuales el proyecto Parque Eólico Cabo Leones III, reconoció un impacto de carácter significativo, vinculado estrechamente a la ubicación de las partes obras y acciones de su construcción. A partir de ello muestra cuáles de ellas se identifican, registran o constatan en el área de influencia de los demás proyectos. Tal como hemos señalado, la mera identidad de especies no implica un efecto sinérgico significativo. Aún así, la Tabla demuestra que la real identidad de especies en categorías de conservación en los cinco proyectos no es tal.

En efecto, en relación con las 12 especies de fauna en categorías de conservación que serán afectadas significativamente por Parque Eólico Cabo Leones III, podemos señalar que únicamente 4 de las especies se encuentran identificadas en el área de influencia de tres o más de los cinco proyectos. De aquellas, solamente las especies *Liolaemus silvai* y *Liolaemus nitidus* se encuentran en categorías de conservación de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza ("UICN") de "vulnerable" y "casi amenazada", respectivamente, mientras que el resto de las especies se identifica en uno o dos de los cinco proyectos y se encuentra en su mayoría en categoría de "preocupación menor".

Por su parte, si repetimos el mismo ejercicio en relación a las doce especies de flora y vegetación en categorías de conservación sobre las cuales Parque Eólico Cabo Leones III estableció la verificación de un impacto significativo, veremos que únicamente dos de ellas se encuentran caracterizadas en el área de influencia de todos los proyectos, a saber: *Eulychnia acida* var. *Procumbens* y *cumulopuntia sphaerica*, ambas clasificadas como "de preocupación menor", mientras que las especies de *Copiapoa coquimbana*, *Alstromeria phillipi* var. *albicans* y *Menonvillea mínima* se registran en el área de influencia de cuatro de los cinco proyectos, estando la última "en peligro" mientras que las otras dos se encuentran en categoría de "casi amenazada".

De lo anterior se colige que la similitud ecosistémica que pretende establecerse en la Formulación de Cargos es en realidad bastante menos representativa que las indicadas en el considerando 101 para las especies de flora, o que la "gran parte" de fauna de baja movilidad consignada en el considerando N° 106.

A mayor abundamiento, la Formulación de Cargos prescinde de un análisis cualitativo y/o cuantitativo de la magnitud de la supuesta afectación de las especies en categorías de conservación que se han identificado en proyectos distintos de Parque Eólico Cabo Leones III.

No haber efectuado lo anterior, deriva en un argumento y conclusiones poco plausibles para sustentar la generación de un efecto significativo, que habría sido omitido a sabiendas por los Titulares para efectos de obtener ventajas respecto del instrumento necesario para evaluar adecuadamente los impactos ambientales de cada proyecto.

Tabla N° 1: Especies de fauna en categoría de conservación presentes en las áreas de influencia de los proyectos.

Especies de fauna en categoría de conservación	Cabo Leones III	Cabo Leones I	Cabo Leones II	Línea de Transmisión eléctrica	Línea de alta tensión
<i>Callopietes maculatus</i> (Casi amenazada)	X			X	X
<i>Liolaemus nigromaculatus</i> (Casi amenazada)	X				X
<i>Liolaemus nitidus</i> (Casi amenazada)	X	X	X		X
<i>Liolaemus velosoi</i> (Casi amenazada)	X				X
<i>Homonota gaudichaudii</i> (Preocupación menor)	X		X		
<i>Liolaemus atacamensis</i> (Preocupación menor)	X			X	X
<i>Liolaemus fuscus</i> (Preocupación menor)	X				
<i>Liolaemus platei</i> (Preocupación menor)	X	X	X	X	X
<i>Philodryas chamissonis</i> (Preocupación menor)	X				
<i>Tachymenis chilensis</i> (Preocupación menor)	X				

<i>Spalacopus cyanus</i> (cururo) (Preocupación menor)	X	X	X	X	
<i>Liolaemus silvai</i> (vulnerable)	X	X	X	X	

Fuente: Elaboración propia⁴⁵

Tabla N° 2: Especies de flora en categoría de conservación presentes en las áreas de influencia de los proyectos.

Especies de flora en categoría de conservación	Cabo Leones III	Cabo Leones I	Cabo Leones II	Línea de Transmisión eléctrica	Línea de alta tensión
<i>Alstromeria philippi</i> var. <i>albicans</i> (Casi amenazada)	X	X	X	X	
<i>Copiapoa coquimbana</i> (Casi amenazada)	X	X	X		X
<i>Thelecephala tenebrica</i> (Casi amenazada)	X				
<i>Trichocereus coquimbanus</i> (Casi amenazada)	X				
<i>Alstromeria aff. diluta</i> (Preocupación menor)	X				
<i>Austrocylindropuntia miquelii</i> (Preocupación menor)	X				
<i>Cumulopuntia sphaerica</i> (Preocupación menor)	X	X	X	X	X
<i>Eulychnia acida</i> var. <i>Procumbens</i> (Preocupación menor)	X	X	X	X	X
<i>Pyrrhocactus heinrichianus</i>	X				

⁴⁵ En base Res. Ex. N° 1 / Rol D-001-2019 de la SMA, e Informes Consolidados de Evaluación de los distintos proyectos en análisis.

(Preocupación menor)					
<i>Adiantum chilense</i> (Preocupación menor)	X				
<i>Cheilanthes molis</i> (Preocupación menor)	X				
<i>Menovillea minima</i> (En peligro)	X	X	X	X	

Fuente: Elaboración propia⁴⁶

Por último, es necesario hacer presente que sin perjuicio de que el EIA de mi representada realizó un completo y riguroso análisis de sus impactos significativos, del mismo modo, el resto de los proyectos evaluados mediante DIAs, descartó adecuadamente la generación de impactos significativos y efectos sinérgicos en relación con las especies en categorías de conservación identificadas dentro de cada área de influencia.

A modo de ejemplo, citaremos a continuación pasajes de los distintos expedientes de evaluación ambiental que dan cuenta de que **ninguno de los cuatro proyectos distintos a Parque Eólico Cabo Leones III contempla la intervención ni explotación de especies en categorías de conservación, no existiendo potencialidad alguna de verificarse impactos significativos en forma individual y mucho menos en términos acumulativos:**

- i) Proyecto "Parque Eólico Cabo Leones".

ICE. Considerando 3.2.2

"En relación a lo señalado en la letra b) del artículo 11 de la Ley general de Medio Ambiente, efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire. Al respecto se puede señalar que las (sic) el Proyecto

El proyecto no contempla la explotación de especies en categoría de conservación. (...) El Titular realizará rescate y relocalización de xerofíticas según el plan de trabajo para formaciones xerofíticas de la Ley N°20.283/2008 MINAGRI. Asimismo, aplicará un Plan de monitoreo y vigilancia de aves; Plan de rescate de avifauna y un Plan de captura para el rescate de reptiles.

Por lo que no presentará o generará efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire, y no alterará el valor ambiental del territorio en que se emplazará." (énfasis agregado)

⁴⁶ En base Res. Ex. N° 1 / Rol D-001-2019 de la SMA, e Informes Consolidados de Evaluación de los distintos proyectos en análisis.

- ii) Proyecto "Línea de Transmisión Eléctrica de Doble Circuito de 220 kV Cabo Leonés y Subestación Eléctrica Domeyko".

ICE. Considerando 3.2.2:

"En relación a lo señalado en la letra b) del artículo 11 de la Ley general de Medio Ambiente, efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire. Al respecto se puede señalar que el Proyecto no contempla la explotación de especies en categoría de conservación.

Además el Titular realizará rescate y relocalización de xerofíticas según el plan de trabajo para formaciones xerofíticas de la Ley N°20.283/2008 MINAGRI; rescate y relocalización de las especies en estado de conservación (Plan de Manejo Biológico); recuperación de semillas para ser derivadas a un vivero profesional y rescate de todos los individuos de las especies alstroemerias y añañucas, u otras bulbosas encontradas.

Asimismo, aplicará medidas preventivas o de protección de avifauna y un Plan de Contingencia para rescate de avifauna; Perturbación controlado de micromamíferos, un Plan de rescate para los reptiles y medidas preventivas adicionales para la protección de las especies.

Por lo anterior, no se considera pertinente la presentación de un EIA, por cuanto los antecedentes expuestos, el proyecto no presenta los efectos y características del literal b), del artículo 11 de la ley N° 19300." (énfasis agregado)

- iii) Proyecto "Línea de Alta Tensión de Doble Circuito de 220 kV Subestación Domeyko a Subestación Maitencillo".

ICE. Considerando 3.2.2:

"Con relación a los efectos, características o circunstancias señalados en el artículo 11 de la Ley N°19.300 letra b): Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire: En el área de influencia se detectaron 83 especies de Flora terrestre, de las cuales 15 especies detectadas se encuentran citadas en alguna categoría de conservación. En Adenda N°3 se presentó un Plan de Manejo Biológico para las especies en estado de conservación y especies de alta singularidad ambiental. No obstante, previo a la etapa de construcción se efectuará una campaña de microruteo consistente en una inspección exhaustiva en terreno de los sitios de intervención directa de las obras.

Se registraron en el área del proyecto 35 especies de Fauna, de las cuales 9 se encuentran en estado de conservación. Para la etapa de construcción, en Adenda N°1 se presentaron Medidas de Manejo Ambiental tales como, minimizar la alteración de la vegetación y para las especies de reptiles la Perturbación controlada y en Adenda N°2 Plan de Monitoreo del Guanaco conforme a los lineamientos del Plan Regional de Conservación del Guanaco, liderado por CONAF, MMA y SAG, Región de Atacama.

La superficie de Suelo intervenida será rehabilitada en la etapa de cierre del proyecto.

El proyecto instalará 13 apoyos al interior de los lechos de los cauces aluviales de la cuenca del Río Huasco y la Quebrada Chañaral, para lo cual el Titular presenta obras de prevención en Pas 106.

Por lo señalado anteriormente, se estima que el Proyecto no presenta los efectos y características del literal b) del artículo 11 de la Ley N° 19.300, por lo que no requiere de la presentación de un EIA.” (énfasis agregado)

iv) Proyecto "Parque Eólico Cabo Leones II".

ICE. Considerando 3.2.2:

“En relación a lo señalado en la letra b) del artículo 11 de la Ley general de Medio Ambiente, efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire. Al respecto se puede señalar que las instalaciones del “Parque Eólico Cabo Leones II” contemplan la utilización de una superficie aproximada de 49,95 Ha, localizada en suelos rurales. El sector de emplazamiento posee suelos de capacidad de uso de VIs, siendo así suelos inadecuados para los cultivos y su uso está limitado para pastos y forestales.

El proyecto no contempla la explotación de especies en categoría de conservación y no considera la intervención de ningún curso superficial, y no se realizarán obras que puedan interferir en el escurrimiento natural en caso que ocurriese, ya que ninguna quebrada de la zona presenta escurrimiento permanente.

Además el Titular realizará rescate y relocalización de xerofíticas según el plan de trabajo para formaciones xerofíticas de la Ley N°20.283/2008 MINAGRI; y un rescate y relocalización de cactáceas de las especies catalogadas en estado de conservación y las especies cuya distribución es exclusiva de la Región de Atacama; rescate de germoplasma para las especies cuya distribución a nivel mundial se circunscribe a la Región de Atacama, y en especies de arbustos y suculentas que forman parte de formaciones xerofíticas y/o que se encuentran catalogados en algún estado de conservación; y por último un plan de rescate de bulbosas en estado de conservación.

Asimismo, aplicará un Plan de monitoreo y vigilancia de aves; Plan de rescate de avifauna; Plan de captura para el rescate de reptiles; labores de perturbación controlada de micromamíferos y un monitoreo de avistamiento de cetáceos y definidos y de la especie Pingüino de Humboldt, en el área de Isla Chañaral.

No presentará o generará efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire, y no alterará el valor ambiental del territorio en que se emplazará.

Por lo anterior, no se considera pertinente la presentación de un EIA, por cuanto los antecedentes expuestos, el proyecto no presenta los efectos y características del literal b), del artículo 11 de la ley N° 19300.” (énfasis agregado)

Los pasajes antes citados evidencian el reconocimiento por parte de todos los proyectos de la presencia de distintas especies en categorías de conservación en sus respectivas áreas de influencia. Sin embargo, la mera constatación de dichos individuos no puede ser tomada como una afectación de las mismas, ni mucho menos una afectación significativa. Ha quedado demostrado que en todos los proyectos se indicó que no existiría explotación e intervención de dichas especies y, por el contrario, se adoptan mecanismos voluntarios de

control especialmente diseñados para asegurar la no intervención de las mismas. Todo ello fue rigurosamente estudiado por los organismos con competencia ambiental, y siempre aprobado.

Adicionalmente, causa preocupación que la Formulación de Cargos prescinda en esta parte de los datos cuantitativos y cualitativos que obran en poder de la SMA, contenidos en los informes de microruteo entregados por los Titulares de los proyectos, "Línea de Transmisión Eléctrica de Doble Circuito de 220 kV Cabo Leones y Subestación Domeyko"⁴⁷, "Línea de Alta Tensión de Doble Circuito de 220 Kv Subestación Domeyko a Subestación Maitencillo", de marzo de 2015⁴⁸, "Parque Eólico Cabo Leones II", de marzo de 2015⁴⁹. Estos informes, presentados en tiempo y forma por sus Titulares, tuvieron como principal objetivo definir en forma previa y con exactitud, el número de individuos y especies a afectar producto de las obras de construcción de cada uno.

Cada uno de los informes entrega datos cuantitativos y cualitativos relevantes concluyendo, que no existe amenaza ni riesgo alguno producto de la futura construcción de cada uno de los proyectos sobre las distintas especies en categorías de conservación, debido a distintos factores, como su alta representatividad y/o presencia, y a que las medidas de control y planes de corta presentados se harían cargo de asegurar su mantención.

Lo anterior implica, junto a los demás argumentos ya expresados, que no pueda verificarse un efecto simultáneo capaz de producir una incidencia ambiental mayor que la suma de la incidencia ambiental individual de cada proyecto.

Adicionalmente, el análisis de efectos sinérgicos de proyectos distintos de mi representada, permite hacer presente, que por ejemplo que el capítulo 6 de la DIA del proyecto "Parque Eólico Cabo Leones II", referido a los antecedentes para evaluar que el proyecto o actividad no requiere presentar un EIA, realizó un análisis de efectos sinérgicos con el proyecto "Parque Eólico Cabo Leones", particularmente respecto a la salud de la población y la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables. Sobre esto conviene recalcar que en Adendas 1 y 2 de "Parque Eólico Cabo Leones II", se solicitó expresamente a su titular complementar la evaluación de impactos sinérgicos sobre los componentes de flora y fauna, considerando diversas variables (ver por ejemplo preguntas I.12, I.13, I.15, I.16, I.17, I.20, I.22 de Adenda 1 o I.4 de Adenda 2), dando el titular respuestas satisfactorias a todas ellas, y obteniendo la conformidad de todos los servicios públicos competentes.

Finalmente, respecto al proyecto "Parque Eólico Cabo Leones III", es pertinente hacer presente que éste evaluó el efecto sinérgico potencial para la fase de construcción en relación con el proyecto "Parque Eólico Cabo Leones II", considerando como peor escenario la ejecución conjunta y simultánea, en relación a los distintos componentes del medio ambiente, así como para la fase de operación, considerando los distintos proyectos aprobados en el área. Se acreditó en dicho proceso que la generación de ciertos efectos del

⁴⁷ Ingresado a la SMA mediante la plataforma SNIFA, bajo el código 16540 de fecha 3.02.2014.

⁴⁸ Ingresados a la SMA mediante la plataforma SNIFA, bajo el código 31302 de fecha 31.03.2015 (microruteo de flora y vegetación), y bajo el código 42358 de fecha 20.01.2016 (microruteo de geofitas).

⁴⁹ Ingresado a la SMA mediante la plataforma SNIFA, bajo el código 38271 de fecha 27.08.2015.

artículo 11 de la LBGMA solo se verifica de manera particular en su área de influencia, por aspectos específicos relacionados con la ubicación de sus partes obras y acciones, y la intervención particular del territorio sobre componentes ambientales presentes en el mismo.

En lo que dice relación con la supuesta afectación a comunidades indígenas, que no habría sido reconocida en los instrumentos de evaluación del resto de los titulares, cabe señalar que los integrantes y la comunidad indígena en cuestión obtuvieron el reconocimiento de tal recién en 2017, tal como consta en copia del acta constitutiva de comunidad indígena acompañada en un otrosí de esta presentación, por lo que, dado un criterio de temporalidad, mal podría haber sido considerada como tal en algún otro instrumento de evaluación distinto al de mi representada.

Los análisis antes expuestos, fueron no solo respaldados por la Comisión de Evaluación que calificó ambientalmente favorable cada uno de los proyectos sometidos a su conocimiento, sino por una serie de servicios públicos con competencias técnicas en la materia, los cuales lejos de obviar la discusión sobre efectos significativos, considerando los efectos sinérgicos, la evaluaron con detención y se pronunciaron conformemente en forma categórica e irrefutable.

En definitiva, en atención a todos los argumentos antes expuestos, y considerando que los procedimientos de evaluación ambiental de todos los proyectos incluyeron el análisis de impactos sinérgicos, concluyéndose que no se generaba en razón de ellos alguno de los efectos, características o circunstancias señalados en el artículo 11 de la LBGMA, no se configura el requisito quizás más esencial de todos para sostener que se ha producido en la especie una situación de variación del instrumento de evaluación ambiental.

5) LOS TITULARES DE LOS DISTINTOS PROYECTOS NO HAN OBRADO CON DOLO NI MALA FE.

Finalmente, hacemos presente que en la especie no concurre el elemento subjetivo requerido por el artículo 11 bis para dar por configurado el fraccionamiento por variación de instrumento. Lo anterior, en tanto los Titulares no han actuado de mala fe ni con dolo, toda vez que ha existido una imposibilidad material, técnica, financiera y tecnológica para la ejecución simultánea de los proyectos, así como el desarrollo en el mercado de las ERNC en Chile y el mundo, que permita sostener que los proyectos en su conjunto fueron planificados en el año 2010-2011, tomándose la decisión de dividirlos para burlar el instrumento de evaluación.

En este sentido, al momento de ingresar el primer proyecto, los demás proyectos ni siquiera habían sido diseñados por los Titulares, ya que no existía siquiera capacidad de evacuación, además de otros factores básicos como información representativa de la velocidad y dirección del viento, factores esenciales que se fueron materializando con el transcurso del tiempo.

Por lo demás, cabe destacar que, en el marco de la evaluación ambiental de los distintos proyectos, el obrar de los Titulares fue marcadamente transparente. A dicho efecto, cabe

citar el considerando 4.3.1.1 de la RCA 70/2012, que refiere expresamente que la vía de inyección del Parque Eólico Cabo Leones I se realizaría a través de una línea de transmisión que sería abordada en otro proyecto a ser ingresado al SEIA. Es decir, el Titular jamás ocultó a la autoridad el hecho de que el parque requeriría de otro proyecto, que aún no había sido sometido a evaluación ambiental, para inyectar su energía al Sistema Interconectado Central. Dicha actitud se replica en la totalidad de los procedimientos de evaluación, por lo que bajo ningún respecto podría presumirse mala fe de mi representada o el resto de los Titulares. A mayor abundamiento en la DIA del Parque Eólico Cabo Leones II se analizaron los efectos sinérgicos con el Parque Eólico Cabo Leones I, y en el EIA del Parque Eólico Cabo Leones III se analizan los efectos sinérgicos de todos los parques eólicos de la zona (Parque Eólico Cabo Leones I, Parque Eólico Cabo Leones II, Parque Eólico Cabo Leones III, Parque Eólico San Juan y Parque Eólico Sarco).

Consecuentemente, en base a los antecedentes revisados, corresponderá a esta Superintendencia concluir que en la especie no concurre el elemento subjetivo necesario para que se verifique una hipótesis de fraccionamiento de proyecto, procediendo a absolver el cargo.

V. EN SUBSIDIO, SE SOLICITA RECLASIFICAR LA SUPUESTA INFRACCIÓN Y CONSIDERAR BAJO VALOR DE SERIEDAD Y CIRCUNSTANCIAS QUE DISMINUYEN EL COMPONENTE DE AFECTACIÓN.

Finalmente, en el muy improbable evento que no se resolviera absolver a mi representada por todos los argumentos anteriormente expuestos, en este apartado se solicita reclasificar la supuesta infracción, toda vez que la regla general de la LOSMA es que todas las infracciones son leves, salvo que se configure alguna de las causales expresadas taxativamente en los numerales 1 y 2 del artículo 36.

En dicho sentido, corresponde destacar que la causal invocada por la SMA, a saber, la contenida en el literal f) del artículo 36 N° 1 de la LOSMA, está asociada exclusivamente a aquellos proyectos que se desarrollan al margen del SEIA, es decir, solo a aquellos que han eludido el ingreso al SEIA, no así para la hipótesis de variación de instrumento.

Para concluir lo anterior, basta la sola lectura de la disposición citada. En dicho sentido, dispone que: *“Son infracciones gravísimas los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que alternativamente: f) Involucren la ejecución de proyectos o actividades del artículo 10 de la ley N° 19.300 al margen del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y se constate en ellos alguno de los efectos, características o circunstancias previstas en el artículo 11 de dicha ley.”* (el destacado es nuestro).

Consecuentemente, no verificándose en la especie la hipótesis normativa del artículo 36 N° 1 letra f) de la LOSMA, ni ninguna otra que permite clasificar la supuesta infracción como gravísima ni grave, corresponde su reclasificación como leve, en aplicación del artículo 36 N° 3 de la LOSMA.

En línea con lo anteriormente planteado, para el improbable caso que la SMA continúe sosteniendo que mi representada ha incurrido en infracción, en este apartado se solicita considerar el menor "Valor de Seriedad" de la misma, fundado en todos los antecedentes anteriormente proporcionados, especialmente en la ausencia de generación de riesgo o daño para el medio ambiente o la salud de la población y la nula vulneración al sistema jurídico de protección ambiental.

Asimismo, se solicita tener presente todas las circunstancias que disminuyen el Componente de Afectación, así como las demás circunstancias aplicables al caso particular, conforme se expondrá a continuación:

1) COOPERACIÓN EFICAZ.

Mi representada y, en general, los Titulares, han colaborado con la SMA en: (i) las visitas inspectivas realizadas a sus instalaciones; y, ii) la entrega de toda la información requerida en el marco de las actividades de fiscalización fue respondida de manera oportuna, íntegra y útil.

Por tanto, considerando la colaboración en el presente procedimiento, se solicita que la SMA aplique el valor máximo de disminución del Componente de Afectación.

2) CONDUCTA ANTERIOR.

Ibereólica Cabo Leones III SpA., en la unidad fiscalizable "Parque Eólico Cabo Leones", no cuenta con sanciones previas relacionadas con la materia de la Formulación de Cargos. Asimismo, no existen procedimientos sancionatorios previos vinculados su RCA.

En este sentido, y en directa relación con lo anterior, a propósito del principio de intervención mínima como límite al *ius puniendi* estatal, se ha indicado que *"la idea rectora es que debe ser preferible la sanción más leve a la más grave, si con ello se reestablece ya el orden jurídico perturbado con el delito."*⁵⁰

De este modo, las circunstancias modificatorias de la responsabilidad, sea que las apreciemos como expresión de requerimientos de certeza o que las consideremos una manifestación de la necesidad de llegar a una sanción justa, *"constituyen un instrumento de garantía, y, desde este punto de vista, es necesario que al aplicarlas el sentenciador observe una serie de resguardos, básicamente los principios de legalidad, non bis in ídem, lesividad y culpabilidad"*.⁵¹

Adicionalmente, la jurisprudencia de la SMA ha señalado respecto de esta circunstancia que *"Considerar la conducta anterior como una circunstancia agravante o atenuante en miras a la determinación de la sanción para el caso concreto, abarca un análisis que comprende básicamente la*

⁵⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes (1998). Derecho Penal. Parte General, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, p. 92.

⁵¹ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (2012). Los Principios Rectores del Derecho Penal y su proyección en el campo de las Circunstancias Modificatorias de Responsabilidad Criminal, en *Revista de Derechos Fundamentales*, N° 8, Viña del Mar, p. 147.

*observancia de las normas ambientales que rigen la actividad, la existencia de infracciones a la ley ambiental y lesividad de las mismas a los bienes jurídicos protegidos por dicha legislación. Dado que este Servicio no ha constatado la existencia de procesos de fiscalización con multas cursadas en contra del regulado, este Superintendente procederá a considerar esta circunstancia como una atenuante para la determinación específica de la sanción” (énfasis agregado).*⁵²

En definitiva, conforme se establece en las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales de la SMA, de diciembre del año 2017, la conducta anterior positiva debe ser considerada como un factor de disminución del Componente de Afectación en todos aquellos casos en que no se esté dentro de alguna de las siguientes situaciones: 1. El infractor ha tenido una conducta anterior negativa; 2. La unidad fiscalizable obtuvo la aprobación de un Programa de Cumplimiento en un procedimiento sancionatorio anterior; 3. La unidad fiscalizable acreditó haber subsanado un incumplimiento a una exigencia normativa en corrección temprana, cuyo incumplimiento fue constatado nuevamente en una fiscalización posterior; y 4. Los antecedentes disponibles permiten sostener que la exigencia cuyo incumplimiento es imputado en el procedimiento sancionatorio actual ha sido incumplida en el pasado de manera reiterada o continuada⁵³.

Debido a lo anterior, es que se solicita que esta circunstancia sea considerada como irreprochable conducta anterior o como una de aquellas establecidas en la letra i) del artículo 40 de la LOSMA y, por tanto, que la SMA aplique el valor máximo de disminución del Componente de Afectación.

3) INEXISTENCIA BENEFICIO ECONÓMICO.

El beneficio económico ha sido definido por la SMA como aquel beneficio obtenido por motivo de una infracción.

En este sentido, las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales de la SMA, señalan que: *“Esta circunstancia se construye a partir de la consideración de todo beneficio que el infractor haya podido obtener por motivo del incumplimiento, el cual puede provenir de una disminución en los costos o en un aumento en los ingresos en un determinado momento o período de tiempo, que no hubiese tenido lugar en ausencia de la infracción”*⁵⁴.

⁵² Resolución Exenta N° 121 de la SMA, de fecha 25 de febrero de 2014, que resuelve el procedimiento sancionatorio dirigido contra Carlos Pflaumer Álvarez, F-028-2013 (considerando 50°); Resolución Exenta N° 120 de la SMA, de fecha 25 de febrero de 2014, que resuelve el procedimiento sancionatorio dirigido contra Comercializadora Marcia Yolanda Riquelme Delgado E.I.R.L., F-029-2013 (considerando 54°); Resolución Exenta 118 de la SMA, de fecha 25 de febrero de 2014, que resuelve el procedimiento sancionatorio dirigido contra Francisco Acuña Rojas, F-030-2013 (considerando 50°); Resolución Exenta N° 111 de la SMA, de fecha 24 de febrero de 2014, que resuelve el procedimiento sancionatorio dirigido contra Francisco Núñez, F-031-2013 (considerando 52°); Resolución Exenta N° 112 de la SMA, de fecha 24 de febrero de 2014, que resuelve el procedimiento sancionatorio dirigido contra Mario Espinoza Contreras, F-033-2013 (considerando 52°); Resolución Exenta N° 119 de la SMA, de fecha 25 de febrero de 2014, que resuelve el procedimiento sancionatorio dirigido contra Rodrigo Navarrete Martínez, F-034-2013 (considerando 54°); Resolución Exenta N° 123 de la SMA, de fecha 25 de febrero de 2014, que resuelve el procedimiento sancionatorio dirigido contra Viviana San Martín Aravena, F-035-2013 (Considerando 55°); Resolución Exenta 122 de la SMA, de fecha 25 de febrero de 2014, que resuelve el procedimiento sancionatorio dirigido contra Juan Estrada Jiménez, F-036-2013 (considerando 49°).

⁵³ Cfr. Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales de la SMA (2017), p.62.

⁵⁴ Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales de la SMA (2017), p.52.

En otras palabras, a juicio de la SMA, el beneficio económico está conformado por aquellos costos retrasados o evitados y por aquellas ganancias anticipadas o adicionales.

Pues bien, en lo pertinente al presente cargo, considerando la información proporcionada en estos descargos, cabe que no se ha generado beneficio económico alguno, toda vez que no se retrasaron ni evitaron costos, por una parte, y no se obtuvieron ganancias anticipadas o adicionales por la otra.

* * *

Por lo tanto, en consideración a los argumentos de hecho y de derecho aquí presentados, se solicita a la SMA que resuelva absolver a mi representada del Cargo N° 8 y, en subsidio, aplicarle la sanción mínima -amonestación por escrito-, debido al bajo Valor de Seriedad de la supuesta infracción, y la concurrencia de circunstancias que disminuyen el Componente de Afectación, y la inexistencia de un Beneficio Económico.

POR TANTO, se solicita a esta Superintendencia,

1. Tener por presentados dentro de plazo los descargos de mi representada.
2. Debido a las consideraciones de hecho y de derecho que se exponen en el cuerpo de este escrito se debe proceder a absolver a Ibereólica Cabo Leones III SpA del Cargo N° 8. En subsidio, recalificar la infracción como leve, por cuanto no concurren los supuestos de hecho que permitan calificar tal infracción en la forma indicada en la Formulación de Cargos. En el evento que se decida sancionar, se solicita se aplique la mínima sanción que en derecho corresponda, al no existir Beneficio Económico y al concurrir las circunstancias de conducta anterior positiva y colaboración eficaz, debiendo descartarse expresamente a su respecto la concurrencia de circunstancias que agraven la sanción.

PRIMER OTROSÍ: Se solicita tener por acompañados los siguientes documentos, que se adjuntan en CD a esta presentación:

1. Datos tributarios de la sociedad Parque Eólico Cabo Leones I S.A., donde constan sus accionistas.
2. Datos tributarios de la sociedad Ibereólica Cabo Leonés II S.A., donde constan sus accionistas.
3. Datos tributarios de la sociedad Ibereólica Cabo Leonés III SpA, donde constan sus accionistas.
4. Revisión 2011 Estudio de Transmisión Troncal Cuatrienio 2011-2014 (Dirección de Peajes CDEC-SIC).
5. Res. Ex. N° 206, de 7 de octubre del año 2014, del SEA Atacama, que resuelve consulta de pertinencia de ingreso al SEIA de modificación al proyecto "Línea de Transmisión Eléctrica de Doble Circuito de 220 Kv Subestación Domeyko a Subestación Maitencillo".
6. Comprobante de remisión de antecedentes en Sistema de Seguimiento de la SMA, de fecha 3 de febrero de 2014, Cod. 16540, en relación con Microruteo de Flora,

- proyecto "Línea de Transmisión Eléctrica de Doble Circuito de 220 kv Cabo Leones y S/E Domeyko".
7. Comprobante de remisión de antecedentes en Sistema de Seguimiento de la SMA, de fecha 31 de marzo de 2015, Cod. 42358, en relación con Informe de microruteo de geófitas, por el proyecto "Línea de Alta Tensión de Doble Circuito de 220 kV Subestación Domeyko a Subestación Maitencillo".
 8. Comprobante de remisión de antecedentes en Sistema de Seguimiento de la SMA, de fecha 20 de enero de 2016, Cod. 31302, en relación con Informe de microruteo, por el proyecto "Línea de Alta Tensión de Doble Circuito de 220 kV Subestación Domeyko a Subestación Maitencillo".
 9. Copia de contrato de actividades para la conexión al Sistema de Transmisión de Transelec, entre Ibereólica Cabo Leones I S.A. y Transelec S.A., de fecha 11 de abril de 2014.
 10. Copia de escritura pública de Acta de Aceptación de la Adjudicación de Suministro Eléctrico "Ibereólica Cabo Leones I S.A.", de fecha 2 de noviembre del año 2015.
 11. Copia de contrato de compraventa de acciones Ibereólica Cabo Leones II S.A., de fecha 15 de diciembre de 2015.
 12. Copia de contrato de suscripción de acciones de Ibereólica Cabo Leones I S.A., de fecha 16 de mayo de 2016.
 13. Copia de contrato de compraventa de acciones de Línea de Transmisión Cabo Leones S.A., de fecha 19 de julio de 2016.
 14. Copia de contrato de crédito senior, de fecha 14 de noviembre de 2016.
 15. Carta Elecnor Chile N° CTA-31082017-1200, de 31 de agosto de 2017, dirigida a Línea de Transmisión Cabo Leones S.A. Dicha carta da cuenta de la demora en obras de ingeniería y de la reprogramación de la energización de línea de transmisión.
 16. Carta Línea de Transmisión Cabo Leones S.A. N° 1274442, de 1 de septiembre de 2017, dirigida a Parque Eólico Cabo Leones I S.A., relacionada con información sobre puesta en servicio de la ampliación de la Subestación Maitencillo, prevista para el 15 de octubre de 2017.
 17. Carta del Coordinador Eléctrico Nacional, ID N° DE 04077-17, dirigida a Parque Eólico Cabo Leones I S.A., de fecha 22 de septiembre de 2017.
 18. Carta del Coordinador Eléctrico Nacional ID N° DE 02538-2018, de 19 de junio de 2018, dirigida al Parque Eólico Cabo Leones I S.A., que da cuenta de la factibilidad de la energización de la subestación Cabo Leones I.
 19. Carta de Ibereólica Cabo Leones II S.A., dirigida a la Comisión Nacional de Energía, de fecha 30 de octubre de 2018, que solicita "declaración en construcción" del Parque Eólico Cabo Leones II.
 20. Copia de Acta constitutiva de Comunidad Indígena Diaguita Tierra y Mar, de fecha 4 de febrero de 2017.
 21. Copia de certificado electrónico de personalidad jurídica de la Comunidad Indígena Diaguita Tierra y mar.
 22. Copia de Ficha de Estaciones Anemométricas, de fecha 27 de julio de 2011, elaborado por la empresa Measwind América Ltda.
 23. Copia del Informe que contiene el registro de instalación de la Torre Cabo de Leones II, elaborado por la empresa Measwind América Ltda.

24. Copia del Informe que contiene el registro de instalación de la Torre I 102 mt. de Cabo Leones II, elaborado por la empresa Measwind América Ltda.
25. Copia del Informe que contiene el registro de instalación de la Torre II 80 mt. de Cabo Leones II, elaborado por la empresa Measwind América Ltda.
26. Copia del Informe que contiene el registro de instalación de la Torre III 80 mt. de Cabo Leones II, elaborado por la empresa Measwind América Ltda.
27. Copia del Informe que contiene el registro de instalación de la Torre 1 de Cabo Leones III, elaborado por la empresa Measwind América Ltda.
28. Copia del Informe que contiene el registro de instalación de la Torre II de Cabo Leones III, elaborado por la empresa Measwind América Ltda.

SEGUNDO OTROSÍ: Se solicita a la SMA que, conforme lo dispone el artículo 50 de la LOSMA, tenga presente que mi representada hará uso de todos los medios de prueba admisibles en derecho que procedan durante la instrucción del presente procedimiento.

TERCER OTROSÍ: En virtud de lo dispuesto en el artículo 6° de la LOSMA, solicito a Ud. adoptar las medidas pertinentes para guardar reserva de la información financiera y comercial entregada en este acto, específicamente los costos y condiciones de financiación expresadas, junto con instrumentos privados que cuentan con acuerdos de confidencialidad, adoptando las medidas necesarias para resguardar los derechos de las partes de los mismos.

Los documentos en comento son los acompañados en los N° 9, 11, 12, 13 y 14 del primer otrosí, a saber:

9. Copia de contrato de actividades para la conexión al Sistema de Transmisión de Transelec, entre Ibereólica Cabo Leones I S.A. y Transelec S.A., de fecha 11 de abril de 2014.
11. Copia de escritura pública de Acta de Aceptación de la Adjudicación de Suministro Eléctrico "Ibereólica Cabo Leones I S.A.", de fecha 2 de noviembre del año 2015.
12. Copia de contrato de compraventa de acciones Ibereólica Cabo Leones II S.A., de fecha 15 de diciembre de 2015.
13. Copia de contrato de suscripción de acciones de Ibereólica Cabo Leones I S.A., de fecha 16 de mayo de 2016.
14. Copia de contrato de compraventa de acciones de Línea de Transmisión Cabo Leones S.A., de fecha 19 de julio de 2016.

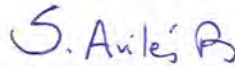
A mayor abundamiento, cabe hacer presente que dicha documentación contiene información financiera sensible que se relaciona con estructuras de costos, márgenes de ganancias y utilidades, etc., de las partes que comparecen en los referidos instrumentos, y que importan un despliegue de recursos que debe mantenerse al margen del conocimiento público.

Ello en relación con el artículo 21 N° 2 de la ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública, que señala expresamente como causal de reserva "(...) cuando su publicidad,

comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico”.

En efecto, la información individualizada corresponde a antecedentes sensibles y estratégicos, cuya divulgación puede afectar las condiciones de competencia y contratación, por lo que se solicita estricta reserva de la información contenida en dichos antecedentes.

Finalmente, estimamos que estos antecedentes, por su naturaleza, cumplen con los criterios establecidos por el Consejo para la Transparencia en relación con una potencial afectación a los derechos de carácter comercial o económico, y consecuentemente configurar la causal de reserva del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, esto es: i) Que la información no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; ii) Que la información sea objeto de razonables esfuerzos para mantener su secreto; iii) Que el secreto o reserva de la información requerida proporcione a su poseedor una evidente mejora, avance o ventaja competitiva, o su publicidad pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular.



Sebastián Avilés Bezanilla
p. Ibereólica Cabo Leones III SpA