

REPOSICIÓN

Señor Superintendente de Medio Ambiente

RICARDO ANDRÉS DURÁN MOCOCAIN, abogado, correo andresduranmo@gmail.com celular de contacto 998182501 domicilio calle Ongolmo 588 oficina 12 Concepcion por sus representados y denunciantes en procedimiento sancionatorio **Rol D-061-2021**, seguido en contra de Colbún S.A., a usted, respetuosamente, digo:

Que vengo en presentar recurso de reposición administrativo contenido en el artículo 55 de la ley orgánica de la Superintendencia de Medio Ambiente en contra de la Resolución Exenta N.º 2412 de 11 de noviembre de 2021, notificada a mi parte el 10.12.2021 y que resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio, en las partes que se expresarán en este escrito, y se resuelva en la forma planteada en el petitorio , por las razones de hecho y de derecho que paso a exponer:

A. La resolución recurrida incurre en la ilegalidad de tratar todos los incumplimientos como una sola infracción.

Es un hecho no controvertido en el procedimiento sancionatorio, así como lo fue invariablemente en los procesos administrativos y judiciales que lo antecedieron que Colbún S.A. instaló varios, si no todos, equipos distintos a los autorizados en su RCA.

En efecto, tal como quedó establecido por la Excelentísima Corte Suprema en autos Rol 3470-2018, Colbún S.A. instaló los siguientes equipos:

A.- Se instaló una turbina eléctrica General Electric Número de Serie 270T771, que posee una potencia de 369,989 KW y una presión de ingreso de 166,7 bar, siendo la autorizada de 350 KW.

B.- Se instaló un generador eléctrico de 468 MVA, siendo el autorizado de 415 MVA.

C.- Colbún S.A. instaló un transformador de poder que alcanza 460/490 MVA, siendo el autorizado por la RCA uno de 415 MVA.

D.- La chimenea instalada es de 130 metros de altura y sección final superior de 5,4 metros de diámetro, siendo que lo autorizado es una chimenea de 90 metros de altura y sección final superior de 4,85 metros de diámetro.

Como es fácil advertir, el titular del proyecto incumplió no una, sino cuatro veces su RCA, lo que constituyen, desde luego, cuatro infracciones, según lo establecido en nuestra legislación. Sin embargo, la resolución sancionatoria trata dichos incumplimientos como una sola infracción, incurriendo en senda ilegalidad, pues no hay norma legal que le permita acumular de esa manera distintos hechos, como para deducir una sola sanción.

Adicionalmente, la resolución recurrida carece de integridad y autosuficiencia que explique por qué la Superintendencia decidió tratar las cuatro infracciones como un concurso infraccional. Carece de integridad porque, de los argumentos señalados por la Superintendencia en la citada resolución, no se logra entender por qué se sancionan todas las infracciones a la RCA como una sola, y por qué el número de estas se consideró como una agravante. Asimismo, la resolución impugnada no es autosuficiente, pues no contiene argumentos directamente relacionados con el asunto, es decir, no se explicitan fundamentos que permitan a la autoridad aplicar el concurso infraccional, ni aún de manera imperfecta, por lo tanto, nos encontramos frente a una decisión de la autoridad administrativa que no se encuentra fundamentada.

El Segundo Tribunal Ambiental ha dicho¹ que no existe por parte del legislador ninguna disposición o conjunto de disposiciones que institucionalicen expresamente el concurso infraccional. Al respecto afirmó lo siguiente:

“Cuadragésimo octavo: Que al analizar el tenor literal de los citados preceptos, así como las demás disposiciones relacionadas con el ámbito sancionatorio ambiental, este argumento debe ser rechazado. En efecto, no existe por parte del legislador ninguna disposición o conjunto de disposiciones que institucionalicen expresamente la figura jurídica en cuestión. Suponer que el empleo en plural de las palabras “normas”, “condiciones”, “medidas” o “hechos” es concluyente para afirmar que la LOSMA regula expresamente el denominado concurso infraccional imperfecto es un argumento insostenible. Que el legislador haya utilizado expresiones en plural para referirse a los incumplimientos es una cuestión de técnica legislativa, que obedece al hecho de que las RCA son instrumentos complejos que contienen diversos mandatos de conducta hacia los titulares de proyectos, cada uno de los cuales puede ser incumplido y ser objeto de sanción independiente, siendo éste el

1 Sentencia Segundo Tribunal Ambiental Rol 6-2013

contexto en que deben entenderse los artículos citados. Es más, si el artículo 35 letra a) se lee en su totalidad, se puede comprender que el uso del plural obedece a que se está refiriendo en general a “las resoluciones de calificaciones ambientales”, así lo dice expresamente la letra a) cuando se refiere al “incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental”. Lo anterior confirma que la redacción nada tiene que ver con la intención de establecer un tipo infraccional donde el número de infracciones sea irrelevante, porque lo sancionado es justamente el incumplimiento de las condiciones, normas y medidas. Si se aceptara el argumento de la SMA, se debería considerar toda la redacción de la citada letra a) y concluir que también se habla en plural de “resoluciones de calificación ambiental”, lo que llevado a la práctica implicaría que el concurso infraccional imperfecto no sólo alcanzaría a los incumplimientos a “una” RCA sino que a todas las RCA relacionadas con un proyecto. Esto permitiría que un titular de proyecto que incumpla varias condiciones, normas o medidas contenidas en distintas RCA correspondientes a un mismo proyecto, tendría que ser sancionado por una sola infracción al artículo 35 letra a), conforme al concurso infraccional imperfecto supuestamente allí regulado, solución que a todas luces sería absurda”.

Pero el Segundo Tribunal Ambiental no sólo se hizo cargo del argumento literal que alegó la Superintendencia en su oportunidad, sino también descartó, en esa oportunidad, que hubiera algún argumento histórico que pudiera sustentar la concurrencia de concurso infraccional. Dijo en esa oportunidad lo siguiente:

“Quincuagésimo primero: Que en cuanto al argumento histórico sustentado por el reclamado, cabe señalar que en la historia de la Ley N° 20.417 no existe antecedente alguno que permita siquiera sugerir que la intención del legislador fue establecer un modelo sancionatorio según el cual sería irrelevante que se cometiera uno o varios incumplimientos a la RCA o al instrumento de gestión respectivo, ya que uno o varios incumplimientos constituirían una sola infracción. De hecho, la cita que el reclamado hace a la participación en la discusión parlamentaria de la actual Ley N° 20.417 del profesor Luis Cordero, se encuentra totalmente fuera de contexto, ya que esta no se refiere a la existencia de ningún “modelo sancionatorio” sino que sólo dice relación con una opinión respecto a una indicación de la cuál emerge la actual redacción del artículo 36 de la LOSMA, señalando que “[...]si bien el texto aparece sustituido completamente, la modificación que se efectúa al artículo 36 tiene por objeto efectuar ciertas precisiones para evitar equívocos en la aplicación de la potestad sancionatoria. La disposición sanciona incumplimientos normativos, vale decir debe existir infracción de una norma para que se establezca la sanción, agregando que la manera como se gradúa guarda relación con el nivel o los resultados que haya provocado el incumplimiento. El Ejecutivo lo que ha

hecho, por esta vía es dar consistencia normativa con la finalidad que se puedan aplicar adecuadamente las potestades sancionatorias” (Historia de la Ley N° 20.600, pág. 1629). Como puede apreciarse del contexto de la opinión emitida por el citado profesor, ésta no dice relación alguna con un argumento histórico que sustente el concurso infraccional imperfecto defendido por el reclamado ya que, por lo demás, lo sancionado siempre será un incumplimiento normativo. Por lo tanto, al igual como sucedió con la literalidad, este argumento histórico debe ser rechazado. Es más, la opinión del profesor Cordero se encuentra latamente desarrollada en el informe en derecho de su autoría presentado por la SMA a fojas 626, donde concluye que estamos ante lo que la doctrina administrativa ha denominado “infracciones continuadas”. En definitiva, lo que existiría tras el concurso infraccional imperfecto -en opinión del informante- sería una infracción continuada que se castigaría de conformidad al inciso primero del artículo 351 del Código Procesal Penal y cuya procedencia será abordada en el siguiente considerando”.

Como consecuencia de lo anterior, el Segundo Tribunal Ambiental da por descartada la posibilidad de concurso infraccional dando los siguientes argumentos:

“Sexagésimo segundo: Que, en definitiva, este Tribunal rechazará la alegación realizada por la parte reclamada en cuanto a sancionar los trece incumplimientos a la RCA como una sola infracción, considerando sólo uno de ellos para la calificación y los doce restantes como agravantes, en atención a los siguientes criterios:

- 1. La regla general en el sistema sancionatorio establecido en la LOSMA es que cada infracción sea sancionada independientemente, a menos que exista norma expresa que establezca una especial forma de sanción.*
- 2. No hay en la LOSMA ninguna regla expresa que establezca la existencia de un concurso de infracciones, en los términos señalados en la Resolución Exenta N° 477, correspondiente al símil penal del concurso de delitos. Por ende, cualquier remisión al concurso ideal o medial y sus formas especiales de sanción, así como los casos especiales de sanción a la reiteración, como sucede con el artículo 351 del Código Procesal Penal, deben quedar totalmente descartados.*
- 3. Tampoco procede reconocer la existencia del denominado concurso infraccional imperfecto -que fue la figura jurídica que la SMA trató de acreditar con posterioridad a la dictación de la Resolución Exenta N° 477- que se encontraría regulado expresamente en el artículo 35 letra a), por cuanto la sola literalidad del precepto -en cuanto a utilizar en plural algunos términos como “hechos”, “condiciones”, “normas” y “medidas”, no son un argumento suficiente para sostenerlo. Lo contrario provocaría situaciones absurdas en las que un titular podría incumplir todas sus condiciones, medidas y normas, en diferentes momentos, por hechos diversos y sólo podría ser sancionado por una sola*

infracción, conclusión que no se condice con la entidad tanto de los bienes jurídicos protegidos, como el medio ambiente y salud de las personas, ni con la naturaleza misma de la RCA, un acto autorizatorio complejo.

4. En cuanto al posible problema de constitucionalidad denunciado por la SMA, de existir, se presentaría tanto para el concurso infraccional imperfecto como para el caso en que se sancionara cada incumplimiento como infracción, de manera que este posible conflicto no es un argumento a considerar que permita decidir en favor de la existencia del primero. Por lo demás y como se señaló en su oportunidad, por ser los incumplimientos a las condiciones, normas y medidas contenidas a la RCA, infracciones de sujeto calificado, no puede presentarse como un argumento persuasivo la falta de certeza jurídica de éste, por cuanto es él quien solicita esta autorización ambiental, participa en la evaluación de su proyecto, y tiene distintas oportunidades para requerir su aclaración o rectificación, tanto en sede administrativa como judicial, de tal manera que el titular del Proyecto tiene completa certeza de cuáles son las normas, condiciones y medidas de su RCA.

5. Tampoco es posible sostener que tras el concurso infraccional imperfecto se encuentra la figura de la “infracción continuada”, pues como se señaló, la infracción continuada no se encuentra regulada expresamente en la LOSMA y en consecuencia no se pueden determinar sus requisitos de procedencia ni mucho menos la forma en que debería ser aplicada. Por otro lado, en caso de utilizar los requisitos que la doctrina y jurisprudencia han elaborado para el delito continuado -su símil penal- no es posible imponer la infracción continuada en el ámbito sancionatorio ambiental en los términos que pretende la SMA en estos autos.

6. Como una consecuencia directa de lo señalado en las anteriores consideraciones, debe descartarse toda forma especial de sanción relacionada con considerar el número de infracciones como una agravante, por cuanto tampoco existe norma expresa en ese sentido y no pueden utilizarse las disposiciones del Código Penal referidas a los efectos de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en la determinación de las sanciones.

7. En definitiva, lo que existe respecto a los incumplimientos a la RCA, son al menos trece infracciones al tipo contenido en el artículo 35 letra a), independientes unas de otras, que deberán ser calificadas y sancionadas en forma separada por la SMA”.

Sin embargo, en el procedimiento sancionatorio, a pesar de haberse detectado cuatro hechos infraccionales a la RCA que regula la operación de la CT Santa María de Colbún, se ha terminado sancionando a la titular como si se tratara de un concurso infraccional, es decir, todas ellas se consideraron como una sola infracción, la instalación de equipos distintos a los autorizados, en circunstancias que ha quedado claro y establecido que dicho hechos son constitutivos cada uno de una

infracción y que el legislador no ha autorizado a la autoridad fiscalizadora para reunir los incumplimientos en uno solo.

En efecto, en el numeral 142 de la resolución recurrida dice que *“Sobre la base de las consideraciones anteriormente formuladas se da por probado el hecho y configurada la infracción cometida por Colbún”*.

De lo anterior se desprende que para la Superintendencia los cuatro hechos infraccionales son constitutivos de uno solo y amerita una sola sanción, sin embargo, como se dijo, aquello no solo no es posible a la luz de la legislación ambiental, sino que la resolución no dedica ni un sólo argumento que permita explicar de manera suficiente por qué se ha procedido de tal forma.

En virtud de lo anterior, la resolución recurrida adolece de un evidente vicio de legalidad que no queda sólo restringido al hecho de aplicar ilegalmente un concurso infraccional, sino porque carece de la fundamentación necesaria que todo acto administrativo debe contener, procediéndose, en consecuencia, de manera arbitraria, por lo que la Superintendencia debe acoger la presente reposición y dictar otra en derecho.

B. Errada clasificación de la infracción.

La resolución recurrida clasifica las infracciones como leve, de acuerdo a lo establecido en el artículo 36 de la ley orgánica de la Superintendencia de Medio Ambiente, luego de proceder a descartar la concurrencia de las circunstancias que le permitirían clasificar como graves o gravísimas las infracciones constatadas.

Para llegar a tal conclusión, la resolución toma el considerando cuadragésimo de la sentencia Rol 18-2019 que propone analizar algunas de las circunstancias del artículo 36 de la LOSMA, aunque no todos, y a partir de eso, descarta de plano *“la concurrencia de las circunstancias enumeradas en (iii) y (vi), atendido que en el caso no se imputó la elusión del SEIA (infracción del artículo 35, letra b). Por lo tanto, esas clasificaciones de gravedad no son aplicables al presente sancionatorio”*².

En seguida, apoyado en las conclusiones del IFA 2019³, concluye que *“no se generó detrimento ambiental que pudiera subsumirse en alguna de las circunstancias del artículo 36 N.º 1 ó 2 de la LOSMA, para ser calificado como infracción gravísima o grave”*⁴.

2 Considerando 149 de la resolución recurrida.

3 La resolución recurrida cita la siguiente conclusión del IFA 2019: *“[l]as modificaciones realizadas por el titular, no conllevan un riesgo ambiental por aumento de las emisiones al aire, dado que son menores a las evaluadas originalmente para la capacidad instalada total de la central, correspondiente a 700MW ya que se encuentran por*

En consecuencia, la resolución dice en su numeral 151 que: *“De esta manera, si la infracción no generó un aumento de las emisiones, es decir, su operación se mantuvo dentro de los límites autorizados por la RCA N°176/2007, entonces, no hubo daño ambiental, no se afectó a la salud de la población, ni se incumplieron medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto”*.

Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, la argumentación que se contiene en la resolución es insuficiente para concluir tales cuestiones, pues se basa en un hecho distinto a las infracciones detectadas y que, por sí mismo, constituiría un hecho infraccional, a saber, la sobre emisión, o bien, la sobre generación.

Lo cierto es que las consecuencias de la instalación de una Central Termoeléctrica completamente distinta a la evaluada y autorizada no han sido verificados en el proceso sancionatorio, pues dada la magnitud de la modificación, mal que mal hablamos de los equipos fundamentales para una termoeléctrica, no basta con saber si las emisiones o la generación se encuentra dentro de la capacidad evaluada originalmente, ya que las resoluciones de calificación ambiental no son una bolsa de MW o de emisiones al aire autorizadas, sino una autorización administrativa detallada que es fruto de un proceso de evaluación dónde se consideran todos los impactos de un proyecto determinado, con información proporcionada por su titular, y que cuya obligatoriedad alcanza no sólo al titular, quien debe someterse estrictamente a su contenido, sino también para la autoridad encargada de fiscalizar su cumplimiento, como nos ha enseñado este largo proceso.

Y malamente podría la Superintendencia de Medio Ambiente entrar en un examen de ese tipo, pues no es su función ni su competencia evaluar ambientalmente un proyecto o actividad, ni el proceso sancionatorio el indicado por la ley para ese propósito, sino el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Es así cómo los cuatro hechos infraccionales, estos son la instalación de un generador, una turbina, un transformador y una chimenea distintos a los autorizados, lo que significan, en definitiva, una Central Termoeléctrica distinta a la autorizada, obligan, jurídicamente, para determinar si no hubo daño ambiental, no se afectó a la salud de la población o no se incumplieron medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto, a que la central se someta a evaluación ambiental en cuanto a sus modificaciones, sin que sea el procedimiento sancionatorio la vía idónea para resolver tales asuntos.

debajo de los límites máximos permitidos de acuerdo a la norma de emisión para centrales termoeléctricas D.S.13/2011MMA”.

Tan es así, que la propia resolución reconoce esta circunstancia de hecho en los numerales 126 y 127 que dicen lo siguiente:

*“126. Por lo demás, se debe tener en consideración que, como se indicó en la Tabla N°2, existe equipamiento modificado por Colbún, **respecto del cual nunca se obtuvo algún pronunciamiento que avalaba que no se generaban mayores impactos sobre el medio ambiente**⁵. Así, se confirma que fueron las gestiones y antecedentes incorporados al procedimiento de fiscalización desarrollado por esta Superintendencia las que permiten a Colbún señalar que dicho equipamiento no generó un detrimento ambiental”.*

*“127. Todo lo señalado se ve particularmente agravado cuando observamos que el proyecto aprobado por la RCA N°176/2007, ingresó por medio de una EIA, esto es, la vía más exigente contemplada en nuestra legislación para el análisis preventivo de proyectos o actividades que deben someterse al SEIA. De esta manera, es al menos cuestionable que el titular plantee como argumento un descargo una circunstancia que no solo no provino de su propia diligencia, sino que además **implicó la modificación de instalaciones contempladas en un EIA, algunas de las cuales, hasta el día de hoy, no cuentan con un pronunciamiento que valide que no implicaron un aumento en la extensión, magnitud o duración de sus impactos ambientales**”⁶.*

Y lo anterior es efectivo, pues tal como dan cuenta los numerales 67 y 74⁷ de la resolución recurrida, Colbún no sólo no cuenta con autorización para haber realizado las modificaciones al proyecto, sino ni si quiera cuenta con pronunciamiento de pertinencia que ampare todas las modificaciones que configuran los cuatro hechos infraccionales.

En consecuencia, la correcta calificación de la infracción ha debido ser gravísima, conforme a lo dispuesto en el número 1, la letra f), del artículo 36 LOSMA, o al menos grave, de acuerdo al número 2, la letra d), del mismo artículo, pues como la propia resolución recurrida dice, las modificaciones

5 El destacado es nuestro.

6 Ídem.

7 Numeral 67: *“Al respecto, la Dirección Ejecutiva del SEA dio respuesta ala consulta de la SMA por medio de la Res. Ex. N°15/2017, donde señaló “[q]ue el aumento de generación por sobre los 350 MW no modifica sustantivamente la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto (...), toda vez que el complejo fue evaluado para la generación de 700 MW...”. Corresponde señalar que la Res. Ex. N°15/2017 se pronunció exclusivamente respecto del aumento de potencia, indicando de manera expresa que “la existencia de otras modificaciones que en efecto estarían generando estos MW adicionales constituyen antecedentes de los cuales esta Dirección Ejecutiva no tiene conocimiento”.*

Numeral 74: *“A modo de conclusión, se puede observar con claridad que Colbún no cuenta con un pronunciamiento que ampare todas las modificaciones que configuran la infracción. Por lo demás, esto también fue abordado por el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental, que en el considerando trigésimo primero de la sentencia Rol R-18-2019, sostuvo respecto a la consulta de pertinencia aprobada por la Res. Ex. N°94/2010 que “dicha consulta no abordó las modificaciones a la turbina eléctrica, generador eléctrico, ni transformador de poder, sino que solamente - en lo que aquí interesa - la modificación de las dimensiones de la chimenea”. Como se puede apreciar, el Ilte. Tribunal fue incluso más allá de lo planteado en este acto, ya que consideró que solo el cambio de dimensiones de la chimenea contaba con amparo en consulta de pertinencia, dejando a la turbina eléctrica fuera de dicho marco”.*

introducidas al proyecto aún “***no cuentan con un pronunciamiento que valide que no implicaron un aumento en la extensión, magnitud o duración de sus impactos ambientales***”.

Sin embargo, la resolución contiene un argumento que incurre en un error de interpretación normativa, pues en el numeral 149 sostiene que se puede descartar de plano la concurrencia de dichas circunstancias, pues en el caso no se imputó elusión del SEIA y, por lo tanto esas calificaciones de gravedad no le serían aplicables al presente sancionatorio.

Lo anterior constituye una incorrecta lectura de las normas, pues el artículo 35, letra b) y lo dispuesto en el número 1, la letra f), del artículo 36 LOSMA, y en el número 2, la letra d), del mismo artículo, contemplan hipótesis distintas.

En efecto, la letra b) del artículo 35 dice lo siguiente:

“b) La ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella. Asimismo, el incumplimiento del requerimiento efectuado por la Superintendencia según lo previsto en las letras i), j), y k) del artículo 3°”

De la sola lectura de la norma se desprende que regula dos circunstancias que constituyen infracciones ambientales: 1. La ejecución de proyectos o actividades para los que la ley exige RCA, sin contar con ella; 2. El incumplimiento a los requerimientos de ingreso de un proyecto o actividad al SEIA.

De ahí a que, correctamente, esta Superintendencia sancionó en virtud de la letra a) del artículo 35, esto es el incumplimiento de las condiciones establecidas en la RCA, pues ninguna de las hipótesis de la letra b) resultan aplicables, ya que el titular del proyecto sí cuenta con una RCA y no se ha producido requerimiento de ingreso alguno al SEIA, hasta el momento.

Pero lo anterior no es suficiente para decir que no procede aplicar el número 1, la letra f), del artículo 36 LOSMA, o el número 2, la letra d), del mismo artículo, o que estas normas no son aplicables, pues regulan circunstancias distintas y más generales que las contenidas en la letra b) del artículo 35.

En efecto, si el artículo 35, letra b), considera la hipótesis de ausencia de RCA, en el artículo 36 se refiere a una situación más amplia, esto es, que se ejecuten proyectos o actividades del artículo 10 “*al margen del Sistema de Evaluación Ambiental*”, cuestión que, desde luego, trae como consecuencia que no se refiera exclusivamente a la hipótesis de ausencia de calificación ambiental, sino que se trata de circunstancias en las que el titular de un proyecto que cuenta con resolución de calificación ambiental no ha sometido sus modificaciones al sistema, cuestión que es concordante con la facultad contemplada en la letra j) del artículo 3 de la LOSMA, esto es, requerir a titulares de proyectos que cuentan con RCA que sometan sus modificaciones o ampliaciones al SEIA.

De ahí a que cae en un error de interpretación jurídica de la norma, pues la aplicación de las hipótesis contenidas en el artículo 36 no dependen para su procedencia de que previamente se haya levantado

cargos en virtud de la letra b) del artículo 35, el que, como se dijo, contiene un tipo infraccional propio y distinto al aplicable a quienes son titulares de RCA.

Así, en virtud de la falta de antecedentes en los que nos encontramos, sin que sea el procedimiento sancionatorio el adecuado para evaluar las sendas modificaciones realizadas al proyecto, sin que el titular del proyecto se haya esmerado de alguna manera en acreditar la extensión de los impactos ambientales, sin que la medición de emisiones o la generación sean suficientes para descartar otros impactos, pues el medio ambiente es mucho más que aire, y considerando que el proyecto se evaluó preliminarmente ingresando por un EIA, por lo que concurren las circunstancias del artículo 11 de la ley 19.300, entonces las infracciones detectadas han debido ser calificadas como **gravísimas** en virtud de lo dispuesto en el número 1, letra f), del artículo 36. En último caso, debiera calificarse como **grave**, si se estimare que dichas modificaciones pueden ingresar a evaluación ambiental a través de una DIA, pero bajo ninguna circunstancia puede calificarse como leve, pues el no ingreso a evaluación ambiental de las modificaciones implicaría el ilícito en que Colbún pague la multa, pero los hechos infraccionales se mantengan en el tiempo y la RCA siga sin cumplirse.

C. Errónea ponderación de las circunstancias del artículo 40 LOSMA.

Para realizar la ponderación, la resolución recurrida sigue lo instruido en las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales distinguiendo en Componente Beneficio Económico y Componente Afectación.

Respecto del componente Beneficio Económico, correspondiente a la letra c) del artículo 40 LOSMA, compara los escenarios de cumplimiento e incumplimiento, identificando que el beneficio económico se puede determinar con la contraposición de ambos y estarían constituidos por los costos retrasados o evitados y las ganancias ilícitas, anticipadas o adicionales.

En el numeral 162, la resolución descarta que hubiera beneficio económico asociado al hecho constitutivo de infracción, pues estima que *“dicha modificación aumentó la potencia máxima de generación de la Primera Unidad, lo cierto es que ello no conllevó una excedencia respecto de la potencia máxima autorizada a generar, esto es, un total de 700 MW. Según lo anterior, se puede indicar que en el escenario de incumplimiento, el titular no consiguió ingresos adicionales a los que hubiera podido obtener en un escenario de cumplimiento, puesto que en este último – habiendo instalado los componentes señalados en la RCA para las dos Unidades autorizadas – hubiese estado en condiciones de operar incluso a un nivel superior de generación al cual se estaba operando en el escenario en que*

se comete la infracción. Por lo tanto, se concluye que no se configuran ganancias ilícitas producto de la infracción que pudieran haber beneficiado económicamente al titular”.

Sin embargo, el razonamiento anterior no es suficiente para descartar la existencia o no de beneficios económicos, pues incurre en una ilegalidad y en una falta de rigor metodológico al mezclar los escenarios de cumplimiento y de incumplimiento.

De acuerdo a la legislación ambiental, el titular de un proyecto o actividad debe dar estricto cumplimiento a la RCA, tan es así que esta afirmación constituye la base que han tenido los tribunales que han conocido las causas asociadas a este proceso, como el propio numeral 59 de la resolución recurrida que recuerda que Colbún debió dar íntegro cumplimiento a la regulación contenida en la RCA. El escenario de cumplimiento para el caso en que el titular hubiera decidido construir sólo la Primera Unidad de la Central es que hubiera instalado equipos con una capacidad de 350 MW, por lo tanto, si se comparan ambos escenarios, lo cierto es que todo este tiempo ha obtenido ganancias ilícitas por esos 20 MW adicionales que está generando por unidad, pues no es cierto que se puedan amparar en los 700 MW aprobados, ya que esos están referidos a todo el complejo en operación, lo que sabemos que no ha ocurrido, pero cada unidad tiene autorizados, particularmente, 350 MW y no más.

Y como el escenario de cumplimiento supone que cada unidad genere 350 MW, entonces esa es la hipótesis que esta Superintendencia ha debido considerar como escenario de cumplimiento y no hacer ficción como si todo el proyecto autorizado se encuentra en operación, escenario que sí le permitiría considerar los 700 MW como límite. En consecuencia, si se compara el escenario de cumplimiento, con una generación de 350 MW por unidad, con el escenario de incumplimiento, con 370 MW de generación por unidad, entonces es lógico concluir que aquello que Colbún S.A. ha ganado por sobre los 350 MW generados por unidad constituye una ganancia ilícita.

Por lo demás, siendo Colbún S.A. una gran empresa, es presumible pensar que ha actuado con alta racionalidad, de ahí a que sus determinaciones habrán sido tendientes a obtener el mayor beneficio económico posible, razón por la cual decidió modificar sustantivamente la CT Santa María.

Sobre la importancia del daño causado o del peligro ocasionado y el número de personas cuya salud pudo afectarse, la resolución recurrida sostiene que como no ha sido posible establecer la concurrencia de lo dispuesto en el artículo 40 letra a) LOSMA, no considerará esta circunstancia, pues estima que ésta es requisito fundante de aquella.

Sin embargo, la resolución olvida que nos encontramos en la hipótesis de un titular de RCA que no sometió a evaluación las modificaciones sustantivas que introdujo al proyecto, cuestión que constituye una situación de peligro, y por lo tanto es posible identificar un número de personas cuya salud pudo afectarse.

En efecto, el Segundo Tribunal Ambiental ha dicho⁸:

“Centésimo trigésimo segundo: Que, en efecto, la sola existencia de dicha plataforma, sin ser evaluada ni contar con las autorizaciones sanitarias correspondientes, supone un escenario de residuos líquidos no contemplado en la RCA, y, por tanto, una situación de peligro. Por su parte, el argumento del titular relativo a que la plataforma no estuvo en funcionamiento no es atendible, puesto que la intervención de la autoridad sanitaria – tal como señala la resolución sancionatoria – debe ser considerada en la modelación y construcción de la plataforma para salvaguardar la salud de la población y el medio ambiente, y porque el peligro estuvo en todo caso igualmente ocasionado, pues la plataforma se construyó precisamente para el lavado de camiones”.

En razón de lo anterior, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, se presume que las obras no evaluadas constituyen un peligro para el medio ambiente, sin que se haya rendido prueba alguna en el presente procedimiento sancionatorio tendiente a desvirtuar tal presunción.

En cuanto al Componente Afectación, particularmente al tratar la intencionalidad de la infracción, la resolución recurrida, sorprendentemente, concluye en el numeral 196 que *“En ese sentido, resulta evidente que el actuar de Colbún en lo relativo al cargo N°1 se puede calificar de negligente. No obstante, las circunstancias analizadas no permiten acreditar que se haya procedido de manera dolosa. Por lo tanto, esta circunstancia no será ponderada en la determinación de la sanción final”.*

Decimos que es sorprendente, pues no solo es evidente que Colbún S.A. actuó intencionadamente al modificar la totalidad de los equipos autorizados en la RCA, no es que le hallan llegado por error, al menos eso no se alegó nunca, sino que conscientemente encargó y compró equipos distintos, de ahí a que el actuar doloso para este caso que está constituido por la intención de incumplir la RCA surge de los propios actos de Colbún. Pero, además, resulta sorprendente del propio análisis que hace la Superintendencia, ya que en los numerales anteriores indica que Colbún posee *“el perfil de sujeto calificado en cuanto se trata de una empresa que desarrolla su actividad con conocimiento de las exigencias inherentes en materia de cumplimiento de estándares ambientales”*, por lo tanto resulta contradictorio que se califique a la instalación de equipos distintos a los autorizados en la RCA como un actuar negligente. En consecuencia, en esta parte lo resuelto por la Superintendencia no sólo carece de motivación suficiente, sino que es abiertamente contradictorio con lo razonado, incurriendo en una arbitrariedad flagrante.

El Segundo Tribunal Ambiental ha dicho sobre la intencionalidad en sujetos calificados lo siguiente⁹:

8 Sentencia Rol R-51-2014

9 Sentencia Rol R-76-2015

“Centésimo cuarto: Que, a juicio del Tribunal, el mayor reproche al titular del proyecto se fundamenta, efectivamente, en el carácter de sujeto calificado que a éste le asiste. El titular de un proyecto o actividad no puede desconocer lo que hace, ni mucho menos las condiciones en que debe llevar a cabo su actividad, esto es, la RCA de su proyecto. En efecto, en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, “SEIA”) es el propio titular quien, a través del Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, propone condiciones y medidas para desarrollar su proyecto, y es la autoridad administrativa quien califica ambientalmente dicha propuesta. Cabe señalar, además, que por la naturaleza preventiva del SEIA, la oportunidad en que se proponen y aprueban las medidas y condiciones para desarrollar el proyecto, ocurren antes de la ejecución de las obras y actividades de éste, y, por tanto, el titular está en pleno conocimiento de qué debe hacer, cómo hacerlo y cuándo hacerlo”.

“Centésimo quinto: Que, lo anterior, explica el mayor reproche que la SMA hace al titular del proyecto en las infracciones que aplicó la circunstancia del artículo 40 letra d) de la LOSMA. En efecto, dicho mayor reproche se fundamenta en que, por su particular situación de sujeto calificado, ATI debía estar en perfecto conocimiento de las obligaciones que le imponía la RCA y de los efectos que derivarían en su incumplimiento. Por consiguiente, a juicio del Tribunal, la SMA fundamentó suficientemente la aplicación de la circunstancia contenida en el artículo 40 letra d) de la LOSMA, razón por la cual la alegación de la reclamante será desestimada”.

Como se puede apreciar no solo la fundamentación que se contiene en la resolución recurrida es insuficiente y contradictoria para realizar un menor reproche a la conducta de Colbún, sino que la SMA está aplicando un criterio distinto al utilizado en un caso anterior, en el que también se enfrentó a un sujeto calificado que contaba con RCA, por lo que, de optar por una variación de criterio, ha debido realizar una esmerada fundamentación, pero que en la resolución no existe.

La resolución recurrida considera en su numeral 208 que Colbún prestó cooperación eficaz en el esclarecimiento de los hechos, pues dio respuesta oportuna a los requerimientos de información y habría colaborado en las actividades de fiscalización.

Al respecto, cabe decir que por las mismas razones ya había descartado la falta de cooperación, por lo que la resolución estaría incurriendo en los mismos argumentos para circunstancias distintas, de lo que ya se puede presumir que la cooperación eficaz carece de argumentos suficientes en su ponderación.

En efecto las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales dice: *“La valoración de esta circunstancia depende de que la colaboración entregada por el infractor sea eficaz, lo que implica que la información o antecedentes proporcionados deben permitir o contribuir al esclarecimiento de los hechos imputados, sus circunstancias y/o efectos, la identidad de los*

responsables, grado de participación y/o el beneficio económico obtenido por la infracción, así como toda otra información relevante o de interés, según corresponda. Por lo tanto, la eficacia de la cooperación se relaciona íntimamente con la oportunidad y utilidad objetiva de la información o antecedentes proporcionados, y no solamente con la mera intención colaborativa del infractor”.

Sin embargo, en el procedimiento sancionatorio no hay nada de eso, al contrario la conducta de Colbún ha sido siempre tendiente a argumentar que su arbitraria decisión de modificar por completo el proyecto aprobado en la RCA no constituye un incumplimiento ni una infracción, pretendiendo utilizar la cantidad de MW autorizados como un contexto general que le permita hacer lo que le plazca, sin aportar un solo antecedente que facilite el esclarecimiento de los hechos, a determinar el beneficio económico o de mostrar alguna conducta tendiente a aplicar medidas correctivas. Por consiguiente, no concurre el requisito de “utilidad objetiva de la información o antecedentes proporcionados” que exigen las propias bases metodológicas que excedan la mera intención colaborativa del infractor.

En el mismo sentido resolvió el Segundo Tribunal Ambiental¹⁰:

“Quincuagésimo séptimo: Que, a juicio del Tribunal, para resolver la controversia, se debe tener presente que la cooperación eficaz es un criterio que busca fomentar la colaboración del regulado en el esclarecimiento de los hechos constitutivos de la infracción. Tal como lo señala la SMA en sus Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales, dicha colaboración debe ser eficaz, es decir, que la información o antecedentes proporcionados permitan esclarecer la existencia, circunstancias, o efectos de la infracción, así como la identidad de los responsables, el grado de participación, el beneficio económico obtenido por la infracción y toda otra información relevante o de interés, según corresponda”.

Nada de eso existe.

En virtud de lo anterior, la resolución es carente de fundamentación y arbitraria, pues no identifica ni un hecho concreto que permita afirmar que algún antecedente proporcionado por Colbún ha sido objetivamente útil para el esclarecimiento de los hechos.

Es mas solo luego de 6 años y mas, 3 procesos administrativos, 2 causas en el TER, dos alegatos en la Exma Corte Suprema, y un desgaste económico, de estrés ambiental, y desencanto en las instituciones publicas para 2610 denunciantes hemos llegado al punto de hoy, donde al menos se decide el regulador a sancionar, no sin antes mencionar que lo hace para no incurrir en desacato.

No debemos olvidar que a el titular, lo ayudo todo el mundo, él SEA , interpretando una RCA que debió haber sido clara o bastarse a si mismo, para cumplir con la fe publica, una SMA, que demoro mas

10 Sentencia Rol R-126-2017

de lo razonable en llegar a esta instancia, y un titular, que confundió con sus alegaciones al punto de querer transformar un proceso administrativo sancionador en una evaluación de nueva.

POR TANTO,

AL SEÑOR SUPERINTENDENTE PIDO, tener por interpuesto recurso de reposición contra la Resolución Exenta N.º 2412 de 11 de noviembre de 2021, que resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio, acogerlo y proceda a dictar una nueva resolución sancionatoria conforme a derecho, tratando cada hecho como una infracción individual, recalificándolas como gravísimas, o al menos graves, y efectuando una correcta ponderación de las circunstancias contenidas en el artículo 40 LOSMA para determinar la sanción.

A handwritten signature in blue ink, consisting of a large, stylized initial 'P' followed by several cursive letters, all written in a fluid, connected style.