

PROCEDIMIENTO: Reclamación del artículo 17 N°3 Ley N° 20.600

RECLAMANTE: Ilustre Municipalidad de Peñaflo

RUT: 69.071.700-K

ABOGADO: Víctos Jesam Torres

RUT: 15.325.544-6

RECLAMADA: Superintendencia del Medio Ambiente

RUT: 61.979.950-K

REPRESENTANTE: Emanuel Ibarra Soto

EN LO PRINCIPAL: Reclamación por el artículo 17 N°3 de la Ley N°20.600; **EN EL PRIMER OTROSÍ:** Acompaña documentos; **EN EL SEGUNDO OTROSÍ:** Patrocinio y poder; **EN EL TERCER OTROSÍ:** Forma de Notificación

ILUSTRE TRIBUNAL AMBIENTAL (2°)

VÍCTOR JESAM TORRES, abogado, cédula de identidad N [REDACTED] en representación como se acreditará de la Ilustre **MUNICIPALIDAD DE PEÑAFLO**, persona jurídica de derecho público, rol único tributario número 69.071.700-K, representada por su ALCALDE don **NIBALDO MEZA GARFIA**, chileno, divorciado, administrador público, cédula nacional de identidad número [REDACTED] todos domiciliados en calle Alcalde Luis Araya Cereceda número 1215, comuna de Peñaflo; a S.S Ilustre respetuosamente digo:

Que, dentro del plazo legal, vengo a interponer reclamación judicial de conformidad con lo establecido en el artículo 17 N°3 de la Ley 20.600, en relación con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "LOSMA"), en contra de la Resolución Exenta N°7, de fecha 2 de junio de 2022 (en adelante, "resolución reclamada"), de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "SMA"), que aprueba el programa de cumplimiento con correcciones de oficio y suspende procedimiento administrativo sancionatorio en contra Peteroa Energy SpA (en adelante, "el Titular"), solicitando que esta se deje sin efecto y, en definitiva, se ordene a la Superintendencia sancionar al Titular por infringir la RCA N°401/2019 en razón de los antecedentes de hecho y derecho que se exponen a continuación.

I. CUESTIONES FORMALES

1. Legitimación activa

El artículo 56 de la LOSMA establece que están legitimados para presentar la reclamación contra las resoluciones de la Superintendencia aquellos afectados que

estimen que estas no se ajusten a la ley, reglamentos o demás disposiciones aplicables. A su vez, el artículo 18 N°3 de la Ley N° 20.600 que crea los Tribunales Ambientales, que señala que:

Artículo 18.- De las partes. Los organismos de la Administración del Estado y las personas naturales o jurídicas que se señalan, podrán intervenir como partes en los asuntos de competencia de los Tribunales Ambientales, que en cada caso se indican, conforme con la enumeración del artículo 17:

3) En el caso del número 3), las personas naturales o jurídicas directamente afectadas por la resolución de la Superintendencia del Medio Ambiente

Lo anterior, en relación con el artículo 17 N°3 de la misma ley, que señala lo siguiente:

Artículo 17.- Competencia. Los Tribunales Ambientales serán competentes para:

3) conocer de las reclamaciones en contra de las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente. Será competente para conocer de estas reclamaciones el Tribunal Ambiental del lugar en que se haya originado la infracción.

En este caso, el interés de quien comparece por un lado por su calidad de denunciante y por ser el principal afectado por la resolución reclamada. El artículo 21 de la LOSMA le otorga la calidad de interesado al denunciante, cuestión que ha sido entendida así también por la doctrina especializada:

"El régimen de la denuncia reemplaza a la solicitud de parte interesada establecido en la LBPA. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 21 inciso segundo LOSMA debe entenderse que siempre que existe una denuncia existe un interés. En efecto, dicha norma dispone que: "En el evento que producto de tales denuncias se iniciare un procedimiento administrativo sancionador, el denunciante tendrá para todos los efectos legales la calidad de interesado en el precitado procedimiento". El concepto de interesado, por tanto, se beneficia de la amplitud que posee el mecanismo de denuncia, como también de la garantía expresa de interés aplicable en tales casos, el que incluso se extiende a la sede jurisdiccional¹

¹ Bermúdez, Jorge. (2014). Fundamentos de Derecho Ambiental. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso. p. 503

Por otro lado, la Municipalidad es una de los principales afectados por la resolución reclamada dado que la decisión tomada por la Superintendencia no soluciona el problema denunciado – en tanto no se hace cargo de los efectos producidos por las infracciones denunciadas ni tampoco de las obras que se ejecutan al margen de la Resolución de Calificación Ambiental – impidiendo que el titular fuera sancionado por las infracciones denunciadas.

2. Competencia de los Tribunales Ambientales

La Ley N° 20.600 prescribe en su artículo 17 N°3 que los Tribunales Ambientales serán competentes para conocer de las reclamaciones en contra de las resoluciones que dicte la SMA, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 56 de la LOSMA. A su vez, el artículo 5° letra b) señala que el Segundo Tribunal Ambiental tendrá competencia territorial “en las regiones de Valparaíso, Metropolitana de Santiago, del Libertador General Bernardo O'Higgins y del Maule. Así, al haberse producido la infracción en la comuna de Peñaflor, perteneciente a la región de Los Lagos, no cabe duda que este Ilustre Tribunal tiene competencia para conocer de la presente reclamación

3. Plazo

El artículo 56 de la LOSMA señala que los afectados que reclamen la legalidad de una resolución emanada de la Superintendencia del Medio Ambiente tendrán un plazo de 15 días para hacerlo, contado desde la fecha de su notificación y no hábiles judiciales o de días corridos

La resolución reclamada fue notificada el día jueves 2 de junio de 2022, según consta en el siguiente correo electrónico enviado por la SMA:

Notifica Resolución Exenta N° 7/Rol D-142-2021

N Notificaciones

Para:



Jue 02/06/2022 11:39

 Res. Ex. N° 7 ROL D-142-202...
2 MB

Señores
Ilustre Municipalidad de Peñafior

Por intermedio del presente, se remite a usted copia de la Resolución Exenta N° 7/Rol D-142-2021, de fecha 02 de junio de 2022, que Aprueba programa de cumplimiento con correcciones de oficio y suspende procedimiento administrativo sancionatorio en contra de Peteroa Energy SpA, en el procedimiento sancionatorio D-142-2021.

Al respecto, se hace presente que las resoluciones que se notifiquen a través de esta vía se entenderán practicadas el mismo día en que se realice el aviso a través de este medio.

Por último, cabe señalar que esta casilla no recibe ningún tipo de consultas, comentarios o respuestas, las cuales deberá encauzar a través de los canales correspondientes.

Saludos,



Notificaciones
Departamento de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente
Gobierno de Chile

Teatinos 280, Pisos 7, 8 y 9, Santiago, Chile
www.sma.gob.cl

Antes de imprimir piensa en tu compromiso con el MEDIOAMBIENTE

Responder

Responder a todos

Reenviar

II. LOS HECHOS

1. El proyecto

El proyecto “Parque Fotovoltaico Los Corrales del Verano” (en adelante, “el proyecto”), cuyo titular es la empresa Peteroa Energy SpA, fue calificado ambientalmente favorable mediante Resolución Exenta N°401, de fecha 23 de julio de 2019 (en adelante, “la RCA” o “RCA N°401/2019”), de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región Metropolitana.

El proyecto consiste en la instalación y operación de una planta solar fotovoltaica que tendrá una potencia de salida nominal de 18 MWac basada en la potencia instalada de 21,50 MWp. La planta utilizará 59.720 módulos de 360 Watts y contempla además una línea de media tensión de 12 kV, de 6,8 km de largo con punto de conexión en calle Jaromir Pridal y camino Guanaco.

El Parque Fotovoltaico se encuentra ubicado en el Camino Los Corrales S/N, Lotes P-2,3,7 y 8, comuna de Padre Hurtado. Por su parte, la línea de transmisión eléctrica (en adelante, “LTE”) está proyectada sobre las laderas este y sur del cerro Los Aramos, cuya servidumbre eléctrica inicia en la comuna de Padre Hurtado y finaliza en la comuna de Peñafior, ambas comunas ubicadas en la provincia de Talagante, Región Metropolitana de Santiago.

Respecto a la habilitación de la LTE, el proyecto autorizado contempla la construcción de 128 postes de hormigón armado, de 12,5 metros de altura útil, enterrados a una profundidad de 3 metros bajo el nivel del suelo. De acuerdo a lo reportado por el titular a través del Sistema de Seguimiento Ambiental, el proyecto dio inicio el día 25 de noviembre de 2020, estando actualmente en su fase de construcción.

2. Procedimiento sancionatorio Rol D-142-2021

2.1 Las denuncias contra Peteroa Energy SpA

A fines de abril de 2021 se presentaron tres denuncias a la SMA vinculadas con un afloramiento de aguas generado por la construcción de una torre de la LTE del Parque Fotovoltaico, en un sector ubicado en la comuna de Peñaflor, próximo al humedal El Trapiche. Dos de ellas corresponden a denuncias ciudadanas y una a la Municipalidad de Peñaflor.

En la denuncia de la Municipalidad, Mediante Oficio N°476/07, de 27 de abril de 2021, se denunciaban, en resumen, los siguientes hechos:

- En el punto de coordenadas 33°35'34,86"S – 70°53'43.73"O, existe una excavación profunda donde hay un afloramiento de aguas subterráneas, producto de la condición freática y mecánica de suelos propios de sectores de borde río,
- Frente a este afloramiento de aguas, la empresa contratista se encuentra extrayendo el agua de la excavación por medio de motobombas, inclusive en horario nocturno, a un ritmo de entre 2.500 l/min y 500 l/min, según indica personal de la empresa.
- Las aguas extraídas están siendo vertidas en lagunas adyacentes, que son parte de ecosistemas de "Humedales Ribereños" que forman parte de la Reserva Natural Municipal (en adelante "RENAMU") de Peñaflor, Parque El Trapiche, declarada como tal mediante Decreto Alcaldicio N°0302, de fecha 08 de marzo de 2021 y a su vez parte del polígono en vías de ser declarado en la comuna como "Humedal Urbano" en el marco de la Ley N°21,202 sobre esta materia.
- Es posible que esta actividad, en términos de composición físico-química de los cuerpos de agua, afecte el hábitat de las especies de fauna acuática presentes en el Humedal, tales como la Rana Chilena (*Calyptocephalella gayi*), el Pez

Carmelita (*Percilia gillissi*), el Bagre chico (*Trichomycterus areolatus*) y la Pancora (*Aegla laevis*), entre otras en categoría de conservación.

- La afectación indicada no se encuentra evaluada o medida según los parámetros estipulados en la RCA.
- La empresa titular no informó acerca del afloramiento en el plazo estipulado a la Superintendencia del Medio Ambiente, por tanto, está incurriendo en el incumplimiento de las medidas establecidas en la RCA.

Posteriormente, con fecha 03 y 14 de mayo de 2021 se efectuaron inspecciones ambientales al Parque Fotovoltaico, por parte de funcionarios de la División de Fiscalización y Conformidad Ambiental donde se constataron la afectaciones a la RENAMU y el humedal el Trapiche.

A su vez, la Dirección de Obras Municipales de Peñaflor, efectuó una fiscalización el día viernes 30 de abril, paralizando las obras asociadas a la excavación y citando al titular al Juzgado de Policía Local, por no contar con el permiso de edificación correspondiente al proyecto en ejecución, ni tampoco con las medidas sanitarias asociadas al COVID-19,

Por último, en respuesta al requerimiento de información, el titular presentó antecedentes mediante carta de fecha 13 de mayo de 2021, a partir de cuya revisión se pudo señalar que existen diferencias entre lo aprobado en la RCA N°401/2019 y el trazado definitivo. Esto corresponde a un cambio en la disposición de las estructuras y en la nomenclatura de las mismas. Específicamente, para el sector denunciado, el trazado definitivo incorpora dos estructuras adicionales no contempladas en la evaluación ambiental, denominadas P-74 y P-73, las cuales se encuentran ubicadas al norte de la posición original del poste P80, a una distancia aproximada de 50 y 90 metros, respectivamente.

Asimismo, se constata que no se cumplió la totalidad de las medidas contempladas en la RCA para el caso de afloramiento de aguas. En particular se incumple que “tanto el Titular y/o sus contratistas deben tener presente dar aviso inmediato a la SMA, en un plazo menor a 24 h, acerca de la ocurrencia de afloramiento de agua, señalando las medidas que ha aplicado hasta ese momento...”.

2.2 Las medidas provisionales pre-procedimentales y la formulación de cargos

A raíz de lo anterior, con fecha 28 de mayo de 2021 mediante Resolución Exenta N° 1173 se ordenaron una serie de medidas provisionales pre-procedimentales consistentes en:

- i) En relación a la fundación de la torre N°73 de la LTE: Mantener instalada la cinta y malla de seguridad alrededor del perímetro de la excavación, y la demás señalética que está habilitada en el terreno, de tal manera de asegurar que no se realicen trabajos en el lugar, salvo los que se indican en el numeral 2.
- ii) En relación al afloramiento de aguas, se deben ejecutar las siguientes acciones:
 - a. Presentar un informe con los resultados y análisis de las aguas afloradas que fueron muestreadas con fecha 06 de mayo de 2021, para verificar su calidad en relación a la NCh 409.
 - b. Efectuar pruebas hidráulicas para determinar los volúmenes y caudales de agua comprometidos en el afloramiento,
 - c. Presentación de un informe que integre los resultados de la toma de muestras de las aguas afloradas y de las pruebas hidráulicas, con las respectivas conclusiones y recomendaciones para la disposición final de dichas aguas, para su evaluación por esta Superintendencia.

Posteriormente, mediante la Resolución Exenta N° 1/Rol D-142-2021, de fecha 22 de junio de 2021, y de acuerdo con lo señalado en el artículo 49 de la Ley N°20.417 Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "LOSMA"), se dio inicio a la instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-142-2021, con la formulación de cargos en contra del titular, los que consistieron en los siguientes:

- i) “No ejecutar la totalidad de las medidas establecidas en la RCA N° 401/2019, en relación a afloramientos de agua, según se expresa en los considerandos 52 y siguientes del presente acto”. Lo anterior, en virtud del artículo 35 letra a) de la LOSMA, el que fue clasificado como grave, en virtud de la letra e), del numeral 2, del artículo 36 de la misma ley, por incumplir gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva Resolución de Calificación Ambiental,

- ii) "Introducir modificaciones al proyecto aprobado mediante RCA N° 401/2019, que constituyen cambios de consideración, sin contar con la respectiva Resolución de Calificación Ambiental, según lo expresado en los considerandos 23 al 51 del presente acto". Lo anterior, en virtud del artículo 35 letra b) de la LOSMA, el que fue clasificado como grave, en virtud de la letra d), del numeral 2, del artículo 36 de la misma ley, por la ejecución de proyectos o actividades del artículo 10 de la Ley N° 19,300, al margen del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, si no están comprendidos en los supuestos de la letra f) del número anterior,

3. El Programa de Cumplimiento de Peteroa Energy SpA

Con fecha 15 de julio de 2021, Peteroa Energy SpA presentó su PdC consistente en un total de 9 acciones, de las cuales 6 se encuentran ya ejecutadas y 3 serían ejecutadas luego de aprobarse y estar vigente el programa.

Tal como consta en el PdC presentado, las acciones ya ejecutadas corresponden a "(i) capacitación al personal sobre el contenido del plan de prevención de contingencias y de emergencias, de forma previa a los trabajos; (ii) verificación de la calidad de las aguas afloradas mediante la toma de muestras a través de laboratorio acreditado, la que asegura que la calidad de las aguas es de similar calidad natural a la de la fuente; (iii) ejecución de pruebas hidráulicas para determinar los volúmenes y caudales de agua comprometidos en el afloramiento; (iv) entrega de los resultados de los análisis químicos y pruebas hidráulicas a la SMA, a través de un informe con el detalle de los hechos; (v) propuesta a la Autoridad de relleno de la excavación de la torre N° 73, como medida de gestión definitiva para el manejo de las aguas afloradas que aún permanecen al interior de dicha excavación; y, (vi) informe que valida la instalación de la torre P80 en el lugar contemplado por la RCA N° 401/2019, evitando la presencia de napas subterráneas."

Por otro lado, las acciones por ejecutar consisten en: "(i) implementar medida de gestión de las aguas afloradas que aún permanecen al interior de la excavación de la torre N°73, conforme a lo aprobado por la SMA (relleno de la excavación); (ii) realizar charlas a todo el personal que trabaje en el relleno de la excavación de la torre N° 73 y en la construcción de la torre P80, y, en general, a todo el personal que intervenga en la construcción del tendido eléctrico, sobre los contenidos de la RCA N° 401/2019, especialmente en materia de afloramientos; y, (iii) instalar la torre P80 en el lugar considerado por la RCA N° 401/2019."

Como se desarrollará a lo largo de esta reclamación, las medidas propuestas por el titular no generan un cambio sustancial en la situación fáctica dado que no se hacen cargo de los efectos generados por el afloramiento de aguas ni la construcción de la torre sin autorización ambiental, que ocurren en el contexto de un cambio en las características y valoración ambiental del área: la declaración de Humedal Urbano El Trapiche.

4. La Resolución Exenta N° 7 de la SMA

Con fecha 2 de junio de 2022 la Superintendencia del Medio Ambiente dictó la Resolución Exenta N° 7 mediante la cual aprueba el programa de cumplimiento presentado por Peteroa Energy SpA con correcciones de oficio, suspendiendo además el procedimiento sancionatorio en contra de dicho titular.

La resolución impugnada en estos autos señala en su parte resolutive, la SMA decidió:

“I. APROBAR, el programa de cumplimiento refundido presentado por Peteroa Energy SpA, con fecha 25 de noviembre de 2021, en relación con los cargos contenidos para las infracciones al artículo 35 a) y h) de la LO-SMA, con las siguientes correcciones de oficio realizadas por esta Superintendencia, **sin perjuicio de la presentación refundida que debe realizar la empresa, según se indica en el resuelvo VI de la presente resolución. **Las correcciones de oficio** que se realizarán al programa de cumplimiento son las siguientes:**

1. En las **acciones N° 1, N° 2, N° 3 y N° 7**, la empresa debe especificar claramente en el ítem **medios de verificación** el contenido de los anexos citados. A modo de ejemplo, en la acción N° 1 en el reporte inicial, en vez de indicar que se incluye el anexo N° 1 del PdC, debe detallar “1. Informes de monitoreo. 2. Registros físico-químicos. 3. Planillas en formato Excel de las muestras. 4. Comprobante de carga al SSA del reporte consolidado sobre medidas ante afloramiento de aguas”. Lo anterior, debe ser realizado en cada una de las acciones indicadas en el presente párrafo.

2. Eliminar la **acción N° 4**, considerando que esta no tiene por finalidad volver al cumplimiento de la normativa infringida y que el acuerdo sobre la gestión final de las aguas afloradas se desprende con la aprobación del PdC, en especial con la incorporación de la acción N° 5 que se encarga de ello.

3. En la **acción N° 6**, el titular debe incluir en el ítem **medios de verificación**, en el reporte final, el compendio de registros sobre las charlas elaboradas, donde

se incluyan fotografías georreferenciadas y fechadas de la capacitación, PowerPoint de las charlas realizada, así como el CV de quien las haya realizado.

4. En la **acción N° 8** el titular debe modificar el ítem **fecha de inicio y plazo de ejecución**, considerando los impedimentos indicados a través de las diversas presentaciones de la empresa, por lo que debe indicar como plazo de ejecución “desde el día 23 de noviembre de 2021 y por 9 semanas contadas desde la notificación de la resolución que aprueba el PdC”. Ello, atendiendo a lo indicado por el titular en el cronograma, donde se estableció el plazo de 9 semanas desde aprobado el PdC.

5. En la **acción N° 9**, en el ítem **medios de verificación**, tanto en el reporte de avance como en el reporte final debe indicar “Esta acción no requiere un reporte o medio de verificación específico, y una vez ingresados los reportes y/o medios de verificación para las restantes acciones, se conserva el comprobante electrónico generado por el sistema digital en el que se implemente el SPDC”.

[...]

IV. INCORPORAR al presente procedimiento, las denuncias individualizadas en el considerando 20 de esta resolución, en aplicación del principio de economía procedimental contenido en el artículo 9° de la Ley N° 19.880, en atención a que ambas gozan de identidad sustancial y presentan una íntima conexión con los cargos formulados en el procedimiento en curso.

V. SUSPENDER el procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-142-2021, el cual podrá reiniciarse en caso de incumplirse las obligaciones contraídas en el programa de cumplimiento, en virtud del artículo 42 de la LO-SMA.

VI. SEÑALAR que **Peteroa Energy SpA, deberá presentar el programa de cumplimiento refundido aprobado, que incluya las correcciones de oficio establecidas en el resuelvo I de esta resolución, a través de la plataforma electrónica del “Sistema de Seguimiento de Programas de Cumplimiento”** creada mediante la Resolución Exenta N° 166, de 8 de febrero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, **dentro del plazo de 10 días hábiles contados desde la notificación del presente acto**, bajo apercibimiento de ser considerado como un antecedente de la ejecución satisfactoria o insatisfactoria del programa de cumplimiento. Adicionalmente, se hace presente que dicha plataforma es el medio único y obligatorio para la recepción, gestión y

seguimiento de los reportes que deban realizar los titulares de programas de cumplimiento aprobados por la SMA.

[...]

VIII. DERIVAR el presente programa de cumplimiento refundido a la División de Fiscalización y Conformidad Ambiental de la Superintendencia del Medio Ambiente, para que proceda a fiscalizar el efectivo cumplimiento de las obligaciones establecidas en el mismo. Por lo anterior, toda presentación que deba remitirse a esta Superintendencia en contexto del desarrollo de las acciones contempladas en el PdC debe ser dirigida al Jefe de la División de Fiscalización y Conformidad Ambiental.

IX. HACER PRESENTE a **Peteroa Energy SpA** que, conforme con lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación y el artículo 42 inc. 5 de la LO-SMA, este instrumento será fiscalizado por esta Superintendencia, **y que en caso de incumplimiento de las obligaciones contraídas en este, se reiniciará el procedimiento administrativo sancionatorio, pudiendo aplicarse hasta el doble de la multa** que corresponda a la infracción original, considerándose, en tal caso, el grado de cumplimiento para determinar la sanción específica.

X. SEÑALAR que, a partir de la fecha de notificación del presente acto administrativo, se entiende vigente el programa de cumplimiento, por lo que el plazo de ejecución de las acciones contenidas en el mismo deberá contarse desde dicha fecha.

XI. SEÑALAR que, de acuerdo a lo informado por el titular, los costos asociados a las acciones comprometidas en el programa de cumplimiento ascenderían a \$94.451.966 (noventa y cuatro millones cuatrocientos cincuenta y un mil novecientos sesenta y seis pesos), sin perjuicio de los costos en que efectivamente se incurra en el programa de cumplimiento y, que deberán ser acreditados junto a la presentación del reporte final.

XII. HACER PRESENTE que en virtud del artículo 42 inciso segundo de la LO-SMA, el plazo fijado por esta Superintendencia para **la duración total del PdC será de 11 semanas**, contadas desde la notificación del presente acto, plazo que incluye los 20 días hábiles en que deberá ingresarse el informe final de cumplimiento.

[...]"

Dicha resolución deviene en ilegal toda vez que no se cumplían los requisitos legales para aprobar el cumplimiento dado que, como se expondrá a continuación, el titular no se hace cargo de los efectos negativos generados a causa de su incumplimiento a la normativa ambiental.

III. EL DERECHO

Como se adelantó, la decisión tomada por la resolución reclamada no resuelve en modo alguno el problema planteado en la denuncia presentada por esta parte, pues, mediante la aprobación del programa de cumplimiento, desestima sancionar el ilícito, cual es, las modificaciones realizadas al proyecto sin contar con RCA y los impactos generados por el afloramiento de aguas producto de la no ejecución de las medidas establecidas por la Resolución de Calificación Ambiental.

1. En este caso el PdC no sirve para dar cumplimiento a la normativa ambiental

1.1 Sobre el contenido y finalidad de un PdC

La Ley N° 20.417 introdujo una serie de mecanismos para dar flexibilidad a los regulados para el cumplimiento de la normativa ambiental², entre los cuales se encuentra el programa de cumplimiento (en adelante, "PdC").

El artículo 42 de la LOSMA define los programas de cumplimiento como "el plan de acciones y metas presentado por el infractor, para que dentro de un plazo fijado por la Superintendencia, los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique". Esta redacción se encuentra también en la letra g) del art. 2 D.S N°30/2013 del Ministerio del Medio Ambiente, que Aprueba Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación (en adelante, "Reglamento" o "RPdC").

Por su parte, es el mismo Reglamento que en su artículo 7 establece el contenido mínimo de los Programas de Cumplimiento:

Contenido. El programa de cumplimiento contendrá, al menos, lo siguiente:

² Biblioteca del Congreso Nacional. (2016). Historia de la Ley N° 20.417. p. 11

- a) Descripción de los hechos, actos u omisiones que constituyen la infracción en que se ha incurrido, así como de sus efectos.
- b) Plan de acciones y metas que se implementarán para cumplir satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique, incluyendo las medidas adoptadas para reducir o eliminar los efectos negativos generados por el incumplimiento.
- c) Plan de seguimiento, que incluirá un cronograma de las acciones y metas, indicadores de cumplimiento, y la remisión de reportes periódicos sobre su grado de implementación.
- d) Información técnica y de costos estimados relativa al programa de cumplimiento que permita acreditar su eficacia y seriedad.

Además de lo anterior, el Reglamento establece en su artículo 9 una serie de criterios que debe observar la Superintendencia para aprobar un PdC que constituyen un estándar mínimo que debe cumplir todo programa, a saber: (i) integridad; (ii) eficacia; y (iii) verificabilidad.

El criterio de **integridad** se encuentra definido en el art. 9 letra a) del reglamento sobre programas de cumplimiento como “Las acciones y metas deben hacerse cargo de todas y cada una de las infracciones en que se ha incurrido, y sus efectos”. De esta manera, se entiende que debe existir una coherencia entre los hechos constitutivos de infracción y la forma de subsanarlos con las acciones y metas propuestas en el programa.

Esta integridad debe existir tanto a nivel interno (dentro del PdC) como también a externo (a nivel del procedimiento sancionatorio)³, debiendo el infractor hacerse cargo de todas las infracciones que se le imputen que sean compatibles con la presentación de un PdC⁴.

El segundo criterio que debe cumplir el PdC es el de la **eficacia**, definido en el mismo cuerpo legal citado con anterioridad en el art. 9 letra b) que establece que “Las acciones y metas del programa deben asegurar el cumplimiento de la normativa infringida, así como contener y reducir o eliminar los efectos de los hechos que constituyen la infracción”. Esto significa que no solo existe una obligación de volver al estado inicial

³ Ossandón. Jorge. (2015). Incentivos al cumplimiento ambiental. Santiago: Libromar. p. 244

⁴ En este sentido, sentencia del Segundo Tribunal Ambiental en causa Rol R-68-2015.

de cumplimiento de la normativa ambiental sino que además debe hacerse cargo de los efectos de las infracciones cometidas⁵.

El último criterio es el de **verificabilidad**, consagrado en el art. 9 letra c) del RPdC como “Las acciones y metas del programa de cumplimiento deben contemplar mecanismos que permitan acreditar su cumplimiento”. Así, la SMA debe observar el plan de seguimiento y los demás instrumentos e indicadores establecidos para acreditar el cumplimiento del PdC⁶.

Respecto a estos criterios y en relación a la función del PdC, este Ilustre Segundo Tribunal ambiental ha manifestado lo siguiente:

Vigésimo sexto. Que, como puede observarse al tenor de los preceptos reproducidos, **los criterios para aprobar un programa de cumplimiento confirman que este instrumento se estructura en función de la protección del medio ambiente.** En efecto, de su sola lectura, **se puede apreciar que todos ellos se dirigen no sólo a asegurar el cumplimiento de la normativa infringida, sino que también a que el administrado se haga cargo en su programa de los efectos de su incumplimiento.** Es de tal importancia el cumplimiento de este binomio norma-efecto, que el estatuto reglamentario en su inciso 2° del artículo 9 establece una prohibición de carácter general para evitar las consecuencias que se puede seguir de la aprobación de programas defectuosos, prescribiendo que: “En ningún caso se aprobarán programas de cumplimiento por medio de los cuales el infractor intente eludir su responsabilidad, aprovecharse de su infracción, o bien, que sean manifiestamente dilatorios”. (énfasis agregado)

Vigésimo séptimo. Que, por todo lo anterior, **se hace absolutamente necesario que el titular describa los efectos que se derivaron de los hechos actos u omisiones que fueron parte de la formulación de cargos. Para el caso que estime que ellos no concurren, deberá señalar las razones de su ausencia, con un nivel de detalle que dependerá de las características del caso en concreto, lo que debe ser determinado por la SMA. Solo si se cuenta con una correcta descripción de los efectos, se podrá precisar si las acciones y metas propuestas en el programa de cumplimiento cumplen con la obligación de “reducir o eliminar” dichos efectos, satisfaciendo, de esta**

⁵ Así lo han entendido los Tribunales Ambientales, por ejemplo este Ilustre Tribunal en Sentencias causas Roles R-68-2015, R-82-2015 o R-104-2016, solo por mencionar algunas.

⁶ Ossandón. Op. Cit. p. 246.

manera, los criterios de integridad y eficacia. En consecuencia, sólo una explicación fundada acerca de la no concurrencia de efectos negativos, permitirá aprobar programas pese a que sus acciones y metas no contemplen medidas destinadas a reducirlos o eliminarlos.” (énfasis agregado)⁷

La doctrina especializada, por su parte, ha señalado que este mecanismo constituye “una vía para evitar la sanción administrativa, consistente en un compromiso adoptado por el presunto infractor de normas o instrumentos de carácter ambiental, para ejecutar satisfactoriamente una serie de acciones y metas dirigidas a corregir su comportamiento antijurídico, como así también hacerse cargo de los efectos negativos al medio ambiente generados por el incumplimiento, si corresponde”⁸.

De esta manera, se puede ver que el énfasis está puesto no solo en el retorno al estado de cumplimiento de la legalidad sino también a hacerse cargo de los efectos que estas acciones hayan generado en el medio ambiente.

Al respecto, la Excm. Corte Suprema ha señalado que:

“[...] Se debe tener presente en el análisis que el nuevo sistema regulatorio que rige en materia ambiental se construye sobre la base de los principios de prevención, eficacia y promoción del cumplimiento, en cuyo contexto se inserta el programa de cumplimiento como instrumento de incentivo, que determina que un proceso sancionatorio no termine necesariamente con una sanción, sino que culmine con el cumplimiento de un programa que materialice la protección del bien jurídico que a través del incumplimiento se vio amenazado.

Se debe indicar que la aprobación y ejecución de un programa de cumplimiento constituye una forma anormal o extraordinaria de poner término del proceso administrativo sancionador. Así, se señala: "Como forma extraordinaria o anormal se incorpora en materia ambiental la satisfacción plena del programa de cumplimiento. (Jorge Ossandón Rosales, "Incentivos al cumplimiento ambiental", Editorial Libromar, año 2015, p. 203)."⁹

⁷ Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental de fecha 24 de febrero de 2017 en causa Rol R-104-2017

⁸ García, William y Soto, Francisca. (2021). Los programas de cumplimiento en materia ambiental y el problema del impacto del cambio de circunstancias en su eficacia. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 33 [enero-junio 2021]. p. 198.

⁹ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 3 de julio de 2017 en causa Rol 67.418-2016. En el mismo sentido, Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental de fecha 22 de julio de 2016 en causa Rol R-68-2015.

De esta forma, no basta con la mera invitación y consecutivo compromiso del presunto infractor para volver al cumplimiento de la normativa infringida, sino que el objeto último es la protección del medio ambiente a través de acciones y metas que garanticen la indemnidad del medio ambiente¹⁰.

En definitiva, huelga recordar que los Planes de Cumplimiento son instrumentos de gestión ambiental¹¹, es decir, están compuestas por “el conjunto de **medidas** de variado orden (jurídicas, económicas, planificadoras, etc.) destinadas al logro de **finalidades** de protección y mejoramiento ambiental”¹². O, en otras palabras la finalidad pública a la que está adscrita la potestad de la Superintendencia para dictar Planes de Cumplimiento, deben necesariamente maximizar la protección ambiental. De forma tal que el “cumplimiento ambiental” no debe interpretarse alienado de la tutela de los objetos jurídicos protegidos por el Derecho Ambiental, en el caso en autos, un Humedal, entre otras afectaciones.

Tal como se desarrollará en el siguiente apartado, el PdC de Peteroa Energy SpA aprobado por la Superintendencia no cumple con los criterios establecidos por la normativa ambiental al no satisfacer los criterios mencionados anteriormente.

1.2 El PdC no se encuentra suficientemente motivado dado que no se hace cargo de los efectos producidos por el incumplimiento de su RCA en relación a afloramientos de agua.

a) El valor ambiental del Humedal El Trapiche

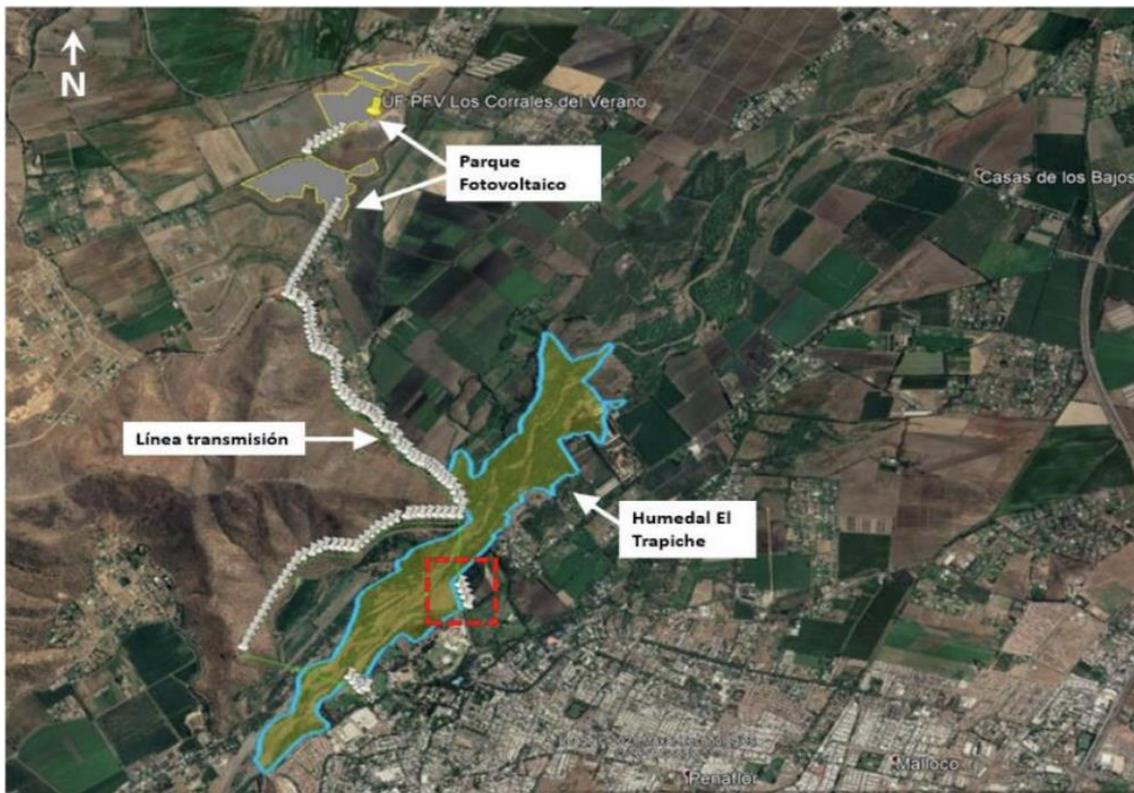
Como se mencionó con anterioridad, el primer hecho constitutivo de infracción que se le imputó a Peteroa Energy SpA fue el de “no ejecutar la totalidad de las medidas establecidas en la RCA N° 401/2019, en relación a afloramientos de aguas”. Este cargo fue calificado como una infracción al artículo 35 letra a) de la LOSMA, clasificada en virtud del literal e) del numeral 2 del artículo 36 de la LOSMA como grave toda vez que son hechos, actos u omisiones que contravienen las disposiciones pertinente que incumplan gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva RCA.

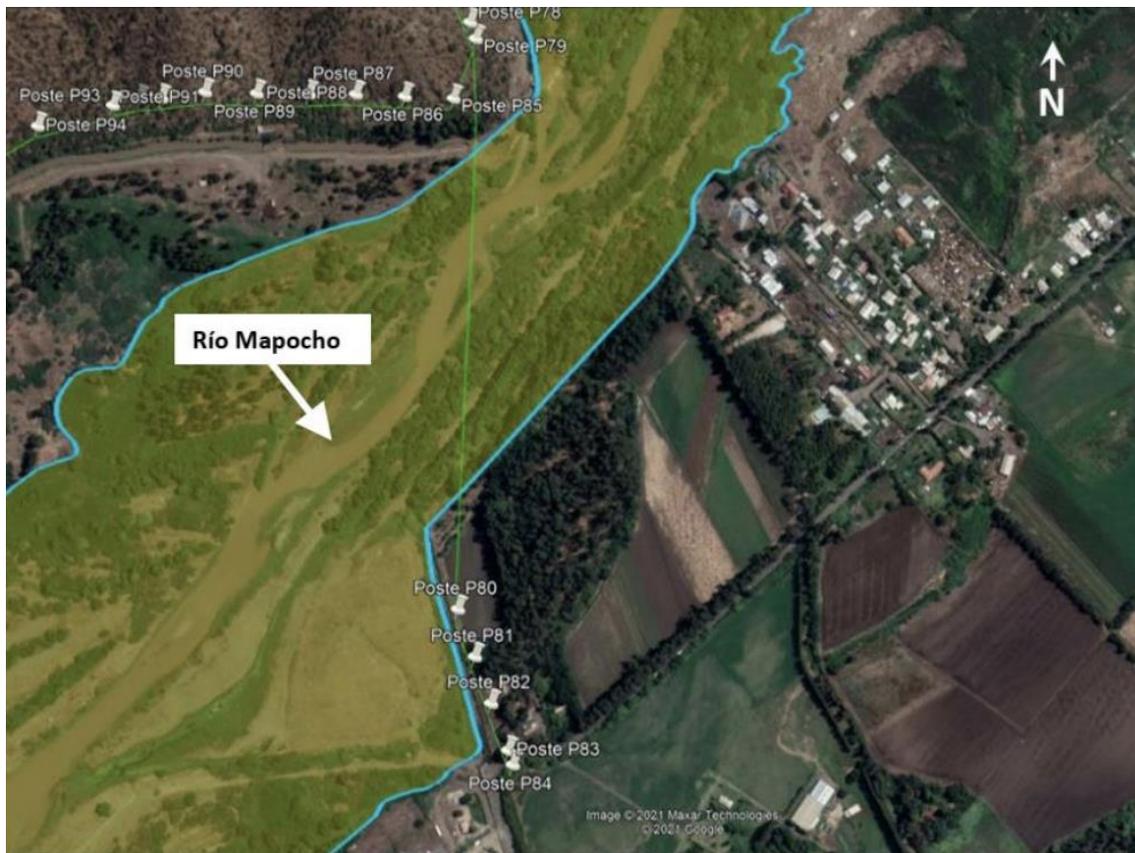
¹⁰ García. Op. Cit. p. 199

¹¹ Es decir, son un instrumento diverso y autónomo a la potestad sancionatorio al tener medios y fines diversos.

¹² Bermúdez, Jorge. (2014). Derecho Administrativo General. Santiago: Thomson Reuters. p. 192.

Así, producto de un incumplimiento a las obligaciones establecidas en su RCA, para la instalación de una torre de transmisión eléctrica ubicada la empresa realizó una excavación profunda que produjo un afloramiento de aguas subterráneas que fueron extraídas y vertidas en lagunas adyacentes, afectando áreas protegidas y de alto valor ambiental, siendo estos los “Humedales Ribereños”, que forman parte de la Reserva Natural Municipal (RENAMU) de Peñaflor, Humedal y Parque El Trapiche y parte del polígono declarado Humedal Urbano El Trapiche en la comuna, tal como se ve en las siguientes imágenes:





El vertimiento de estas aguas se realizó directamente en lagunas adyacentes, que son parte de ecosistemas de “Humedales Ribereños” que forman parte de la Reserva Natural Municipal (en adelante “RENAMU”) de Peñaflor, declarada como tal mediante Decreto Alcaldicio N°0302, de fecha 08 de marzo de 2021, del Parque Municipal y parte del polígono del Humedal El Trapiche, declarado como “Humedal Urbano” en el marco de la Ley N°21.202 sobre esta materia

Respecto a sus condiciones físicas y ecológicas, corresponde a una depresión inundada con agua dulce, con profundidades entre los 7 y 50 cm aproximados, con una superficie de 870 m² aproximados y con una forma irregular con orientación Este/Oeste. El agua ingresa en esta depresión desde el Noreste mediante esteros naturales abastecidos por la hoya hidrográfica del Estero Aguas Frías, paralelo al Río Mapocho e influenciado por éste.

El valor ambiental del área es evidente, pues presenciamos un terreno con una serie de humedales, que permiten el desarrollo de flora y fauna característica de valor ambiental relevante para la zona y para el turismo. Estas zonas húmedas concentran una gran diversidad de flora y fauna, creando ecosistemas únicos y de gran riqueza. Son fuentes de agua dulce, que tienen una función reguladora del clima y amortiguan las precipitaciones e inundaciones en las cuencas. Son esenciales para la biodiversidad, ya

que son el hogar de muchos animales, plantas, insectos y aves, que los habitan de forma permanente o estacional, como las aves migratorias”¹³.

El titular, en el Anexo X del Adenda Complementaria del Proyecto, agregaba al respecto que:

“De igual forma, han sido considerados por la Convención de Ramsar como ecosistemas frágiles. Su alta vulnerabilidad está asociada a causas naturales (ejemplo: extensas sequías) y antrópicas. De estas últimas las causas más relevantes -que llevan a la degradación de estos humedales- son: la extracción de agua para usos agrícolas y mineros, la fragmentación de los sistemas acuáticos, los intensos procesos de urbanización, las quemadas, la contaminación y la construcción de grandes obras de infraestructura, además del alto crecimiento de la población humana y una sectorizada y poco integral planificación del desarrollo (Abramovitz, 1996; Rangel, 2000; Canevari et al., 2001; Hofstede et al., 2003; Grupo de Contacto sobre Humedales Altoandinos & UICN Sur, 2004).”

Tal como se señala en RCA del proyecto, el titular en los Anexos VIII, IX y X de la Adenda Complementaria, presenta una Caracterización del Humedal El Trapiche y zona riparia del río Mapocho, el que incluye información bibliográfica y de terreno para anfibios, aves, mamíferos y flora, concluyendo que el Proyecto no intervendrá el sector del Humedal El Trapiche, cuestión que como sabemos en definitiva no ocurrió.

Así, en su Anexo X, señala:

“El Humedal El Trapiche alberga un ecosistema muy importante a nivel regional y nacional, considerando la presencia de especies de carácter endémico y en categorías de conservación (Pez carmelita en Peligro de Extinción y Rana Chilena en estado Vulnerable). El resguardo y conservación del humedal aumenta las capacidades de este para albergar fauna especialista de hábitat (anfibios, aves y mamíferos acuáticos), estas especies son muy vulnerables frente a los cambios de su entorno, por ende, prima la importancia de conservar los humedales manteniendo las condiciones óptimas para mantenerse. Cabe indicar que a pesar de no ser considerado como un humedal Ramsar, ni tampoco estar incluido

¹³ Montenegro, Sergio. Humedales en Chile: ¿Protección o abandono? Crítica a la nueva Ley de Humedales Urbanos y su Reglamento. En: Repensando la regulación de las aguas: crisis socioambiental y proceso constituyente. Actas de las III jornadas del régimen jurídico de las aguas. Der Ediciones. Santiago, 2021. P. 508.

dentro del Inventario de Humedales (2016) elaborado por el Ministerio de Medio Ambiente y las medidas de protección elaboradas por Conaf, Codef y la SNASPE, el sitio es refugio de especies en peligro de extinción y mantiene biodiversidad faunística de carácter endémico tales como el Coipo, la Rana Chilena y el Pez Carmelita. Por ende, es importante la conservación del Humedal El Trapiche y el entorno natural que mantiene al interior de su ecosistema.”

El 10 de septiembre de 2021, mediante la Res. Ext. N° 1001, se ha declarado toda el área del humedal como “Humedal Urbano El Trapiche”, en el marco de la Ley N°21.202, proceso que se inició de oficio por el Ministerio del Medio Ambiente, a partir de la Res. Ext. N°62, del 22 de enero de 2021.

En la resolución declaratoria se señala que:

“8. Que, según consta en la Ficha Descriptiva, el humedal El Trapiche fue considerado en el presente proceso de declaratoria de oficio por cuanto es un ecosistema que presenta altos niveles de amenaza por la presencia de microbasurales, extracción de vegetación no regulada, caza ilegal de especies nativas, presencia de especies exóticas, extracción no regulada de agua del cauce, afectación por desarrollo inmobiliario, entre otros; constituye hábitat de especies clasificadas en categoría de amenaza, como el pez carmelita (*Percilia gillissi*), clasificado “En Peligro” y la Rana chilena (*Calyptocephalella gayi*), clasificada como “Vulnerable”; y es un ecosistema relevante en cuanto a su provisión de servicios ecosistémicos por cuanto contribuye a la regulación climática y provee agua para riego, entre otros.

En cuanto a la biodiversidad presente en el área, en la Ficha Identificación Humedal Urbano que forma parte del expediente de declaración de Humedal Urbano, y con apoyo de la información obtenida por: (1) el proyecto “Desarrollo de investigación aplicada y actividades de difusión para la conservación de la Rana Chilena (*Calyptocephalella gayi*) en la Región Metropolitana de Santiago” financiado por la Seremi de Medio Ambiente RM entre los años 2015 y 20197; (2) levantamiento propio de información con apoyo de la plataforma e-bird y datos contrastados en terreno; y (3) levantamiento de información por parte del instituto Duoc UC a través de prácticas profesionales, se señala que:

“El curso fluvial en los sectores nororiente del polígono propuesto, posee una presencia marcada de Sauce Chileno (*Salix humboldtiana*) con individuos que van desde los 10 a los 30 metros de altura aproximadamente, asimismo existe presencia de Maitén (*Maytenus boaria*) y otras especies arbóreas introducidas

como el Ricino (*Ricinus communis*), el Palqui inglés (*Nicotiana glauca*), Sauce crepo (*Salix matsudana*), entre otras. Asimismo, entre mamíferos se puede apreciar la presencia de Coipo (*Myocastor coypus*), Quique (*Galactis cuja*), y conejo europeo (*Oryctolagus cuniculus*). Respecto a la avifauna, es posible avistar la presencia de a lo menos 60 especies distintas, entre las cuales destacan Passeriformes como el Cachudito (*Anairetes parulus*); el Chercán (*Troglodytes aedon*); Fio fio (*Elaenia albiceps*); Chincol (*Zonotrichia capensis*); Chirihue (*Sicalis luteola luteiventris*); Siete colores (*Tachuris rubrigastra*), Anseriformes como Pato jergón chico (*Anas flavirostris*); Pato gargantillo (*Anas bahamensis*); Pato colorado (*Spatula cyanoptera*); Pato real (*Mareca sibilatrix*), Pelecaniformes como la Garza grande (*Ardea alba*); Garza chica (*Egretta thula*); Garza Boyera (*Bubulcus ibis*); Garza cuca (*Ardea cocoi*); Huairavo (*Nycticorax nycticorax*); Cuervo de pantano (*Plegadis chihi*), Charadriiformes como el Perrito (*Himantopus mexicanus*); Pitotoy chico (*Tringa flavipes*); Gaviota dominicana (*Larus dominicanus*), Suliformes como el Yeco (*Phalacrocorax brasilianus*), Falconiformes como el Tiuque (*Milvago chimango*); Cernícalo (*Falco sparverius*); Bailarín (*Eleanus leucurus*), Accipitriformes como el Peuco (*Parabuteo unicinctus*); Vari (*Circus cineareus*), Strigiformes como la Lechuza (*Tyto alba*); Chuncho (*Glaucidium nanum*), Columbiformes como la Paloma de alas blancas (*Zenaida meloda*); Tórtola (*Zenaida auriculata*); Tortolita cuyana (*Columbina picui*), entre otros.

Fauna identificada con problemas de conservación, según clasificación de la lista roja de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (IUCN) en concordancia con el decreto supremo DS N°29 de 2011, Ministerio de Medio Ambiente, Reglamento para la clasificación de especies silvestres según estado de conservación. (...) Existe presencia de poblaciones de Rana chilena (*Calyptocephalella gayi*) [Vulnerable]; Pancora (*Aegla laevis*) [En peligro de extinción]; Culebra de cola larga (*Philodryas chamissonis*) [Vulnerable *IV-XIV]; Pez carmelita (*Percilia gillisi*) [En peligro de extinción]; y Pez pocha (*Cheirodon pisciculus*) [Vulnerable];”

De acuerdo con Vivanco (2017)¹⁴, las amenazas de origen antrópico hacia los humedales se dividen en físicas cuando son capaces de alterar el sistema, cambiando su estructura y funcionamiento; biológicas cuando pueden afectar componentes específicos del sistema; y químicas cuando alteran componentes específicos del sistema (abiótico y/o biótico).

14

Ver en: <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=111594&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>.

Amstein (2016)¹⁵, al referirse a esta clasificación de las amenazas, incorpora ejemplos para cada categoría. Respecto a las amenazas físicas, señala, entre otros un aumento de afluencia de agua o en la cantidad de sedimentos contenidos en el humedal; sobre las químicas: un aumento en la cantidad de microorganismos, nutrientes o elementos tóxicos presentes en el agua.

No obstante, Vivanco plantea que si la concentración y/o característica de los compuestos químicos sobrepasa la capacidad de carga del sistema –capacidad de procesamiento natural del ecosistema-, se podría afectar el sistema en su totalidad.

La descarga de agua y lodos denunciada alteró la composición físico-química del humedal afectado, de manera aún indeterminada, pero evidente en términos de incorporación de agua mezclada con tierra y componentes contaminantes producto de la utilización de mangueras y tuberías con restos de combustible y otros productos químicos indeterminados.

Como se ha expuesto previamente el humedal afectado posee un alto valor ambiental, sobre todo en términos de ser un lugar de cría para la Rana chilena, especie amenazada considerada vulnerable y siendo Peñaflores uno de los pocos lugares en la Región Metropolitana que aún tiene presencia de esta especie. Además de ser el hábitat de un alto número de especies de fauna y flora nativa y varias de ellas en categoría de conservación.

No obstante el valor ambiental indiscutible del humedal, es un hecho que existieron una serie de medidas contempladas en la RCA que el titular no ejecutó o lo hizo de forma inoportuna y deficiente. Cabe destacar que la RCA es el instrumento bajo el cual debe regirse la totalidad del desarrollo de un proyecto sometido al SEIA, incluyendo las medidas consideradas para abordar contingencias, compromisos voluntarios y elementos incorporados a este a lo largo de la evaluación ambiental. El inciso final del artículo 24 de la Ley N°19300, establece explícitamente esta obligación del titular y señala que “El titular del proyecto o actividad, durante la fase de construcción y ejecución del mismo, **deberá someterse estrictamente al contenido de la resolución de calificación ambiental respectiva.**” (énfasis agregado)

¹⁵ Amstein, Samantha. (2016). Los humedales y su protección jurídica en Chile. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

La RCA N° 401/2019, en su considerando 10.5 indica expresamente las medidas que deberá efectuar el titular ante un riesgo de afloramiento en la etapa de construcción del proyecto, estableciendo que:

<i>Tabla 10.5. Riesgo de afloramiento de aguas subterráneas</i>	
<i>Riesgo o contingencia</i>	<i>Riesgo de afloramiento de aguas subterráneas</i>
<i>Fase del proyecto a la que aplica</i>	<i>Fase de construcción</i>
<i>Emplazamiento, parte, obra o acción asociada</i>	<i>Movimiento de tierras</i>
<i>Acciones o medidas a implementar para prevenir la contingencia</i>	<i>Realizar charlas a trabajadores sobre medidas a tomar en caso de un afloramiento de aguas</i>
<i>Forma de control y seguimiento</i>	<i>Monitoreo constante de los trabajadores sobre medidas a tomar en caso de un afloramiento de agua.</i>
Acciones o medida a implementar para controlar la emergencia	<p><i>Ante el potencial afloramiento de aguas durante la fase de construcción del Proyecto, tanto el Titular y/o sus contratistas deben tener presente dar aviso inmediato a la SMA, en un plazo menor a 24 h, acerca de la ocurrencia de afloramiento de agua, señalando las medidas que ha aplicado hasta ese momento. A continuación, y de manera preliminar, se deberá proceder considerando las siguientes actividades:</i></p> <p><i>a. Verificar la calidad del agua mediante toma de muestras a través de laboratorio acreditado, que asegure que la calidad de las aguas a ser gestionadas (dispuestas), es de similar calidad</i></p>

	<p>natural a la de las aguas de la fuente donde corresponda su disposición final.</p> <p>b. Efectuar pruebas hidráulicas para determinar los volúmenes y caudales de agua comprometidos, a fin de que esto además le permita al Titular diseñar las medidas para el control de la estabilidad de los taludes en el sector del afloramiento.</p> <p>c. Enviar de inmediato los resultados de los análisis químicos y pruebas hidráulicas a la SMA, en un informe que detalle los hechos. A su vez se solicita al Titular que acompañe imágenes fotográficas (con fecha) describa los procedimientos seguidos y el análisis y discusión de los resultados respecto de la calidad (parámetros de la NCh 409), volúmenes y caudales, así como las respectivas conclusiones y recomendaciones para la gestión de dichas aguas (disposición final).</p> <p>d. Una vez comprobada la naturaleza de la situación acaecida, mediante los ensayos y mediciones solicitados, se analizará la medida de gestión definitiva en conjunto con la Autoridad.</p> <p>e. El Titular deberá informar el resultado de las acciones implementadas, comunicando la fecha cierta en que se pudo controlar el afloramiento, en un plazo menor a 24 h.</p> <p>Si el afloramiento de aguas responde a un escenario permanente, el Titular deberá incurrir en los estudios suficientes y necesarios que permitan determinar la posibilidad de alcanzar una solución definitiva, o bien determinar si responde a un cambio sustantivo de las variables evaluadas, sobre las cuales fueron establecidas las condiciones o medidas ambientales.</p>
<p>Oportunidad y vías de comunicación a la SMA de la activación del Plan</p>	<p>Dar aviso inmediato a la SMA, en un plazo menor a 24 h,</p>
<p>Referencia al ICE o documentos del expediente de evaluación que contenga la descripción detallada</p>	<p>Capítulo 7, Tabla 7.1.5 del ICE</p>

La infracción a sus obligaciones establecidas en la RCA fue establecida por la Superintendencia mediante Resolución Exenta N°1/Rol D-142-2021 de fecha 22 de junio de 2021 que formula cargos a Peteroa Energy SpA en los siguientes términos:

cuanto no el titular: (i) no dio aviso a la SMA en un plazo de 24 horas respecto al afloramiento generado por la excavación; (ii) no envió de inmediato los resultados de los análisis químicos y pruebas hidráulicas a la SMA, en un informe que detalle los hechos donde acompañe además, imágenes fotográficas (con fecha) que describan los procedimientos seguidos y el análisis y discusión de los resultados respecto de la calidad (parámetros de la NCh 409), volúmenes y caudales, así como las respectivas conclusiones y recomendaciones para la gestión de dichas aguas; (iii) no analizó la medida de gestión definitiva en conjunto con esta SMA, si no por el contrario, comenzó a ejecutar acciones que no se encontraban amparadas por la RCA N° 401/2019; (iv) no informó el resultado de las acciones implementadas, comunicando la fecha cierta en que se pudo controlar el afloramiento, en un plazo menor a 24 h; y por último, (v) no ha indicado si el afloramiento de aguas responde a un escenario permanente, entregando estudios suficientes y necesarios que permitan determinar la posibilidad de alcanzar una solución definitiva, o informando si responde a un cambio sustantivo de las variables evaluadas, sobre las cuales fueron establecidas las condiciones o medidas ambientales, todo lo cual, supone un incumplimiento de las medidas establecidas por la RCA N° 401/2019

A su vez, las medidas ya ejecutadas del programa de cumplimiento corresponden a:“(i) capacitación al personal sobre el contenido del plan de prevención de contingencias y de emergencias, de forma previa a los trabajos; (ii) verificación de la calidad de las aguas afloradas mediante la toma de muestras a través de laboratorio acreditado, la que asegura que la calidad de las aguas es de similar calidad natural a la de la fuente; (iii) ejecución de pruebas hidráulicas para determinar los volúmenes y caudales de agua comprometidos en el afloramiento; (iv) entrega de los resultados de los análisis químicos y pruebas hidráulicas a la SMA, a través de un informe con el detalle de los hechos; (v) propuesta a la Autoridad de relleno de la excavación de la torre N° 73, como medida de gestión definitiva para el manejo de las aguas afloradas que aún permanecen al interior de dicha excavación; y, (vi) informe que valida la instalación de la torre P80 en el lugar contemplado por la RCA N° 401/2019, evitando la presencia de napas subterráneas.”

En principio esto bastaría para decir que el titular estaría cumpliendo su RCA toda vez que cumplió sus obligaciones establecidas en la autorización. No obstante la aprobación de este Programa de Cumplimiento exclusivamente sobre la base de conclusiones fundadas en la información entregada por el titular, sin que se hayan considerado todos los efectos que puede producir el afloramiento de aguas, denota una falta de rigurosidad y objetividad en el análisis que hace imposible considerar que el PDC satisface fundamentalmente el restablecimiento de la legalidad.

Además, estos efectos fueron ponderados bajo una calificación del área afectada distinta a la que posee actualmente (humedal urbano), como se profundizará

posteriormente, por lo cual no pueden entenderse satisfechos los criterios de integridad y eficacia en las medidas propuestas.

Si analizamos las medidas propuestas por el titular y aprobadas por la Superintendencia podemos observar que estas se limitan al cumplimiento de la RCA sin ir más allá, omitiendo que el objeto de la protección es un Humedal urbano declarado, razón por la cual las medidas tienen que estar orientadas a obtener la protección especial que estos cuerpos de agua merecen, tal como se detallará más adelante.

1.3 El PdC no se hace cargo de los efectos producidos por la instalación de la torre N° 73 en un lugar no autorizado por la evaluación ambiental

El segundo hecho constitutivo de infracción establecido en la formulación de cargos contra Peteroa Energy SpA fue el de “introducir modificaciones al proyecto aprobado mediante RCA N° 401/2019, que constituyen cambios de consideración, sin contar con la respectiva Resolución de Calificación Ambiental”. Este cargo fue calificado como una infracción al artículo 35 letra b) de la LOSMA, clasificada en virtud del literal d) del numeral 2 del artículo 36 de la LOSMA como grave toda vez que son hechos, actos u omisiones que contravienen las disposiciones pertinentes que involucren la ejecución de proyectos o actividades del artículo 10 de la ley N° 19.300 al margen del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

A fines de abril de 2021, como parte de la instalación de la Línea de Transmisión Eléctrica, Peteroa Energy SpA realiza un cambio en la disposición de las estructuras y en la nomenclatura de las mismas. El trazado definitivo incorpora dos estructuras adicionales no contempladas en la evaluación ambiental, denominadas P-74 y P-733, las cuales se encuentran ubicadas al norte de la posición original del poste P80, a una distancia aproximada de 50 y 90 metros, respectivamente. Corresponde a la estructura identificada como “Torre N° 73” por el titular, ejecutada fuera de sus límites, al interior de un predio privado sin contar con su respectiva RCA, al ser considerada por la autoridad como cambios de consideración para la cual se ejecutó la excavación que produce el afloramiento de aguas.

Este punto se encuentra en el predio particular denominado Los Helechos, Rol 302-136, donde la empresa tiene un convenio de servidumbre eléctrica con su propietario. Está ubicado en las coordenadas 33°35'34.86"S, 70°53'43.73"O y se encuentra en el límite con la Reserva Natural Municipal del Peñaflores.

Para la instalación de la torre de transmisión eléctrica ubicada en el punto 73, la empresa realizó una excavación profunda, de dimensiones aproximadas 15 metros de

largo por 8 metros de ancho, por 4 metros de profundidad. Dado que esta zona tiene un nivel de capa freática muy superficial, se produjo el gran afloramiento de aguas subterráneas descrito previamente, por lo que la empresa dispuso de un sistema de bombeo y extracción de aguas subterráneas y las evacuó en el sector del Humedal el Trapiche, provocando los efectos de afectación del área, ya referidos.

El artículo 8° de la LBGMA señala que “Los proyectos o actividades señalados en el artículo 10 sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido en la presente ley.” Por su parte el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, RSEIA), precisa lo anterior artículo 2°, señalando que se entiende por modificación de proyecto actividad la “Realización de obras, acciones o medidas tendientes a intervenir o complementar un proyecto o actividad, de modo tal que éste sufra cambios de consideración.” En la letra g.3, establece como uno de los casos de cambios de consideración: “Las obras o acciones tendientes a intervenir o complementar el proyecto o actividad modifican sustantivamente la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto actividad”.

De esta manera, la medida que se propuso respecto a esta infracción se encuentra en la acción N°8 y consiste en la instalación de la torre P-80 en el lugar autorizado por la RCA N° 401/2019, retornando así al cumplimiento ambiental. No obstante, la torre que se instalará no corresponde con lo autorizado por la RCA dado que esta establece que la altura de los postes será de 12,5 metros y no de 23 metros como ha sido informado por el titular a través de un anexo de su PdC.

La SMA realiza una interpretación errónea de la RCA, concluyendo que no era posible hacer extensible la altura de 12,5 metros a las estructuras de acero galvanizado reticulado. Esto último sería una modificación que debió conllevar una nueva evaluación ambiental, en el marco de que su significancia se debía ponderar en relación a la calidad actual del área que afecta al humedal urbano, y no la infracción original sobre la instalación de la Torre P-73.

De esta forma, la SMA acepta las acciones propuestas por el titular relativas a esta infracción, omitiendo el cambio en las condiciones ambientales relacionada a la declaratoria del Humedal Urbano El Trapiche, en el marco de la Ley N°21.202, mediante la Res. Ext. N° 1001 del 10 de septiembre de 2021.

1.4. El PDC no se hace cargo de todas las infracciones y las medidas que propone no satisfacen los criterios de integridad y eficacia.

Como se ha desarrollado latamente, el criterio de **integridad** se define en el RPdC en el art. 9 letra a) como “Las acciones y metas deben hacerse cargo de todas y cada una de las infracciones en que se ha incurrido, y sus efectos”. Para que esto suceda, debe existir una coherencia entre los hechos constitutivos de infracción y la forma de subsanarlos con las acciones y metas propuestas en el programa.

El criterio de **eficacia**, en cambio, se define en el mismo reglamento en el art. 9 letra b) que establece que “Las acciones y metas del programa deben asegurar el cumplimiento de la normativa infringida, así como contener y reducir o eliminar los efectos de los hechos que constituyen la infracción”. Este criterio se relaciona tanto con la obligación de volver al estado inicial de cumplimiento de la normativa ambiental como también con la necesidad de hacerse cargo de los efectos que hayan generado las infracciones cometidas.

En este caso, existen una serie de antecedentes que nos permiten concluir que el PdC aprobado por la Superintendencia del Medio Ambiente no se hace cargo de todas las infracciones y no satisface los criterios de integridad y eficacia.

Como bien señala la jurisprudencia ambiental¹⁶, el examen que se realiza de los efectos al ambiente derivados del incumplimiento ambiental deben considerar especialmente las características del lugar donde se emplaza el proyecto, como el valor ambiental que este pueda tener, cuestión que debe ser considerada por el presunto infractor¹⁷.

Asentado lo anterior, es posible señalar que la SMA omitió ilegalmente hacer uso de sus atribuciones para que el PdC se haga cargo del problema, toda vez que hay efectos que no han sido atendidos ni evaluados, específicamente lo relativo a la declaración de Humedal urbano de El Trapiche. Así, a consecuencia de esa omisión, el que fue presentado no lo hace.

La reformulación de cargos ha sido definida como “el acto administrativo dictado por el fiscal instructor o la autoridad sancionadora, luego de haberse formulado cargos y antes de la resolución de término, que tiene por objeto modificar el contenido de los cargos formulados al presunto infractor, a saber, hechos, sanción o calificación jurídica”¹⁸.

¹⁶ Sentencia del Primer Tribunal Ambiental en causa Rol R-25-2019.

¹⁷ García. Op. Cit. p. 209.

¹⁸ Osorio. Cristóbal. (2017). Manual de procedimiento administrativo sancionador. Santiago: Thomson Reuters. p. 680.

Sumado a lo anterior, recientemente la Excma. Corte Suprema ha señalado, respecto a la potestad de la SMA para interpretar las RCA's que:

Octavo: Que lo anterior cobra mayor importancia en los procesos ambientales, porque la prueba rendida, por regla general, es de carácter técnico, atendida la naturaleza del conflicto. Por tanto, es mediante ésta que, en la mayoría de los casos, se logra establecer el estándar de cuidado que exige el legislador para los efectos de sancionar la concurrencia de un acto ambientalmente contrario a la norma. **Dentro de estos elementos de prueba se encuentra, justamente, la RCA, como un factor indispensable para determinar la concurrencia de una obligación pues, aquellas corresponden a autorizaciones generales que permiten la ejecución de un proyecto y, es en esa calidad, en que dichas autorizaciones deberán siempre ajustarse a su entorno con el fin de resguardar la legalidad,** lo cual necesariamente, deberá ser develado a la luz del procedimiento en el cual se dicta y los informes técnicos que al respecto acompañen las partes para una mejor y mayor comprensión de la misma, razón por la que su ponderación, en la forma expuesta, constituye un requisito sine qua non para establecer las obligaciones a las que se debe someter el titular de un proyecto. (énfasis agregado)

En efecto, el legislador, previendo la necesidad de un desarrollo sustentable, como lo expresó en el Mensaje de la Ley N° 19.300, esto es, que el progreso y bienestar económico de la población debe ir unido a la preservación y la conservación del patrimonio ambiental, **estableció que estas autorizaciones de ejecución de proyecto u obras, atendida su naturaleza y fines, se encuentran en constante revisión por el fiscalizador ambiental con el fin de ajustarlas a la norma y a las situaciones fácticas que cada caso ameriten según el medio en el cual estén insertas, visto aquello como la aplicación práctica del principio preventivo**¹⁹. (énfasis agregado)

En este sentido la RCA como autorización de funcionamiento es creadora de un régimen de sujeción especial que está diseñado para perdurar en el tiempo. En definitiva, la Resolución de Calificación tiene la finalidad de servir de criterio de conexión entre la actividad a realizar y las normas y fines protegidos por el Derecho ambiental, y sólo podrá realizarse la actividad en el ámbito de lo autorizado (conforme a lo dispuesto por el artículo 8 de la Ley N° 19.300).

¹⁹ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 20 de junio de 2022 en causa Rol 4308-2021.

Así el yerro de la Superintendencia es doble: Por un lado, abdica de interpretar la RCA y los demás antecedentes expuestos con el fin de ajustarla a los hechos presentados, logrando así una real evaluación de los efectos sobre el humedal urbano, actualizando así la obligación del titular para evaluar el cumplimiento de las acciones.

Y por otro lado la resolución reclamada en autos no hace referencia alguna a la presencia de un humedal ni al procedimiento de su declaratoria como humedal urbano, de manera que no existe manera de afirmar que la autoridad tuvo presente dicha situación a la hora de aprobar el verificar la integridad y eficacia de las medidas, aprobando un PdC que no se ajusta a las necesidades del caso concreto.

Así, sobre la base de la información aportada por esta Ilustre Municipalidad y con la dictación de la Resolución Exenta. N° 1001 del 10 de septiembre de 2021 del Ministerio del Medio Ambiente, la Superintendencia contaba con información suficiente para ampliar la formulación de cargos a la modificación de la torre en relación con el humedal, otorgando así una real protección al Humedal Urbano El Trapiche.

En tal sentido, el DS. N°15/2020, del Ministerio del Medio Ambiente, que establece el Reglamento de la Ley N°21.202, de Humedales Urbanos, establece, por mandato de la Ley, los criterios mínimos para la sustentabilidad de los humedales urbanos.

En efecto, en su artículo 3°, se establecen estos criterios a fin de “resguardar las características ecológicas de los humedales urbanos y su funcionamiento, mantener su régimen hidrológico tanto superficial como subterráneo, y velar por su uso racional”.

Estos comprenden en primer lugar: a) Criterios mínimos que permiten resguardar las características ecológicas y el funcionamiento de los humedales urbanos, que a su vez se distingue entre aquellos de i. Conservación, protección y/o restauración de las características ecológicas del humedal; ii. Mantención de la conectividad biológica de los humedales urbanos; y iii. Mantención de la superficie de humedales urbanos. En segundo lugar: b) Criterios mínimos que permiten mantener el régimen hidrológico superficial y subterráneo de los humedales urbanos, entre los que distingue: i. Mantención del régimen y conectividad hidrológica de los humedales urbanos; y ii. Enfoque de manejo integrado de recursos hídricos. Por último, señala aquellos: c) Criterios mínimos para el uso racional de los humedales urbanos, entre los que destaca: i. Enfoque de desarrollo sustentable; y ii. Integración de los humedales urbanos como infraestructura ecológica de las ciudades.

Específicamente, en aquel de la letra c), i. previamente señalado, el enfoque de desarrollo sustentable, se señala que:

“Se debe propender a evitar la degradación de los humedales urbanos. Para ello, **los proyectos y actividades que se desarrollen en humedales urbanos deberán considerar el uso racional de estos ecosistemas.**

Los criterios mínimos de sustentabilidad establecidos en los literales a) y b) anteriores, **se aplicarán a los proyectos o actividades que ingresen al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental**, para efectos de determinar la existencia de impactos ambientales significativos, de conformidad con el artículo 11 letras b) y d) de la Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, y la propuesta de medidas de mitigación, reparación o compensación, según corresponda.

Por lo tanto, en base a la normativa expuesta, se refuerza la obligación de incorporar en el PDC y sus medidas la consideración del humedal constituido como objeto de protección especial en tanto humedal urbano declarado, así como la omisión manifiesta de ingresar al SEIA las modificaciones al proyecto que se proponen.

Cabe recordar que la Excma. Corte Suprema se ha pronunciado reiteradamente sobre la importancia de los humedales en tanto sistemas ecológicos relevantes para la humanidad, y pilares fundamentales para la mantención y protección de la biodiversidad, razón por la cual merecen una protección especial, debiendo el Estado velar por su preservación²⁰.

En conclusión, tal como se mencionó anteriormente, la SMA erra en su decisión y su resolución deviene en ilegal toda vez que las acciones propuestas en el PdC no se hacen cargo de manera íntegra, seria y eficaz de los efectos y el riesgo generado en el humedal urbano El Trapiche que merece especial protección por sus características.

POR TANTO;

SOLICITO A S.S ILUSTRE; admitir a tramitación la Reclamación del Artículo 17 N° 3 de la Ley N° 20.600 en contra de la Resolución Exenta N°7, de fecha 2 de junio de 2022, de la Superintendencia del Medio Ambiente, conocer de ella y, en definitiva, acogerla y dejar sin efecto la resolución reclamada y ordenar a la Superintendencia se reanude el procedimiento sancionatorio ampliando la formulación de cargos según corresponde.

PRIMER OTROSÍ: Solicito a S.S Ilustre tener por acompañados los siguientes documentos:

²⁰ En este sentido sentencias de la Corte Suprema en causas roles 21.970-2021, 49.869-2021, 118-2018 y 1.536-2022.

1. Copia del Certificado de Vigencia de fecha 20 de Octubre de 2021, de la escritura pública de fecha 4 de agosto, N° de repertorio 12303, autorizada por el abogado, notario público titular de la Trigésima Cuarta Notaría de Santiago, don Eduardo Diez Morello, por el cual la Ilustre Municipalidad de Peñaflor y don Nivaldo Meza Garfia, otorgan mandato judicial a don Victor Alejandro Jesam Torres y otro.
2. Resolución Exenta N°7, de fecha 2 de junio de 2022, de la Superintendencia del Medio Ambiente que aprueba el programa de cumplimiento con correcciones de oficio y suspende procedimiento administrativo sancionatorio en contra Peteroa Energy SpA.
3. Resolución de Calificación Ambiental del proyecto “Parque Fotovoltaico Los Corrales del Verano”, cuyo titular es la empresa Peteroa Energy SpA, Resolución Exenta N°401, del 23 de julio de 2019.
4. Resolución que decreta la creación de la Reserva Natural Municipal Peñaflor, mediante Decreto Municipal N°0232 del 8 de marzo de 2021.
5. Resolución Exenta N° 62 del Ministerio del Medio Ambiente que da inicio al proceso de declaración de oficio de los humedales urbanos que indica
6. Resolución que declara Humedal Urbano el Trapiche, Urbano en el marco de la Ley 21.202, Resolución Exenta N° 1001 de fecha 10 de septiembre de 2021.
7. Anexo X “Caracterización Humedal el Trapiche” Adenda Complementaria Declaración de Impacto Ambiental Proyecto “Parque Fotovoltaico Los Corrales del Verano”.
8. Ficha identificación Humedal Urbano, En marco de la ley 21.202 “Modifica diversos cuerpos legales con el objetivo de proteger los humedales urbanos”, elaborada por Ilustre Municipalidad de Peñaflor.
9. Oficio N° 89 de fecha 20 de enero de 2022, de la Ilustre Municipalidad de Peñaflor, que entrega antecedentes adicionales
10. Programa de Cumplimiento presentado por Peteroa Energy SpA
11. Resolución Exenta N°1 de fecha 22 de junio de 2021 de la Superintendencia del Medio Ambiente que formula cargos que indica a Peteroa Energy SpA.

POR TANTO;

SOLICITO A S.S. ILUSTRE; tener por acompañados los documentos señalados.

SEGUNDO OTROSÍ: Solicito a S.S. Ilustre tener presente que los reclamantes de autos designamos como abogados patrocinantes y delegamos poder en los abogados **ANTONIO MADRID MESCHI**, cédula de identidad N° [REDACTED] y **MARCOS NICOLÁS EMILFORK ORTHUSTEGUY**, cédula de identidad N° [REDACTED], todos domiciliados en Mosquito 491, oficina 312, Santiago, quienes firman en señal de aceptación.

POR TANTO;

SOLICITO A S.S. ILUSTRE; tenerlo presente.

CUARTO OTROSÍ: Ruego a SS. Ilustre tener presente que vengo en señalar como forma de notificaciones que deban realizarse en estos autos, la vía electrónica a través de la siguiente casilla de e-mail: [REDACTED]

POR TANTO;

SOLICITO A S.S. ILUSTRE; tenerlo presente.



VÍCTOR JESAM TORRES

[REDACTED]



ANTONIO MADRID MESCHI

[REDACTED]



MARCOS NICOLÁS EMILFORK ORTHUSTEGUY

[REDACTED]