

MCPB

DICTAMEN DEL EXPEDIENTE DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO ROL D-022-2013.

I. MARCO NORMATIVO APLICABLE

1. Este Instructor ha tenido como marco normativo aplicable la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "LOSMA"); la Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente; el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, Decreto Supremo N°40, de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente y, La ley N°19.880, Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los órganos de la Administración del Estado.

II. ANTECEDENTES GENERALES DE LA INSTRUCCIÓN

2. Mediante Memorándum U.I.P.S. N° 290, de 16 de octubre de 2013, se procedió a designar a don Gonzalo Álvarez Seura como Fiscal Instructor Titular del presente procedimiento administrativo sancionatorio y a don Sebastián Elgueta Alarcón como Fiscal Instructor Suplente.

3. Memorándum N° 645, de 26 de septiembre de 2013, de la División de Fiscalización de esta Superintendencia, que remite a U.I.P.S el Informe de Fiscalización Ambiental denominado "Complejo Termoeléctrico Santa María, DFZ-2013-1084-VIII-RCA-IA" ("Informe de Fiscalización").

4. Instrucción del procedimiento sancionatorio en contra de COLBUN S.A., a través de ORD. U.I.P.S N° 853 de fecha 29 de octubre de 2013.

5. Carta GMA N° 122/2013, de COLBUN S.A., de fecha 08 de noviembre de 2013, mediante la cual cumple con el requerimiento de información solicitado en la ORD. U.I.P.S N° 853 de formulación de cargos, por el cual se requirió la entrega de los informes de la auditoría ambiental independiente, asociados al inicio de operaciones de la primera etapa de la central, según lo descrito en el punto 7.2 de la RCA N° 176/2007.

6. Mediante escrito de fecha de 28 de noviembre de 2013, el titular en lo principal, formuló descargos, en el primer otrosí, solicitó término probatorio, en el segundo otrosí, acompañó antecedentes y, en tercer otrosí acreditó personería.

7. Mediante ORD. U.I.P.S N° 1050, de fecha 10 de diciembre de 2013, este Instructor se pronunció sobre el escrito de descargos y solicitudes de COLBUN S.A., en este sentido respecto a lo principal, se tuvieron por presentados, al primer otrosí, no a lugar, por no ser pertinentes ni conducentes, al segundo otrosí se tuvieron por acompañados los antecedentes con excepción del indicado en la letra a) del numeral 3, por encontrarse mal individualizado, y al tercer otrosí, se tuvo presente la personería de don Daniel Gordon Adam, para representar al titular.

8. Mediante escrito de fecha 13 de diciembre de 2013 el titular en lo principal acompaña documento, en el primer otrosí, reitera solicitud de termino probatorio, en el segundo otrosí, solicita incorporar documento al expediente, en el tercer otrosí solicita subir documentos a SNIFA.

9. Mediante ORD. U.I.P.S. N° 1085, de fecha 18 de diciembre de 2013, esta Superintendencia se pronunció sobre el escrito del titular de fecha 13 de diciembre de 2013. En este sentido respecto a lo principal, se tuvo presente el documento consistente en Memorándum N° MP-2013 de fecha 31 de enero de 2013 de la empresa Mejores Prácticas, en el otrosí, estese a lo resuelto en el ORD. U.I.P.S N° 1050, en el segundo otrosí, ha lugar, en tercer otrosí no ha lugar por innecesario.

10. A través del ORD. U.I.P.S N° 60 de fecha 16 de enero de 2014, esta Superintendencia ordenó la Inspección personal del Fiscal Instructor a las instalaciones del proyecto "Central Termoeléctrica Santa María", específicamente, a las obras relativas a la modificación del sistema de captación de agua de la Unidad 1, para el día 27 de enero de 2014 a las 10:30 hrs.

11. Escrito de COLBUN S.A., de fecha 23 de enero de 2014, en el cual acompaña; (i) declaración jurada de don Pablo Barañao Díaz; (ii) correo electrónico de don Pablo Barañao Díaz de fecha 31 de enero de 2013.

12. Escrito de COLBUN S.A., de fecha 23 de enero de 2014, en el cual acompaña; (i) declaración de don Luis Ricardo Furet Cárcamo; (ii) Correos electrónicos enviados entre personal de COLBUN S.A., e investigadores del Instituto de Investigación Pesquera.

13. Escrito de COLBUN S.A., de fecha 23 de enero de 2014, en el cual acompaña; (i) Informe "*registro fotográfico de instalación de filtros de captación de agua de mar, del sistema de enfriamiento de la unidad 1 del CTSM*"; (ii) Acta de inspección de Sernapesca de la Región del Biobío (en adelante "SERNAPESCA Biobío"), a la Unidad 1 del Complejo Santa María de Coronel, de fecha 17 de diciembre de 2013; (iii) Láminas de presentación de Power Point realizada por COLBUN S.A., a SERNAPESCA Biobío, en su inspección de fecha 17 de diciembre de 2013; (iv) Informe semanal N° 6 y N° 7 de la empresa Propuerto Ltda.

14. Escrito de COLBUN S.A., de fecha 24 de enero de 2014, en el cual acompaña, (i) declaración jurada de don Eduardo Hernán Hernández

Miranda; (ii) correo electrónico enviado por don Eduardo Hernán Hernández Miranda de fecha 19 de abril de 2013.

15. Escrito de COLBUN S.A., de fecha 24 de enero de 2014, cumple con requerimiento de información solicitado en la inspección personal realizada el 27 de enero de 2014.

16. Con fecha 27 de enero de 2014, se llevó a cabo la inspección personal del Fiscal Instructor, en las instalaciones del proyecto “Central Termoeléctrica Santa María”, levantándose el acta respectiva.

17. Escrito de COLBUN S.A., de fecha 31 de enero de 2014, donde se acompaña, (i) Anexo 1 se adjunta certificado emitido por el Gerente de la División de Administración y finanzas de COLBUN S.A., detallando los costos totales en el proyecto de mejoramiento tecnológico del sistema de captación de aguas de enfriamiento de la central; (ii) Anexo 2 se adjunta anexo el registro de material retenido en el canastillo *in take* desde octubre de 2013 a fines de enero de 2014, del plan de monitoreo ambiental que lleva la Facultad de Ciencias Naturales y Oceanográficas de la Universidad de Concepción; (iii) Anexo 3 se adjunta DVD que contiene la presentación efectuada a la SMA en la visita del 27 de enero de 2014.

18. Escrito de COLBUN S.A, de fecha 04 de junio de 2014, acompaña plan de monitoreo de ingreso de biomasa marina al sistema de enfriamiento Complejo Santa María de Coronel, elaborado conjuntamente por la Facultad de Ciencias Naturales y Oceanográficas y por el Departamento de Oceanografía, ambos de la Universidad de Concepción.

III. IDENTIFICACIÓN DEL INFRACTOR

19. El presente procedimiento administrativo sancionador se inició en contra de **COLBUN S.A.**, Rol Único Tributario N° 96.505.760-9, en su calidad de titular del proyecto “Central Termoeléctrica Santa María”, calificado ambientalmente favorable mediante Resolución Exenta N° 176, de 12 de julio de 2007, en adelante RCA N°176/2007, de la Comisión Regional del Medio Ambiente del Biobío, domiciliado en Av. Apoquindo 4775, piso 11, comuna de Las Condes, Región Metropolitana, y representado según se acreditó en su oportunidad, por don Ignacio Alfredo Cruz Zabala y don Daniel Gordon Adam, ambos con el mismo domicilio anterior.

IV. DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO

20. El proyecto “Central Termoeléctrica Santa María”, de COLBUN S.A., se localiza en sector fundo El Manco, en la comuna de Coronel, Provincia de Concepción, Región del Biobío.

21. El proyecto consiste en la operación de un complejo de generación térmica a carbón con una potencia de 700 MW, construido en dos etapas, asociadas a las Unidades 1 y 2, cada una de 350 MW de potencia generada. Este proyecto

contempla también la operación de los sistemas de acumulación y manejo de carbón, calderas de poder, sistema de succión de aguas para enfriamiento de condensadores de cada turbina de vapor (cada unidad utiliza 45.000 m³/h de agua de mar), sistema de tratamiento de aguas de proceso, ducto de descarga de aguas de enfriamiento, sistema de manejo de cenizas, precipitadores electroestáticos, desulfurizadores de emisiones atmosféricas e instalaciones de apoyo, todas localizadas en terrenos de la empresa. La Unidad 1 se encuentra en fase de ejecución desde el 12 de agosto de 2012, mientras que la Unidad 2 se encuentra aún en fase de diseño de ingeniería.

22. De acuerdo al capítulo 4.2 de la RCA N°176/2007, dentro de los principales impactos ambientales asociados a la etapa de operación del complejo termoeléctrico se encuentran los siguientes: (i) Emisiones Atmosféricas; (ii) Residuos Sólidos; (iii) Generación de Residuos Líquidos y Sólidos; (iv) Alteración en la Calidad del Agua e Impactos sobre la Fauna Marina, entre otros.

23. Con respecto a la alteración de la calidad del agua e impactos sobre la fauna marina, la sección 4.2.4 de la RCA N° 176/2007, indica que los principales impactos previstos durante la etapa de operación corresponden exclusivamente a: (i) Deterioro de calidad de hábitat, asociado a la descarga de aguas de refrigeración con un delta de temperatura distinto del cuerpo de agua receptor; y (ii) Shock térmico e impacto mecánico, asociado al paso de organismos a través del agua de refrigeración que ingresa al condensador.

24. La RCA N° 176/2007, en su considerando 7.1.1, establece que el Plan de Seguimiento Ambiental del proyecto tiene por objeto comprobar la cuantía de ciertos impactos de difícil predicción, detectar alteraciones no previstas en el Estudio de Impacto Ambiental y evaluar hasta qué punto las predicciones efectuadas en el Estudio de Impacto Ambiental fueron correctas. En particular, con el objetivo de actualizar la información existente y propender hacia la preservación de las actuales y futuras condiciones del ecosistema marino en el sector, la RCA N° 176/2007, estableció un Programa de Vigilancia Ambiental, para la fase de operación del proyecto, enfocado en el monitoreo del efluente líquido y calidad del agua, específicamente, con relación a las siguientes variables: temperatura, transparencia, oxígeno disuelto, salinidad, granulometría, macrofauna submareal de fondos blandos y macrofauna intermareal. Adicionalmente, se estableció la realización de bioensayos para determinar la toxicidad del efluente y un programa de autocontrol vinculado al cumplimiento de la Tabla N° 4 del D.S. N° 90/2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que establece norma de emisión para la regulación de contaminantes asociados a las descargas de residuos líquidos a aguas marinas y continentales superficiales.

25. De manera adicional al Plan de Seguimiento Ambiental del proyecto, indicado en el punto anterior, la RCA N° 176/2007, en el considerando 7.2, estableció, a solicitud de la autoridad ambiental, la realización de una auditoría ambiental independiente, con el objetivo de verificar el cumplimiento de cada una de las disposiciones contenidas en la Resolución de Calificación Ambiental. En este sentido, se indica que la primera auditoría debía encontrarse realizada a los seis meses de haber entrado en operación la primera etapa de la Central, la segunda a los doce meses de haber entrado en operación la primera etapa de la misma y, que el auditor debe entregar los informes asociados durante el siguiente mes

de haber realizado la auditoría. En particular, se estableció que en caso de detectar contingencias no previstas, el auditor deberá recomendar acciones para mitigar los impactos no previstos.

26. La RCA N° 176/2007, en su considerando 7.11, dispone que el titular del proyecto deberá implementar las medidas de mitigación y compensación comprometidas durante el proceso de evaluación, tanto para la etapa de construcción como de operación del proyecto, sin perjuicio de aquellas que deban implementarse frente a eventuales efectos ambientales no previstos.

V. RELACIÓN DE LOS HECHOS

27. Con fecha 27 marzo del 2013, se llevó a cabo una fiscalización ambiental al proyecto "Central Termoeléctrica Santa María", efectuada por funcionarios de SERNAPESCA Biobío, por encomendación de esta Superintendencia, en el contexto de los eventos de varazón de langostino colorado (*Pleuroncodes monodon*), ocurridos, en la Bahía de Coronel, en la región del Biobío, en los meses de febrero y marzo de 2013.

28. Mediante Oficio ORD. VIII 9531E, de 03 de abril de 2013, SERNAPESCA Biobío, informó a esta Superintendencia sobre los resultados de la fiscalización realizada en el contexto señalado en el párrafo anterior.

29. Del precitado oficio se desprende que la varazón masiva de organismos marinos se debió a un fenómeno natural conocido como surgencia, asociado a la presencia de aguas subsuperficiales con bajo contenido de oxígeno disuelto. Asimismo, señala el informe que la alta disponibilidad de recursos hidrobiológicos, debida al fenómeno de surgencia, puso en evidencia la falencia tecnológica de la bocatoma de la Central Termoeléctrica Santa María, con el consecuente ingreso de organismos a los sistemas de captación de aguas y alta retención de ejemplares en sus filtros, lo cual, fue corroborado al momento de la fiscalización. En particular, la empresa informó, en el marco de dicha fiscalización, no contar con barreras para evitar ingreso de biota en la bocatoma de agua de mar. A mayor abundamiento, consultado el titular, en el marco de la misma fiscalización, en relación al manejo dado a los recursos hidrobiológicos acumulados por el sistema de succión, éste señaló, que para COLBUN S.A., todos los organismos que quedan retenidos en el sistema de filtro son considerados residuos sólidos, y por lo tanto, son enviados a un relleno sanitario.

30. Durante la inspección ambiental SERNAPESCA Biobío, requirió al titular el volumen de biomasa retenidas en el canastillo. De la información entregada por el titular, se desprende que una cantidad aproximada de 29 toneladas de biomasa fue succionada y retenida por el sistema de captación de agua de mar del proyecto, en el periodo estival del 2013.

31. Con fecha 04 de abril de 2013 esta Superintendencia recibió una denuncia del Sr. Alejandro Navarro Brain, honorable Senador de la República, en la cual se solicitó instruir proceso de sanción a COLBUN S.A., debido a la succión de recursos hidrobiológicos al interior del sistema de captación de agua de mar utilizada para el

enfriamiento de equipos de la Central Termoeléctrica Santa María, así como también producto del transporte y almacenamiento presuntamente ilegal de los recursos señalados.

32. Mediante Ordinario N° 657, de 09 de septiembre de 2013, el Servicio de Evaluación Ambiental de la Región del Biobío, remitió a esta Superintendencia la Resolución Exenta N° 221, de 06 de septiembre de 2013, la cual en su Visto N° 4, informa que el titular del proyecto ingresó *“consulta por la pertinencia de ingreso al SEIA relativa a la propuesta de instalación de una batería de filtros de malla metálica adosados al cabezal de succión de agua de mar del proyecto Central Termoeléctrica Santa María”*, calificado ambientalmente mediante la RCA N° 176/2007. En el referido acto se resuelve, respecto a la consulta de pertinencia, que la modificación propuesta al proyecto, según la característica de la misma, no corresponde a un cambio de consideración desde el punto de vista ambiental que, previo a su implementación requiera ser ingresada al SEIA. Adicionalmente, dispuso que el titular del proyecto deberá presentar un plan de seguimiento ambiental específico que permita monitorear la efectividad de la modificación propuesta o determinar si se requerirán nuevas modificaciones que deban ser incorporadas en el proceso.

33. Una vez revisados los antecedentes remitidos por SERNAPESCA Biobío, a esta Superintendencia, la actividad de fiscalización concluyó con la emisión del Informe de Fiscalización Ambiental denominado *“Complejo Termoeléctrico Santa María, DFZ-2013-1084-VIII-RCA-IA”*, el cual fue remitido a U.I.P.S., a través del Memorandum N° 645, de 26 de septiembre de 2013, de la División de Fiscalización de esta Superintendencia.

VI. CARGOS FORMULADOS

34. Mediante el ORD. U.I.P.S N° 853 de fecha 29 de octubre de 2013, se formuló cargos al titular por incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en el considerando 7.11 de la RCA N° 176/2007, el cual contiene la exigencia de implementación de medidas de mitigación y compensación comprometidas durante el proceso de evaluación, tanto para la etapa de construcción como de operación del proyecto, sin perjuicio de aquellas que deban implementarse frente a eventuales efectos ambientales no previstos, toda vez, que el titular no ha asumido las acciones necesarias para mitigar los efectos no previstos asociados a la succión masiva de recursos hidrobiológicos al interior del sistema de captación de agua de mar.

VII. EXAMEN DE LOS DESCARGOS DEL INFRACTOR RESPECTO DE LOS CARGOS FORMULADOS

(i) En relación a las objeciones de tipicidad.

35. En relación al cargo formulado, el titular señala que este no se adecúa a los estándares del principio de tipicidad, por lo que se debe desestimar. En este sentido, indica que en la LO-SMA, el principio de tipicidad se encuentra recogido en el artículo 49, por cuanto, el legislador haría extensiva la exigencia de la tipicidad no solo a las normas que establecen la infracción, sino que también a los cargos que se formulen.

36. En primer lugar y a modo de síntesis es necesario desarrollar brevemente la aplicación y traslación de los principios generales en materia penal al derecho administrativo sancionador en nuestro ordenamiento jurídico, para explicar de mejor manera cómo se cumple con dicho principio en el procedimiento administrativo sancionador de la Superintendencia del Medio Ambiente.

37. Bajo esta perspectiva, tanto la doctrina nacional y extranjera, como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la Excelentísima Corte Suprema y de la Contraloría General de la República, han confirmado la aplicación de los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador, aunque matizados, al ser este una manifestación del *ius puniendi* del Estado. En este sentido nuestro Tribunal Constitucional ha sostenido que *“los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado”*¹, y ha venido sosteniendo de manera regular, la idea de que las sanciones administrativas y las penales *“pertenecen a una misma actividad sancionadora del Estado –el llamado ius puniendi– y están, con matices, sujetas al estatuto constitucional establecido en el numeral 3° del artículo 19”*². En el mismo modo, la Corte Suprema a sostenido recientemente *“Que la potestad sancionadora de la Administración admite un origen común con el derecho penal en el ius puniendi del Estado, por lo que le resultan aplicables los mismos principios, límites y garantías que en la Carta Fundamental se prescriben para el derecho punitivo, aunque ese traspaso haya de producirse con ciertos matices en consideración a la particular naturaleza de las contravenciones administrativas.”*³. Por su parte la Contraloría General de la República, ha dictaminado también que los principios del derecho penal son aplicables en el ámbito sancionador administrativo. Así, ha expresado que *“la potestad disciplinaria es una manifestación de la potestad sancionatoria del Estado, la que, a su vez, es junto a la potestad punitiva penal, una de las manifestaciones del ius puniendi general del Estado, razón por la cual ha entendido también que los principios del Derecho Penal son aplicables al derecho sancionador disciplinario”*.⁴

38. En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional ha señalado que entre aquellos principios que resultan especialmente aplicables al derecho administrativo sancionador están: *“Los principios de legalidad y de tipicidad, los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta”*.⁵ Por su parte, la Corte Suprema al respecto ha señalado: *“Que como expresión de la actividad administrativa estatal la potestad sancionatoria debe primordialmente sujetarse al principio de legalidad, que obliga a todos los órganos del Estado a actuar con arreglo a la Constitución y a las normas dictadas*

¹ Sentencia TC Rol N° 244, de 26 de agosto de 1996.

² Sentencia TC Rol N° 480, de 27 de junio de 2006. En el mismo sentido la Sentencia TC Rol N° 1518, de 21 de octubre de 2010.

³ Sentencia CS Rol N° 2509-2011, de 23 de mayo de 2013.

⁴ Dictamen CGR N° 14.751, de 22 de marzo de 2005.

⁵ Sentencia TC Rol N° 244, de 26 de agosto de 1996.

conforme a ellas. En el campo particular del derecho sancionatorio el principio de legalidad requiere que tanto las conductas reprochables como las sanciones con que se las castiga estén previamente determinadas en la ley. Este criterio rector encuentra su expresión más específica en otro principio que le sirve de complemento: el de la tipicidad, de acuerdo con el cual no resulta suficiente que la infracción se halle establecida en la ley, sino que a ello debe agregarse la exigencia de que ésta describa expresamente la conducta que la configura, con lo que se resguarda la garantía de la seguridad jurídica, desde que la descripción del comportamiento indebido pone anticipadamente en conocimiento del destinatario cuál es el deber a que tiene que ceñirse en su actuar.”⁶

39. La LO-SMA, en este sentido, aplica a cabalidad los principios inspiradores del Derecho Penal en el ejercicio de la potestad sancionadora que la ley otorga a la Superintendencia. Manifestación de lo anterior, es el satisfactorio cumplimiento de los principios de legalidad y tipicidad por parte de los tipos infraccionales y las sanciones aplicadas a ellos, consagrados en los artículos 35 y 38 respectivamente.

40. En consecuencia, el principio de legalidad o reserva legal, se entiende cumplido toda vez que es el legislador, el que por medio de una norma de rango legal, estableció la potestad sancionadora de la Superintendencia, le estableció el ámbito de competencia (los instrumentos de gestión ambiental establecidos en el artículo 2° de la LO-SMA), los ilícitos infraccionales que puede sancionar (artículo 35), la clasificación de cada infracción (artículo 36), las sanciones que puede imponer (artículo 38), la sanción que corresponde aplicar a cada infracción (artículo 39), y las circunstancias que se deben tener en consideración para la determinación de la sanción (artículo 40).

41. Por su parte, el principio de tipicidad, se entiende aplicado perfectamente en la LO-SMA, si se considera que este principio se contiene al establecer la ley (LO-SMA) la precisa definición de la conducta que considera reprochable, o si se prefiere, los tipos infraccionales sobre los cuales la Superintendencia se encuentra habilitada para imponer una sanción. En efecto, el amplio listado de tipos infraccionales establecidos en el artículo 35, fija el ámbito de conductas que la ley establece que la Superintendencia debe sancionar, en caso de constatar una o más infracciones a estos.

42. Así las cosas, es importante recalcar que el legislador entregó a la Superintendencia del Medio Ambiente, de manera exclusiva y excluyente, tanto la fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental, así como la sanción del incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en ellas, de conformidad lo prescriben los artículos 2° y 35° de la LO-SMA. Ahora bien, en concordancia con los principios ya señalados, el legislador estableció un tipo infraccional amplio respecto de los incumplimientos en se incurran respecto de las normas, condiciones y medidas de una RCA.

43. Es en este tipo infraccional amplio, donde se encuentra el matiz comúnmente citado tanto por jurisprudencia como por la doctrina, a propósito de la traslación de los principios del Derecho Penal a la orbe del Derecho Administrativo

⁶ Sentencia CS Rol N° 2509-2011, de 23 de mayo de 2013.

Sancionador, por cuanto, como señala Nieto, *“resulta imposible describir todas las infracciones administrativas que se deducen del ordenamiento jurídico y ninguna garantía añade al ciudadano”*.⁷ Por esta razón, no se comparten los argumentos esgrimidos por el titular sobre este punto, toda vez, que de lo expuesto ha quedado demostrado fehacientemente, que tanto el cargo formulado, como el procedimiento sancionatorio, ha cumplido satisfactoriamente con los principios de legalidad, tipicidad y taxatividad, en razón a que se han observado efectivamente la descripción clara de los comportamientos prohibidos o preceptuados (art. 35 LO-SMA), como las sanciones a imponer (art.38 LO-SMA), salvaguardando la seguridad jurídica y las garantías de los ciudadanos.

44. A mayor abundamiento, en el ámbito del Derecho Ambiental, dado su carácter técnico y dinámico, este matiz es medular, y se traduce, principalmente, en que las obligaciones específicas a que se encuentra sujeto un regulado, y por cuya inobservancia se le puede imponer una sanción, se encuentran contenidas en una Resolución de Calificación Ambiental, es decir, en un acto administrativo y no en la ley. En efecto, el artículo 35 a) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, tipifica una infracción remitiendo la concreción de su contenido normativo a lo establecido en una RCA. Esto plantea ciertas exigencias para la formulación de las infracciones en el instrumento de menor jerarquía, pues a cambio de permitir la determinación de conductas infraccionales por una norma de rango inferior a la ley, en ella debe establecerse con precisión su contenido. En el caso específico de una RCA, además, este contenido se determina como consecuencia de un proceso complejo de evaluación ambiental, que cuenta con la activa participación del titular, por ende, para el caso de la sede sancionatoria, el contenido de los elementos normativos y descriptivos del tipo se encuentran con creces detallados y conocidos por el titular en forma previa a la ejecución de la actividad y proyecto que se trate.

45. En este mismo sentido, el Segundo Tribunal Ambiental indicó: *“Por lo demás y como se señaló en su oportunidad, por ser los incumplimientos a las condiciones, normas y medidas contenidas a la RCA, infracciones de sujeto calificado, no puede presentarse como un argumento persuasivo la falta de certeza jurídica de éste, por cuanto es él quien solicita esta autorización ambiental, participa en la evaluación de su proyecto, y tiene distintas oportunidades para requerir su aclaración o rectificación, tanto en sede administrativa como judicial, de tal manera que el titular del Proyecto tiene completa certeza de cuáles son las normas, condiciones y medidas de su RCA”*⁸.

46. Adicionalmente, el titular reclama la falta de aplicación del principio de tipicidad en el procedimiento administrativo, fundándose en la inexistencia de una obligación positiva y determinada, que le irroga una suerte de indefensión, en relación al contenido de la conducta ilícita que se reprocha, en este sentido señala expresamente que los cargos formulados hacen eco de una *“cláusula condicional indeterminada de la RCA que en rigor no establece medidas”*⁹.

⁷ NIETO, Alejandro, “Derecho Administrativo Sancionador” 4ª edición pág.,317

⁸ Sentencia Rol R-06-2013, Segundo Tribunal Ambiental.

⁹ Pág. 11 de los descargos.

47. Al respecto, se debe tener presente que la succión de especies hidrobiológicas, es un efecto y/o impacto conocido en el ámbito de las centrales termoeléctricas, existiendo en la actualidad diversos estudios científicos y soluciones tecnológicas al respecto. Así, por ejemplo, de acuerdo a los estudios desarrollados por la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos (“EPA”)¹⁰, la Comunidad Europea (“CE”)¹¹ y la Corporación Financiera Internacional (“CFI”)¹², la captación de agua de mar que realizan las centrales termoeléctricas con sistemas de refrigeración abiertos sin recirculación, puede succionar organismos acuáticos, generalmente de tamaño pequeño (larvas, huevos, etc.), hacia el interior de dicho sistema, los cuales pueden resultar muertos o heridos debido al calor, el estrés físico o por los productos químicos utilizados para limpiar el sistema, fenómeno conocido en la literatura como arrastre por succión o “*entrainment*”. En tanto, los organismos más grandes pueden ser muertos o heridos cuando son atrapados contra los filtros de malla o rejillas de las estructuras de succión, fenómeno conocido como colisión o “*impingement*”. Ambos efectos pueden impactar significativamente a individuos, poblaciones y comunidades acuáticas si no se toman medidas de mitigación adecuadas. Para evitar el arrastre y los golpes que sufren los organismos acuáticos se recomienda tomar medidas relacionadas con el diseño y la ubicación de la tubería de toma, en especial, implementar diversos dispositivos, tales como: sistemas de manejo y devolución de peces, pantallas de alambre en forma de cuña, toma de flujo horizontal de baja velocidad (*velocity cap*) y sistemas de barreras de filtrado acuático. Algunos ejemplos de medidas operacionales para reducir la captura incluyen las vedas estacionales y la reducción del flujo succionado.

48. Dado lo anterior, se concluye que no existe la indeterminación alegada por el titular en relación a la adopción de las medidas de mitigación que ordena la RCA, ya que, de la simple interpretación lógica de las experiencias internacionales y de la propia evaluación ambiental del proyecto, en la cual el titular- COLBUN S.A.- tuvo un rol activo y protagónico, se desprenden, a lo menos, las características principales con que deberían contar las medidas para hacerse cargo de estos efectos de succión de recursos hidrobiológicos. Revelador a este respecto resulta la circunstancia que el propio titular presentó una pertinencia de ingreso al SEIA, individualizada como “*propuesta de instalación de una batería de filtros de malla metálica adosados al cabezal de succión de agua de mar del proyecto Central Termoeléctrica Santa María*”, con fecha anterior a la instrucción del presente procedimiento sancionatorio.

(ii) En relación a los vicios de la actividad de fiscalización

49. El titular señala en sus descargos que la inspección en terreno en la Central Santa María fue realizada por SERNAPESCA Biobío y no por la Superintendencia del Medio Ambiente, y que esta fiscalización no cumplió con los estándares que la Superintendencia ha definido al respecto en la Res. Ex. N° 769/2012, por cuanto, no se realizó la reunión informativa comunicando clara e inequívoca que la actividad de inspección era por la Superintendencia o para la Superintendencia en el marco de encomendación; nunca hubo

¹⁰ EPA, 1997. Profile of the Fossil Fuel Electric Power Generation Industry. Environmental Protection Agency, Office of Compliance. Sector Notebook Project.

¹¹ CE, 2001. Integrated Pollution Prevention and Control (IPPC), reference document on the application of best available techniques to industrial cooling system.

¹² CFI, 2008. Guías sobre medio ambiente, salud y seguridad: Plantas de energía térmica. Corporación Financiera Internacional, Grupo del Banco Mundial

constancia sobre qué aspectos específicos de la RCA se estaban fiscalizando; y no hubo comunicación clara e inequívoca sobre la metodología de investigación que se utilizará para verificar si el proyecto cumplía o no con las disposiciones fiscalizadas. Adicionalmente, agrega que los hechos consignados por SERNAPESCA Biobío, carecen de valor probatorio de presunción legal, ya que solo los funcionarios habilitados como fiscalizadores de esta Superintendencia del Medio Ambiente son ministros de fe, y solo respecto de los hechos que consten en el acta de fiscalización. También alega el titular que no se le entregó el acta y que en esta no se indica la hora de inicio y término de la actividad, además agrega que existe una inconsistencia en las fechas de la fiscalización contenidas en el acta y que en dicha fiscalización ambiental SERNAPESCA Biobío no procedió a revisar el total de las medidas de mitigación, por cuanto, solo fiscalizó el sistema *in take*. Por último, en relación a la denuncia que origina la fiscalización, el titular señala que la denuncia del Senador Navarro fue recibida por esta Superintendencia con fecha 4 de abril de 2013, es decir, de forma posterior a la fiscalización por lo que habría una incongruencia al respecto.

50. En relación a estas alegaciones, es menester indicar que si bien la actividad corresponde a una encomendación por parte de esta Superintendencia, esta se realizó bajo el marco de legalidad aplicable a los organismos sectoriales y no se ha acreditado por parte del titular en el presente procedimiento sancionatorio la ocurrencia de los vicios alegados. En este mismo orden de ideas, tampoco es efectiva la posible afectación de los principios de transparencia contenidos en la Ley N° 19.880, pues quien concurrió a la actividad señalada era un organismo con competencias fiscalizadoras reconocidas por el Ordenamiento Jurídico vigente, que ejecutó acciones de fiscalización de carácter ambiental encomendadas, en pleno cumplimiento de sus atribuciones. A mayor abundamiento, es necesario señalar, que no es un requisito exigido por la normativa precitada por el titular en sus descargos, hacer mención de la realización de la charla en el acta de fiscalización. Ahora bien, en el hipotético caso que hubiese acontecidos las omisiones descritas por el titular –cuestión que no ocurrió–, estas en caso alguno viciaría el procedimiento, pues no recae en un requisito esencial de la actividad de fiscalización ambiental, ni tampoco ocasiona perjuicio al regulado, pues su derecho a defensa se mantiene inalterado.

51. En lo tocante al acta de fiscalización y la ausencia de presunción legal, el regulado señala que los hechos consignados por SERNAPESCA Biobío carecen de valor probatorio de presunción legal, ya que solo los funcionarios habilitados como fiscalizadores de esta Superintendencia del Medio Ambiente son ministros de fe y solo respecto de los hechos que consten en el acta de fiscalización. En este sentido, a propósito de las atribuciones fiscalizadoras de SERNAPESCA, es preciso indicar que el art. 122 de la Ley General de Pesca y Agricultura N° 18.892, señala que: *“La fiscalización del cumplimiento de las disposiciones de la presente ley, será ejercida por funcionarios del Servicio y personal de la Armada y de Carabineros, según corresponda, a la jurisdicción de cada una de estas instituciones. los funcionarios del Servicio y el personal de la Armada tendrán la calidad de Ministros de Fe”*. De lo anterior, es posible concluir afirmativamente que los fiscalizadores de SERNAPESCA Biobío, gozan de la calidad de ministro de fe, calidad entregada por su la ley sectorial, e incorporada al procedimiento sancionatorio ambiental en virtud del artículo 51 de la LO-SMA, que señala en su parte pertinente que: *“Los hechos constatados por los funcionarios a los que se reconocen la calidad de ministro de fe, y que se formalicen en el expediente respectivo, tendrán el valor probatorio señalado en el artículo 8°”*.

52. A mayor abundamiento, incluso en el supuesto caso en que los hechos constatados en el acta de fiscalización por funcionarios de SERNAPESCA Biobío, no gozaren de la presunción legal alegada – cuestión totalmente descartada según considerando anterior-, no vicia en forma alguna el procedimiento administrativo, por cuanto, no altera ninguno de los requisitos esenciales de la fiscalización ambiental, ni tampoco el estándar de motivación en el dictamen, por cuanto, por mandato expreso del legislador los hechos investigados y las responsabilidades de los infractores se apreciaran conforme a las reglas de la sana crítica.

53. En lo referente al acta de fiscalización y a sus presuntas deficiencias, relativas a la no indicación de los hechos constatados ni metodología de fiscalización, solicitudes inconexas y sin fundamentos, cabe expresar que de acuerdo al artículo 28 de la LO-SMA, no es necesario fundamentar las solicitudes de información, por cuanto, sólo exige que sean estrictamente indispensables y proporcionales al objeto de fiscalización. Que respecto a la metodología implementada, ésta se encuentra descrita precisamente por la Res. Ex. N° 769/2012, de la Superintendencia del Medio Ambiente, norma de carácter general, por lo que se entiende conocida por toda la comunidad regulada. Adicionalmente, el propio artículo 28 de la LO-SMA, indica que los sujetos fiscalizados podrán denunciar conductas abusivas de funcionarios ante el Superintendente, situación que en la especie no ocurrió.

54. En relación a la no entrega del acta al titular; a la no indicación de hora de inicio y término de la actividad e inconsistencia en las fechas de la fiscalización contenidas en ella y, a que la fiscalización ambiental de SERNAPESCA Biobío, no revisó el total de las instalaciones del proyecto y solo fiscalizó el sistema *in take*, *cabe señalar*, que el acta utilizada en esa actividad de fiscalización, efectivamente corresponde a actas de SERNAPESCA, dado la urgencia en relación a la contingencia producida por la magnitud de la varazón de especies hidrobiológicas en la bahía de Coronel, priorizando la máxima de “*Buen Servicio*” a que está obligada la Administración en orden de hacer el trabajo en el momento oportuno. No obstante, esta situación era de conocimiento del titular, toda vez, que se le comunicó, circunstancia que queda plasmada en la misma acta con la firma del encargado por parte de COLBUN S.A. En relación a la indicación de hora, esta no es un requisito expreso del acta de fiscalización, por ende, no puede constituir un vicio esencial de la actividad de fiscalización. A mayor abundamiento, en relación a la fecha indicada en el acta de fiscalización, se debe agregar, que esta no es una inconsistencia como alega el titular, por el contrario, su desfase se explica por la aplicación del artículo Décimo Noveno de la Res. Ex N° 769/2012, correspondiente al plazo que se entrega al titular para enviar la información cuando es solicitada en una actividad de inspección. Finalmente, en relación al desarrollo de la inspección, se debe tener presente que la inspección en terreno es dirigida y planificada por el Organismo encomendado en conjunto con la SMA y no está sujeta, en caso alguno, a los deseos u opiniones del titular fiscalizado. Es el del caso concreto que para los fiscalizadores bastaba con abocar su inspección a los lugares precisos relacionados con el evento de la succión. A mayor abundamiento, cabe señalar que el artículo 51 de la LO-SMA, precisa que los hechos se pueden acreditar por cualquier medio, por lo tanto, el no haber revisado todas las dependencias de las instalaciones de Santa María, no obsta en caso alguno a la acreditación del hecho constitutivo de infracción en el presente procedimiento sancionatorio a partir de otros medios como ocurrió en la especie.

55. Por último, en relación a la denuncia que origina la fiscalización, es necesario aclarar que lo que origina la actividad de fiscalización, no fue la denuncia del Honorable Senador Navarro, como erróneamente señala el presunto infractor, sino los hechos públicos y notorios de la varazón de especies hidrobiológicas. Por lo tanto, son dichos hecho, sumado a la conmoción pública de las comunidades cercanas, las que motivaron la fiscalización en comento. Luego el Honorable Senador Navarro, realizó una denuncia a la Superintendencia sobre los mismos hechos, por lo que se agregó esta última al procedimiento administrativo, otorgándole la calidad de interesado, para todos los efectos legales.

(iii) En relación a la implementación oportuna de las medidas técnicas adoptadas

56. El titular indica que ha realizado todos los estudios, análisis de alternativas y gestiones ante los órganos públicos competentes con la finalidad de implementar una solución idónea y técnica al ingreso de especies hidrobiológicas.

57. Al respecto, cabe señalar que el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (RSEIA), D.S N°40/12, del Ministerio del Medio Ambiente, precisa en el marco de los Estudios de Impacto Ambiental, tres tipos de medidas, a saber: medidas de mitigación (art. 98), aquellas que tienen por finalidad evitar o disminuir los efectos adversos de un proyecto; medidas de reparación (art. 99), aquellas que tienen por finalidad reponer uno o más de los componentes del medio ambiente y, las medidas de compensación (art. 100), aquellas que buscan producir un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado. Es el caso que, ni la Ley N° 19.300, ni el RSEIA, definen ni precisan la finalidad de las denominadas “medidas por efectos no previstos”, por lo anterior, es necesario recurrir a su sentido natural y obvio, para ello, según la Real Academia Española (en adelante “RAE”), ha definido “medida” como: ^(6°) *disposición y prevención*.¹³ En este sentido, es posible afirmar que en el concepto de “medidas” se comprende toda acción consciente y voluntaria dirigida a prevenir o menguar un resultado no deseado. Así las cosas, en el presente caso, el considerando exige una conducta real consistente en una acción positiva, toda vez que señala: *“7.11 El titular del proyecto deberá implementar las medidas de mitigación y compensación comprometidas [...], sin perjuicio de aquellas que deban implementarse frente a eventuales efectos ambientales no previstos”*.

58. De lo anterior, se sigue que existe una obligación efectiva en el titular, el cual debe desplegar una serie de actividades destinadas a hacerse cargo de los efectos generados sean previstos o no, de ahí que se explica formalmente la conducta típica descrita en el considerando precitado, toda vez, que con ellas se da cumplimiento a este deber implícito de actuación que se le ha impuesto al titular en la evaluación. Este deber de actuación, en los términos que se encuentra redactada la RCA, obliga al titular adoptar medidas destinadas a hacerse cargo de los efectos no previstos que se presentaren en la ejecución del proyecto. Estas medidas se acercan a la naturaleza de las medidas de mitigación, dado que finalmente su objetivo es evitar o disminuir un efecto negativo.

¹³ 6. f. Disposición, prevención. U. m. en pl. *Tomar, adoptar medidas*. Véase en el Link: <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=NEuN3JmNYDXX26gSQQxL>, fecha de consulta 3 de junio de 2014.

59. En razón de lo anterior, cabe precisar, que esta finalidad, no se satisface entonces con cualquier despliegue de actividad del titular de la RCA, por cuanto, a lo menos, debe cumplirse con la directriz de oportunidad e idoneidad para alcanzar el estándar de suficiencia esperado con el fin propuesto, que no es otra cosa que evitar o menguar el efecto indeseado. En este orden de ideas, estas directrices están supeditadas, tanto por la propia evaluación ambiental, como por el carácter técnico dinámico de los principios orientadores del ordenamiento jurídico ambiental.

60. En relación a esto último, se verificó en el presente procedimiento administrativo sancionador, que COLBUN S.A., antes del periodo crítico de succión de especies hidrobiológicas, inició los estudios científicos y técnicos relacionados con el fenómeno de succión de biomasa. Se concluyó también que el fenómeno masivo de succión se constató a propósito de un acontecimiento natural denominado surgencia. De la misma manera, se ha demostrado que el titular presentó -con anterioridad al inicio del presente sancionatorio-, ante la autoridad ambiental competente una consulta de pertinencia, sobre la instalación de una batería de filtros de malla metálica adosados al cabezal de succión de agua de mar del sistema de enfriamiento, la cual fue autorizada por el organismo público precitado.

61. De la secuencia de acontecimientos descritos, existen elementos de hecho para determinar que es efectivo que se adoptaron por parte del titular medidas para mitigar el efecto de la succión de especies hidrobiológicas al sistema del enfriamiento del proyecto. Ahora bien, aboca referirse si estas medidas alcanzan con el estándar de suficiencia exigido por las directrices señaladas anteriormente.

(iv) En relación a los efectos no previstos.

62. El titular señala que en el caso en comento no es aplicable el concepto de efectos no previstos, dado el tenor del artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, por lo que resulta ilógica la exigencia del considerando 7.11 de la RCA N° 176/2007.

63. Antes de iniciar el análisis sobre este punto, debemos tener presente, que lo sancionado en el procedimiento administrativo en comento, es el incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecida en la Resolución de Calificación Ambiental, en este caso, la no adopción de medidas, respecto a la presencia de efectos ambientales no previstos (considerando 7.11 de la RCA N° 176/2007). De lo que forzosamente se sigue que el eventual incumplimiento de esta medida, se contiene en el tipo infraccional del artículo 35 letra a) de la LO- SMA.

64. Sobre el particular, y para precisar el concepto de efecto no previsto, es necesario tener presente, que si bien el tenor del artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, dice relación con las variables evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento del proyecto, no es menos cierto que el sentido y alcance de *efecto no previsto* es mucho más amplio que ello.

65. El concepto de efecto no previsto no se encuentra definido expresamente en nuestro Ordenamiento, en consecuencia, para aproximarnos al contenido de su sentido natural y obvio, debemos remitirnos al significado que la RAE entrega sobre el particular: “*efecto*”, significa: ⁽¹⁹⁾ “*Aquello que sigue por virtud de una causa*”¹⁴. Por su parte “*prever*”, significa: ⁽¹⁾ “*Ver con anticipación*” o ⁽³⁾ “*Disponer o preparar medios contra futuras contingencias*”¹⁵.

66. Bajo esta perspectiva, el contenido de un efecto no previsto, es predicable en todas las situaciones donde se presente un evento o circunstancia vinculante a una causa determinada y que no fue vista con anticipación y para el cual no existan medios de contingencia expresos.

67. Esta noción amplia es reconocida por nuestro Ordenamiento Jurídico positivo, consagrando, por ejemplo en la letra h) del artículo 3 de la LO-SMA, al otorgar la facultad de adoptar medidas urgentes ante tales eventos, en los siguientes términos: “*La Superintendencia tendrá las siguientes funciones y atribuciones: h) Suspender transitoriamente las autorizaciones de funcionamiento contenidas en las Resoluciones de Calificación Ambiental o adoptar otras medidas urgentes y transitorias, para el resguardo del medio ambiente, cuando la ejecución u operación de los proyectos o actividades, genere efectos no previstos en la evaluación y como consecuencia de ello se pueda generar un daño inminente y grave para el medio ambiente*”. (subrayado propio).

68. Así las cosas, parece claro que el genuino sentido y alcance de estos efectos adquiere una esfera mucho más profunda que la preceptuada por el artículo 25 quinquies, toda vez, que comprende no solo los seguimientos de las variantes ambientales evaluadas, si no también aquellos efectos e impactos no evaluados y que sean aptos para generar daño inminente y grave al medio ambiente.

69. En este sentido, para el caso en concreto, la obligación de adoptar medidas ante efectos no previstos, nace de la propia RCA, específicamente del considerando 7.11. Sostener que la Superintendencia del Medio Ambiente solo puede intervenir para la hipótesis normativa del artículo 25 quinquies, es abiertamente contrario a la ley ambiental (Ley N°19.300, en relación a la LO-SMA) y abiertamente contraria al

¹⁴ <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=48Tvek3XjDXX2vLXGBQH>

¹⁵ <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?id=CjCnsV7alDXX2B0cRh2u>

principio preventivo e incluso precautorio, ambos profusamente recogidos por la Corte Suprema¹⁶
17

70. Es en razón de ello, que se instruyó un procedimiento sancionatorio en contra de COLBUN S.A., a propósito de la succión de grandes cantidades de especies hidrobiológicas en el sistema de enfriamiento de la Central Termoeléctrica Santa María, hecho que es apto de producir un daño inminente y grave al medio ambiente, y que a su vez, no fue abordado en forma alguna en la evaluación del proyecto, configurándose con creces la noción de efecto no previsto, efecto que es coincidente con la exigencia del considerando 7.11 de la RCA 176/2008.

VIII. Valoración de los demás medios de Prueba, en base a los criterios lógicos y de experiencia

71. En relación a la prueba rendida en el presente procedimiento sancionatorio, es menester señalar de manera general, que el inciso primero del artículo 51 de la LO-SMA, dispone que los hechos investigados y las responsabilidades de los infractores deberán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica. Asimismo, los incisos segundo de los artículos 8° y 51 de la LO-SMA disponen que los hechos constatados por funcionarios de la Superintendencia, que se les reconoce la calidad de ministro de fe, y que se formalicen en el expediente sancionatorio, tendrán el valor probatorio del artículo 8°, de este modo gozan de una presunción de legalidad o de certeza que debe ser controvertida y acreditada por los regulados.

72. Por otra parte, el artículo 53 de la LO-SMA, señala como requisito mínimo del dictamen, señalar la forma como se han llegado a comprobar los hechos que fundan la formulación de cargos o que sustentan una proposición de absolución. En razón de lo anterior, los medios de valoración de prueba en los procedimientos administrativos sancionadores que incoe la Superintendencia, están sujetos a la regla de sana crítica.^{18 19}

¹⁶ Considerando Sexto: [...]“El principio preventivo, a diferencia del precautorio que actúa bajo supuestos ya comprobados, solamente requiere de un riesgo racional y evidente previamente demostrado, que sea verosímil de producirse sobre la base de estudios especializados que lo demuestren, es el *fumus bonis iuris*, para luego determinar la gravedad del mismo acontecimiento, que exista la posibilidad de sufrir un perjuicio importante, la alteración o el agravamiento de una determinada situación que, en el evento que ocurra, afectaría un interés legítimo (*periculum in mora*). Resulta pertinente acotar que no se busca que la actividad de los particulares quede en estándares de riesgo cero, sino que, como primera medida, los riesgos advertidos por estudios fundados sean considerados y se adopten respecto de ellos las medidas pertinentes, que no se les ignore. Posteriormente se deben evaluar riesgos y mitigaciones para llegar a una decisión racional, conforme a la cual los peligros o inseguridades son minimizados por medidas efectivas y, en el evento que éstos se produzcan se han considerado las acciones de reacción inmediatas, que ante una omisión en su planificación deben ellas ser improvisadas, con el consiguiente agravamiento del daño. Es por lo anterior que el principio preventivo actúa sobre una hipótesis racional y estudios especializados, circunstancias que en el caso de autos concurren”. Véase, sentencia Corte Suprema Rol ingreso N° 2463-2012.

¹⁷ Considerando Decimo: [...] “Al caso concreto, es necesario tener presente que en materia de resolución judicial de los conflictos jurídicos medioambientales opera el principio de la precaución, esto es, que quienes deben tomar decisiones legislativas, administrativas o jurisdiccionales deben adoptar medidas transitorias que posibiliten preservar el ambiente mientras no avance el conocimiento científico y técnico, y disminuya o desaparezca la incertidumbre acerca del efecto producido por dicha acción en la calidad ambiental, todo ello para dar una adecuada protección a los afectados, en la especie, al Estado de Chile”. Véase, sentencia Corte Suprema, Rol de ingreso N° 14.209-2013.

¹⁸ De este modo, la sana crítica es un régimen intermedio de valoración de la prueba, estando en un extremo la prueba legal o tasada y, en el otro, la libre o íntima convicción. Asimismo, es preciso señalar que la apreciación o valoración de la prueba es el proceso intelectual por el que el juez o funcionario público da valor, asigna mérito, a la fuerza persuasiva

73. Al respecto, a juicio de este Fiscal Instructor se estima acreditado por medio del informe técnico individualizado como memorándum N° MP-04-2013, de la empresa Mejores Prácticas, de fecha 31 de enero de 2013, acompañado con fecha 28 de noviembre de 2013, y 13 de diciembre de 2013, el inicio de las gestiones relativas a la adopción de las medidas de mitigación, antes del período crítico de succión de especies hidrobiológicas ocurrido en los meses de febrero y marzo del 2013. Tal memorándum da cuenta del estudio bibliográfico realizado para optimizar el sistema de aducción de agua de mar del Complejo Termoeléctrico Santa María, con el objetivo de asegurar la operación de la Central durante eventos de alta densidad biológica en la Bahía de Coronel, y al mismo tiempo, minimizar el impacto ambiental de su operación. Adicionalmente, se proponen los tipos de sistemas existentes para optimizar la aducción de agua de mar y una lista de expertos internacionales en la materia. Sobre este particular, se acreditaron las comunicaciones con dos expertos internacionales, con fecha 22 de febrero y 20 marzo de 2013 respectivamente, que dan cuenta de las consultas respecto a la succión del sistema de enfriamiento de la planta.

74. Se acompañaron informes técnicos del instituto de Investigación Pesquera, y de la Facultad de Ciencias Naturales y Oceanográficas de la Universidad de Concepción, sobre: (i) Antecedentes sobre el Langostino Colorado *Pleuroncodes monodon* y posibles explicaciones de su varamiento de fecha 30 de marzo de 2013; (ii) Diversidad de Organismos Marinos Presentes en la Región del Biobío de fecha abril de 2013; (iii) Antecedentes bibliográficos sobre el langostino colorado de fecha 16 de abril de 2013. (iv) ciclos de vida ontogenia de especies marinas: Antecedentes sobre la biología de *Pleuroncodes monodon* y *Normanichthys crockeri*, de fecha 19 de abril de 2013; (v) Informe técnico, varazón de langostino colorado en la Bahía de Coronel, de fecha 27 de marzo de 2013.

75. Respecto a estos informes se pudo constatar que ha existido un aumento en la población de la especie *Pleuroncodes monodon* en la zona centro-sur los últimos años y que esta especie habita zonas próximas al borde costero donde están propensas a verse afectadas por factores ambientales o antrópicos. En virtud de lo anterior, se sostiene que la causa de la varazón estriba en el fenómeno natural denominado "surgencia", que en la región centro-sur de Chile presenta una clara estacionalidad, debido al predominio de vientos paralelos a la costa provenientes del sur y suroeste en la primavera y especialmente el verano, este proceso genera un ascenso hacia la superficie de las AESS (Aguas Ecuatoriales Superficiales), las cuales son frías, salinas ricas en nutrientes y pobres en oxígeno disuelto. Si estas aguas con bajo oxígeno alcanzan estratos muy someros en la columna de agua o permanecen en una determinada zona, pueden llegar a producir mortandades y/o varazones.

que se desprende del trabajo de acreditación y verificación acaecido por y ante él. Al respecto véase Tavolari Raúl, El Proceso en Acción, Editorial Libromar Ltda., Santiago, 2000 pág., 282

¹⁹ A mayor abundamiento, es importante destacar que la LO-SMA no es el único cuerpo normativo que incluye a la sana crítica, encontrando dicho sistema de valoración de prueba en el Decreto Ley N° 211, de 1973, que Fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia; en el Código Procesal Penal; en la Ley N° 19.039 sobre Propiedad Industrial; en la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia; en la Ley N° 18.287 que establece Procedimiento ante los Juzgados de Policía Local; entre otros. Del análisis de dichas normas, se pueden extraer tres conceptos que pueden ser entendidos como las reglas de la sana crítica: i) Principios de la Lógica; ii) Máximas de la experiencia; y, iii) Conocimientos científicamente afianzados.

76. Por medio de la carta de pertinencia de COLBÚN S.A., GMA N° 0101/2013 y Resolución Exenta N° 221/2013 del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región del Biobío, se verificó la decisión de adoptar la medida de mitigación por parte del titular consistente en la instalación de una **batería de filtros de malla metálica adosados al cabezal de succión de agua de mar del sistema de enfriamiento del proyecto Central Termoeléctrica Santa María**. La finalidad de esta medida declarada por el titular es abordar de forma efectiva tanto los eventos esporádicos de varazón ocurridos en la bahía de Coronel, como en condiciones normales del medio marino, es decir, sin eventos de surgencia, implementando una barrera física que impida su ingreso desde el inicio de la captación. Esta barrera se traduce en la instalación de una batería de diez filtros cilíndricos de malla metálica y un manifold recolector, que irán adosados al cabezal de ducto de captación de agua de mar, con la finalidad de impedir el ingreso de biota marina de un tamaño igual o mayor a 4 mm al sistema de enfriamiento. En relación a la operación del sistema, los filtros contarán con un sistema de limpieza o retrolavado, en base a inyección de aire comprimido que generará un pulso de 5 segundos con una frecuencia de dos veces al día por cada filtro. Por su parte, mediante registro fotográfico acompañado al expediente se ha acreditado el inicio y desarrollo de las obras de construcción de los filtros de succión en los meses de septiembre a noviembre de 2013.

77. Mediante ORD. U.I.P.S N° 60, de fecha 16 de enero de 2014, se decretó como diligencia de investigación en el procedimiento administrativo la inspección personal del Fiscal Instructor al proyecto Central Termoeléctrica Santa María, con el objeto de revisar las obras relativas a la modificación del sistema de captación de agua de mar de la Unidad 1. Tal actuación se llevó a cabo con fecha 27 de febrero de 2014, en la inspección se pudo constatar que el sistema de filtros se encontraba implementado y operando, faltando solo que el sistema de limpieza de aire comprimido de los filtros estuviese operativo, realizando la limpieza, en el intertanto, de forma manual mediante buzos.

78. Respecto a la verisimilitud de los informes técnicos presentados por el titular, se ha acreditado mediante declaraciones juradas presentadas por el titular con fechas 23 y 24 de enero de 2014, la autoría, contenido y fecha de los mismos. En este sentido, don Pablo Baraña Díaz, declara que hizo entrega de la versión final de Memorandum MP-04-2013 a COLBUN S.A., con fecha 31 de enero de 2014. Por su parte, don Luis Ricardo Furet Cárcamo, Jefe del Departamento de Estudios Ambientales del Instituto de Investigación Pesquera Octava Región S.A., declara que mediante correo electrónico de fecha 27 de febrero la empresa COLBUN S.A., solicitó ayuda para identificar las especie hidrobiológicas encontradas. Posteriormente, recibió el encargo con fecha 05 de marzo de 2013, para la realización de un informe técnico en representación del Instituto de Investigación Pesquera, y que con fecha 30 de marzo de 2013 se hizo entrega a COLBUN S.A., de la versión final del informe "*Algunos antecedentes preliminares sobre langostinos colorados pleuroncodes monodon y posibles explicaciones de su varamiento*". Luego con fecha 16 de abril de 2013 se le hace entrega a COLBUN S.A., del informe "*Antecedentes Bibliográficos sobre Langostino Colorado (Pleuroncodes monodon)*". Posteriormente con fecha 18 de abril del 2013, se hizo entrega a COLBUN S.A., del informe "*Antecedentes Bibliográficos sobre el Bacaladillo o Mote (Normanichthys crockeri)*". Por último con fecha 18 de abril de 2013, se hizo entrega a COLBUN S.A., del informe "*Diversidad de Organismos Marinos presentes en la región del Biobío*". Afirma finalmente, que la fecha que aparece impresa en cada uno de los informes es cierta. En el mismo sentido, declara don Eduardo Hernán

Hernández Miranda, de la Facultad de Ciencias Naturales y Oceanográficas de la Universidad de Concepción, que mediante llamada telefónica de fecha 21 de marzo de 2013, recibió el encargo de la empresa COLBUN S.A., para la realización de un informe y que con fecha 19 de abril de 2013 se hizo entrega del informe, agrega finalmente que la fecha que aparece impresa en el informe cierta.

79. En relación al costo total de las obras correspondientes a la instalación del sistema de filtros de malla cilíndrica en la captación de agua de mar de la Unidad 1 del complejo Termoeléctrico Santa María y, de conformidad a lo informado por el titular, en cumplimiento al requerimiento del Instructor, efectuado en la diligencia de inspección personal a las instalaciones del proyecto el día 27 de enero de 2014, permite afirmar que su costo bordea los cinco millones de dólares²⁰.

80. Respecto a la instalación de una batería de filtros de malla metálica adosados al cabezal de succión de agua de mar del sistema de enfriamiento, se acreditó mediante informe técnico "*plan de monitoreo ambiental de ingreso de biomasa marina al sistema de enfriamiento*", de fecha 30 de enero de 2014, confeccionado por la Facultad de Ciencias Naturales y Oceanográficas de la Universidad de Concepción, que con fecha 23 de diciembre 2013, se terminó la instalación de los primeros 8 filtros, con lo cual, se considera instalada la nueva barrera física que reemplaza al dispositivo original.

81. En consecuencia, puede considerarse el período anterior a ese hito como fase previa a la instalación del sistema y el período comprendido entre el 24 de diciembre de 2013 y el 30 de enero de 2014, como el posterior a la instalación del sistema. Se constató que en cada mes se realizaron 3 muestreos de tres días continuos de retención cada uno, obteniendo un resultado drástico en la reducción (sobre el 90 % aproximadamente) de la cantidad de material succionado (biomasa de macrofauna, macroalgas, más el peso de restos de organismos, conchas y basura plástica), en condiciones normales del medio marino, es decir, sin eventos de surgencia, desde el hito de la instalación de la barreras físicas (filtros). Todos antecedentes que obran en el presente expediente sancionatorio.

IX. DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS

CONSTITUTIVOS DE LA INFRACCIÓN

82. Consta en el presente procedimiento administrativo sancionador, que el titular tomó acciones relativas a la adopción de medidas de mitigación, por lo que resulta primordial analizarlas en razón de determinar si esas medidas han sido idóneas y oportunas en relación al resultado que se ha querido menguar o evitar.

83. Respecto de su idoneidad, cabe señalar que el nuevo sistema de captación de agua de mar implementado, se traduce en una barrera física que consta de 10 filtros de Cuproníquel, que tienen las características de ser antibacterianos debido a la presencia de cobre en ellos, presentan una separación de malla de 4 mm, permitiendo minimizar la captación de biota o cualquier otro agente extraño. El sistema de filtros tiene una

²⁰ Se hace presente que COLBÚN S.A solicitó en su presentación de fecha 31 de enero de 2014, ser tarjada la cifra correspondiente a los costos relacionados con el mejoramiento tecnológico del sistema de captación de aguas de enfriamiento de la Central.

velocidad de succión de [14cm/s] y un caudal total de captación de 45.000 [m³/horas]. Dicho sistema de captación cuenta con un procedimiento de limpieza denominado “Hydroburst”, que se presenta en dos estanques de aire comprimido ubicados sobre la estructura de soporte de la captación, estanques que tienen la capacidad de [5m³] c/u y serán alimentados por un compresor de 15 [bar] que producen una cortina de burbujas que generará un pulso de 5 segundos con una frecuencia de dos veces al día por cada filtro.

84. En relación a lo anterior, en la inspección personal efectuada se pudo constatar que el sistema se encontraba instalado y operando. Se verificó de igual forma que en los canastillos o *in take*, -que es el repositorio de los residuos del sistema de captación de agua- no se apreció material significativo. En este mismo orden de ideas, en base a datos en el contexto del plan de monitoreo ambiental de la efectividad de los filtros que lleva la Facultad de Ciencias Naturales y Oceanográficas de la Universidad de Concepción comprometido por el titular y los registros documentales audiovisuales de los filtros en operación, se pudo verificar una drástica disminución de la velocidad de succión, así como también la reducción del material succionado al sistema en condiciones marinas normales de la bahía. Por lo tanto, resulta probado que las medidas adoptadas en orden de mitigar el efecto de la succión de especies hidrobiológica han sido eficaces y eficientes.

85. En mérito de lo expuesto, es posible sostener que en relación al hecho infraccional levantado en la instrucción de este procedimiento sancionatorio, las medidas adoptadas por el titular han sido competentes y aptas para mitigar la succión de biomasa al sistema de enfriamiento del proyecto, es decir, han sido del todo idóneas respecto al fin que se esperaba.

86. Por último, como se ha señalado se encuentra fehacientemente acreditado en el procedimiento administrativo, que el titular tomó acciones las cuales resultaron idóneas y eficientes. Ahora bien, cabe referirse si estas medidas fueron oportunas o no.

87. Se debe tener presente que estas medidas tienen *per se* una naturaleza altamente compleja, por lo que el período de tiempo entre el reconocimiento, adopción y ejecución de ellas, involucra igualmente etapas de estudio, diseño e implementación. En virtud de ello, la debida diligencia o estándar exigible debe ser proporcional a la complejidad referida.

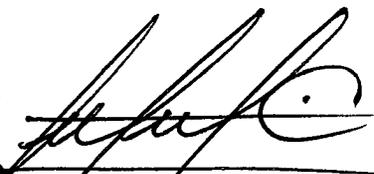
88. En la especie, la génesis de la adopción de medidas por parte de COLBUN S.A., comienza con el hito del requerimiento y posterior entrega de memorándum N° MP-04-2013 sobre “*Revisión de alternativas y expertos en aducciones de agua de mar*”, de fecha 31 de enero de 2013 confeccionado por el Sr. Pablo Barañao Díaz, de la empresa Consultora Mejores Prácticas, es decir, antes del inicio del fenómeno natural denominado *surgencia*, que afectó la bahía de Coronel los meses de febrero y marzo del 2013, y antes de la fiscalización ambiental y posterior formulación de cargos del presente procedimiento sancionatorio. Sobre esta primera medida adoptada por el titular se estructuran y edifican las demás acciones (informes científicos, informes de expertos, pertinencias, licitaciones, contratos y ejecución de obras), que a la postre llevaron a la instalación de un sistema de succión de agua de

mar con el que actualmente cuenta el proyecto de titular que soluciona eficientemente el problema del efecto no previsto consistente en la succión masiva de especies hidrobiológicas, que queda de manifiesto cuando se producen eventos de alta disponibilidad de recursos hidrobiológicos, como también en condiciones marinas normales de la bahía.

89. De este modo, en mérito de lo precedentemente expuesto y considerando los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, corresponde señalar que en relación los cargos formulados mediante el Ord. U.I.P.S. N° 853, si bien el cargo se encuentra correctamente formulado, sí se acreditó en el proceso, que COLBUN S.A., adoptó medidas en relación al efecto no previsto descrito en el considerando 7.11 de la RCA 176/2007.

X. PROPONE AL SUPERINTENDENTE

90. Sobre la base de lo visto y expuesto en el presente dictamen, respecto del incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en el considerando 7.11 de la RCA N° 176/2007, relativas a la adopción de medidas frente a eventuales efectos ambientales no previstos, se propone la **ABSOLUCIÓN** respecto del cargo formulado mediante el Ord. U.I.P.S. N° 853, de fecha 29 de octubre de 2013, toda vez, que se encuentra acreditado en el procedimiento administrativo sancionatorio que efectivamente el titular adoptó las medidas idóneas y oportunas para mitigar la succión de especies hidrobiológicas al sistema de enfriamiento del proyecto "Central Termoeléctrica Santa María".



Gonzalo Álvarez Seura
Fiscal Jefe de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente



SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE
DIVISIÓN DE SANCIÓN Y CUMPLIMIENTO

Rol N° D-022-2013