

EN LO PRINCIPAL: Formula descargos; **PRIMER OTROSÍ:** Solicita apertura de un término probatorio y requiere diligencias probatorias; y, **SEGUNDO OTROSÍ:** Acompaña documentos; **TERCER OTROSÍ:** acredita personería.

SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE

RAFAEL LIRA SALINAS, cédula de identidad número 6.948.906-0, y **JOSÉ IGNACIO LOIS RIVAS**, Cédula Nacional de Identidad N° 14.118.719-8, ambos en representación de **Empresa Eléctrica Portezuelo SpA.**, Rol Único Tributario N° 76.262.961-5 (en adelante, "Portezuelo", la "Empresa" o el "Titular"), todos domiciliados en Avenida Tajamar N° 183, Oficina N° 301, comuna de Las Condes, de la ciudad de Santiago, en procedimiento sancionatorio **Rol D-123-2020**, al Fiscal Instructor de la Superintendencia del Medio Ambiente ("SMA" o "Superintendencia"), respetuosamente manifestamos:

Encontrándonos dentro del plazo legal y de conformidad con lo dispuesto en el art.49 de la Ley N°20.417/2010, Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente ("LOSMA"), venimos en EVACUAR DESCARGOS en contra de los cargos formulados a nuestra representada, contenidos en la **RES. EX. N° 1 / ROL D-123-2020, de 4 de septiembre de 2020** de la SMA (en adelante, los "Cargos" o "Resolución de Cargos").

Como se expondrá, la SMA ha incurrido en un error al proceder con la formulación de cargos efectuada, por cuanto, como se acreditará:

- (I) En cuanto a las medidas de enriquecimiento, no existe infracción alguna de la Resolución Exenta N°7, de 17.01.2013, de la Comisión de Evaluación de la VII Región del Maule (en adelante, la "RCA 7/2013", o la "RCA") por parte de Portezuelo, ya que el plazo al cual habrían estado sujetas las obligaciones que se consideran infringidas por la SMA, se encuentra establecido en un instrumento que no forma parte de la referida RCA; y
- (II) En cuanto a la falta de abovedamiento exigido en la RCA, el primer puente de atravesio de animales se encontraba ya construido en diciembre de 2014, y concluyó su total implementación con anterioridad al 17 de agosto de 2017, por lo que cualquier eventual infracción al respecto se encuentra prescrita.

Para una adecuada comprensión de nuestros descargos, seguidamente se incluye un índice de los mismos:

ÍNDICE

I.	ANTECEDENTES	3
A.	Sobre los cargos formulados	3
B.	Antecedentes generales del Proyecto	5
C.	Sobre el enriquecimiento ecológico	6
C.1.	Antecedentes sobre su establecimiento	6
C.2.	Procedimiento seguido ante Policía Local	7
C.3.	Del Plan de Corrección	7
D.	Del abovedamiento	8
D.1.	Antecedentes sobre su establecimiento	8
D.2.	Sobre la ejecución de la medida	9
E.	Conclusiones.....	10
II.	DESCARGOS	12
A.	Cargo 1	12
A.1.	Inexistencia de infracción de la RCA	12
A.2.	Prescripción de la supuesta infracción.....	18
A.3.	Vulneración de la garantía del non bis in ídem material y procedimental	25
B.	Cargo 2	28
B.1.	Total y adecuada ejecución de la medida	28
B.2.	Prescripción de la supuesta infracción.....	29
C.	Conclusiones.....	30
III.	CIRCUNSTANCIAS A CONSIDERAR EN LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN	32
A.	Circunstancias no aplicables.....	32
B.	Intencionalidad en la comisión.....	32
C.	Capacidad económica.....	34

I. ANTECEDENTES

A. Sobre los cargos formulados

1. Por RES. EX. N° 1 / ROL D-123-2020, de 4.09.2020, la SMA formuló dos cargos en contra de Portezuelo, imputándole los siguientes hechos infraccionales (“Hechos Infraccionales Imputados”):
 - (i) No implementar oportunamente la medida de compensación correspondiente al enriquecimiento de 9,25 há con una totalidad de 3.700 ejemplares de la especie *Citronella mucronata* (Naranjillo) (en adelante, “Cargo N°1”).
 - (ii) No contar con un tramo abovedado para permitir el atravesado de animales por el canal de aducción (en adelante, “Cargo N°2”).
2. A juicio de la SMA, los Hechos Infraccionales Imputados vulneran las siguientes normas:
 - (i) Cargo N°1: Considerandos 4.2.3.1 a); y 7.3.2, ambos de la RCA 7/2013; y la Resolución N° 14/2016, de la CONAF.
 - (ii) Cargo N°2: Considerandos 5.2.1; 7.5.3.; y 7.6, todos de la RCA 7/2013.
3. Para la SMA, las conductas citadas serían tipificables como una infracción en los términos del artículo 35 letra a) de la Ley N°20.417, artículo segundo, que contiene la Ley Orgánica de la Superintendencia de Medio Ambiente (“LOSMA”), esto es: “(...) a) El incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental...”.
4. Finalmente, la SMA resolvió efectuar la siguiente calificación de las infracciones imputadas:
 - (i) Cargo N°1: **Grave**, de conformidad con lo dispuesto en el art.36, numeral 2 letra e) de la LOSMA.
 - (ii) Cargo N°2: **Leve**, de conformidad con lo dispuesto en el art.36, numeral 3 de la LOSMA.
5. Para la construcción de los cargos, la SMA ha esgrimido los siguientes fundamentos:
 - (i) Tratándose del Cargo N°1, la SMA sostiene que:
 - “(...) en la RCA N° 7/2013 se dejó establecido que la Empresa implementaría la totalidad de la medida de compensación comprometida y definida en la

Resolución Fundada N° 497/2012, la cual consiste en el enriquecimiento de 9,25 há con una totalidad de 3.700 ejemplares de la especie Naranjillo (Considerandos 4.2.3.1, 7.3.2, 7.5.2, y 10.2 de la RCA N° 7/2013 y; Respuesta 1, Adenda 3, RCA N°7/2013)...”;

- Añade la SMA que el enriquecimiento ecológico “(...) es una medida de compensación que debe ejecutarse por la corta de individuos de la especie *Citronella mucronata* y la alteración de la población de dichas especies en categoría de conservación. En efecto, el enriquecimiento ecológico ayudaría a la restauración poblacional a nivel local de dicha especie al mantener y aumentar la densidad actual de la población, correspondiendo a la única medida propuesta por la Empresa para hacerse cargo del impacto provocado por la corta de dicha especie...”;
- Junto a ello, la SMA indica que “(...) el compromiso antes referido debía haber estado cumplido el año 2016 según los plazos indicados en el respectivo Plan de Manejo, por lo que el incumplimiento se extiende por alrededor de 4 años...”;
- En fin, la SMA añade que “(...) adicionalmente, [...] para el 06 de mayo de 2019 (Anexo 8 del IFA 2018), sólo se tenía implementado aproximadamente un 20% de la medida...”.
- A partir de lo expuesto, la SMA concluye que “(...) el hallazgo referido a no haber realizado completamente el enriquecimiento con *Citronella mucronata* (Naranjillo) en una superficie de 9,25 há, podría revestir las características de una infracción de aquella establecida en el artículo 35 letra a) de la LO-SMA, en cuanto incumplimiento de las condiciones, normas, y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental, con una calificación preliminar de grave de conformidad a lo dispuesto en el artículo 36.2 e) de la LO-SMA, por tratarse de un hecho que incumple gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto, de acuerdo a lo previsto en la RCA N° 7/2013...”.

(ii) En el caso del Cargo N°2, la SMA afirma que:

- En las Actas de Fiscalización Ambiental de fechas 18 y 19 de marzo de 2015, que forman parte de los anexos del Informe de Fiscalización Ambiental “CENTRAL HIDROELECTRICA LOS HIERROS, LOS HIERROS II Y LINEA DE TRANSMISIÓN LOS HIERROS - CANAL MELADO”, disponible en el expediente de fiscalización DFZ-2015-67-VII-RCA-IA (en adelante, “IFA 2015”), se constatan, entre otras cosas, las siguientes: “(...) 7.1 “Se inspeccionó el cruce para animales, que de acuerdo al considerando 5.2 de la RCA N.º 7/2013,

consiste en 20 metros de canal abovedado, constatando que no existe abovedamiento del canal, y que en su lugar se ha implementado un puente de tabloncillos con barandas metálicas, de aproximadamente 4 metros de ancho, cuya estructura se encuentra montada en vigas de fierro; obra que presenta menor área para el paso de ganado y mayor riesgo de caídas ante el caso de paso de piños numerosos. La obra se ubica en el punto de coordenadas UTM 313.144 E, 6.030.201 N (DATUM WGS 84)...” (IFA 2015, p.18).

- A partir de lo expuesto, la SMA concluye que “(...) el hallazgo referido [...] podría revestir las características de una infracción de aquella establecida en el artículo 35 letra a) de la LO-SMA, en cuanto incumplimiento de las condiciones, normas, y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental, con una calificación preliminar de leve de conformidad a lo dispuesto en el artículo 36.3 de la LO-SMA...”.

B. Antecedentes generales del Proyecto

6. De una revisión del proyecto y de las diversas actuaciones existentes a su respecto, se puede desprender que la SMA incurre en graves errores en su formulación de cargos.
7. El proyecto “Central Hidroeléctrica Los Hierros II, Obras de Generación y Transmisión” ingresó vía estudio (“EIA”) al Sistema de Evaluación de Impacto ambiental (“SEIA”), y consiste en la construcción y operación de obras de *generación* y de *transmisión* (en adelante, el “Proyecto”).
8. En cuanto a las obras de *generación*, estas corresponden a la ejecución de obras civiles y una unidad generadora de pasada con una potencia instalada de 5,1 MW, una altura neta de caída de 24,57 mts. y una energía generable estimada de 29,9 GWh/año, para ser entregada al Sistema Interconectado Central (“SIC”). La Central Los Hierros II producirá energía eléctrica mediante el uso no consuntivo de recursos hídricos provenientes del río Melado, para lo cual se aprovecharán los caudales derivados de la restitución de las aguas de la “Central Hidroeléctrica Los Hierros”, cuyo titular es “Besalco Construcciones S.A.” y que cuenta con Resolución de Calificación Ambiental aprobada mediante Resolución Exenta N° 190 de 01.10.2010 (“RCA 190/2010”).
9. Tratándose de las obras de *transmisión*, consisten en la construcción de subestación eléctrica Los Hierros II que elevará el voltaje desde el nivel de generación hasta los 110 Kv de transmisión, y una Línea de Transmisión de 110 kV de 400 m de extensión aproximadamente, las permitirán que la energía generada por la Central Los Hierros II sea inyectada al SIC. Esta línea comenzará su trazado en el marco de línea de la subestación Los Hierros II hasta conectarse en una torre intermedia de la Línea de Transmisión Los Hierros – Canal Melado, proyecto cuyo titular es la empresa “Besalco Construcciones

S.A.” y que cuenta con Resolución de Calificación Ambiental aprobada mediante Resolución Exenta N° 151 de fecha 16.11.2011 (“RCA 151/2011”).

C. Sobre el enriquecimiento ecológico

C.1. Antecedentes sobre su establecimiento

10. El Proyecto fue aprobado ambientalmente por medio de la Resolución Exenta N°7, de 17.01.2013, de la Comisión de Evaluación de la VII Región del Maule (en adelante, la “RCA 7/2013”). Según consta expresamente en la referida resolución, en su acápite 4.2.3.1, citado por los Cargos como fundamento de la primera infracción imputada:

“(…) En el área de emplazamiento de las obras de transmisión y huellas de acceso, se ha detectado la presencia de ejemplares de la especie *Citronella mucronata*, que se encuentra en categoría de conservación Rara, por lo que constituye bosque nativo de preservación, por lo tanto, para su intervención, se tramitó ante la Dirección ejecutiva de CONAF, una Solicitud de Corta Excepcional, la cual cuenta con Resolución Fundada N° 497/2012 de la Corporación Nacional Forestal.

El área total afecta a corta corresponde a 3,8 há superficie para la cual será tramitado el Plan de Manejo de Preservación requerido para efectuar los trabajos.

El Titular implementará la totalidad de la medida de compensación comprometida y definida en la Resolución Fundada N° 497/2012, la cual consiste en el enriquecimiento de 9,25 há con una totalidad de 3.700 ejemplares de la especie Naranjillo...”
[lo subrayado es nuestro]

11. Luego, en el acápite 7.3.2, letra a) de la RCA 7/2013, se indica nuevamente:

“(…) Se realizará el enriquecimiento de 9,25 há con una totalidad de 3.700 ejemplares de la especie Naranjillo, en cumplimiento a la normativa sectorial...”.

12. A su vez, la Resolución N°497, de 7.12.2012 de la CONAF, autorizó a intervenir o alterar el hábitat de especies en categoría de conservación a Besalco Construcciones S.A. Proyecto “Central Hidroeléctrica los Hierros II. Obras de Generación y Transmisión” (“RE 497/2012”). Dicha resolución estableció los aspectos esenciales que deberían considerarse en un posterior Plan de Manejo de Preservación a ser presentado por la empresa, de entre los cuales interesa destacar (c.8):

- (i) La exigencia de implementación de medidas de “enriquecimiento ecológico” de 9 has., con el fin de compensar los individuos de la especie “naranjillo” (*citronella mucronata*) efectivamente cortado, en una proporción 1:10, garantizando así “(…) mantener y aumentar la presencia actual de esta especie...”, añadiéndose que

esta medida de compensación “(...) busca mantener la densidad actual de Naranjillo en la zona y mejorar los bosques remanentes potenciales de hábitat...”.

- (ii) El establecimiento de la plantación deberá efectuarse “(...) dentro de los plazos legales...”, para luego efectuar seguimientos por un período de 5 años, con evaluaciones semestrales de los aspectos cuantitativos y cualitativos de las especies plantadas.
13. Enseguida, por **Resolución N°4/2013, de 11.03.2013**, la CONAF aprobó el Plan de Manejo de Preservación presentado por Besalco Construcción S.A. para el Proyecto en el mes de diciembre de 2012 (“**RE 4/2013**”), en conformidad con lo dispuesto en la citada RE 497/2012 de la CONAF, aprobando la medida de enriquecimiento ecológico de 9,25 has. de *Citronella Mucronata* en el denominado “Lote Dos” de Besalco, la que debía ejecutarse durante el año 2014.

C.2. Procedimiento seguido ante Policía Local

14. Con fecha 18 y 19 de marzo de 2015, con el objeto de evaluar el Plan de Manejo de Preservación aprobado mediante la RE 4/2013, funcionarios de la Oficina Provincial de Linares de la CONAF, realizaron una visita inspectiva al predio denominado Lote Dos, Rol de Avalúo N°18-10 de la Comuna de Colbún, en el que se debía cumplir con las obligaciones de reforestación y enriquecimiento ecológico (Sector A: 6,24 has; y Sector B: 3,01 has.), programadas para el año 2014.
15. Que según consta en la **sentencia de 5.08.2015, Rol N°37.191, del Juez de Policía Local de Colbún (“JPL”)**, en los días de las inspecciones, los fiscalizadores de CONAF pudieron comprobar que las actividades de reforestación y enriquecimiento ecológico no se encontraban ejecutadas, incurriéndose así en una infracción al art.54 letras b) y f) de la Ley N° 20.283, por incumplimiento al Plan de Manejo aprobado por la CONAF.
16. Por los hechos señalados, la referida sentencia condenó a Besalco Construcciones S.A. a:
- (i) Al pago de una multa de 38 UTM, así como de la cantidad de \$45.325.000, de acuerdo con lo dispuestos en las letras a) y f) de la Ley N°20.283.
 - (ii) A dar cumplimiento a la obligación de reforestar y al compromiso de enriquecimiento establecidos en el Plan de Manejo de Preservación aprobado por la RE 4/2013, en el plazo de un año de ejecutoriada la referida sentencia.

C.3. Del Plan de Corrección

17. En fin, por medio de la **Resolución N°14/2016, de 3.03.2016**, la CONAF aprobó el Plan

de Corrección presentado por Besalco Construcciones S.A. de acuerdo con lo resuelto por el JPL en la causa Rol N°37.191, antes citada (“RE 14/2016”).

18. La RE 14/2016 mantiene en general los elementos de la RE 4/2013, si bien contempla dos cambios relevantes:
- (i) El enriquecimiento debería realizarse durante el año 2016, de acuerdo con lo ordenado por el JPL; y
 - (ii) El enriquecimiento debía efectuarse en el predio denominado “Lote Dos A”, polígono denominado como COR-E1, de la Comuna de Colbún, diverso del original, aunque ubicado en el mismo predio del Plan autorizado por la RE 4/2013.

D. Del abovedamiento

D.1. Antecedentes sobre su establecimiento

19. El 13.04.2012, en el contexto del proceso de participación ciudadana del Proyecto, doña Juana Valdés Valenzuela ingresó al SEA una observación, señalando que el Proyecto la afectaría directamente, ya que las obras de éste interrumpirían el “*...paso de los animales de veranada en la zona de Los Hierros 2...*”, solicitando se proponga una forma de garantizar la no interrupción de dichas veranadas. La referida observación se encuentra recogida en la página 74 del ICE del Proyecto.
20. Frente a dicha observación, el titular señaló que se coordinaría directamente con los arrieros de la zona y el SAG, además de instalar un:

“(...) cerco perimetral en un tramo de aproximadamente 800 metros de longitud, comprendido entre la obra de captación y el cruce en quebrada Blanca, esta medida se adopta como una obra de resguardo al paso de veranadas que bajan desde portezuelo y continúan por lecho del río Melado hacia sector Currillínque.

Complementariamente, a aproximadamente 630 metros del inicio del canal de aducción se incorpora un tramo abovedado de 20 metros de longitud que permitirá una zona de atraveso de animales hacia el cajón del río Melado... [lo subrayado es nuestro]

21. Posteriormente, en el ICSARA N°2, se solicitó al Titular “(...) *fundamentar el cierre de 800 metros o implementar el cierre en todo el canal de aducción y establecer los puntos de atraveso basado en la evaluación de riesgo y existencia de corredores biológicos a lo largo del trazado del canal...*”. Frente a ello, en la Adenda N°2, el Titular señaló que:

“(...) El cierre perimetral del canal de aducción se restringe al tramo propuesto, por cuanto es una medida de protección que apunta a evitar el ingreso de animales al

canal principalmente durante el paso de veranadas, y por tanto, considerando la ruta utilizada por los arrieros, el cierre abarca 800 m desde quebrada Blanca en dirección a la obra de captación de la central. A su vez se ha planteado abovedar 20 m del canal de aducción para permitir una zona de atraveso de animales hacia el cajón del río Melado...”

22. Esta acción fue incluida a continuación, en la Adenda N°2, dentro del Plan de Medidas de Mitigación, Reparación y/o Compensación, para mitigar el impacto sobre la calidad de vida de la población, acompañando en la Adenda N°3 el plano de emplazamiento de este cierre perimetral y abovedamiento.
23. Como puede apreciarse, en la evaluación ambiental del Proyecto se detectó un posible impacto adverso significativo sobre la calidad de vida de la población consistente en un eventual impedimento o dificultad para mantener las actividades de veranadas de ganado en la zona donde se construiría el canal de aducción. Frente a dicho impacto, el Titular presentó como medida de mitigación la instalación de un cierre perimetral del canal de aducción, en la zona donde llegaban los animales de las veranadas, además de la construcción de un abovedamiento sobre éste para permitir el paso de los animales al cajón del río Melado. La RCA del Proyecto recogió esta medida en su numeral 4.1.1 sobre la localización del Proyecto y 7.5.3, relativo al plan de medidas de mitigación.

D.2. Sobre la ejecución de la medida

24. El 18.03.2015, funcionarios de la CONAF y el SAG, ambos de la Región del Maule, llevaron a cabo actividades de inspección ambiental al Proyecto, constatando que no se había ejecutado completamente el cierre perimetral del tramo del canal de aducción según lo dispuesto en la RCA, y que en lugar de haberse abovedado 20 metros de canal, se había construido un puente para permitir el cruce de animales, dejando constancia que existía riesgo de caídas de animales ante el caso de paso de piños numerosos.
25. En relación con dicho cumplimiento parcial de la medida de mitigación contemplada en la RCA del Proyecto, esta SMA requirió al Titular del Proyecto, en febrero de 2020, información relativa a la ejecución de las obras consistentes en la instalación del cerco perimetral y el abovedamiento del canal en un tramo de 20 metros de longitud, información que fue presentada el 1.03.2020.
26. En la respuesta al requerimiento de información recién referido, el Titular dio cuenta de la total ejecución del cierre perimetral del tramo de 800 metros del canal de aducción, además del abovedamiento de un tramo de 20 metros del mismo canal, a un costado del puente construido para el paso de las veranadas, obras que se ajustaban plenamente a la medida de mitigación contemplada en la RCA, y eliminando el riesgo de caídas previsto por la SMA.

E. Conclusiones

27. A partir de los desarrollos precedentes, en relación con el Cargo N°1, debemos llamar la atención de la Superintendencia en cuanto a que:
- (i) La RCA 7/2013 no contempla plazo alguno para ejecutar el enriquecimiento, por lo que no puede configurarse la infracción imputada a la luz de la referida RCA.
 - (ii) Tampoco lo contiene la RE 497/2012, la que sólo alude a los plazos legales de establecimiento.
 - (iii) Es sólo la RE 14/2016, de la CONAF, la que contiene el plazo de un año (2016) para ejecutar el enriquecimiento ecológico, por cuanto así fue exigido por el JPL en la sentencia dictada en causa Rol N°37.191/2015, y cuya infracción es ahora objeto de la formulación de Cargos por la SMA.
 - (iv) Por ende, el plazo cuya infracción se alega por la SMA no es un plazo que se encuentre en la RCA, sino que en un instrumento de gestión del todo distinto, que a lo sumo se relaciona con ella, pero que en caso alguno puede considerarse como equivalente o integrante de ella.
 - (v) En cualquier evento, la propia RCA califica el enriquecimiento ecológico como una medida de “compensación” que tiene por objeto complementar la medida de reforestación, en orden a mejorar el número de individuos que se verán afectados por la corta de individuos.
20. Y respecto del Cargo N°2:
- (i) Durante la evaluación ambiental del Proyecto se estableció como un posible impacto significativo el eventual impedimento o dificultad para mantener las actividades de veranadas de ganado en la zona donde se construiría el canal de aducción. Frente a dicho impacto, el Titular presentó como medida de mitigación la instalación de un cierre perimetral del canal de aducción, en la zona donde llegaban los animales de las veranadas, además de la construcción de un abovedamiento sobre éste para permitir el paso de los animales al cajón del río Melado;
 - (ii) Las obras necesarias para mitigar dicho impacto **fueron totalmente implementadas con anterioridad al 17 de agosto de 2017**, cumpliendo cabalmente con las condiciones establecidas en la RCA del Proyecto, esto es, la ubicación y longitud del cierre perimetral, y el abovedamiento en la Quebrada Blanca y para el paso de los animales de veranadas, construyendo además un puente de 4 metros de ancho y barandas laterales para evitar riesgos de caídas sobre el canal;



- (iii) Cualquier eventual infracción que pudiera asociarse a la implementación de la medida de mitigación asociada al abovedamiento del canal de aducción, en consideración a encontrarse totalmente ejecutado desde la fecha antes indicada, se encuentra manifiestamente prescrita.

II. DESCARGOS

A. Cargo 1

A.1. Inexistencia de infracción de la RCA

(i) *El plazo anual de la RE 14/2016 no forma parte de la RCA*

1. Debemos comenzar por indicar que el art.36.2 letra e) LOSMA viene a precisar la infracción general establecida en el art.35 letra a) LOSMA, consistente en el “(...) incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental...”, engarzando así con el ámbito competencial general que tiene la SMA de acuerdo con el art.2 LOSMA. De esta forma, puede apreciarse la relevancia de que el deber infringido forme parte de la RCA, es decir, debe encontrarse establecido o previsto en ella, no en algún instrumento que se relacione o vincule con ella, por cuanto puede ocurrir que la fiscalización de dicho deber se encuentre radicado en otro organismo. Por tanto, el tipo infraccional es claro: el deber debe preverse en la RCA.
2. Lo afirmado cuenta con respaldo jurisdiccional, al encontrarse expresamente reconocido por el Tercer Tribunal Ambiental, al resolver¹:

“(...) la citada norma constituye un supuesto para determinar una actuación infraccional en el marco de lo dispuesto por una Resolución de Calificación Ambiental, teniendo como base lo que en dicho orden dispone la letra a) del art. 35 LOSMA. De esta forma, para que proceda la calificación de grave, bajo el supuesto de la citada letra e) del numeral 2°, art. 36 LOSMA, debe constatarse un incumplimiento de entidad grave y que dicho incumplimiento corresponda a medidas establecidas en la Resolución de Calificación Ambiental respectiva, las que se deben encontrar destinadas a ‘eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad’...” [lo subrayado es nuestro]

3. Como se expuso previamente, según consta en la RCA, la obligación en ella contenida consistía en implementar “(...) la totalidad de la medida de compensación comprometida y definida en la Resolución Fundada N° 497/2012...”. Sin embargo, el plazo del año 2016 para implementar el programa de enriquecimiento no forma parte de la citada RE 497/2012 ni de la RCA, sino que de un instrumento de gestión ambiental diverso de la RCA, que se relaciona con ella, pero que en caso alguno se identifica con ella. En efecto, el referido plazo sólo consta en la RE 14/2016, que aprobó el “Plan de Corrección” del Plan de Manejo de Preservación presentado originalmente por Besalco, a fin de dar cumplimiento por lo resuelto por la sentencia recaída en la causa Rol N° N°37.191/2015, del JPL. Por ende, aún cuando parte importante de las condiciones materiales para ejecutar el plan de enriquecimiento consta en la citada RE 497/2016, específicamente, el plazo

¹ Rol N° R 15-2015, c.9º.

que a juicio de la SMA se encuentra incumplido y que genera la infracción por la cual se han formulado los cargos (año 2016), no consta ni en dicha resolución, ni en el Plan de Manejo de Preservación aprobado por RE 4/2013, si no que solo en un instrumento posterior y distinto: el Plan de Manejo de Corrección aprobado por la RE 14/2016.

4. En relación con los Planes de Corrección, el art.44 del Reglamento General de la Ley sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, D.S. N°93/2008 (“Reglamento General”), los Planes de Corrección son instrumentos aprobados por la CONAF que surgen a partir de la obligación decretada por el tribunal respectivo en orden a dar cumplimiento a las obligaciones existentes en materia de bosques nativos que no hayan sido cumplidas y así lo haya declarado el referido tribunal. Por tanto, es claro que dicho instrumento no surge en el contexto del procedimiento de evaluación ambiental y que, por ende, no integra la RCA, a menos que se tuerza el sentido obvio de la normativa.
5. Cabe recordar que el art.24 de la Ley N°19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente (“LBMA”) señala que el “(...) proceso de evaluación concluirá con una resolución que califica ambientalmente el proyecto o actividad...”, añadiendo que el titular del proyecto “(...) durante la fase de construcción y ejecución del mismo, deberá someterse estrictamente al contenido de la resolución de calificación ambiental...”. De ello cabe desprender que este licenciamiento ambiental, la RCA, es un acto administrativo terminal cuyo contenido viene determinado por el procedimiento de evaluación ambiental. Por ello, existe una relación esencial entre el procedimiento y el acto terminal, de forma que éste se encuentra enteramente fundamentado en el procedimiento de evaluación, no pudiendo integrar en su contenido elementos externos que no hayan formado parte del referido procedimiento.
6. En esta línea, la Contraloría General de la República (“CGR”) ha dictaminado²:

“(…) cabe anotar que el sistema de evaluación de impacto ambiental es un procedimiento administrativo especial y reglado, previsto en la ley N° 19.300 -sobre Bases Generales del Medio Ambiente-, a cargo del SEA, destinado a determinar si el impacto ambiental que genera un proyecto o actividad se ajusta a la normativa vigente. Dicho proceso culmina a través del acto administrativo terminal denominado resolución de calificación ambiental, que aprueba o rechaza ambientalmente el proyecto...”

7. De manera más elocuente, la doctrina mas autorizada ha destacado la relación entre el procedimiento administrativo de evaluación y la resolución terminal, al señalar³:

“(…) el procedimiento de evaluación ambiental está construido por un conjunto

² Dictamen N° 86.712/ 2015.

³ CORDERO, Luis (2015): *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2ª ed. (Thomson Reuters, La Ley, Chile) p.270.

de informes sectoriales (actos trámite), que se manifestarán en el Informe Consolidado de Evaluación, el que deberá contener la propuesta de decisión, considerando la manera en que deberá operar el proyecto respectivo. Así las cosas, la RCA termina siendo un acto que deriva inevitablemente en su contenido del procedimiento de evaluación...” [lo subrayado es nuestro]

8. Y en el mismo sentido se ha pronunciado el Tercer Tribunal Ambiental, para quien las medidas impuestas en una RCA se encuentran totalmente motivadas por el procedimiento administrativo que precede al acto terminal que es la RCA, encontrando en él su justificación. Ha sostenido el referido tribunal⁴:

“(…) compete pronunciarse sobre la aplicación del concepto ‘efectos adversos’. Preliminarmente se debe tener presente que el uso de esta expresión dentro de la letra e) del numeral 2° del art. 36 LOSMA, se encuentra directamente referida a medidas que se den lugar en procedimientos de evaluación ambiental. Por lo que cabe deducir que la expresión ‘efectos adversos’, es propia de un sistema preventivo. Y, como se indicó anteriormente, la medida debe estar orientada a eliminar o minimizar los ‘efectos adversos’, de un proyecto o actividad, y debe constar en la RCA...” [lo subrayado es nuestro]

9. Así las cosas, no procede considerar la infracción imputada en los Cargos como una infracción a la RCA, simplemente por cuanto el instrumento supuestamente infringido — o al menos una porción del mismo— no forma parte de ella, pese a sus evidentes vinculaciones, factor el cual, creemos, es el que ha confundido a la SMA.
10. Lo expuesto no es una mera elucubración dogmática, sino que ha sido reconocido por la judicatura especializada. En efecto, para el Segundo Tribunal Ambiental, los Planes de Manejo son instrumentos de gestión ambiental materializados fuera del SEIA⁵:

“(…) Cabe hacer presente que, conforme a lo señalado por la doctrina, el plan de manejo forestal es un ‘instrumento de gestión ambiental’, ‘distinto e independiente, del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, otro instrumento de gestión ambiental’ (GALLARDO GALLARDO, Enrique. Manual de Derecho Forestal. Santiago: CONAF, 2013, pp. 85-86)...” [lo subrayado es nuestro]

11. Precisamente, por tal motivo, se ha entendido que ciertas exigencias establecidas en un Plan de Manejo Forestal no se consideran como medidas o condiciones de la respectiva RCA, sin perjuicio de la existencia de un deber de ejecutar lo dispuesto en el Plan respectivo. Así, el Segundo Tribunal Ambiental sostuvo que⁶:

⁴ Rol N° R 15-2015, c.12º.

⁵ Rol N° 174-2018, c.238º.

⁶ Rol N° 174-2018, c.239º.

“(...) para el Tribunal, la circunstancia de no haber alcanzado las plantaciones el porcentaje de prendimiento de, al menos un 75%, que la CONAF exige, no configura una infracción a las RCA N° 52/2004, pues lo comprometido por el titular en dicho instrumento de gestión ambiental sólo es la presentación de un plan de manejo forestal, previamente aprobado por la referida corporación, lo que lleva implícita una obligación de reforestación...”

12. A mayor abundamiento y de manera más específica, en este mismo sentido se ha pronunciado el Tercer Tribunal Ambiental⁷, esta vez respecto de los Planes de Manejo de Corrección, ratificando expresamente que los mismos no forman parte de la RCA, por tratarse de instrumentos de gestión de carácter sectorial:

“(...) un Plan de Manejo de Corrección [...] es un instrumento exclusivamente sectorial. Este pronunciamiento, pese a haberse realizado en el contexto del procedimiento de evaluación ambiental, sigue teniendo un carácter sectorial, desde que no se encuentra contemplado en la respectiva RCA...” [lo subrayado es nuestro]

13. Por ende, estimamos que la infracción imputada por la SMA no puede considerarse como una infracción a la RCA, existiendo por tanto un error en la configuración de la aludida infracción.

(ii) *Finalidad del enriquecimiento ecológico*

14. Para el eventual e improbable caso que vuestra Superintendencia no considere el argumento anterior, cabe señalar que, en nuestra comprensión, no es posible considerar que la infracción de la medida de enriquecimiento ecológico constituya un caso de incumplimiento grave de una medida para “(...) eliminar o minimizar los efectos adversos...” del Proyecto.

15. Como es sabido, la regulación ambiental contempla la necesidad de que las medidas que se establezcan en el marco del SEIA apunten a mitigar, reparar o compensar los efectos adversos de los proyectos o actividades sometidas a evaluación. Así, de acuerdo con el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (D.S. N°40/2012, “RSEIA”), es posible distinguir entre medidas: (i) de *mitigación*, que pretenden *evitar o disminuir* los impactos del proyecto (art.98 RSEIA); (ii) de *reparación*, que buscan reponer uno o más de los componentes o elementos del medio ambiente a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al impacto (art.99 RSEIA), y; (iii) de *compensación*, tendientes a producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado, que no sea posible mitigar o reparar. La norma señala en forma expresa que “(...) Dichas medidas incluirán, entre otras, la sustitución de los recursos naturales o ele-

⁷ Rol N°78-2018, c.49°.

mentos del medio ambiente afectados por otros de similares características, clase, naturaleza, calidad y función...” (art. 100 RSEIA).

16. En dicho contexto, entendemos que tanto la reforestación como el enriquecimiento pueden considerarse como medidas que no buscan dicha eliminación o minimización, ya que tal fin no es posible, considerando la naturaleza del impacto, esto es, la tala de bosque nativo. En tal caso, con la imposición de tales medidas lo que la legislación busca es establecer una obligación que, no pudiendo impedir o minimizar el efecto adverso derivado de la tala del bosque nativo, al menos lo “neutralice” por medio de la creación de un impacto positivo que, efectivamente, equilibre el desbalance ocasionado por el proyecto. Así, siguiendo una posición bastante extendida en la doctrina especializada⁸, se ha sostenido⁹:

“(…) los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental (enumerados por la ley ambiental), que puedan generar efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables (por ejemplo, un bosque), han de ser evaluados dentro de un procedimiento administrativo denominado Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, previa presentación de un Estudio de Impacto Ambiental. Dicho estudio debe contener, necesariamente, un plan de medidas de compensación. Tales medidas tienen por finalidad producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente al efecto adverso identificado, que no sea posible mitigar o reparar, y deben incluir, entre otras, la sustitución de los recursos naturales o elementos del medio ambiente afectados, por otros de similares características, clase, naturaleza, calidad y función. Así, el responsable del proyecto debe compensar la pérdida de la formación vegetal afectada, considerando su superficie y características ecológicas, así como las singularidades ambientales asociadas. Mediante el plan de medidas se debe buscar compensar los beneficios ambientales que proporcionaba la formación vegetal afectada...” [lo subrayado es nuestro]

17. En sentido similar, la propia CONAF ha sostenido en forma expresa que una medida de reforestación “(...) corresponde al cumplimiento a la legislación vigente y no constituyen medidas tendientes a disminuir efectos adversos...”¹⁰.
18. Ahora bien, no escapa a nuestro conocimiento la circunstancia consistente en que se ha resuelto que no cabe equiparar sin más las medidas a que se refiere el art.36.2 letra e),

⁸ Vid. VERGARA, Javier, y LEYTON, Patricio (2002): “Compensación de recursos naturales en el ordenamiento jurídico chileno”, en: *Revista de Derecho Ambiental*, N°1, pp.97-117; LEYTON, Patricio, y SALAMANCA, Carola (2018): “Compensación por impactos en biodiversidad y recursos naturales: pasado, presente y futuro”, en: *Revista de Derecho Ambiental*, N°10, pp.1-25; pp.5-6; SCAGLIOTTI, José Pedro, y MAC AULIFFE, Florencia (2019): “Enfoque por ecosistemas en las medidas de compensación de biodiversidad en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”, en: *Revista de Derecho Ambiental*, N°12, pp.161-187; p.171.

⁹ VERGARA, Alejandro (2018): *Derecho Administrativo Económico. Sectores regulados: servicios públicos, territorio y recursos naturales* (Thomson Reuters, Chile) pp.474-475.

¹⁰ ORD. N° 83-EA/2013, de 3.03.2013, en el marco del proceso de evaluación del “Proyecto Central Hidroeléctrica Cuervo”.

a las medidas de mitigación antes citadas, sino que se requiere una revisión específica de la naturaleza propia de las medidas establecidas, de manera de verificar si ellas implican efectivamente un eliminación o minimización de los efectos adversos del proyecto.

19. Así, ahora bajo dicho prisma, creemos es posible sostener que mientras la reforestación efectivamente busca eliminar o al menos reducir los efectos adversos del proyecto, a la luz de las propias declaraciones de la autoridad, así como de la normativa vigente, la finalidad del enriquecimiento ecológico es diversa, consistente en crear efectos positivos que contrarresten los negativos o adversos que no pudieron disminuirse o eliminarse. En efecto, las actividades de enriquecimiento consisten en incorporar ejemplares de la especie en categoría en conservación en áreas que ya están cubiertas de bosque, por lo que en la práctica lo que se busca, aunque parezca redundante, es aumentar o enriquecer la presencia de dicha especie bajo un dosel o cobertura existente. Así, por medio de potenciar o robustecer una determinada población de individuos, lo que se busca es mejorar la situación de los individuos en comparación a la originalmente existente, tal y como señala la RE 497/2012, según la cual el enriquecimiento ecológico busca "(...) mantener la densidad actual de Naranjillo [...] y mejorar los bosques remanentes...". Lo anterior se puede comprobar desde la perspectiva normativa, el xvi) del N°2 del artículo único del Decreto N°18/2019, de Agricultura, define el enriquecimiento ecológico de la siguiente manera:

"(...) Actividad cuyo objetivo es mejorar la composición de una formación xerofítica de alto valor ecológico o bosque nativo de preservación. Consiste en la incorporación de plantas de especies nativas o autóctonas a un predio. Las plantas a incorporar de las especies a establecer, deben provenir de semillas o propágulos de las poblaciones silvestres más próximas al área a manejar. ..." [lo subrayado es nuestro]

20. Por ende, trátase de una medida complementaria a aquella que sí busca tales fines de eliminación o minimización, como es la reforestación, pero cuyos fines son diversos y de sentido opuesto.

(iii) *Falta de gravedad de la infracción*

21. Para que se configure el supuesto de gravedad de la infracción según lo establecido en el art.36.2 letra e) LOSMA, la SMA ha sostenido que debe atenderse a tres elementos, que pueden concurrir alternativamente¹¹:

"(...) i) la relevancia o centralidad de la medida incumplida, en relación con el resto de las medidas que se hayan dispuesto en la RCA para hacerse cargo del correspondiente efecto identificado en la evaluación; ii) la permanencia en el tiempo del

¹¹ Resolución exenta N° 1111/2016, Rol D-18-2015.

incumplimiento; y iii) el grado de implementación de la medida, es decir, el porcentaje de avance en su implementación, en el sentido que no se considerará de la misma forma a una medida que se encuentre implementada en un 90% que una cuya implementación aún no haya siquiera comenzado...”

22. En relación a la relevancia o centralidad de la medida, según expusimos previamente, en nuestro entender la medida de enriquecimiento no puede considerarse como central, ya que ese rol debe entenderse radicado en la reforestación. Como consta en la propia RCA, la medida de reforestación tiene por objeto mejorar la situación de los especímenes afectados por la tala.
23. En cuanto a la permanencia del incumplimiento en el tiempo, debemos remitirnos a lo expuesto precedentemente, en cuanto a la dificultad existente para encontrar especímenes de Naranjillo en el mercado, tal y como lo ha reconocido la propia SMA en su Resolución Ex. N°5/Rol D-123-2020, de 22 de diciembre de 2020 (c.17º), así como lograr su adecuada reproducción. Por ende, existe una circunstancia exógena que ha impactado en la situación de cumplimiento de la medida.
24. En fin, tratándose del grado de avance, lo cierto es que en la formulación de Cargos no se aprecia ninguna valoración de la circunstancia consistente en que a la fecha la empresa ha cumplido aproximadamente con un 20% de la obligación comprometida. Lo cual, por cierto, debe ponderarse a la luz de lo señalado en el numeral precedente, esto es, las dificultades de mercado existentes.
25. Asimismo, como se explica infra, al tratar de la intencionalidad, en todo momento Portezuelo ha tratado de cumplir con las exigencias de la medida, adoptando medidas a tal fin, lo que, por los motivos allí señalados, no ha sido posible.

A.2. Prescripción de la supuesta infracción

26. En subsidio de lo anterior y en el hipotético e improbable caso de que la SMA descarte las alegaciones y argumentos subrayados en los párrafos anteriores [*supra*] y considere que existe una infracción, dicha infracción, como demostraremos, se encuentra prescrita.

(i) *Infracción imputada*

27. Como hemos visto, la SMA ha configurado en el cargo N°1 el hecho constitutivo de infracción de no implementar oportunamente la medida de compensación correspondiente al enriquecimiento de 9,25 há con una totalidad de 3.700 ejemplares de la especie *Citronella mucronata* (Naranjillo). Lo que infringiría dentro de la tipología del art.35 letra a) LOSMA las condiciones normas y medidas establecidas en la resolución de calificación

ambiental. Estas condiciones normas y medidas se encuentran descritas en las páginas 8 y 9 de la formulación de cargos:

“Generación y Transmisión.

“[...] En el área de emplazamiento de las obras de transmisión y huellas de acceso, se ha detectado la presencia de ejemplares de la especie Citronella mucronata, que se encuentra en categoría de conservación Rara [...]

El área total afecta a corta corresponde a 3,8 ha superficie para la cual será tramitado el Plan de Manejo de Preservación requerido para efectuar los trabajos.

El Titular implementara la totalidad de la medida de compensación comprometida y definida en la Resolución Fundada N°497/2012, la cual consiste en el enriquecimiento de 9,25 ha con una totalidad de 3.700 ejemplares de la especie Naranjillo.”

Considerando 7.3.2, RCA 7/2013, que califica favorablemente el proyecto “Central Hidroeléctrica Los Hierros II, Obras de Generación y Transmisión”.

“Flora y Vegetación

“[...] Se realizara el enriquecimiento de 9,25 ha con una totalidad de 3.700 ejemplares de la especie Naranjillo, en cumplimiento a la normativa sectorial.”

Resolución N° 14/2016, que aprueba el Plan de Corrección (Plan de Manejo de Preservación, para Efectos del artículo 19, Ley N° 20.283)

“[...] Enriquecimiento: 1.- Lote Dos A, Rol: 18-205 de la Comuna de Colbun, Provincia de Linares, Region del Maule, Inscripcion Fojas 2998 vta N° 4905 del Conservador de Bienes Raices de Linares, del registro de propiedad del ano 2011. Propiedad de Besalco Ingenieria S.A. [...]

c) Superficie aprobada a enriquecer: 9,25 ha.

Se aprueba el Plan de Correccion (Plan de Manejo de Preservacion, para Efectos del articulo 19, Ley N° 20.283), Solicitud N°684. En base a las siguientes observaciones: [...]

- El enriquecimiento se realizará el año 2016, en Predio denominado “Lote Dos A”, poligono denominado como COR-E1, de la comuna de Colbun, la cual es reubicacion dentro del mismo predio de la presentacion original, indicada en la Resolucion Aprobada 04/2013 del 11 de marzo de 2013. Dicha actividad sera en una superficie de 9,25 ha.

- La especie a enriquecer es Citronella mucronata (Naranjillo) a densidad de 400 pl/há.”

28. De lo relatado, la SMA entiende incumplida la medida de compensación comprometida y definida en la Resolución Fundada N°497/2012 incluida en la RCA, la cual consiste en

el enriquecimiento de 9,25 há con una totalidad de 3.700 ejemplares de la especie Naranjillo. Medida que se encuentra incumplida, según la propia formulación de cargos —cuestión que rebatimos categóricamente en la alegación primera de los descargos— el año 2016, de acuerdo con la interpretación que efectúa la SMA de la Resolución N° 14/2016 que aprueba el Plan de Corrección para efectos del art.19 de la Ley N° 20.283.

(ii) *Infracción se encuentra cometida y consumada*

29. En primer termino, es importante destacar que, en relación al régimen general de prescripción de las infracciones administrativas, —salvo norma especial expresa— estas se entienden cometidas desde su consumación, criterio sostenido por la doctrina comparada “(...) desde el punto de vista de la prescripción, mayoritariamente se estima que debe estarse a la consumación de la infracción (...) sin que sea necesario, en su caso, esperar la perfección o agotamiento de la misma...”¹². Idéntico criterio ha sido ratificado recientemente por nuestra jurisprudencia ambiental en la causa Rol R-19-2020¹³.
30. La infracción que constituye el cargo N°1, del presente procedimiento sancionatorio —que como se verá es una omisión—, tiene como época de verificación según el análisis de la SMA durante el 2016, ya que solo en ese término temporal es cuando debió ejecutarse la medida de enriquecimiento de 9,25 há con una totalidad de 3.700 de ejemplares de *Critronella Mucronata (Naranjillo)*.
31. El plazo indicado para el cumplimiento de la medida en comento, tiene la naturaleza jurídica de un hecho cierto y determinado. Esto significa que, la omisión acaecida del presunto infractor —el incumplimiento de la medida— solo es posible en cuanto a su realización en esa oportunidad específica. En otras palabras, la lesión u ofensa al bien jurídico protegido y/o tutelado se «consumó» materialmente en dicho lapso temporal (2016).
32. Así, la infracción se cometió en dicha temporalidad (2016), concurriendo todos los elementos típicos tanto normativos como del injusto en su cabalidad, para posteriormente consumirse de forma instantánea. Resultando ciertamente imposible al presunto infractor tener la ocasión que, con su conducta omisiva, renueve o vuelva a lesionar u ofender tal bien con posterioridad a esa época como se argumentará.

(iii) *Infracción de estado o de efectos permanentes*

33. En la doctrina y jurisprudencia se conoce lo anterior como «infracciones de estado», que son aquellas en que si bien se realizan en un solo instante o momento, su consumación crea una nueva situación o estado que dura en el tiempo al margen de la voluntad del

¹² GÓMEZ, Manuel y SANZ, Iñigo (2013): *Derecho Administrativo Sancionador*. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo, 3ª ed. (Thomson Reuters Aranzadi, España) p.641.

¹³ Sentencia de 19 de noviembre de 2020, del Tercer Tribunal Ambiental.

autor¹⁴. Al configurarse el tipo infraccional, este lesiona al bien jurídico protegido en una situación fáctica concreta o “instantánea”, pero que no mantiene su antijuridicidad en el tiempo, ya que la conducta del infractor no configura el tipo nuevamente como en el caso de las infracciones permanentes¹⁵. De acuerdo con NIETO¹⁶:

“(…) La infracción se conecta con un acto instantáneo de ilicitud que provoca la creación de una situación ilícita indefinida que —por contraste a las infracciones permanentes— no se integra en el tipo y, por ende, no merece reproche alguno del legislador y, en último extremo, es en este momento cuando empieza a correr el plazo de prescripción...”.

34. En estos casos, aunque los efectos producidos por la conducta sean duraderos y permanezcan en el tiempo, la consumación de estas es instantánea¹⁷, por lo cual, el cómputo del plazo de prescripción comienza en el momento de la consumación del ilícito, al crearse el estado antijurídico.
35. Lo anterior, es plenamente coincidente con el cargo N°1, puesto que la omisión que da origen a la infracción del art.35 letra a) de la LOSMA creó un estado de ilicitud o antijuridicidad generado por el titular al no efectuar completamente la medida de compensación de enriquecimiento de naranjillo de forma instantánea o coetánea al deber de actuación exigido. Es decir, la omisión se concretó cuando el deber exigió la conducta positiva de actuación al titular, esto —en los términos descritos— solo era posible de verificar exclusivamente el periodo comprendido en el año 2016.
36. Transcurrida esa fecha (2016), decayó indefectiblemente el deber de actuación del titular, deber que compone a la omisión —única forma de configurar la infracción— de lo que forzosamente se sigue que, la omisión dejó de ofender o lesionar al bien jurídico tutelado por la infracción, al no existir un deber vigente que obligue actuar. Bajo esta perspectiva, aunque el titular cumpla posteriormente la medida, la infracción ya se encuentra consumada, e inversamente a ello, la mantención del estado de incumplimiento de la medida por parte del titular no tiene la idoneidad de prolongar la ilicitud o antijuridicidad —consumada— toda vez que, la omisión al ser una inexistencia fáctica, (o sea, “nada”) hace irrealizable cualquier nueva lesión al bien tutelado en términos infraccionales.
37. Dicho en otras palabras, fuera de ese ámbito temporal (2016) concreto o instantáneo donde se configura la infracción omisiva, no resulta material o jurídicamente posible renovar la actividad ofensiva o lesiva, ya que, para repetir la omisión se requerirá siempre de un deber de actuación actual, por consecuente, el incumplimiento de la medida, no

¹⁴ GARRIDO, Mario (2005): *Derecho Penal. Parte General*, T.II (Editorial Jurídica, Chile) p. 338.

¹⁵ NIETO, Alejandro (2012): *Derecho Administrativo Sancionador*, 5ª ed. (Tecnos, España) p. 545.

¹⁶ NIETO, Op Cit., p. 545.

¹⁷ BACA, Víctor (2011): “La prescripción de las infracciones y su clasificación de la Ley de Procedimiento Administrativo General”, en: *Revista Derecho y Sociedad*, Vol.37, p. 268.

puede mantener la antijuridicidad o ilicitud de la conducta, es en este punto en donde se entiende cometida y consumada la infracción, mismo evento que marca el computo del plazo de la prescripción de esta.

38. Como indicamos, el mantenimiento de la situación incumplimiento de la medida, fuera del plazo comprendido para hacerlo, no genera una situación antijurídica duradera ligada al tipo infraccional —como hemos explicado— que permita concebir una extensión permanente del plazo de prescripción. Si bien el incumpliendo supone la generación de efectos adversos con algún grado de permanencia en el tiempo, estos no tienen relación o correspondencia con la conducta antijurídica del infractor. Estos efectos permanentes, debe la Administración tenerlos en consideración para el momento de determinación de la sanción, como circunstancias que agravan el componente de afectación de esta, pero en ningún caso debe ser un expediente válido para extender la persecución a infracciones que se encuentren prescritas.
39. A mayor abundamiento, en un reciente fallo del Tercer Tribunal Ambiental, —precitado— se ratifica la noción de "infracciones de estado", en el sentido que hemos venido exponiendo¹⁸:

“(…) Que, atendido lo anterior no cabe duda a este Tribunal que la infracción sometida al análisis del órgano sancionador corresponde a una de tipo instantánea de efectos permanentes, cuya prescripción se computa desde que se consuma la infracción y no desde que se agotan sus efectos...”

(iv) *No es una infracción permanente*

40. Establecido lo anterior, es preciso indicar que no estamos en presencia de una «infracción permanente» por cuanto como se argumentará, no se entienden cumplidos sus elementos básicos o esenciales.
41. La noción más tradicional, sobre todo en la doctrina chilena, entiende que los delitos permanentes son aquellos ilícitos cuyo estado consumativo se perpetúa en el tiempo, por la voluntad del agente, de manera tal que cada momento puede ser imputado a la consumación¹⁹. Ejemplos de delitos permanentes son, el secuestro, la detención ilegal,

¹⁸ C.30.

¹⁹ Así, YUSEFF, G. (2009): *La prescripción penal*, 3ª ed. (Jurídica de Chile) p. 90; GARRIDO, Mario (2009): *Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed. (Jurídica de Chile) p.392; CURY, Enrique (2005): *Derecho Penal Parte Gral.*, 7ª ed. (Edit. Universidad Católica de Chile) p. 652; BUSTOS y HORMAZÁBAL (1999): *Lecciones de derecho penal*, Vol. II (Trotta, España) p. 41. Este parece ser también el sentido y alcance que le otorga nuestro máximo tribunal, como puede apreciarse de manera abundante en sus resoluciones. En forma expresa, la sentencia de la Corte Suprema (Rol 3.028/2015) señala: “(...) si la consumación se prolonga en el tiempo por la conducta del sujeto activo, al no cesar este en su actividad antijurídica, a pesar de hallarse ya consumado, perdurara en el tiempo con independencia de la voluntad del agente...”. En sentencia de la Corte Suprema, Rol 22.652-/2014, se sigue la misma idea, pero usando términos más implícitos, afirmándose que la prescripción se inicia, en los delitos permanentes, “(...) cuando ha cesado la prolongación del resultado...”. En forma expresa el Código Penal federal de México, art. 7, II, reconoce este tratamiento al señalar que el delito es “(...) permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo...”.

el abandono de menores, tenencia y porte ilegal de armas, usurpación de estado civil, entre otros.

42. En lo tocante al Derecho Administrativo Sancionador, las «infracciones permanentes» se definen como aquellas figuras en las que la acción provoca la creación de una situación antijurídica duradera que el sujeto mantiene a lo largo del tiempo dolosa o culposamente.²⁰ La infracción se mantiene o prolonga, hasta que se abandona la situación antijurídica, —la acción o conducta del infractor— lo que traerá como consecuencia que el plazo de prescripción empiece a computarse desde que cesa la conducta infractora y, por ende, la situación antijurídica.
43. Son ejemplos de infracciones permanentes los actos colusorios, las actividades sin autorización administrativa, publicidad o propaganda engañosa entre otras. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha reconocido la existencia de esta clase de infracciones en materia de Derecho Administrativo Sancionador. Así, en el Caso “Colusión de los Buses”, señaló sobre este tipo de infracciones:

“(…) Que en atención a que el ilícito de colusión de precios en la ruta S.C., objeto del requerimiento, configura una infracción permanente pues el comportamiento colusorio entre las empresas requeridas implicaba necesariamente una sucesión de actos en el tiempo destinados a mantener el acuerdo de precios para así, seguir aprovechando los beneficios esperados, corresponde entender que subsiste tal conducta infraccional, esto es, que está siendo ejecutada mientras se mantenga la determinación y aplicación de precios pactados entre competidores, lo cual importa concluir que sólo ha cesado el ilícito de colusión una vez que ha terminado la voluntad, expresa o tácita, de sus partícipes de permanecer en él y, por ende, que no puede empezar a correr término de prescripción…”

44. En este mismo sentido, en el fallo recaído sobre propaganda y/o publicidad engañosa en el caso de la oferta de la carrera de perito criminalística, la Corte Suprema indicó²¹:

“(…) Que, al tenor de lo que se viene expresando, aparece que en lo relativo a la prescripción de las denuncias y demandas los sentenciadores han optado por una interpretación literal de la norma, estableciendo que la fecha en que se incurrió en la infracción es aquella en que se dio inicio a la publicidad que se reclama engañosa. Desde la perspectiva de los recurrentes, es posible apreciar que existe más de una tesis sobre la forma de contabilizar el plazo de prescripción, ya que se señaló que éste comienza a correr desde que se tomó conocimiento de la infracción, que por un lado se hizo consistir en la emisión de un reportaje televisivo, y por otro en el egreso de la carrera y advertencia de la inexistencia del campo laboral ofrecido. Además, se sostuvo que se trata de una infracción permanente y que el plazo debe

²⁰ GOMEZ y SANZ, Ob. Cit., p. 649.

²¹ Corte Suprema, Rol N° 21.765/2014.

contarse desde el término de la conducta infraccional y no su inicio de ejecución, sin aludirse a un hito temporal específico...”.

45. De lo expuesto, es posible afirmar que para estar en presencia de una infracción permanente es necesario que la actividad ilícita o antijurídica —la voluntad del actor— lesione el bien jurídico tutelado del tipo infraccional «ininterrumpidamente», es decir, renovando el injusto durante todo el lapso temporal que se mantenga esa acción o conducta del infractor. Consecuencia lógica de ello será entender que el plazo de prescripción empieza a computarse desde que cesa la acción o conducta infractora y, por ende, la situación antijurídica.
46. Lo anterior impone aceptar, como se deduce la doctrina y nuestra jurisprudencia (colusiones, propaganda), un elemento esencial del tipo: debe tratarse de hechos infraccionales que presupone una acción o conducta positiva del infractor, por cuanto, solo estos tienen la potencialidad de conjugar, que la voluntad típica del actor «provoque la creación de una situación antijurídica duradera»; en otras palabras, para que se mantenga la lesión prolongada al bien jurídico —requisito básico de la infracción permanente—, será necesario una acción del infractor que mantenga inalterada la ilicitud, lo que solo se consigue con un actuar positivo.
47. Luego, las omisiones no pueden configurar un atentado permanente al bien jurídico, ya que, estas —como sabemos— son una falta de acción, por lo tanto, imposibles de prolongar la ilicitud o antijurídica más allá de su periodo de consumación. Este periodo consumativo, siempre es concreto y determinado, como es la posición de garante, por ejemplo. Una vez que decae el deber de actuación que configura una omisión, se entienden consumadas, por ello se afirma que no pueden renovar la antijuridicidad de la infracción en forma permanente. Es decir, las omisiones en su relación temporal-espacial de comisión tienen una naturaleza instantánea.
48. En el caso objeto de estos descargos, el cargo N°1 es un hecho infraccional que, como ya hemos relatado, se traduce en una omisión, de lo que se sigue que no es posible su calidad de permanente.

(v) *Conclusión*

49. Como hemos expuesto, a infracción establecida por la SMA en el cargo N°1 se trata de una «infracción de estado», lo que significa que esta se encuentra consumada, siendo irrelevante para el computo del plazo, que los efectos se mantengan en el tiempo, ya que, como hemos visto, estamos en presencia de una infracción instantánea con efectos durables, que en ningún caso puede categorizarse de permanente.
50. El art. 37 LOSMA es una norma especial que contiene una regla clara en materia de prescripción de la infracción, que es de tres años desde que éstas son cometidas. Dicho

computo debe contarse desde el 31 de diciembre del año 2016, que es cuando el deber de actuación se encuentra vencido o decaído, por ende, la infracción se esta prescrita.

A.3. Vulneración de la garantía del non bis in ídem material y procedimental

51. También en subsidio de lo principal, la eventual sanción de la SMA vulneraría la garantía del *non bis in ídem*. El principio *non bis in ídem*, tradicionalmente entendido como la prohibición de que alguien pueda ser condenado dos veces por un mismo hecho, ha sido reconocido por la doctrina y la jurisprudencia nacional como uno de los pilares del Derecho Administrativo Sancionador²². En el caso en comento, concurren los elementos fundantes del *non bis in ídem* como se demostrará.

(i) *Antecedentes*

52. Con el objetivo de explicar de mejor manera la secuencia de hechos que fundamentan el *non bis in ídem*, repetiremos un resumen de lo relatado en el punto C (sobre el enriquecimiento ecológico) de los antecedentes de los presentes descargos.

53. De acuerdo con la RCA 7/2013, como hemos expuesto, se indica que el titular implementará la totalidad de la medida de compensación comprometida y definida en la Resolución Fundada N° 497/2012, la cual consiste en el enriquecimiento de 9,25 há con una totalidad de 3.700 ejemplares de la especie Naranjillo. A su vez, la RE 497/2012, que autorizó a intervenir o alterar el hábitat de especies en categoría de conservación y estableció los aspectos esenciales que deberían considerarse en un posterior Plan de Manejo de Preservación a ser presentado por la empresa, de entre los cuales interesa destacar. Enseguida, por RE 4/2013, de 11.03.2013, la CONAF aprobó el Plan de Manejo de Preservación presentado por el titular para el Proyecto en el mes de diciembre de 2012, en conformidad con lo dispuesto en la citada RE 497/2012 de la CONAF, aprobando la medida de enriquecimiento ecológico de 9,25 has. de Citronella Mucronata.

54. Con fechas 18 y 19 de marzo de 2015, con el objeto de evaluar el Plan de Manejo de Preservación aprobado mediante la RE 4/2013, funcionarios de la Oficina Provincial de Linares de la CONAF, realizaron una visita inspectiva al predio denominado Lote Dos, Rol de Avalúo N°18-10 de la Comuna de Colbún, en el que se debía cumplir con las obligaciones de reforestación y enriquecimiento ecológico. Que, según consta en la sentencia de 5.08.2015, Rol N°37.191, del JPL de Colbún, en los días de las inspecciones, los fiscalizadores de CONAF pudieron comprobar que las actividades de reforestación y enriquecimiento ecológico no se encontraban ejecutadas, incurriéndose así en una infracción al art.54 letras b) y f) de la Ley N°20.283, por incumplimiento al Plan de Manejo aprobado por la CONAF.

²² Corte Suprema, sentencia de 10 de septiembre de 2009, Rol N°3357/2009, c.8 y dictámenes de la CGR, N°s 21.815/1982; 41.736/2004, 14.571/2005, 77.203/2012.

55. Por los hechos señalados, la referida sentencia condenó al titular a: (i) el pago de una multa de 38 UTM, así como la cantidad de \$45.325.000, de acuerdo con lo dispuestos en las letras a) y f) de la Ley N°20.283, y; (ii) a dar cumplimiento a la obligación de reforestar y al compromiso de enriquecimiento establecidos en el Plan de Manejo de Preservación aprobado por la RE 4/2013, en el plazo de un año de ejecutoriada la referida sentencia.
56. En cumplimiento de la sentencia de 5.08.2015, Rol N°37.191, del Juez de Policía Local de Colbún, el titular presentó un Plan de Corrección, que fue aprobado por la RE 14/2016, de 3.03.2016, de la CONAF. Tal resolución renovó la fecha de ejecución de la RE 4/2013 para que se ejecutara durante el año 2016.

(ii) *Fundamento*

57. El principio *non bis in ídem* consiste en la prohibición de duplicar sanciones por un mismo hecho cuando las normas sancionadoras tengan un mismo fundamento tuitivo. Se requiere, en definitiva, para su operatividad la triple identidad: (i) de sujeto, (ii) de hecho y (iii) de fundamento. Desde la vertiente del derecho administrativo, impide que la Administración sancione un hecho constitutivo de delito o que ya haya sido sancionado en vía administrativa —vertiente material— o simplemente que se inicie o continúe un procedimiento sancionador cuando esos hechos puedan constituir delito o estén siendo enjuiciados en vía penal o investigados en vía administrativa —vertiente procesal—. Descrietas tanto la vertiente material como la procesal del principio, debemos incidir en este punto en que la vertiente procesal tiene como finalidad evitar la vulneración material del principio, que es la que verdaderamente se traduce en un perjuicio real para el sancionado.
58. La doctrina especializada, considera que el verdadero fundamento de la garantía del *non bis in ídem*, se encuentra en el principio de legalidad o, más concretamente, en el principio de tipicidad²³. También el Tribunal Constitucional español ha señalado que dicho principio “(...) va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones...”²⁴, elevándolo así a la categoría de derecho fundamental. En efecto, el principio de tipicidad exige que el legislador debe prever que la respuesta sancionadora a una conducta debe ser una determinada y no el cúmulo de diversas reacciones punitivas. En otras palabras, los hechos tipificados como infracciones deben ser excluyentes, es decir, no cabe la posibilidad de sancionar una conducta ya sancionada.
59. Materialmente el principio del *non bis in ídem*, está relacionado con la triple identidad, como la doctrina y jurisprudencia han asentado. Lo que se encuentra proscrito por la prohibición de *bis in ídem* es valorar y sancionar dos veces lo mismo, lo que se presenta

²³ SANZ, Iñigo (2000): “Potestad sancionadora administrativa, non bis in ídem y primacía del orden penal (Comentarios a la STC 177/1999, de 11 de octubre)”, en: *Revista del Poder Judicial*, N° 59, p. 546, GÓMEZ y SANZ, *Derecho Administrativo...*, Ob. Cit., p.211.

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional español N° 2/1981, de 30 de enero, FJ 4.

cuando la pretensión punitiva busca castigar en más de una oportunidad al mismo sujeto, por el mismo hecho, y bajo el mismo fundamento. Pronunciamientos recientes de nuestro Tribunal Constitucional (“TC”) han emitido consideraciones respecto de los requerimientos directamente relacionados a problemáticas de *bis in idem*, en los que se ha reconocido esta exigencia de triple identidad²⁵:

[...] Que como se puede concluir de lo expresado, la prohibición del *non bis in idem* tiene como destinatario de referencia normativa fundamental al juez sentenciador que, en el caso concreto, debe resolver si es que en un hecho sometido a un procedimiento radicado en su competencia ya ha sido juzgado, siguiendo la regla clásica de coincidencia de sujetos, hechos y fundamento, o si el comportamiento que ha de ser juzgado se describe y sanciona en diversas disposiciones sin fundamento para ello (prohibición de doble valoración)...”.

60. Resulta común afirmar que el principio *non bis in idem* presenta dos vertientes: la formal o procedimental y la material. En virtud de ella no es posible la existencia de dos procedimientos punitivos simultáneos o sucesivos contra el mismo sujeto, por los mismos hechos, cuando las normas sancionatorias tengan igual fundamento. En esta vertiente procedimental²⁶, la Administración tiene el deber de no tramitar el procedimiento sancionador cuando se está siguiendo un proceso jurisdiccional de índole sancionatorio por los mismos hechos, y el deber de la misma de respetar la declaración de los hechos probados en dicha sede, con la vertiente procesal del *non bis in idem*. En particular, da preferencia del proceso penal y a la vinculación de la Administración a los hechos declarados como probados por el juez como “(...) esta dimensión procesal del principio *non bis in idem*...” o como “(...) la articulación procedimental del *non bis in idem*...”²⁷.

(iii) *Vulneración de la garantía del non bis in idem en el cargo N°1*

61. En el caso en comento, el cargo N°1 se traduce en no implementar oportunamente la medida de compensación correspondiente al enriquecimiento, en el plazo establecido, esto es, 2016. Esa medida deriva del Plan de Manejo de Preservación, que aprobó la RE N°4/2013, de CONAF, que fue objeto de Fiscalización por CONAF y sanción por la sentencia del Juzgado de Policía Local de Colbún en la causa Rol N°37.191-2015, que ordeno su corrección aprobada en la RE 14/2016 de CONAF.

²⁵ TC, sentencias de 7 de agosto de 2012, Rol N° 2.108/2011; y de 18 de diciembre de 2012, Rol N° 2.254/2012.

²⁶ Crítica con la idea de «vertiente» se manifiesta ALARCÓN, Lucía (2008): *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador* (Iustel, España), especialmente, p. 104 y ss. Habla de «manifestación» del principio, más que de «vertiente», CANO, Tomás (2001): “Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador”, en: *Revista de Administración Pública*, N° 156, p. 199.

²⁷ NIETO, Ob Cit., p. 400. Por su parte, Guillermo BENLLOCH va más allá y extiende la operatividad de la garantía aun cuando con el primer el enjuiciamiento deje de darse respuesta a una parte del contenido de injusto o de culpabilidad del hecho, circunstancia en la que de igual forma se prescinde de un eventual segundo procedimiento sancionador. BENLLOCH, Guillermo (1998): “El principio de non bis in idem en las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario”, en: *Revista del Poder Judicial*, N° 51, p. 306.

62. Es decir, el hecho infraccional que la SMA formula, ya fue sancionado formalmente, existiendo en ese acto, una identidad de Hecho-Sujeto-Fundamento, que configura la garantía material del *non bis in idem* en el caso en comento. Pero incluso omitiendo esa obviedad, «procedimentalmente» también se encuentra forzosamente la garantía del *non bis in idem*.
63. Toda vez que la sentencia condenatoria excluye la posibilidad de sancionar por los mismos hechos a la Administración, ya que, al hacerlo se vulnera efectivamente el principio del *non bis in idem*²⁸. Esto también se entiende —vulneración del *non bis in idem*— en relación con el incumplimiento del plan de corrección (RE 14/2016), ya que, esta es una consecuencia del incumplimiento de la sentencia precitada, que ha dejado radica el conflicto contencioso-administrativo en dicha sede.

B. Cargo 2

B.1. Total y adecuada ejecución de la medida

64. En relación con el cumplimiento de la medida de mitigación asociada al cierre perimetral y abovedamiento de un segmento del canal de aducción, y a pesar de haberse presentado oportunamente los antecedentes e información requerida por la SMA, los Cargos consideran como Infracción N°2 que "(...) el canal de aducción no contaba un el [sic] tramo abovedado que permitiera el atraveso de animales hacia el cajón del río El Melado..." (Considerando 23).
65. En este punto yerra inexplicablemente esta SMA al ignorar la existencia de las obras ejecutadas, ya que las fotografías y documentación presentada daban cuenta de la ejecución total de la medida de mitigación, consistente en la instalación de un cierre perimetral del canal de aducción, en la zona donde llegaban los animales de las veranadas, además de la construcción de un abovedamiento sobre éste para permitir el paso de los animales al cajón del río Melado, obras que cumplen a cabalidad con el objetivo que se buscó lograr en la evaluación ambiental del Proyecto consistente en permitir el adecuado desarrollo de las actividades de veranadas de ganado en la zona del canal de aducción.
66. Hacemos presente que las obras ejecutadas para cumplir con la media contemplada en el numeral 7.5.3 de la RCA del Proyecto cumplen plenamente con el propósito para el cual fueron propuestas por el Titular y aceptadas por la Comisión de Evaluación Ambiental, consistente en permitir el adecuado desarrollo de las actividades de veranadas de ganado en la zona del canal de aducción, con la única particularidad que, en forma adicional a la instalación del cierre perimetral y la construcción de un tramo abovedado, se construyó y mantuvo un "puente" con barandas metálicas de alrededor de 4 metros de ancho, el que ha sido aprovechado durante los últimos 8 años por los arrieros de la zona

²⁸ CANO, Tomás, "Non bis in ídem...", Ob Cit., p. 240.

- para atravesar el canal de aducción con el ganado.
67. Por su parte, debemos recordar que no existe en todo el expediente de evaluación ambiental del Proyecto ninguna especificación técnica acerca de las características que debería tener el abovedamiento del canal para permitir el paso del ganado, sino que únicamente se consideró necesario que las obras de mitigación que se ejecutaran debían cumplir con el objetivo propuesto, esto es, permitir el paso de los animales de veranada por sobre el canal de aducción del Proyecto, objetivo que se cumple a cabalidad con las obras actualmente existentes.
 68. En efecto, no se contempla para esta obra una materialidad específica, como sí existen para la instalación del cerco perimetral²⁹, sino que únicamente se especifica la longitud del tramo del canal de aducción que deberá abovedarse (20 metros), su ubicación aproximada aproximadamente, y su objetivo (atraveso de animales hacia el cajón del río Melado).
 69. Sumado a lo anterior, hacemos presente que el sector de abovedamiento en la Quebrada Blanca cumple con 2 objetivos, a saber: por un lado, el paso del flujo de agua proveniente de la propia quebrada en temporada invernal, y por otro el paso de las veranadas. De hecho, de la totalidad de la obra, que cuenta con 70 metros encajonados, solo 12 m corresponden al sector de encauzamiento, y el resto de la obra ha sido considerado para permitir el paso de los animales, conforme el objetivo buscado en la evaluación ambiental del Proyecto.

B.2. Prescripción de la supuesta infracción

70. En caso que esta autoridad considere que, a pesar de la total ejecución de las obras contempladas en la medida de mitigación, igualmente se configuraría una infracción a las condiciones contempladas en la RCA en razón de haberse ejecutado esta medida con posterioridad a la puesta en marcha del Proyecto, hacemos presente que, tal como consta en los documentos que se acompañaron al requerimiento de información efectuado en marzo de 2020, y el documento denominado "**ABOVEDAMIENTO CANAL DE ADUCCIÓN COMO ZONA DE ATRAVIESO DE ANIMALES HACIA CAJÓN RÍO MELADO. OBRAS EJECUTADAS**", que se acompaña a esta presentación, las obras de abovedamiento de la Quebrada Blanca, por un total de 70 metros, se encontraban totalmente ejecutadas al 22 de febrero de 2014 cumpliendo con 2 objetivos, a saber: por un lado, el paso del flujo de agua proveniente de la propia quebrada en temporada invernal, y por otro el paso de las veranadas.

²⁹ El punto 7.5.3 de la RCA señala, en relación con el cerco perimetral que éste deberá consistir en una "(...) Malla Cuadrada 5014 de 1,5 metros de altura y 2 hebras de alambre de púas en la parte superior, esta medida se adopta como una obra de resguardo al paso de veranadas que bajan desde portezuelo y continúan por lecho del río Melado hacia sector Currillínque. El espaciado de los polines será de 2,5 metros, se utilizarán cabezales en la sección inmediata de cruce de los animales (sector acceso a la ribera del río) aumentando la resistencia del cerco en las áreas de mayor exposición...".

71. Del mismo modo, el informe recién referido, además del acta asociada a la fiscalización de la SMA de marzo de 2015, dan cuenta de la construcción del puente construido para garantizar el paso seguro de los animales de las veranadas sobre el canal de aducción, y las fotos satelitales y antecedentes que se acompañan, demuestran la total ejecución del abovedamiento de 20 metros de longitud ejecutado a un costado del referido puente, al 17 de agosto de 2017.
72. Considerando la ejecución total de la medida de mitigación antes del 17 de agosto de 2017, la posible infracción consistente en la demora en la implementación de ésta sólo podría haber sido objeto de un procedimiento sancionador en la medida que dicho proceso se hubiera iniciado adecuadamente antes del 17 de agosto de 2020, ya que, conforme dispone el art.37 LOSMA, las infracciones previstas en ella "(...) 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...".
73. En razón de lo anterior, y considerando que la medida de mitigación asociada a garantizar el paso de los animales de veranadas por el canal de aducción se encuentra totalmente ejecutada, y que dichas obras fueron totalmente implementadas con más de 3 años de antelación a la Formulación de Cargos, en caso de haber existido en algún momento alguna infracción, dicha infracción se encontraría prescrita, no pudiendo ser sancionada de ninguna forma.

C. Conclusiones

74. La conclusión de lo expuesto en los apartados precedentes es que existe un doble error por parte de la SMA: (i) de subsunción de los hechos en la infracción (35 letra a) LOSMA), o, cuando menos, (ii) en la clasificación de la misma (art.36.2. letra e) LOSMA).
75. En el primer caso, por cuanto la SMA entendería, de forma errónea según se expuso, que una eventual infracción del plazo contemplado en la RE 14/2016 puede configurar una infracción a la RCA, y, por ende, ser subsumible en el art.35 letra a) LOSMA, pese a que, como se indicó, tal infracción no sería tal. Y en el segundo caso, por cuanto indefectiblemente, el error primigenio de subsunción acarrea un error en el posterior ejercicio de clasificación, ya que si no hay infracción del art.35 letra a) LOSMA difícilmente puede haber una calificación de infracción grave de acuerdo con el art.36.2 letra e) LOSMA, que tiene como presupuesto, precisamente, la infracción de la RCA.
76. Incluso de no acogerse el descargo precedente relativo al plazo cuya infracción se imputa, la SMA igualmente habría incurrido en un error dada la prescripción de la infracción imputada, la cual —como es sabido— constituye una causal de extinción de responsabilidad, por aplicación de lo dispuesto en el art.37 LOSMA; o por aplicación del princi-

pio sustantivo *non bis in ídem*, en cuya virtud no es válido ejercer la potestad sancionatoria dos veces en base a un mismo hecho.

77. Pero aún cuando la SMA llegara a estimar que la subsunción infraccional original es correcta, es decir, que hay una infracción a la RCA, creemos que ella no puede catalogarse como un incumplimiento grave de medidas que impidan o minimicen los efectos adversos del Proyecto según reza el art.36.2 letra e) LOSMA, por cuanto, como se explicó, las medidas de enriquecimiento no pueden calificarse como medidas que posean tales finalidades, sino que, por el contrario, buscan generar un efecto positivo (no disminuir o eliminar uno negativo).
78. En fin, tratándose del abovedamiento, como se expuso, la medida se encuentra actualmente cumplida y cualquier posibilidad de sancionar alguna pasada infracción, prescrita.

III. CIRCUNSTANCIAS A CONSIDERAR EN LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

1. En conformidad con lo dispuesto en el art.40 LOSMA, solicitamos a la SMA pueda considerar las siguientes circunstancias en la determinación de una eventual sanción:

A. Circunstancias no aplicables

2. Estimamos que las circunstancias del art.40, letras a), b), c), g) y h) no concurren en el presente caso, por lo que deben considerarse para atenuar una eventual sanción. En efecto:

- (i) El hecho infraccional imputado por la SMA no considera la existencia de un daño o un peligro;
- (ii) No se ha constatado la existencia de personas cuya salud se haya visto afectada por la infracción imputada;
- (iii) No se ha obtenido beneficio económico alguno con ocasión de la infracción imputada: de hecho, como se verá infra, el Titular (por medio de su matriz, Besalco Energías Renovables S.A.) igualmente ha incurrido en costos a fin de reservar o adquirir ejemplares de Naranjillos, así como para preparar el terreno en el cual los ejemplares se situarán;
- (iv) No existe programa de cumplimiento incumplido;
- (v) No existe detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado.

B. Intencionalidad en la comisión

3. Como se acreditará en la fase probatoria del presente procedimiento sancionatorio, desde el principio del desarrollo del Proyecto, se han efectuado diversas actividades en aras del correcto cumplimiento de los compromisos ambientales adquiridos, como son, por ejemplo, los trabajos de rescate de germoplasma y de plántulas desde las áreas del Proyecto para la posterior propagación y enriquecimiento. Estas primeras actividades fueron realizadas durante el año 2013.

4. Desde los inicios del Proyecto se ha tenido información de lo complejo de la propagación y cultivo del Naranjillo, por lo que fue necesario recurrir a distintos proveedores (viveros especializados) con la finalidad de obtener el material que permita cumplir con los compromisos, efectuándose las siguientes gestiones:

- (i) Adquisición de 900 plantas al vivero del **Instituto Forestal de San Pedro** de la Paz, durante el año 2014, las cuales han sido utilizadas en plantaciones y enriquecimiento desde el año 2016, así como con fines de reposición.
- (ii) **Cotización 10-2016 a Vivero La Huella de Valdivia**, de 23 de febrero de 2016, por 2500 plantas, con fecha de entrega a partir de 2017 —la que no se pudo cumplir,

dada la falta de las condiciones necesarias para el desarrollo de las plantas—; con una meta inicial de producción final de 4500 individuos con material propio y también vegetativo aportado por el titular, la cual finalmente no pudo ser cumplida por el vivero, por razones técnicas. Así, de dicho proveedor sólo fue posible obtener una totalidad de 2070 ejemplares, los cuales fueron retirados de la siguiente manera, según dan cuenta las correspondientes **Guías de Despacho de los años 2018 y 2020**: (i) 1050 ejemplares en abril de 2018, y (ii) 1020 ejemplares en julio del año 2020. Dichos ejemplares han sido utilizados en reposición y reforestación de proyectos propios, manteniéndose actualmente en stock del orden de 1500 ejemplares, los que serán plantados este año 2021, en fecha idónea, es decir a partir de mayo.

5. Durante todo el tiempo transcurrido y en virtud de los lentos resultados de producción, se continuó con la búsqueda de potenciales proveedores de plantas para la especie en particular, llegando a contactos iniciales a principios del año 2019 con el Vivero Tripán de la comuna de Sagrada Familia, quienes se dedican a la producción de plantas nativas y gestión de forestación para proyectos de infraestructura. Si bien en dicha fecha contaban con algo de disponibilidad, **según da cuenta el e-mail de abril de 2019**, lamentablemente las referidas especies estaban asociadas al desarrollo de proyectos propios por lo que no se pudo gestionar una reserva.
6. El contacto con dicho vivero se mantuvo, de manera tal de ver la opción de realizar la producción de plantas, la que se logra gestionar para la época de siembra 2020 (**según consta en reporte de estatus de producción de 27.01.2021**), por lo que la disponibilidad de plantas es a partir de la temporada siguiente, es decir, el año 2021, lográndose en el mes de octubre de 2020, una reserva de 4.000 plantas, cuya adquisición se materializó por medio de la **OC de 28.01.2021**.
7. Independientemente de la gestión de compra de plantas mencionada anteriormente, se han realizado otras acciones complementarias tendientes al cumplimiento de la medida de enriquecimiento. Así, en el mes de octubre del año 2015 se **contrató actividades de cierre del sitio de enriquecimiento con la finalidad de ejecutar las actividades de plantación**, las que se realizaron durante el año 2016 en conjunto con las actividades de reforestaciones propias del proyecto.
8. Es importante mencionar que los resultados en términos de cantidades no son los comprometidos, debido a que, como se ha mencionado anteriormente, no ha sido posible contar con la totalidad de plantas requeridas para dichos efectos, sumado también la dinámica propia de la mantención, su desarrollo inicial y establecimiento, sin dejar de mencionar nuevamente también lo lento de su producción, como característica propia de la especie. Para ello, **durante el término probatorio acompañaremos un informe técnico que se encuentra en elaboración dando cuenta de tales aspectos**. Dicho informe ha

sido encargado al señor Rómulo Santelices Moya, quien es Ingeniero Forestal de la Universidad de Talca, Magíster en Ciencias Forestales por la Universidad de Chile y Doctor en Ciencia Forestal e Ingeniería de Recursos Naturales, por la Universidad de Córdoba, España. El señor Santelices es académico de la Universidad Católica del Maule y Director del Centro del Secano de la Universidad Católica del Maule.

9. Durante la fiscalización realizada el año 2018 por la SMA se solicitó a la empresa indicar la fecha y condiciones para el cumplimiento de la totalidad del compromiso de enriquecimiento. En dicha instancia y considerando las dificultades expuestas relacionadas con lo complejo de la producción de plantas, en mayo del año 2019 se informó a la SMA que las aludidas actividades serían realizadas durante el año 2021, dando así cumplimiento a lo requerido.

C. Capacidad económica

10. Como se acreditará en el marco del termino probatorio, Portezuelo es una sociedad que posee una muy reducida capacidad económica, según se desprende de los **estados de resultados integrales** de la Empresa Eléctrica Portezuelo, que se adjuntan a esta presentación, en el cual se muestra que el resultado de los años 2018 y 2019 en conjunto es equivalente a una pérdida de USD 689.190, llegando a un resultado acumulado de la empresa de USD -3.039.216 para el año 2019. Esto debido principalmente a la baja del precio estimado de la Energía en los últimos 5 años. (Precio prom. de Estudio sobre 100 USD/MWh, precio prom. real últimos años aprox. 40 USD/MWh).

POR TANTO, en mérito de lo expuesto previamente y sobre la base de las normas legales aplicables,

A ESTA SUPERINTENDENCIA RESPETUOSAMENTE PEDIMOS: Tener por opuestos descargos en contra de las imputaciones formuladas mediante la RES. EX. N° 1 / ROL D-123-2020, de 4 de septiembre de 2020; y, en mérito de éstos, ordenar que se absuelva a la Empresa de los cargos imputados o, en subsidio de lo anterior, se recalifique como leve la infracción identificada como Cargo 1, y se le absuelva del Cargo 2; aplicándose de ser el caso la sanción de grado mínimo establecida, esto es, amonestación escrita, o la que en derecho proceda.

PRIMER OTROSÍ: En mérito de lo dispuesto en el art.50 LOSMA, solicito al señor Superintendente abrir un término probatorio de 30 días para acreditar todos los supuestos de hecho en que se fundan estos descargos, así como para presentar la prueba pertinente que demuestre la improcedencia de los hechos imputados.

Desde ya solicitamos las siguientes medidas y diligencias probatorias:

- Declaración del experto Sr. Rómulo Santelices Moya, quien es Ingeniero Forestal de la Universidad de Talca, Magíster en Ciencias Forestales por la Universidad de Chile y Doctor en Ciencia Forestal e Ingeniería de Recursos Naturales, por la Universidad de Córdoba, España. El señor Santelices es académico de la Universidad Católica del Maule y Director del Centro del Secano de la Universidad Católica del Maule. Su declaración debería versar sobre lo señalado en el punto III.B.8 de estos descargos.

SEGUNDO OTROSÍ: Solicito a Ud. tener por acompañados mediante su inserción con vínculo directo a una carpeta de la plataforma [Google Drive](#), los siguientes documentos:

- 1) [Resolución Exenta 4/2013 de la Conaf, que aprueba plan de manejo de preservación.](#)
- 2) [Sentencia Rol N°37.191, del Juzgado de Policía Local de Colbún.](#)
- 3) [Resolución Exenta N°14/2016, de la Conaf, que aprueba plan de manejo de corrección.](#)
- 4) [Informe denominado "Abovedamiento canal de aducción como zona de atraveso de animales hacia cajón Río Melado", de enero 2021.](#)
- 5) [Orden de Compra a Instituto Forestal, de 29.07.2014.](#)
- 6) [Cotización N°10-2016, del Vivero La Huella.](#)
- 7) [Guía de Despacho de 18.04.2018, de Vivero La Huella.](#)
- 8) [Guía de Despacho de 15.07.2020, de Vivero La Huella.](#)
- 9) [Mails con contactos con Vivero Tripán.](#)
- 10) [Reporte de estatus de producción de 27.01.2021.](#)
- 11) [Orden de Compra a Vivero Tripán, de 28.01.2021.](#)
- 12) [Contrato N°110-2015, de construcción de cercos perimetrales.](#)
- 13) [Estados de Resultado Integral 2018-2019 Portezuelo.](#)
- 14) Inscripción de Fojas 26.023, N° 16.352, del año 2014, designación de poderes de Empresa Eléctrica Portezuelo SpA.

TERCER OTROSÍ: Solicito a Ud. tener presente que nuestra personería para representar a **Eléctrica Portezuelo SpA** consta en Inscripción de Fojas 26.023, N° 16.352, del año 2014, designación de poderes de Empresa Eléctrica Portezuelo SpA.

70E

