

**RESUELVE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONATORIO, ROL D-022-2013, SEGUIDO EN
CONTRA DE COLBÚN S.A.**

RESOLUCIÓN EXENTA N° 409

Santiago, 06 AGO 2014

VISTOS:

Lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley N° 20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1/19.653, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; en la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 11 de septiembre de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; en el Decreto Supremo N° 48, de 14 de marzo de 2014, del Ministerio del Medio Ambiente que nombra a don Cristián Franz Thorud en forma transitoria y provisional como Superintendente del Medio Ambiente; en el expediente administrativo sancionatorio Rol D-022-2013; y en la Resolución N° 1.600, de 30 de octubre de 2008, de la Contraloría General de la República, que fija normas sobre exención del trámite de Toma de Razón.

CONSIDERANDO:

**I. Antecedentes Generales del Procedimiento
Administrativo Sancionatorio Rol D-022-2013**

1° COLBÚN S.A., Rol Único Tributario N° 96.505.760-9, con domicilio en Av. Apoquindo 4.775, piso 11, comuna de Las Condes, Región Metropolitana, y representado por don Ignacio Alfredo Cruz Zabala y don Daniel Gordon Adam, ambos con el mismo domicilio anterior, es Titular del proyecto "**Central Termoeléctrica Santa María**" (en adelante e indistintamente el "Proyecto"), calificado ambientalmente favorable mediante Resolución Exenta N° 176, de fecha 12 de julio de 2007, de la Comisión Regional del Medio Ambiente del Biobío ("RCA N°176/2007");

2° El Proyecto se localiza en el sector fundo El Manco, comuna de Coronel, Provincia de Concepción, Región del Biobío, y 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. 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 electrostáticos, desulfurizadores de emisiones atmosféricas e instalaciones de apoyo, todas obras 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;

3° 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. 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;

4° Por su parte, el considerando 7.1.1 de la RCA N° 176/2007 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;

5° De manera adicional al Plan de Seguimiento Ambiental indicado en el punto anterior, el considerando 7.2 de la RCA N° 176/2007 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;

6° A su vez, 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**”* (énfasis agregado);

7° Con fecha 27 marzo de 2013 se llevó a cabo una fiscalización ambiental al Proyecto, efectuada por funcionarios del Servicio Nacional de Pesca de la Región del Biobío (“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, Región del Biobío, en los meses de febrero y marzo de 2013;

8° Mediante Oficio ORD. VIII 9531E, de 3 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;

9° 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 todos los organismos que quedan retenidos en el sistema de filtro son considerados residuos sólidos y, por lo tanto, eran enviados a un relleno sanitario;

10° 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 período estival del año 2013;

11° Con fecha 4 de abril de 2013, esta Superintendencia recibió una denuncia del Sr. Alejandro Navarro Brain, honorable Senador de la República, en la cual se solicitaba instruir un proceso de sanción en contra de COLBÚN 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, aspectos estos últimos que no son competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente;

12° Mediante Ordinario N° 657, de 9 de septiembre de 2013, el Servicio de Evaluación Ambiental de la Región del Biobío, remitió a esta Superintendencia la Resolución Exenta N° 221, de 6 de septiembre de 2013, a través de la cual se resolvió la consulta de pertinencia de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (“SEIA”) formulada por el Titular, 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. El referido acto resolvió que la modificación propuesta no corresponde a un cambio de consideración que, previo a su implementación, requería ingresar al SEIA. Adicionalmente, se dispuso que el Titular 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;

13° 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 la Unidad de Instrucción de Procedimientos Sancionatorios de esta Superintendencia (U.I.P.S.), hoy División de Sanción y Cumplimiento, a través del Memorándum N° 645, de 26 de septiembre de 2013, de la División de Fiscalización de esta Superintendencia;

14° Según consta en Memorándum U.I.P.S. N° 290, de 16 de octubre de 2013, se procedió a designar al Fiscal Instructor Titular del presente procedimiento administrativo sancionatorio, así como el Fiscal Instructor Suplente;

15° 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 había 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 que, con ocasión de la varazón masiva de langostinos, quedó al descubierto. Además, en el mismo acto se realizó un requerimiento de información a COLBÚN S.A., consistente en 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 considerando 7.2 de la RCA N° 176/2007;

16° De acuerdo a lo anterior, el cargo formulado a COLBÚN S.A. fue el siguiente:

(i) **El incumplimiento de las normas, condiciones y medidas establecidas en el considerando 7.11 de la RCA N° 176/2007, que calificó ambientalmente favorable el proyecto denominado “Central Termoeléctrica Colbún”.**

17° Al respecto, cabe señalar que el cargo – calificado en su oportunidad como grave– se funda en el siguiente hecho, acto u omisión que infringe las condiciones, normas y/o medidas de la RCA N° 176/2007:

Materia objeto de la formulación de cargos	RCA N° 176/2007
<p>Con ocasión de los eventos naturales de varazón de langostinos y otras especies marinas, ocurridos durante los meses de febrero y marzo de 2013 en la Región del Biobío, quedó en evidencia la inexistencia de tecnologías en la bocatoma de la Central Termoeléctrica Santa María, produciéndose el consecuente ingreso masivo de organismos a los sistemas de captación de agua de mar. Asimismo, a través de los antecedentes remitidos por el Titular, quedó de manifiesto que desde enero a marzo de 2013 ingresaron 24,95 toneladas de especies marinas y materiales al pozo <i>intake</i> del sistema de agua de enfriamiento, incluyendo ingresos masivos del pez denominado comúnmente mote (<i>Normanichthys crockeri</i>) y langostinos. En consecuencia, se constató que el Titular no ha</p>	<p>El considerando 7.11, que dispone que: <i>“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”</i> (énfasis agregado).</p>

Materia objeto de la formulación de cargos	RCA N° 176/2007
implementado medidas para hacerse cargo de los efectos no previstos asociados a la succión masiva de recursos hidrobiológicos al interior del sistema de captación de agua de mar.	

18° Posteriormente, mediante la Carta GMA N° 122/2013, de fecha 8 de noviembre de 2013, COLBÚN S.A. cumplió con el requerimiento de información solicitado en el ORD. U.I.P.S N° 853, ya individualizado;

19° 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 el tercer otrosí, acreditó personería;

20° Por intermedio de ORD. U.I.P.S. N° 1050, de fecha 10 de diciembre de 2013, esta Superintendencia se pronunció sobre el escrito anterior teniéndose, a lo principal, por presentados los descargos; al primer otrosí, desestimándose el término probatorio por no ser pertinente ni conducente; al segundo otrosí, teniéndose por acompañados los antecedentes con excepción del indicado en la letra a) del numeral 3, por encontrarse mal individualizado; y, al tercer otrosí, teniéndose presente la personería de don Daniel Gordon Adam para representar al Titular;

21° Mediante escrito de fecha 13 de diciembre de 2013, el Titular, en lo principal, acompañó documento; en el primer otrosí, reiteró solicitud de término probatorio; en el segundo otrosí, solicitó incorporar documento al expediente; y, en el tercer otrosí, solicitó subir documentos al Sistema Nacional de Fiscalización Ambiental ("SNIFA");

22° A través del ORD. U.I.P.S. N° 1085, de fecha 18 de diciembre de 2013, esta Superintendencia se pronunció sobre el escrito anterior teniéndose presente el documento acompañado en lo principal, consistente en el Memorándum N° MP-2013 de fecha 31 de enero de 2013 de la empresa Mejores Prácticas; al primer otrosí, se resolvió estarse a lo resuelto en el ORD. U.I.P.S N° 1050; al segundo otrosí, ha lugar; y, al tercer otrosí, no ha lugar por innecesario;

23° 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.;

24° Mediante escrito de COLBÚN S.A., de fecha 23 de enero de 2014, se acompañó:(i) declaración jurada de don Pablo Baraño Díaz; y (ii) correo electrónico de don Pablo Baraño Díaz, de fecha 31 de enero de 2013;

25° Mediante escrito de COLBÚN S.A., de fecha 23 de enero de 2014, se acompañó: (i) declaración de don Luis Ricardo Furet Cárcamo; y (ii) correos

electrónicos enviados entre personal de COLBÚN S.A. e investigadores del Instituto de Investigación Pesquera;

26° Mediante escrito de COLBÚN S.A., de fecha 23 de enero de 2014, se acompañó: (i) Informe denominado "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 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 COLBÚN S.A. a SERNAPESCA Biobío en su inspección de fecha 17 de diciembre de 2013; y (iv) Informe semanal N° 6 y N° 7 de la empresa Propuerto Ltda;

27° Mediante escrito de COLBÚN S.A., de fecha 24 de enero de 2014, se acompañó: (i) declaración jurada de don Eduardo Hernán Hernández Miranda; y (ii) correo electrónico enviado por don Eduardo Hernán Hernández Miranda de fecha 19 de abril de 2013;

28° Con fecha 27 de enero de 2014, se llevó a cabo la inspección personal del Fiscal Instructor, en las instalaciones del Proyecto, levantándose el acta respectiva;

29° Mediante escrito de COLBÚN S.A., de fecha 31 de enero de 2014, se acompañó: (i) Anexo 1 que adjunta certificado emitido por el Gerente de la División de Administración y finanzas de COLBÚN 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, que adjunta 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; y (iii) Anexo 3, que adjunta DVD que contiene la presentación efectuada a la Superintendencia del Medio Ambiente en la visita de fecha 27 de enero de 2014, antes señalada;

30° A través de escrito de COLBÚN S.A., de fecha 4 de junio de 2014, se acompañó el 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;

31° Mediante Resolución Exenta D.S.C/P.S.A. N° 829, de fecha 8 de julio de 2014, se decretó el cierre de la investigación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente ("LO-SMA");

32° Mediante Memorándum D.S.C. N° 212, de fecha 23 de julio de 2014, el Fiscal Instructor derivó a este Superintendente el Dictamen con la propuesta de resolución final, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 53 de la LO-SMA;

II. Análisis sobre las presentaciones y descargos del Titular relativos a los hechos, actos u omisiones de la formulación de cargos

a. En relación a las objeciones de tipicidad

33° En relación al cargo formulado, el Titular señala que éste 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 sólo a las normas que establecen la infracción, sino que también a los cargos que se formulen;

34° Al respecto, en primer lugar, se hace necesario referirse a la aplicación de los principios generales del derecho penal al derecho administrativo sancionador en nuestro ordenamiento jurídico, para explicar de mejor manera cómo se cumple con dichos principios en el procedimiento administrativo sancionador de la Superintendencia del Medio Ambiente;

35° Bajo esta perspectiva, tanto la doctrina nacional y extranjera, así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la Excelentísima Corte Suprema y la Contraloría General de la República, han confirmado la aplicación matizada de los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador, al ser éste una manifestación del *ius puniendi* del Estado. En tal 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 afirmando regularmente también 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. Del mismo modo, la Excelentísima Corte Suprema ha 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;

36° En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional ha señalado que entre aquellos principios que resultan 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 Excelentísima 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 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*

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.

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;

37° De esta manera, para respetar los principios de legalidad y de tipicidad es necesario que las infracciones administrativas por las que esta Superintendencia ejerce sus potestades sancionadoras, cumplan con dos requisitos: (i) se encuentren establecidas en la ley, y (ii) que esa ley describa expresamente la conducta que configura la infracción. La LO-SMA, en este sentido, reconoce a cabalidad los principios inspiradores del Derecho Penal en el ejercicio de la potestad sancionadora que la ley otorga a esta Superintendencia, estableciendo con precisión los tipos infraccionales y las sanciones aplicadas a ellos, según lo dispuesto en los artículos 35 y 38, respectivamente;

38° En efecto, los principios de legalidad y tipicidad se entienden cumplidos toda vez que es el legislador quien estableció, por medio de una norma de rango legal, la potestad sancionadora de la Superintendencia del Medio Ambiente, le fijó el ámbito de competencia (los instrumentos de gestión ambiental establecidos en el artículo 2 de la LO-SMA), la descripción de los ilícitos 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 específica de la sanción (artículo 40). Así las cosas, la formulación de cargos recoge la tipificación de las infracciones establecida en la ley, relacionándola con el instrumento a que se encuentre obligado el Titular, por mandato expreso del mismo tipo infraccional, y enumerando los hechos precisos que fundan la infracción, los cuales, en el presente caso, fueron descritos con detalle en el ORD. U.I.P.S N° 853, de 29 de octubre de 2013, ya individualizado;

39° 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, han cumplido satisfactoriamente con los principios de legalidad y tipicidad, en razón a que se ha respetado la descripción clara de los comportamientos prohibidos o preceptuados en la ley (artículo 35 LO-SMA), describiendo con precisión, en la formulación de cargos, los hechos en que se fundan esos comportamientos (en este caso, aquellos que implican infracción al considerando 7.11 de la RCA N° 176/2007), así como las sanciones a imponer (artículo 38 LO-SMA), salvaguardando la seguridad jurídica y las garantías de los regulados;

40° En este sentido, se debe tener presente además, que tratándose de la infracción contemplada en el artículo 35 letra a) de la LO-SMA, las obligaciones específicas a que se encuentra sujeto un regulado, y por cuya inobservancia se le puede imponer una sanción, están contenidas en una Resolución de Calificación Ambiental, es decir, en un instrumento que es consecuencia de un proceso complejo de evaluación ambiental, hecho a medida del proyecto o actividad de que se trate, y que cuenta con la activa participación del Titular, por lo que el contenido de los elementos normativos y descriptivos del tipo es plenamente conocido por el mismo en forma previa a la ejecución de la actividad o proyecto, al punto de que él mismo participa en el establecimiento de esas obligaciones;

41° En este mismo sentido, el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental ha resuelto que: *“Por lo demás y como se señaló en su oportunidad, por ser los*

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

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".⁷

42° Junto con lo anterior, se debe tener presente que no puede existir ninguna imprevisibilidad o sorpresa en la descripción de los hechos que sirvieron de base la formulación de cargos, pues 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")⁸, la Comunidad Europea ("CE")⁹ y la Corporación Financiera Internacional ("CFI")¹⁰, 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;

43° Dado lo anterior, se concluye que no existe la indeterminación alegada por el Titular en relación a la obligación de adoptar las medidas que ordena la RCA ante impactos no previstos, ya que de la simple observación de las experiencias internacionales, así como de la propia evaluación ambiental del proyecto, en la cual el Titular tuvo un rol activo y protagónico, se desprenden las características principales de la obligación que pesa sobre él ante la 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;

fiscalización

b. En relación a los vicios de la actividad de

⁷ Sentencia Rol R-06-2013, Segundo Tribunal Ambiental.

⁸ EPA, 1997. Profile of the Fossil Fuel Electric Power Generation Industry. Environmental Protection Agency, Office of Compliance. Sector Notebook Project.

⁹ CE, 2001. Integrated Pollution Prevention and Control (IPPC), reference document on the application of best available techniques to industrial cooling system.

¹⁰ CFI, 2008. Guías sobre medio ambiente, salud y seguridad: Plantas de energía térmica. Corporación Financiera Internacional, Grupo del Banco Mundial.

44° El Titular señala en sus descargos que *“la actividad de inspección, sobre la que se funda la formulación de cargos, adolece de vicios que afectan su validez legal, o en su defecto, que dichos vicios determinan la insuficiencia de lo observado en la inspección para poder concluir, con validez lógica, el hecho constitutivo de infracción”*.

45° Al respecto, alega que dichos vicios son, principalmente, los siguientes: (i) la inspección en terreno del Proyecto fue realizada por SERNAPESCA Biobío y no por la Superintendencia del Medio Ambiente; (ii) la fiscalización no cumplió con los estándares que este Servicio ha definido al respecto en la Resolución Exenta N° 769/2012, por cuanto no se realizó la reunión informativa que comunicara de forma clara e inequívoca que la actividad de inspección sería realizada por la Superintendencia del Medio Ambiente o para la Superintendencia del Medio Ambiente en el marco de una encomendación de actividades de fiscalización. Lo anterior habría afectado el principio de transparencia reconocido en el artículo 16 de la Ley N° 19.880, por cuanto no se dio pleno conocimiento del organismo que encargaba la inspección ni de las normas que se estaban fiscalizando; (iii) nunca hubo constancia sobre qué aspectos específicos de la Resolución de Calificación Ambiental se estaban fiscalizando; (iv) no hubo comunicación clara e inequívoca sobre la metodología de investigación que se utilizaría para verificar si el proyecto cumplía o no con las disposiciones fiscalizadas; (v) los hechos consignados por SERNAPESCA Biobío carecen de valor probatorio de presunción legal, ya que sólo los funcionarios habilitados como fiscalizadores de esta Superintendencia son ministros de fe, y sólo respecto de los hechos que consten en el acta de fiscalización; (vi) no se entregó copia del acta y en ésta no se indica la hora de inicio y término de la actividad; (vii) el acta de fiscalización se limita simplemente a efectuar solicitudes de información inconexas y sin fundamentos; (viii) existe una inconsistencia en las fechas de la fiscalización contenidas en el acta; (ix) SERNAPESCA Biobío no procedió a revisar el total de las medidas de mitigación, por cuanto sólo fiscalizó el sistema *in take*; y, (x) en relación a la denuncia que origina la fiscalización, el Titular señala que dicha denuncia del Honorable Senador Alejandro 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;

46° En relación a estas alegaciones, es menester indicar que si bien la actividad corresponde a una encomendación por parte de esta Superintendencia, ésta 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 el artículo 16 de la Ley N° 19.880, pues quien concurrió a la actividad señalada era un organismo 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, el hacer mención a la realización de la charla en el acta de fiscalización;

47° 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 sólo los funcionarios habilitados como fiscalizadores de esta Superintendencia son ministros de fe y sólo 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 artículo 122 de la Ley N° 18.892, que contiene la Ley General de Pesca y Acuicultura, dispone 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 ministros de fe, calidad entregada por su 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°”;*

48° A mayor abundamiento, en el hipotético caso en que los hechos constatados en el acta de fiscalización por los funcionarios de SERNAPESCA Biobío no gozaren de la presunción legal alegada –cuestión totalmente descartada según considerando anterior–, tampoco aquello vicia el procedimiento administrativo, por cuanto no altera ninguno de los requisitos esenciales de la fiscalización ambiental ni tampoco el estándar de motivación de esta Resolución, toda vez que de acuerdo al artículo 51 de la LO-SMA *“los hechos investigados y las responsabilidades de los infractores podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica”;*

49° 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 éstas sean estrictamente indispensables y proporcionales al objeto de fiscalización. Que respecto a la metodología implementada, ésta se encuentra descrita precisamente por la Resolución Exenta N° 769/2012 de la Superintendencia del Medio Ambiente, norma de carácter general, por lo que se entiende conocida por toda la comunidad regulada;

50° 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 en la fiscalización ambiental de SERNAPESCA Biobío no se revisaron la totalidad de las instalaciones del proyecto y sólo se fiscalizó el sistema *in take*, corresponde señalar, en primer lugar, que se procedió de esa forma en atención a la situación de contingencia que ocurría en la Bahía de Coronel, priorizando así la máxima de buen servicio al que está obligada la Administración en orden a tomar oportunamente las acciones de fiscalización que correspondan. Cabe agregar, que esta situación era de conocimiento del Titular, circunstancia que quedó plasmada en la misma acta objetada con la firma del encargado por parte de COLBÚN S.A. En relación a la indicación de hora, ésta no es un requisito expreso del acta de fiscalización, por lo que no puede constituir un vicio esencial de la actividad de fiscalización. En relación a la fecha indicada en el acta de fiscalización, se debe señalar que esta no es una inconsistencia como alega el Titular. En este sentido, corresponde aclarar que el acta sí señala la fecha de la actividad de inspección, esto es, el 27 de marzo de 2013. Respecto a la indicación al final del acta, donde se coloca “28 de marzo de 2013”, corresponde a la aplicación del artículo Décimo Noveno de la Resolución Exenta N° 769/2012, es decir, al plazo que se entrega al Titular para enviar la información cuando es solicitada en una inspección en terreno. Finalmente, en relación al desarrollo de dicha inspección, se debe tener presente que ésta es dirigida y planificada por el organismo encomendado en conjunto con la Superintendencia y no está sujeta, en caso alguno, a los deseos u opiniones del Titular fiscalizado. Por su parte, 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 de los hechos constatados y registrados en el acta, cuya copia sí fue entregada a COLBÚN S.A. En consecuencia, todas las alegaciones del Titular expuestas en este considerando son meramente formales y no afectan el fondo de la actividad de inspección realizada. Por lo tanto, en caso alguno vician el procedimiento, pues no recaen sobre algún requisito esencial de la actividad de fiscalización ambiental, ni tampoco ocasionan perjuicio al regulado, pues su derecho a defensa se mantiene inalterado. Al respecto, aplica claramente el principio de la conservación del acto administrativo dispuesto en el inciso segundo del artículo 13 de la Ley N° 19.880, que dispone:

“Artículo 13.- (...) El vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado”;

51° Por último, en relación a la denuncia que origina la fiscalización, se hace necesario aclarar que lo que motiva la actividad de fiscalización no fue la denuncia del Honorable Senador Alejandro Navarro, sino los hechos públicos y notorios de la varazón de especies hidrobiológicas. Por lo tanto, son estos hechos, sumado a la conmoción pública de las comunidades cercanas, los que motivaron la fiscalización en comento. Luego, el Honorable Senador realizó una denuncia ante 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;

c. En relación a los descargos formulados por el Titular en cuanto a la exigencia contenida en el considerando 7.11 de la RCA N° 176/2007

52° En relación al fondo del cargo imputado a COLBÚN S.A., el Titular formuló, en resumen, los siguientes descargos:

(i) *“El considerando 7.11 establece en su parte final la posibilidad de revisar la RCA, cuando las variables ambientales no evolucionan conforme a lo previsto y establecer medidas si corresponde. Dicha posibilidad, se encuentra consagrada en el artículo 25 quinquies norma de carácter excepcional, que debe aplicarse cumpliéndose los requisitos de forma y fondo establecidos en la ley. Por lo anterior, la SMA no puede exigir anticipadamente y sin el análisis previo necesario para ello la implementación de medidas aún inexistentes, que no forman parte de la RCA y que el órgano competente, en este caso la Comisión de Evaluación de Biobío, no ha determinado en la forma que señala la ley; y,*

(ii) *“Colbún S.A. realizó todos los estudios, análisis de alternativas y gestiones ante los órganos públicos competentes con la finalidad de implementar una solución idónea, técnica y rápida al ingreso de especies hidrobiológicas. Así, confiando en las actuaciones de la Institucionalidad Ambiental, una vez obtenida la autorización para la implementación de la tecnología propuesta como medida de mitigación ambiental, Colbún inició su implementación, por lo que no se le puede imputar al titular del proyecto una falta o ausencia oportuna en la implementación de las medidas ambientales idóneas”;*

53° Por lo tanto, si se considera que el citado considerando 7.11 de la RCA N° 176/2007 obliga a COLBÚN S.A. a 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**, corresponde analizar al tenor de la redacción del referido considerando y los descargos formulados, dos elementos de dicha obligación, a saber: (i) la existencia de efectos ambientales no previstos; y, (ii) la adopción de una medida oportuna e idónea frente a la verificación de dichos efectos;

c.1. En relación a los efectos ambientales no previstos

54° El Titular señala que en el caso en comento no es aplicable el concepto de efectos no previstos, ya que el tenor literal del artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300 reduce su aplicación a la hipótesis de un procedimiento de Revisión de la Resolución de Calificación Ambiental, procedimiento que no se ha verificado en el presente caso, por lo que resultaría ilógico forzar su empleo en relación a la obligación contenida en el considerando 7.11 de la RCA N° 176/2007;

55° 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 dice relación con las variables evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento del proyecto, no es menos cierto que el sentido y alcance del concepto de “efecto no previsto” es mucho más amplio que ello;

56° El concepto de “efecto no previsto” no se encuentra definido expresamente en nuestra normativa vigente. En consecuencia, para aproximarnos al contenido de su sentido natural y obvio, debemos remitirnos al significado que la Real Academia de la Lengua Española (“RAE”) entrega sobre el particular. “Efecto” significa: ⁽¹⁹⁾ “Aquello que sigue por virtud de una causa¹¹”. Por su parte, “prever” significa: ^(1°) “Ver con anticipación” o ^(3°) “Disponer o preparar medios contra futuras contingencias¹²”;

57° 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 pronosticada ni evaluada con anticipación y para la cual no existan medios de contingencia expresamente establecidos;

58° Esta noción es reconocida por la propia LO-SMA, al otorgar en su artículo 3 letra h) la facultad de adoptar medidas urgentes ante tales eventos, en los siguientes términos:

“Artículo 3.- 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” (énfasis agregado);

59° Así las cosas, parece claro que el sentido y alcance de estos “efectos no previstos” adquiere una esfera mucho más profunda que la preceptuada por el artículo 25 quinquies, toda vez que comprende no sólo los seguimientos de las variantes ambientales evaluadas en relación a la figura de “Revisión de la Resolución de Calificación Ambiental”, sino también aquellos efectos e impactos no previstos y los efectos e impactos no evaluados y que sean aptos de generar daño inminente y grave al medio ambiente;

60° En este sentido, para el caso en concreto, la obligación de adoptar medidas ante efectos no previstos, nace de la propia Resolución de Calificación Ambiental, específicamente del considerando 7.11. Sostener que la Superintendencia

¹¹ <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=48Tvek3XjDXX2vLXGBQH>

¹² <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?id=CjCnsV7aDXX2B0cRh2u>

del Medio Ambiente sólo puede intervenir para la hipótesis normativa del artículo 25 quinquies, es abiertamente contrario a la Ley N° 19.300 en relación con la LO-SMA y al principio preventivo e incluso precautorio, ambos profusamente recogidos por la Corte Suprema¹³ ¹⁴;

61° Es en razón de ello que se instruyó un procedimiento sancionatorio en contra de COLBÚN S.A., a propósito de la succión masiva de especies hidrobiológicas en el sistema de enfriamiento de la Central Termoeléctrica Santa María, hecho que es apto para 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” al que hace mención el considerando 7.11 de la RCA N° 176/2008;

c.2. En relación a la adopción de una medida oportuna e idónea frente a la verificación de dichos efectos

62° Sin perjuicio de las alegaciones analizadas anteriormente, el Titular señaló en sus descargos que COLBÚN S.A. adoptó “una solución idónea, técnica y rápida” para enfrentar al ingreso de especies hidrobiológicas a las instalaciones del Proyecto, por lo que no se configuraría el incumplimiento imputado;

63° Al respecto, corresponde determinar si COLBÚN S.A., frente al efecto no previsto verificado, cumplió la obligación contenida en el considerando 7.11 de la RCA N° 176/2007. Es decir, si a partir de los antecedentes disponibles es posible precisar si el Titular adoptó o no una medida idónea y oportuna frente al evento de succión masiva de especies hidrobiológicas;

64° En este orden de ideas, corresponde señalar, en primer lugar, que el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, contenido en el Decreto Supremo N° 40/2012, del Ministerio del Medio Ambiente (RSEIA), precisa en el marco de los Estudios de Impacto Ambiental, tres tipos de medidas que se deben contemplar en relación a los impactos ambientales significativos que presente un proyecto o actividad, a saber: (i) las medidas de mitigación (artículo 98 del RSEIA), que son aquellas que tienen por finalidad evitar o disminuir los efectos adversos de un proyecto; (ii) las medidas de reparación (artículo 99 del RSEIA), que son aquellas que tienen por finalidad reponer uno o más de los componentes del medio ambiente; y (iii) las medidas de compensación (artículo 100 del RSEIA), que son aquellas que buscan producir un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado.

¹³ 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.

¹⁴ 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.

65° Es del caso señalar 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 que se hace necesario recurrir a su sentido natural y obvio del término. De este modo, la RAE ha definido “medida” como: ^(6°) *disposición y prevención*.¹⁵ En este sentido, es posible afirmar que en el concepto de “medidas” se comprende toda acción consciente dirigida a prevenir o menguar un resultado no deseado.

66° Así las cosas, el considerando en cuestión exige de COLBÚN S.A. una conducta real consistente en una acción positiva frente a un efecto no previsto, 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**” (énfasis agregado);

67° De lo anterior se sigue que, en los términos que se encuentra redactada la RCA N°176/2007, existe una obligación del Titular, que dice relación con el deber de adoptar medidas destinadas a hacerse cargo de los efectos no previstos que se presenten en la ejecución del Proyecto. Tales medidas se acercan a la naturaleza de las medidas de mitigación, dado que finalmente su objetivo es evitar o disminuir un efecto ambiental adverso;

68° En razón de lo anterior, cabe precisar que esta exigencia no se satisface entonces con cualquier despliegue de actividad del Titular, por cuanto, a lo menos, debe cumplirse con las directrices de oportunidad e idoneidad para alcanzar el estándar esperado en relación con el fin propuesto, que no es otra cosa que evitar o menguar el efecto ambiental indeseado. En este caso en particular, estas directrices están supeditadas tanto por la propia evaluación ambiental, como por el carácter técnico y dinámico de los principios orientadores del ordenamiento jurídico ambiental.

69° Por lo tanto, de acuerdo a la RCA N° 176/2007, la obligación del Titular frente a la verificación de los mencionados efectos no previstos es: (i) adoptar una medida; (ii) que dicha medida sea oportuna; y (iii) que dicha medida sea idónea;

70° En relación a la **obligación de adoptar una medida**, se verificó en el presente procedimiento administrativo sancionador que:

70.1. COLBÚN S.A., antes del período crítico de succión de especies hidrobiológicas, inició los estudios científicos y técnicos relacionados con el fenómeno de succión de biomasa;

70.2. Se concluyó también que el fenómeno masivo de succión se constató a propósito de un acontecimiento natural denominado surgencia;

70.3. De la misma manera, se ha demostrado que el Titular presentó ante la autoridad ambiental competente –con anterioridad al inicio del presente sancionatorio– 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, modificación que, de acuerdo al Servicio de Evaluación Ambiental de la Región del Biobío, no constituía un cambio de consideración respecto del Proyecto;

71° De la secuencia de acontecimientos descritos, existen elementos de hecho para determinar que es efectivo que se adoptaron por parte de COLBÚN S.A. medidas para mitigar el efecto de la succión de especies hidrobiológicas al sistema

¹⁵ 6. f. Disposición, prevención. U. m. en pl. *Tomar, adoptar medidas*. Véase en el Link: <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=NEuN3JmNYDXX26qSQQxL>, fecha de consulta 3 de junio de 2024.

del enfriamiento del Proyecto. Ahora bien, aboca referirse si estas medidas alcanzan el estándar de oportunidad e idoneidad exigido por las directrices señaladas anteriormente;

72° En relación a la **obligación de adoptar una medida oportuna**, 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, en lo que respecta a la oportunidad, debe ser proporcional a la complejidad referida;

73° En la especie, la génesis de la adopción de medidas por parte de COLBÚN S.A., comienza con el hito del requerimiento y posterior entrega del 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. 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° Adicionalmente, consta en el expediente administrativo sancionatorio que se acompañaron por parte del Titular 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; y, (v) Informe técnico, varazón de langostino colorado en la Bahía de Coronel, de fecha 27 de marzo de 2013 ("Informes Técnicos");

75° Respecto a estos Informes Técnicos 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 está propensa a verse afectada 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;

76° Posteriormente, por medio de la carta de pertinencia de COLBÚN S.A., GMA N° 0101/2013 y la Resolución Exenta N° 221/2013 del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región del Biobío, se materializó 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 acreditó el inicio y desarrollo de las obras de construcción de los filtros de succión en los meses de septiembre a noviembre de 2013;

77° Posteriormente, tal como se señaló con anterioridad, con 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. Tal actuación se llevó a cabo con fecha 27 de febrero de 2014, pudiendo constatarse que el sistema de filtros se encontraba implementado y operando, faltando sólo que el sistema de limpieza de aire comprimido de los filtros estuviese operativo, realizándose la limpieza en el intertanto por buzos de forma manual;

78° Por lo tanto, de acuerdo a las fechas en que el Titular comenzó a analizar las alternativas para enfrentar el señalado efecto no previsto, y las fechas de todas las actuaciones posteriores, se puede concluir que la medida adoptada finalmente fue oportuna;

79° En relación a la **obligación de adoptar una medida idónea**, 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 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 cinco segundos con una frecuencia de dos veces al día por cada filtro;

80° En este orden de ideas, 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 aprecia material significativo. Asimismo, en base a datos emanados 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 (cada mes se realizaron tres muestreos de tres días continuos de retención cada uno) 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 (biomasa de macrofauna, macroalgas, más el peso de restos de organismos, conchas y basura plástica) al sistema en condiciones marinas normales de la Bahía, es decir, sin eventos de surgencia (reducción sobre el

90% aproximadamente). Por lo tanto, resulta probado que las medidas adoptadas en orden de mitigar el efecto de la succión de especies hidrobiológicas han sido eficaces y eficientes;

81° 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;

82° En consecuencia, a partir de lo señalado anteriormente, es posible concluir que lo señalado por COLBÚN S.A. en sus descargos en relación a que *“no se le puede imputar al titular del proyecto una falta o ausencia oportuna en la implementación de las medidas ambientales idóneas”* es efectivo, por lo que corresponde acoger dicho descargo y, en consecuencia, desestimar el cargo formulado mediante el Ordinario U.I.P.S. N° 853 ya individualizado, toda vez que no fue posible probar los presupuestos del mismo;

III. Forma en que los hechos se han acreditado o comprobado en el procedimiento administrativo sancionatorio

83° En relación a la prueba rendida en el presente procedimiento sancionatorio, corresponde señalar 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 –a quienes se les reconoce la calidad de ministros de fe– y que se formalicen en el expediente sancionatorio, tendrán el valor probatorio del artículo 8, de modo que gozan de una presunción de legalidad o de certeza que debe ser controvertida y acreditada por los regulados;

84° Por otra parte, de acuerdo al artículo 51 de la LO-SMA, los hechos investigados y las responsabilidades de los infractores podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica;

85° Al respecto, a juicio de este Superintendente 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;

86° Se acompañaron los Informes Técnicos individualizados en el considerando 74° anterior, con los cuales 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 está propensa a verse afectada por factores ambientales o antrópicos. En virtud de lo anterior, se concluyó 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 en el verano, tal como se explicó anteriormente;

87° Por medio de la carta de pertinencia de COLBÚN S.A., GMA N° 0101/2013 y la 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**, tal como se señaló anteriormente;

88° 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, pudiendo constatarse que el sistema de filtros se encontraba implementado y operando, faltando sólo que el sistema de limpieza de aire comprimido de los filtros estuviese operativo, realizándose la limpieza en el intertanto por buzos de forma manual;

89° Respecto a la verisimilitud de los Informes Técnicos presentados por el Titular, se ha acreditado mediante declaraciones juradas presentadas por él mismo con fechas 23 y 24 de enero de 2014, la autoría, contenido y fecha de los mismos. En este sentido, don Pablo Barañao Díaz declara que hizo entrega de la versión final de Memorandum MP-04-2013 a COLBÚN 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, declara que mediante correo electrónico de fecha 27 de febrero de 2013, la empresa COLBÚN S.A. solicitó ayuda para identificar las especies hidrobiológicas encontradas. Posteriormente, recibió el encargo con fecha 5 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 COLBÚN 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 COLBÚN S.A. del informe "*Antecedentes Bibliográficos sobre Langostino Colorado (Pleuroncodes monodon)*". Posteriormente, con fecha 18 de abril del 2013, se hizo entrega a COLBÚN 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 COLBÚN 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 COLBÚN 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 es cierta;

90° 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 Proyecto 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, es posible afirmar que su costo bordea los cinco millones de dólares¹⁶;

91° 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,

¹⁶ 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.

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;

92° 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 también que en cada mes se realizaron tres muestreos de tres días continuos de retención cada uno, obteniendo un resultado drástico en la reducción de la cantidad de material succionado en condiciones normales del medio marino, es decir, sin eventos de surgencia, desde el hito de la instalación de las barreras físicas (filtros). Todos estos antecedentes obran en el expediente sancionatorio;

IV. Determinación de los hechos constitutivos de la

infracción

93° Consta en el presente procedimiento administrativo sancionador, que el Titular tomó acciones relativas a la adopción de medidas de mitigación, y que estas fueron oportunas e idóneas, de acuerdo a lo expuesto en los considerandos 72° y siguientes;

94° 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 el cargo formulado mediante el Ord. U.I.P.S. N° 853, no se logró acreditar en el presente procedimiento administrativo sancionatorio. Por el contrario, se logró acreditar que COLBÚN S.A. adoptó una medida oportuna e idónea para enfrentar el impacto no previsto, previamente descrito, según lo dispuesto en el considerando 7.11 de la RCA 176/2007;

95° Atendido lo señalado en el considerando anterior, este Superintendente no procederá a pronunciarse sobre las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA;

96° En razón de lo expuesto en los considerandos anteriores, se procede a resolver lo siguiente;

RESUELVO:

PRIMERO: Se establece la absolución del cargo formulado. En base a todo lo expuesto precedentemente, este Superintendente estima que el incumplimiento imputado a **COLBÚN S.A.**, Titular del proyecto "**Central Termoeléctrica Santa María**", calificado ambientalmente favorable mediante Resolución Exenta N° 176, de 12 de julio de 2007, de la Comisión Regional del Medio Ambiente del Biobío, no se logró acreditar en el presente procedimiento administrativo sancionatorio incoado por esta Superintendencia, por lo que se procede a absolver al Titular del cargo formulado mediante Ordinario U.I.P.S. N° 853, de fecha 29 de octubre de 2014, individualizado en el considerando 15° de la presente resolución.

SEGUNDO: Requerimiento de información. Con el fin de acreditar en el tiempo la efectividad de la medida consistente en la instalación de una batería de filtros de malla metálica adosados al cabezal de succión de agua de mar del proyecto Central Termoeléctrica Santa María y de conformidad con lo dispuesto en el literal e) del artículo 3 de la LO-SMA, requiérase a COLBÚN S.A. para que, en un plazo de 90 días hábiles contados desde la notificación de la presente Resolución, remita a esta Superintendencia la información relativa a la cantidad y volumen de biomasa que mensualmente ingrese al sistema, indicando, en caso de corresponder, los tipos de especies, el tamaño de ellas y su abundancia por especie. La información solicitada deberá ser remitida por medio del Sistema de Seguimiento Ambiental establecido en la Resolución Exenta N° 844 de 2013 de esta Superintendencia.

TERCERO: Recursos que proceden contra esta resolución. De conformidad a lo establecido en el párrafo 4° de los Recursos, de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, contra la presente resolución procede el recurso de reposición, en el plazo de cinco días hábiles contado desde el día siguiente a la notificación de la resolución, según lo dispone el artículo 55 de la misma ley. La interposición de este recurso suspenderá el plazo para reclamar de ilegalidad, siempre que se trate de materia por las cuales procede dicho recurso.

Asimismo, ante la presente resolución procede el reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental, dentro del plazo de quince días hábiles, contado desde la notificación de la resolución, según lo establecido en el artículo 56, en cuyo caso, no será exigible el pago mientras no esté vencido el plazo para interponer la reclamación, o ésta no haya sido resuelta.

ANÓTESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE



CRISTIÁN FRANZ THORUD
SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE (TP)



BFE/EIS/TDS/RPL

Notifíquese por carta certificada:

Distribución:

C.C.:

- Fiscalía, Superintendencia del Medio Ambiente.
- División de Fiscalización, Superintendencia del Medio Ambiente.
- División de Sanción y Cumplimiento, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Oficina de Partes, Superintendencia del Medio Ambiente.

Expediente Rol N° D-022-2013