

TRIBUNAL	:	Segundo Tribunal Ambiental.
MATERIA	:	Reclamación del art. 17 N°3 de la Ley N°20.600.
PROCEDIMIENTO	:	Reclamación de la Ley N°20.600.
RECLAMANTE	:	Hidroeléctrica Roblería SpA.
RUT	:	76.051.263-K.
REPRESENTANTE LEGAL	:	Pablo Lisandro Cavallaro
CNI	:	24.499.213-7
PATROCINANTE Y APODERADO N°1	:	Jorge Andrés Femenías Salas.
CNI	:	15.312.460-4.
PATROCINANTE Y APODERADO N°2	:	Crescente Ovalle de La Barra.
CNI	:	17.961.206-2
APODERADO N°3	:	Gustavo Alarcón del Pino.
CNI	:	19.605.938-5
RECLAMADO	:	Superintendencia del Medio Ambiente.
RUT	:	61.979.950-K.
DOMICILIO	:	Teatinos 280, pisos 7, 8 y 9, Santiago.
REPRESENTANTE	:	Marie Claude Plumer Bodin.
CNI	:	10.621.918-4

EN LO PRINCIPAL: interponen reclamo de ilegalidad; EN EL PRIMER OTROSÍ: acompañan documentos; EN EL SEGUNDO OTROSÍ: acreditan personería; EN EL TERCER OTROSÍ: patrocinio y poder; EN EL CUARTO OTROSÍ: solicitan forma de notificación que indican; EN EL QUINTO OTROSÍ: solicitan se decrete suspensión judicial de los efectos del acto administrativo que indica o, en subsidio, medida cautelar innovativa.

ILUSTRE SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

JORGE A. FEMENÍAS S., cédula nacional de identidad N°15.312.460-4 y **CRESCENTE OVALLE DE LA BARRA**, cédula nacional de identidad N°17.961.206-2, abogados, en representación según se acreditará en el segundo y tercer otrosí de esta presentación, de “**HIDROELÉCTRICA ROBLERÍA SPA**” (“**HR**”, “**Roblería**” o “**Compañía**”), todos domiciliados para estos efectos en Avenida Isidora Goyenechea N°2.800, oficina 2501, comuna de Las Condes, al Ilustre Segundo Tribunal Ambiental respetuosamente decimos que:

De acuerdo con el artículo 17 N°3 de la Ley N°20.600, de 28 de junio de 2012 (“**Ley N°20.600**” o “**LTA**”), en relación con el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente¹ (“**LOSMA**” o **Ley N°20.417**”), interponemos reclamo de ilegalidad en contra de la Resolución Exenta N°2.174, de 12 de diciembre de 2022 (“**Resolución Impugnada**” o “**Resolución Reclamada**”), mediante la cual la Superintendencia del Medio Ambiente (“**SMA**”) resolvió el procedimiento sancionatorio rol D-109-2018 en contra de Roblería.

§1. CONTEXTO JURÍDICO

1. La SMA formuló tres cargos a la Compañía: **(i)** “el titular no acredita la ejecución de la reforestación conforme a lo establecido en su plan de manejo forestal (calificando la infracción como **leve**); **(ii)** “modificación del proyecto “Generadora eléctrica Roblería” (“**Central**”), sin contar con resolución de calificación ambiental que lo autorice” (calificando la infracción como **gravísima**); y, **(iii)** no responder en forma solicitada (SIC) el requerimiento de información efectuado en acta de inspección de fecha 19 de junio de 2018 (calificando la infracción como **leve**).
2. Sobre el particular, la Autoridad sancionó a Roblería con las siguientes multas: **(i)** el cargo N°1: **UTA 118**; **(ii)** el cargo N°2: **UTA 1055**; y, **(iii)** por el cargo N°3: **UTA 1**.
3. Referente al cargo más severo, y su **desproporcionada multa ascendente hoy a \$784.337.640** (UTA 1055), la Resolución Reclamada se construyó sobre la premisa errada de que: **(i)** un proyecto de bocatoma en el estero Nacimiento, complementario a la Central (“**Acueducto Nacimiento**”), exigía el permiso contemplado en el artículo 294 del Código de Aguas (“**CAG**”); y, por consiguiente **(ii)** en función de lo dispuesto en el artículo 10 letra a) de la Ley N°19.300, y lo previsto en el artículo 2 letra g.1) y g.3) del Decreto Supremo N°40/2013 del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (“**RSEIA**”), debía ser evaluado ambientalmente.

¹ Contendida en el artículo 2 de la Ley N°20.417, de 26 de enero de 2010.

4. Al respecto, lo auténticamente *gravísimo*, S.S.I., es que a pesar de la evidencia que obra en el procedimiento sancionador, la SMA insistió en inculpar a HR por una presunta elusión, actuando *contra* el informe negativo del Servicio de Evaluación Ambiental (“**SEA**”), entidad que, conforme al artículo 3 letra j) de la LOSMA, debe emitir su informe previo a que la SMA requiera el ingreso de un proyecto al SEIA.

5. En efecto, el SEA **negó 3 veces**, en **3 oportunidades distintas**, que el Acueducto Nacimiento exigiera evaluación ambiental; pero la autoridad fiscalizadora las desestimó, una a una, argumentando que aquel Servicio desconocía los antecedentes que ésta sí manejaba. Lo anterior es errado, por cuanto la última negativa del SEA fue expedida **precisamente en el expediente sancionador** y tras el estudio de los documentos que lo conforman.

6. Relativo al cargo N°2 en comentario, la Resolución Reclamada también fue *contra* el criterio de la Dirección Regional de Aguas (“**DGA**”), organismo sectorial encargado de evaluar y fiscalizar las obras que supuestamente habrían eludido el SEIA.

7. Así, en contra de la opinión competente de estos servicios, la SMA imputó y sancionó a Roblería por *elusión*, multándola con una suma sin precedentes, condenándola a la imposibilidad de ejecutar y desarrollar su Proyecto. También, comprometiendo seriamente la estabilidad financiera de una empresa generadora de energía eléctrica limpia, renovable y de base, aquellas que las autoridades ambientales deberían promover, ya que su existencia es requisito habilitante en nuestro país para poder llevar adelante la tan ansiada transición desde las energías contaminantes, hacia las energías limpias.

8. En lo sucesivo, demostraremos a S.S.I. que la única elusión de autos fue la que efectuó la SMA al evadir la evidencia y desoír los informes de los órganos de evaluación ambiental competentes.

9. La Resolución Reclamada es **contraria a derecho, causa agravio a nuestra representada y debe ser dejada sin efecto.**

§2. LA CENTRAL Y LAS OBRAS EN EL ESTERO NACIMIENTO

1. La Central es un proyecto de generación hidroeléctrica de pasada con una capacidad de generación de 4,0 MW de potencia, con una capacidad de producción variable de MWh. Fue evaluado ambientalmente a través de una Declaración de Impacto Ambiental (“DIA”) ingresada el 10 de noviembre de 2009. La construcción y operación de la Central se justificó en una creciente demanda de energías renovables, requerimiento que las autoridades de la época estimaron fundamental al punto de asegurar la compra de la energía producida, y a precios garantizados. El Proyecto alcanzaría su *peak* de rendimiento (33.322.021 kWh) si la Asociación de Canalistas del río Melado (“Canalistas”), **“logran transportar agua durante todo el año por el Canal Roblería con caudal de 3,6 m³/seg”**².

2. En cuanto al origen de las aguas de la Central, en el párrafo 2.4.1.1. de la DIA se expuso que **las aguas de los Canalistas** se utilizarían **entre octubre y abril** de cada año, porque el canal Roblería abastece los cultivos agrícolas durante el verano, época en la que el río Putagán –que lo alimenta– proporciona menos agua. En ese apartado se aclaró también que *“La Asociación de Canalistas tiene otros derechos de aguas en el río Ancoa, que está regularizando a objeto de **augmentar la cantidad de meses de disponibilidad de agua para la turbina**, con significativos beneficios para ambas partes”*.

3. Estos considerandos, que integran el proceso de evaluación ambiental, acreditan que para este proyecto se previó **desde un principio el suministro continuo de aguas para la operación**; y que la limitación de uso del canal Roblería se comprometió de manera de no perturbar su uso por los regantes durante los meses de menor afluencia.

4. Para su ejecución se consideró una superficie de 3 hectáreas. En el Considerando 3.2.2. de la RCA N°187/2010 se estableció que el despeje de la franja a ser utilizada se haría cumpliendo con lo previsto en el Permiso Ambiental Sectorial 102 (“PAS 102”), que entrega la Corporación Nacional Forestal (“CONAF”). Esa entidad otorgó el citado permiso mediante

² Párrafo 2.1. de la DIA del Proyecto, página 8.

su Resolución de Plan de Manejo de Obras Civiles N° 60/38-73/10, de 3 de junio de 2010 (“PAS 102 HR”). En aquel permiso la intervención forestal **se previó en 1,7 hectáreas**.

5. De acuerdo con lo previsto en su autorización ambiental, el 8 de junio de 2015 Inversiones Talavera Ltda., predecesora legal de HR en la titularidad de la Central, pidió al SEA un pronunciamiento respecto del ingreso al SEIA del proyecto "*Construcción de canal de 1,5 m³/s para entregar agua por 5 meses para Generación Eléctrica a Mini Central de Paso, Sector Roblería, comuna de Linares*". **Este es, Ilustre Tribunal, el Acueducto Nacimiento.**

6. Con este se pretendía construir un canal entubado, en tubería de polietileno de alta densidad (HDPE) y de 1,2 y 1,4 m de diámetro, para conducir agua desde el estero Nacimiento hacia el canal Roblería en los meses de **mayo, junio, julio, agosto y septiembre**, es decir, durante el lapso en el que los Canalistas no podían asegurar la disponibilidad de agua para la Central.

7. La pertinencia fue resuelta mediante la Resolución Exenta N°96/2015, del Director Regional del SEA de la región del Maule, quien **dispuso que tales obras no requerían ingresar al SEIA de forma obligatoria**. Lo anterior, por cuanto no constituían una modificación de proyecto que implicara un cambio de consideración, según lo dispuesto en el artículo 2 literal g) del RSEIA.

8. En particular, el SEA afirmó que el proyecto sometido a consulta no estaba listado dentro de las causales de ingreso establecidas en el artículo 3 del RSEIA, en tanto: **(i)** no constituía un acueducto, embalse o tranque que deba someterse a la autorización establecida en el artículo 294 del Código de Aguas; **(ii)** no preveía una línea de transmisión de alto voltaje que conduzca energía eléctrica con una tensión mayor a 23 kV; y, **(iii)** no consistía en una central generadora de envergadura mayor a 3 MW.

9. Asimismo, el referido Servicio **desestimó la existencia de modificaciones sustantivas en la extensión, magnitud o duración de los impactos** ambientales o actividad

evaluados, descartando de esa forma los presupuestos establecidos en el artículo 2 letra g.3) del RSEIA.

Esta fue la **primera vez** que el SEA despejó cualquier incertidumbre de una posible elusión al SEIA.

10. El 13 de diciembre de 2016, el predecesor de Roblería requirió un nuevo pronunciamiento al SEA, consultando si debían ingresar al SEIA idénticas obras, pero esta vez considerando un canal de aducción de 1,9 m³/s, y no de 1,5 m³/s, como originalmente fue previsto.

11. Mediante su Resolución Exenta N°12/2017, la máxima autoridad del SEIA concluyó que esta versión del Acueducto Nacimiento **tampoco requería ingresar al SEIA de forma obligatoria**, reiterando las mismas razones expuestas anteriormente, es decir, debido a la inconcurrencia de los presupuestos establecidos en el artículo 2 literales g.1) y g.3) del RSEIA.

Esta es la **segunda vez que el SEA descartó una hipotética ilusión al SEIA**. Ambas respuestas a las consultas de pertinencia serán referidas en lo sucesivo como las **“Pertinencias”**.

12. El 8 de julio de 2016 se pidió a la DGA una autorización de proyecto para la construcción de la bocatoma en el estero Nacimiento, que permitiría captar las aguas previstas en los derechos de aprovechamiento de aguas de HR y luego conducir las a la Central mediante el acueducto antes señalado (expediente VC-0703-51, o **“Permiso 1”**).

13. Dado que las obras del Acueducto Nacimiento contemplaban la habilitación de una faja cubierta con bosque, mediante la Resolución N°69/341-73/18, de 20 de abril de 2018, **la CONAF aprobó el respectivo Plan de Manejo Forestal sobre una superficie de 1,75 hectáreas**. En paralelo, y dado que el mismo canal exigía la intervención de quebradas afluentes del estero Nacimiento, el 10 de julio de 2018, HR ingresó ante la DGA una solicitud

de permiso de modificación de cauce, de acuerdo con lo previsto en los artículos 41 y 171 del CAg (expediente VP-0703-233, o **“Permiso 2”**).

14. Finalmente, durante la tramitación del Permiso 1, mediante su Ordinario N°208, de 8 de noviembre de 2018, el Departamento de Administración de Recursos Hídricos de la DGA (**“DARH”**; el departamento; y **“ORD DARH N°208”**, la resolución), concluyó expresamente que el proyecto del Acueducto Nacimiento **no constituía una obra mayor que requiera el permiso establecido en el artículo 294 del CAg**. Así, el órgano sectorial competente para pronunciarse acerca del cumplimiento de los requisitos exigibles a una obra hidráulica concluyó que las obras relativas al Acueducto Nacimiento **no requerían el permiso del artículo citado**.

15. En consecuencia, y aunque fuera redundante porque el SEA ya lo había dicho dos veces, la DGA reafirmó el criterio de esa autoridad. Sin que sea exigible el permiso del artículo 294 del CAg, se reitera, **no es obligatoria la evaluación ambiental de tales obras. Pero la SMA insistiría en lo contrario**.

§3. INCIDENTE EN LA FAENA DEL ACUEDUCTO NACIMIENTO

1. Las obras del Acueducto Nacimiento comenzaron a ejecutarse en mayo de 2018. El 15 de junio de 2018, HR informó a la SMA de un incidente durante la construcción de éstas. En la primera quincena de junio de 2018 arrieron fuertes lluvias y vientos que causaron que parte del material excavado, que se acopiaba temporalmente a un costado de la obra, e incluso material proveniente desde la ladera superior al camino de Roblería, se deslizara por la ladera contigua al cauce hasta depositarse en diversos puntos de la caja del estero Nacimiento.

2. El material **nunca interrumpió el libre escurrimiento de las aguas** del estero Nacimiento. La Compañía adoptó de inmediato las medidas y resguardos necesarios para impedir cualquier afectación significativa al medioambiente. Así: **(i)** avisó inmediatamente a la SMA y a la DGA; **(ii)** colaboró proactivamente en la ejecución de los trabajos de despeje

y contención esenciales para asegurar la indemnidad del medioambiente; y, **(iii)** detuvo en el acto la ejecución de los trabajos del Acueducto Nacimiento.

3. El 5 de octubre de 2018, la DGA Regional del Maule dictó la Resolución Exenta N°567 (**"ORD DGA N°567"**), mediante la cual ordenó la paralización total de *"las obras y labores que se ejecutan para la construcción de un acueducto"*.

4. El incidente dio lugar a una fiscalización de la SMA. A instancias del Memorandum N°59.437/2018, de 24 de octubre de 2018, el Jefe de la Oficina Regional de la SMA del Maule pidió al Fiscal de la SMA la imposición de medidas provisionales, fundándolas –esto es relevante– en que a su particular juicio y criterio *"el acueducto y sus obras asociadas, deben someterse al SEIA, por constituir un proyecto listado en el artículo 3 del Reglamento del SEIA"*.

5. Así, mediante su Resolución Exenta N°1369, de 29 de octubre de 2018, el Superintendente del Medio Ambiente ordenó medidas provisionales pre procedimentales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48, literales a) y f) de la Ley N°20.417. Según se adelantó, la SMA argumentó una supuesta elusión al SEIA del proyecto Acueducto Nacimiento. Fue la primera de varias de estas medidas que la autoridad fiscalizadora pidió en el curso del procedimiento que estaba por venir.

6. Sobre el particular existe un antecedente de la mayor relevancia: frente a estas medidas, **la Compañía interpuso un recurso de reclamación ante este mismo Ilustre Tribunal (rol N°198-2018), el cual fue acogido por S.S.I., con costas, en consideración a que:**

"Nonagésimo primero. Que, del análisis de la Resolución Exenta N°1.369/2018 se desprende que la SMA imputa a la reclamada una hipótesis infraccional de elusión al SEIA, además de los riesgos ambientales asociados a la afectación de quebradas y al libre escurrimiento de las aguas del estero Nacimiento. Al efecto, concluye que "[...] se ha constatado que el acueducto y sus obras relacionadas, deben someterse al SEIA, por constituir un proyecto

listado en el artículo 3° del Reglamento del SEIA, ya que el acueducto en análisis tiene la capacidad de conducir un caudal superior a los 2 m³/s, por lo que nos encontramos frente a una 'obra hidráulica mayor', según los términos descritos en el artículo 294 del Código de Aguas".

Nonagésimo segundo. *Que, de lo indicado en el análisis realizado de la hipótesis de elusión al SEIA, es posible concluir que, al no verificarse la apariencia de la existencia de dicha infracción, las medidas provisionales decretadas no resultan proporcionales al tipo de infracción cometida, PUESTO QUE EN EL PRESENTE CASO EL ORGANISMO COMPETENTE YA SE HABÍA PRONUNCIADO EN DOS OCASIONES EN EL SENTIDO QUE EL PROYECTO DE MODIFICACIÓN NO REQUERÍA INGRESAR AL SEIA.*

Centésimo noveno. *Que, sobre todo lo expuesto cabe destacar que la adopción de medidas provisionales preprocedimentales por parte de la SMA debe estar basada en una debida fundamentación técnica, de lo contrario se torna, como en la especie, en una decisión ilegal por falta de motivación. De lo razonado previamente se concluye que la Resolución N°1.369/2018, que decretó las medidas provisionales preprocedimentales, ADOLECE DE VICIOS DE LEGALIDAD POR FALTA DE MOTIVACIÓN, EN PARTICULAR, EN LO QUE GUARDA RELACIÓN CON SU PROPORCIONALIDAD.³ (énfasis agregados).*

7. En consecuencia, y en lo que resulta determinante para esta declaración, este Ilustre Tribunal ya se pronunció con respecto a dos de los más severos vicios de ilegalidad en que incurre la Resolución Impugnada: **(i)** la causal basal es incorrecta, porque las actividades cuestionadas no debían ingresar al SEIA; y, **(ii)** la desproporcionalidad con que la SMA se condujo, respecto a Roblería, durante todo el procedimiento sancionatorio.

§4. PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO D-109-2018

³ Finalmente, la sentencia fue impugnada a través de un recurso de casación por parte de la SMA, el que fue acogido por el Máximo Tribunal, **pero no por motivos de fondo, sin sólo porque a su juicio la reclamación no fue la vía correcta para impugnar la resolución que ordenó las medidas.**

1. A través de la Resolución Exenta N°1/Rol D-109-2018, de 22 de noviembre de 2018, la SMA inició un procedimiento sancionatorio en contra de La Roblería formulando los siguientes cargos:

- **Cargo N°1:** Incumplimiento de la RCA N°187/2010, pues no se habría acreditado la ejecución de la reforestación conforme a lo establecido en su plan de manejo forestal. El hecho fue calificado como **leve**.

- **Cargo N°2:** Modificación del proyecto "Generadora Eléctrica Roblería", sin contar con RCA que lo autorice, cuestión que incumpliría: **(i)** los artículos 8 y 10 letra a) de la Ley N°19.300; y, **(ii)** el artículo 2 letras g.1 y g.3, y el artículo 3 letra a), ambos del RSEIA, supuesto hecho infraccional que fue calificado como **gravísimo**. Las modificaciones aludidas habrían consistido en:

- La construcción de una bocatoma de captación de aguas en el estero Nacimiento;
- La construcción de un acueducto de 2,36 metros cúbicos por segundo de capacidad máxima, y de 2,7 kilómetros de longitud, que envía las aguas al canal Roblería, lugar desde donde se obtiene el agua para generación eléctrica del proyecto;
- El aumento del período de generación de energía del proyecto; y,
- El aumento de la superficie del proyecto, incluyendo el área de intervención de bosque nativo.

- **Cargo N°3:** No responder en forma solicitada el requerimiento de información efectuado en el acta de inspección de 19 de junio de 2018. Este supuesto hecho infraccional fue calificado preliminarmente como **leve**.

2. La Compañía opuso descargos acompañando antecedentes que descartaban la comisión de las infracciones imputadas; con énfasis en aquellos relativos a la completa falta de fundamento y legalidad de la denuncia de elusión.

3. Los descargos, aunque contundentes y suficientes para desestimar el mérito del expediente sancionatorio, fueron además respaldados por **las intervenciones en el expediente de los servicios públicos involucrados**, quienes remitieron los informes que la SMA pidió **previo a la dictación de la Resolución Reclamada**.
4. Así, la DGA fue requerida para señalar antecedentes sobre el estado actual en que se encuentra el proyecto de construcción de bocatoma y acueducto, indicando si los caudales aguas abajo del sector intervenido del estero Nacimiento han sido afectados en la forma insinuada durante la fiscalización.
5. Mediante su Ord. N°207 de 3 de abril de 2020, la DGA informó, entre otras cosas, que a pesar de tener los derechos de agua caudales superiores a 2 m³, lo relevante para determinar el caudal de diseño de una obra es lo informado y aprobado en el permiso; esto importa que, con independencia del volumen de agua otorgado y contenido en el derecho, es el titular del proyecto quien determina la cantidad de agua que utilizará para el caso concreto, sobre la base, como es usual en la industria, de criterios económicos y/o ambientales.
6. Este servicio afirmó también, respecto a la presunta afectación del estero nacimiento, que ***“la cantidad de agua no supone haber sufrido afectaciones, lo mismo se supone en lo relativo a la calidad”***. Así, descartó cualquier efecto significativo sobre el componente hídrico. Como hizo otras veces en el curso de este expediente, la SMA ignoraría la evidencia y concluiría lo inverso a lo reportado por la DGA.
7. Finalmente, la SMA pidió al SEA que aclarase, nuevamente, si el proyecto del Acueducto Nacimiento debía o no ingresar al SEIA.
8. Mediante su oficio N°200278 de 4 de marzo de 2020, el SEA concluyó, **por tercera vez**, que el **Acueducto Nacimiento no debía ingresar al SEIA**, resolviendo que la modificación de proyecto de HR *“no debe ingresar de forma obligatoria al SEIA pues no se configurarían los literales g.1 y g.3 del artículo 2°, como tampoco la tipología de ingreso del literal a) contenido en el artículo 3°, ambos del RSEIA, puesto que ésta no requiere de la*

autorización de obra mayor del artículo 294 del Código de Aguas, por tratarse de un canal de 2,7 km para conducir 1.9m³/s de agua”.

9. En otro estado de cosas, durante el curso del procedimiento la SMA dictó 5 resoluciones imponiendo medidas provisionales. Lo hizo mediante las Resoluciones Exentas: **(i)** N°1548, de 12 de diciembre de 2018; **(ii)** N°716, de 24 de mayo de 2019; **(iii)** N°1187, de 13 de agosto de 2019; **(iv)** N°379, de 26 de febrero de 2020 y, **(v)** N°2026 de 08 de octubre de 2020.

10. Mediante la última de ellas la SMA, analizando los numerosos antecedentes enviados por HR que acreditaban el cumplimiento de lo ordenado por nuestra representada, sintetizó y actualizó las medidas procedimentales, decretando como únicas pendientes:

a) Presentar un **plan de trabajo** para la implementación de un sistema de control de taludes para la retención de tierra, rocas y material vegetal que pueda desprenderse del sector del trazado del acueducto; y,

b) Presentar un **estudio de geotecnia** que asegure la estabilidad del talud donde se ejecutan las obras, y que determine las medidas de prevención y/o contención con objeto de resguardar la seguridad frente a posibles deslizamientos.

11. En función de la Resolución Exenta N°1.627, de 22 de septiembre de 2022 (“**RE N°1.627/2022**”), el servicio fiscalizador ambiental tuvo por cumplidas satisfactoriamente cuatro de las seis medidas ordenadas en función de la RE N°379, esto es, evidenció que Roblería:

(i) presentó un estudio que dio cuenta de las características físicas del sector "Polígono General Bari";

(ii) adjuntó un estudio actualizado respecto a la capacidad de dilución del estero Nacimiento;

(iii) informó a la SMA sobre las obras que están ejecutando en los puntos identificados por la DGA; y,

(iv) se tuvo por cumplida la medida que exigía informar a la SMA si la DGA alzaba la suspensión de las obras en el estero Nacimiento (o que hasta el momento no ha ocurrido).

12. La SMA también declaró cumplidas, pero parcialmente, las medidas que exigían a HR: (i) presentar un **plan de trabajo** para la implementación de un sistema de control de taludes; y, (ii) presentar un **estudio de geotecnia**, que asegure la estabilidad del talud donde se ejecutan las obras.

13. Con todo, se advierte que nuestra representada acompañó ambos antecedentes (que el ente fiscalizador estimó como insuficientes). En particular, en el estudio de geotecnia elaborado por Geodrilling se describe el estado de los caminos y taludes; se identifica una vía para garantizar la estabilidad de los taludes y, finalmente, se evidencia la intervención de la Compañía para asegurar, mediante la ejecución de obras mínimas de conservación, la seguridad de los caminos y la continuidad de las vías de acceso que hoy son utilizadas por la comunidad:



Figura 2-4. Vista 1 de Microterrazas ejecutadas en Talud 2 Pk 1+190 a 1+230. Vista desde el camino del proyecto.



Figura 2-5. Vista 2 de Microterrazas ejecutadas en Talud 2 Pk 1+190 a 1+230. Vista desde el camino del proyecto.

14. En cuanto a la implementación definitiva del plan de trabajo para la estabilización de los taludes, HR informó a la SMA que, dado que requeriría la intervención adicional de vegetación nativa, sólo sería posible ejecutarlo en la medida en que la CONAF aprobare un Plan de Manejo de corrección. Esas aprobaciones, a su turno, únicamente podrían liberarse

una vez resueltos los procedimientos ante los JPL de Linares. **Aquellos no han concluido aún, pues sigue pendiente el tramitado bajo el rol N°10.998-2018.**

15. Así, era y es **materialmente imposible** ejecutar un cronograma de trabajo, pues la Ley N°20.283, sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal (“**Ley N°20.283**”), y su legislación anexa, exigen que aquellos procedimientos sancionatorios concluyan para dar curso al respectivo Plan de Manejo.

16. En este estado de cosas, en función del ORD DGA N°567, desde el 5 de octubre de 2018 y hasta hoy, **Roblería no ha podido efectuar más que labores conservativas** en el área de influencia del Acueducto Nacimiento.

17. **FINALMENTE:** El 12 de diciembre de 2022, y tras **más de 4 años de tramitación**, la dictación de 6 medidas provisionales en el curso de 3 expedientes cautelares diversos; y, habiendo **suspendido motu proprio** la autoridad fiscalizadora el procedimiento por **más de 2 años**, la SMA dictó la Resolución Reclamada determinando que Roblería había incurrido en las 3 infracciones imputadas, sancionando a la empresa con una **multa de 1.174 Unidades Tributarias Anuales (“UTA”)**, desglosadas en: **(i)** 118 UTA por la infracción N°1; **(ii)** 1.055 UTA por la infracción N°2; y, **(iii)** 1 UTA por la infracción N°3.

18. Como se demostrará a continuación:

(i) Las tres sanciones fueron impuestas recurriendo a imprecisiones, ilegalidades y errores metodológicos. La Compañía no cometió las infracciones ni puede ser sancionada por ellas.

(ii) En cualquier caso, el procedimiento en su conjunto decayó por una omisión imputable únicamente a la SMA, de modo que perdió su objeto y consecuentemente su validez.

(iii) Como fuere, las sanciones para cada uno de los cargos no fueron debidamente motivadas; son desproporcionadas, ajenas a las bases metodológicas que la autoridad debe respetar y, consecuentemente, ilícitas.

§5. VICIOS DE ILEGALIDAD

1. Recordemos que la SMA imputó tres cargos a nuestra representada: **(i)** no haber cumplido las condiciones de la RCA N°187/2010 en materia de reforestación; **(ii)** haber ejecutado la modificación de un proyecto sin contar con la respectiva RCA, eludiendo el SEIA; y, **(iii)** no haber respondido a un requerimiento de información, formulado en junio de 2018. Así, la Resolución Reclamada mantuvo las distintas imputaciones en los términos de la formulación de cargos.

2. Según se señaló en el escrito de descargos, al que nos remitimos íntegramente, el planteamiento de la SMA es incorrecto. Y ello porque: **(i)** nuestra representada cumplió con las condiciones de reforestación exigidas en la RCA; **(ii)** la ejecución del proyecto no exigía su ingreso al SEIA (según reconoció el SEA expresamente); y, **(iii)** Roblería atendió diligentemente todos y cada uno de los requerimientos de información que le formularon.

3. Contrastaremos a continuación la procedencia de las tres infracciones supuestamente acreditadas.

A. La Compañía no infringió la RCA N°187/2017 (Cargo N°1)

4. Se denuncia la infracción del artículo 35 letra a) de la LOSMA por el supuesto incumplimiento de las *“condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental, específicamente en lo relativo a la corta de árboles dentro de la faja de servidumbre, tal como se establece en el considerando N°3.2.2 de la RCA 187/2010”*.

5. En particular, se imputa que Roblería no habría acreditado la ejecución de la reforestación conforme a lo establecido en su plan de manejo forestal, exigencia derivada del considerando 3.2.2. de la citada licencia ambiental.

6. La imputación se fundó en las siguientes consideraciones: **(i)** en el sector “casa máquinas” no existiría una plantación ejecutada conforme a lo aprobado; **(ii)** en el sector rodal RN1 se observó que la reforestación fue ejecutada a lo largo de ambos costados del canal de aducción; **(iii)** en los polígonos RN3 y RQ1 supuestamente la distribución de plantas no sería homogénea, a pesar de que se reconoce que “*la exclusión de ganado favoreció la evolución del estado de desarrollo de la vegetación existente*”; **(iv)** en el rodal RN3 no se habrían respetado las especies establecidas en plan de manejo; y, **(v)** en el rodal RQ1 no habría plantación alguna.

7. La argumentación de la SMA debe ser desestimada porque:

(i) Las condiciones imputadas incorrectamente fueron debidamente cumplidas.

(ii) La SMA incumplió el deber de motivación.

(iii) Concorre la causal eximente de “***inexigibilidad de otra conducta***”, respecto al sector que se denunció abandonado.

A.1. Cumplimiento del Plan de Reforestación

8. El artículo 14 de la ley N°20.283 prevé que “*los compromisos de regeneración o reforestación establecidos en los planes de manejo (...) se entenderán cumplidos cuando se verifique en terreno una sobrevivencia igual o superior al 75% del número de individuos comprometidos en los respectivos planes de manejo. Esta sobrevivencia deberá determinarse, no antes que dichos individuos cumplan dos años de vida, desde su plantación o regeneración natural*”. (énfasis agregado)

9. Las condiciones de reforestación fueron debidamente cumplidas, tal como se acreditó debidamente mediante la Minuta técnica elaborada por Biotas SpA (“**Informe Biotas**”), que se acompañó con el escrito de descargos.

10. En relación con el sector RN 1, y tal y como se señaló en la Informe Biotas, se identificaron un total de 583 individuos a lo largo del trazado de camino y se apreció una densidad de 3.750 ind/ha:



11. Contra la evidencia acompañada, en la Resolución Reclamada se señaló que “(no fue) posible determinar la densidad de la plantación existente”⁴, argumentando que supuestamente la estimación de la densidad del Informe Biotas no sería correcta.

12. En el Informe Biotas se observaron un total de 129 individuos para el sector RN2. La SMA entendió que, si bien la densidad observada era correcta, no se identificaban los polígonos de reforestación conforme al diseño aprobado y, además, supuestamente se habrían plantado especies no autorizadas.

13. Parte de lo que explica la dificultad de cumplir con la densidad total comprometida fueron plagas de entomofauna que devoraron las hojas del Quillay:

Fotografía 4. Entomofauna devorando hojas en *Quillaja saponaria* (*Dicordylus binotatus*: Coleóptera, Curculionidae; Díptera (abajo))



14. Para el sector RN3 se contabilizaron 287 individuos. La SMA estimó que no se cumplieron los términos estipulados en la RCA N°187/2010, por cuanto se plantaron especies distintas y la densidad observada no sería suficiente. En cualquier caso, la SMA

⁴ Letra c) del párrafo 76, página 23 de la Resolución Reclamada.

apreció que se habían adoptado medidas que “*habrían beneficiado el estado de desarrollo de los individuos existentes*”⁵.

15. Finalmente, se imputó que en el sector RQ1 no habría existido reforestación.



Fuente: Campaña de terreno. BIOTAS SpA, 2018

Como medida de protección a la reforestación, se propuso un cercado con alambre de púas de 4 hebras y postes cada 3 metros, para evitar el acceso de animales. Lo anterior no se cumple en terreno, ya que se identificaron evidencias directas del ingreso de animales, junto con el cercado distante. Por otro lado, las especies se encuentran perimetradas mediante coligues y malla Raschel, algunas de estas, desarmadas. Esto, posiblemente debido a factores abióticos (lluvias, vientos) junto con ingreso de lagomorfos (Fotografía 7).

16. Así, también se experimentaron dificultades para cumplir con la densidad comprometida en este sector, **afectado por condiciones exógenas y no obstante el despliegue de la debida diligencia para cuidar el prendimiento.**

17. Al cierre del Informe Biotas, y sin perjuicio de no alcanzarse puntualmente algunas de las metas establecidas en el respectivo Plan de Manejo, se advirtió que el trabajo

⁵ Letra d) del párrafo 76, página 23 de la Resolución Reclamada.

realizado permitía estimar el cumplimiento de la reforestación en el plazo de **7 años**. Así, HR cumplió y estaba cumpliendo las prescripciones del citado instrumento (constitutivo de PAS 102, que la SMA consideró infringido).

18. Con todo, en la propia Resolución Reclamada se advierte que la Compañía cumplió con reforestar el 94% de la superficie comprometida, con porcentajes de prendimiento que de acuerdo con lo señalado en el Informe Biotas cumplieron, en la mitad de los casos, los índices exigidos por la normativa.

385. En cuanto a los incumplimientos a la medida de compensación en particular, fue posible establecer que el titular efectuó la reforestación en 1,6 hectáreas, de un total de 1,7 hectáreas que debía reforestar. No obstante, dentro de dicha superficie reforestada, se constató que el titular no respetó los individuos o especies ni la densidad establecida en gran parte de dicha superficie.

A.2. Infracción al deber de motivación

19. El deber de motivación de los actos administrativos constituye un principio general del derecho administrativo y un requisito expresamente establecido en los artículos 11 de la citada ley, al exigir que: "*Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares*"; y, 41 inciso 4 de la Ley N°19.880, que dispone que: "*Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada*".

20. La importancia de motivar los actos, que es lo mismo que decir *dar debida razón de estos*, es tanto o más importante tratándose de aquellos que restringen derechos o imponen sanciones, como es el caso. En efecto, tratándose de sanciones que absuelvan o impongan multas, el artículo 54 de la LOSMA prescribe que "... [el] *Superintendente, quien resolverá en plazo de diez días, dictando al efecto una resolución **fundada** en la cual absolverá al infractor o aplicará la sanción, en su caso*".

21. Esta autoridad no sujetó la comprobación del hecho denunciado a los estándares exigidos por ley.

22. Parte de la prueba acompañada por la autoridad para acreditar el supuesto déficit censitario de uno de los sectores fue una imagen:

75. A continuación, la siguiente imagen aérea, obtenida durante la inspección ambiental de fecha 3 de julio de 2019, da cuenta de la situación observada en el sector "casa de máquinas" (rodal RN2). Según el área de intervención aprobada conforme al plan de manejo, es posible sostener que no se cumple con el área de reforestación aprobado para dicha zona.

Imagen 3. Imagen aérea del sector casa de máquinas, de fecha 3 de julio de 2019



Fuente: Informe de fiscalización DFZ-2019-868-VII-RCA, Anexo 9 (Reporte Técnico Inspección Ambiental Conaf Maule)

23. Pero, S.S.I.: ¿cómo es posible sostener aquello en función de esta imagen? ¿No se ve, acaso, un tupido bosque interrumpido por pequeñas zonas despejadas? ¿Qué ilustra la fotografía respecto de la densidad del bosque? Y las respuestas son abrumadoramente contundentes en contra de la tesis sostenida por la SMA.

24. Otro medio de prueba al que la SMA dio crédito fue la inspección realizada por funcionarios delegados por la autoridad, cuyo testimonio fue al parecer suficiente para, no ya desestimar lo señalado por nuestra representada; sino **derechamente acreditar la comisión de una infracción.**

25. Así, la SMA, antes que **comprobar** una presunta infracción **infiere** su ocurrencia sobre la base de supuestos equívocos que no satisfacen el deber de motivación del acto administrativo, fundamentalmente, porque se sustenta en antecedentes equívocos e insuficientes que no cumplen el estándar de motivación exigido por el legislador y la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal.

26. En efecto, la sanción no logra alcanzar el umbral mínimo de fundamentación administrativa, viciando de forma incorregible los posteriores asertos efectuados por la SMA. Ello, por cuanto para que se cumpla el fin perseguido, no basta con una enunciación exigua de criterios que antecedan formalmente el acto. Todo lo contrario: **el acto debe ser precedido por cimientos lógicos y jurídicamente armónicos con la normativa vigente.** La motivación, en ese sentido, **NO ES SOLO UN REQUISITO FORMAL QUE DEBE SER ABORDADO POR LA ADMINISTRACIÓN, SINO QUE ES UNA CLÁUSULA DE FONDO QUE DOTA DE CONTENIDO LA DECISIÓN DE UNA AUTORIDAD.**

27. Como se ha dicho, *“las decisiones de la Administración que se contienen en los actos administrativos deben ser consistentes, coherentes, y proporcionadas, esto es, **basadas en la prueba o evidencia, lógicas y razones en su procedimiento (adoptadas racionalmente), y razonables en sus resultados**”*⁶.

28. Así lo ha resuelto este mismo Ilustre Tribunal, destacando el rol primordial de la motivación administrativa, siendo la base para poder conocer y eventualmente impugnar los efectos del acto. Claramente, aprehender las razones detrás de un acto es el pilar necesario para contradecirlo:

⁶ HUEPE, Fabián, *Discrecionalidad administrativa y razonabilidad*, Thomson Reuters, 2018, p. 230. Énfasis agregado.

*“la doctrina explica que la **contradictoriedad se manifiesta tanto en el derecho a aducir alegaciones**, que deberán ser tenidas en cuenta por la autoridad al resolver, **como en la obtención de una respuesta fundada en la resolución final que se haga cargo de los planteamientos formulados en el procedimiento**”⁷.*

29. Por consiguiente, la falta de adecuados fundamentos en el acto de la SMA no solo es contraria a derecho *per se*, sino que genera profunda indefensión en nuestra representada.

A.3 Eximente de responsabilidad de Inexigibilidad de otra conducta: respecto al sector que se denunció abandonado.

30. Según se dijo, Roblería cumplió la obligación legal prevista en sus Planes de Manejo. En este sentido, el sector que se denunció abandonado no lo fue por decisión propia o ánimo de incumplir el Plan, sino por motivos y circunstancias ajenas a su voluntad. Tanto es así, que se reforestó el 94% del área comprometida según lo reconoció la propia SMA.

31. Así, el Polígono Bari, S.S.I -denominación que recibe el área que no pudo reforestarse- no se intervino porque el Ejército de Chile -dueño del predio- destinó el terreno para prácticas de tiro y entrenamiento, razón por la que pidió que se efectuaran las medidas en un sector ajeno al previsto originalmente.

32. En este sentido, respecto a la supuesta infracción al Plan de Manejo concurre una causal de justificación, consistente en la inexigibilidad de otra conducta derivada de un acto de autoridad que impidió absolutamente la ejecución al pie de la letra del citado instrumento.

33. Acredita los asertos anteriores, el oficio 4903/162/Anpac SpA del Ejército de Chile, en el cual se indica:

⁷ Segundo Tribunal Ambiental, causa rol N°R-297-2021, sentencia de 24 de octubre de 2022, considerando 15°. Énfasis agregado

3. Finalmente, durante el mes de diciembre del año 2018, se efectuó un reconocimiento a la zona de reforestación que indican los planes de manejo forestal entre empresa ANPAC SpA y la comisión predio del Instituto, evaluando en terreno la viabilidad de esta, pudiendo concluir que por motivos de seguridad y debido a que desde la fecha de aprobación de dichos planes hasta hoy, los terrenos del Predio Polígono "Gral. Bari" se transformaron en su mayoría en Campos de Instrucción y Entrenamiento del Ejército. Por tal motivo en dicho reconocimiento, se propone como nuevas zonas de reforestación las siguientes:

a. Sector Veguilla	Coord. 289644 – 6031054
b. Sector Mal Paso	Coord. 286513 – 6030200
c. Sector Casa Abandonada	Coord. 286288 – 6030240

En este contexto se hace presente que, la entrada a la zona propuesta, debe ser por el sector de Veguilla, con la finalidad de dar un ingreso expedito y evitar entorpecimientos en los trabajos propiamente tal, producto de las actividades propias del Ejército por el camino de acceso principal al Predio.

B. Roblería no eludió el SEIA (cargo N°2)

34. La SMA imputa una infracción al artículo 35 letra b) de la Ley N°20.417, argumentando que la ejecución de las obras del Acueducto Nacimiento exigía una RCA, lo que constituye –de acuerdo con la particular lógica del ente fiscalizador– una elusión al SEIA.

35. La evaluación ambiental es una instancia obligatoria o facultativa. Será obligatoria cuando el proyecto a desarrollarse cumpla las características y condiciones establecidas en la Ley N°19.300; el RSEIA y la normativa pertinente. **El Acueducto Nacimiento no se encuadra en ninguna de las tipologías de ingreso obligatorio previstas en la legislación.**

36. A pesar de la evidencia y de los claros pronunciamientos del SEA y la DGA, la Superintendencia consideró que un proyecto que **claramente** no cumplía los requisitos para ser forzado a la evaluación ambiental, **debía serlo.**

37. La autoridad fiscalizadora incurrió en arbitrariedades normativas, desconociendo el tenor literal de las normas pertinentes, **los pronunciamientos del organismo rector de la evaluación ambiental**, y sus propios límites competenciales e infringiendo en su camino las normas y principio que regulan su actividad.

38. Esta infracción debe ser dejada sin efecto porque:

- (i) Se vulneró el principio de tipicidad en la infracción imputada a Roblería, al no concurrir el supuesto del artículo 35 letra b) de la LOSMA.
- (ii) No se configura la causal de ingreso del artículo 2 letra g.1) del RSEIA, en relación con el artículo 3 letra a) del mismo cuerpo y el artículo 10 letra a) de la Ley N°19.300. El SEA **negó tres veces** que el Acueducto Nacimiento debiera evaluarse.
- (iii) Se infringió el principio de juridicidad por fundar una sanción en meras especulaciones. Particularmente se transgredió la presunción de inocencia y el estándar probatorio del derecho sancionador.
- (iv) Se vulneró el deber de coordinación de los Órganos del Estado y la Protección de la Confianza Legítima, al desconocer el valor de las respuestas a las consultas de pertinencia y del Informe del SEA expedido en conformidad al artículo 3 letra j) de la LOSMA.
- (v) Finalmente, tampoco concurre la hipótesis establecida en el artículo 2 letra g.3) de la misma disposición. Las obras del Acueducto Nacimiento no generaron ni pudieron ocasionar ninguno de los efectos adversos que la SMA denuncia.

B.1. Infracción al principio de tipicidad

39. El tipo infraccional que fundamenta el Cargo N°2 se encuentra contenido en el artículo 35 letra b) de la LOSMA, el que indica que constituye una infracción *“la ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella”*. En palabras sencillas se trata de una hipótesis de *“elusión del SEIA”*.

40. Del tenor de la norma se desprende que, para que se configure la hipótesis de elusión, se requiere copulativamente que el supuesto infractor: **(i)** haya ejecutado un proyecto o desarrollado una actividad; **(ii)** que la ley le exija contar con una Resolución de Calificación Ambiental para ejecutar dicho proyecto o desarrollar esa actividad; y, **(iii)** que no se cuente con ella.

41. La garantía criminal expresada bajo la fórmula *nullum crimen sine lege*, impide sancionar un comportamiento si no está descrito previamente en la ley. Esta garantía criminal es la que, aplicada al derecho administrativo sancionador, se denomina garantía material de tipicidad⁸, y supone que tanto los comportamientos prohibidos, o preceptuados, como las sanciones a imponer sean descritos clara e inequívocamente, de forma que no se genere inseguridad jurídica⁹.

42. En el caso particular, Roblería evaluó ambientalmente el Proyecto, a través de la RCA N°187/2010. A su turno, según se indicó, la Dirección Regional del SEA resolvió en tres ocasiones (las Pertinencias y el Informe SEA) que la modificación del Proyecto no debía ingresar al SEIA.

43. En ese sentido, una interpretación sistemática y lógica de esos instrumentos indica que, si la autoridad competente descartó que las obras o actividades cuestionadas debían ingresar al SEIA, Roblería no incurrió en el tipo infraccional contenido en el artículo 35 letra b), puesto que no incurrió en ningún tipo de elusión.

44. Así, se demostró que las actividades cuestionadas no modifican sustantivamente la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales del Proyecto. En consecuencia, Roblería no tenía ni el deber ni la obligación de ingresar las actividades al SEIA.

45. Por todo esto, las actividades no son subsumibles en el tipo contenido en el artículo 35 letra b) de la LOSMA en tanto no existía deber de evaluarlas y, consecuentemente, no se configuró ninguna hipótesis de elusión, conforme se desarrollará en profundidad en el siguiente acápite.

46. Con todo, existe otro error de tipicidad en la imputación de la SMA: La hipótesis contenida en el artículo 35 letra b) presupone **que el titular del proyecto o actividad no cuente con una RCA, debiendo tenerla. Pero en el caso de autos, como resulta ser un**

⁸ GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Íñigo, Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. 4ª edición, Thomsom Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, p. 130-131.

⁹ Ibidem, p. 159.

hecho público y notorio, Roblería cuenta con la RCA 187/2010 y, por lo tanto, si en el íter del Proyecto fuera efectivo que se desarrollaron actividades diversas a las contempladas en la licencia ambiental (cuestión que negamos rotundamente), no estamos en presencia de una infracción al artículo 35 letra b), sino de su letra a), ya que las mentadas actividades implicarían el incumplimiento de una medida o condición establecida en la RCA -se hizo algo distinto de lo autorizado- y no una elusión.

B.2. No se configura la causal de ingreso del artículo 2 letra g.1) del RSEIA, en relación con el artículo 3 letra a) del mismo cuerpo y el artículo 10 letra a) de la Ley N°19.300

47. Como adelantamos en el acápite precedente, el hecho basal que podría configurar la infracción del artículo 35 letra b) de la LOSMA no se presenta en este caso: Ninguna actividad de Roblería debía ingresar al SEA.

48. En efecto, el artículo 2 letra g.1) del RSEIA exige que un proyecto se evalúe ambientalmente cuando *“las partes, obras o acciones tendientes a intervenir o complementar el proyecto o actividad constituyan un proyecto o actividad listado en el artículo 3 del presente Reglamento...”*.

49. En otras palabras, los cambios a un proyecto, conforme a esta hipótesis, deben evaluarse ambientalmente cuando *por sí constituyan* una actividad susceptible de evaluación. Para identificar en este caso la concurrencia o no de la *causal de ingreso* –el artículo 2 letra g.1)– debemos determinar si se verifica la *hipótesis de ingreso* –el artículo 3 letra a), que, en lo medular, repite lo dispuesto en el artículo 10 letra a) de la Ley N°19.300.

50. Éstas exigen evaluación ambiental a los *“Acueductos, embalses o tranques y sifones que deban someterse a la autorización establecida en el artículo 294 del Código de Aguas”*.

51. Finalmente, el artículo 294 del CAg establece que *“Requerirán la aprobación del Director General de Aguas (...) la construcción de las siguientes Obras (...) b) Los acueductos*

que conduzcan más de dos metros cúbicos por segundo". Anote, Ilustre Tribunal, que el verbo operativo de la regla alude a los acueductos *que conduzcan* más de $2\text{m}^3/\text{s}$; no a los que puedan conducir.

52. Aunque obvia y sustantiva, porque deslinda los proyectos que requieran la citada autorización y, consecuentemente, la evaluación ambiental; **la SMA pasó de largo esta diferencia**, apelando a una serie de conjeturas, casos hipotéticos y, en último término, graves acusaciones que la llevaron a omitir la letra y el espíritu de la norma.

53. *Contra* la evidencia científica y material, la SMA denuncia que el Acueducto Nacimiento conducirá $2,36\text{ m}^3/\text{s}$, argumentando así que exigiría el sometimiento al SEIA. Pero ¿qué evidencia guía a la autoridad ambiental a afirmar con tanta decisión esta circunstancia?

54. Conjeturas, peticiones de principio, imputaciones de un obrar desleal por parte de HR y una interpretación normativa que vulnera la ley. Más adelante analizaremos con detalle los párrafos 122 a 173 de la Resolución Reclamada: encontraremos en ellos la base de la ilegalidad que informa la sanción que se impugna, ya que abundan en especulaciones.

55. En la Formulación de Cargos la SMA pretendió construir la hipótesis de elusión señalando que la capacidad del acueducto del Proyecto es de 2,36 m³/s, porque *coincide* con el caudal de los derechos de aprovechamiento de aguas que detenta HR, durante algunos meses del año, en el estero Nacimiento:

77. Que, cabe añadir que, conforme a los antecedentes remitidos por distintas unidades de la Dirección General de Aguas, el proyecto de acueducto presentado por el titular para la captación de agua desde el estero Nacimiento, podría corresponder a una “obra hidráulica mayor”, en los términos del artículo 294 del Código de Aguas, por cuanto, si bien la empresa presenta un dato de caudal de diseño de 1,9 metros cúbicos por segundo, este tendría una capacidad para conducir un máximo de 2,36 metros cúbicos por segundo. Ello en consistencia con los derechos de agua constituidos por el titular en el estero Nacimiento, que contemplan dicho caudal durante los meses de junio y julio, y la solicitud de autorización de bocatoma en el mismo estero, para captar aguas de acuerdo a los referidos derechos de aprovechamiento, referida en el considerando N° 55 de esta resolución. Por lo tanto, la modificación

² Ello conforme a lo constatado en inspecciones ambientales, durante las que se evidenció la intervención de 1,5 hectáreas aprox. de bosque nativo, adicionales a lo aprobado en el Plan de Manejo para ejecutar Obras Civiles, a la fecha de inspección.

Página 20 de 32



del proyecto que actualmente ejecuta el titular, podría constituir un proyecto o actividad listado en el artículo 10 de la Ley N° 19.300, y el artículo 3 del RSEIA, en los términos establecidos en el artículo 2, letra g), punto 1, del mismo cuerpo legal.

56. No es menos grave, pero al formular cargos la SMA no debe, pero está, *de hecho imponiendo sanciones*, de modo que el tono especulativo, aunque siempre infundado, puede entenderse en la medida en que expresa una sospecha que la posterior investigación podrá acreditar o descartar. Similar a como el Ministerio Público *formaliza la investigación* imputando la comisión de uno o más delitos, **la SMA formula cargos –quizás la raíz similar no es coincidencia– que no puede comprobar.**

57. Nuestra representada evidenció en el procedimiento sancionatorio la completa falta de fundamento de esta sospecha, indicando que la cifra “2,36” refería a los derechos de aprovechamiento de aguas, mientras la de “1,9” al caudal de diseño y capacidad del

Acueducto Nacimiento. La mención a la primera **debe realizarse** en el contexto de la solicitud del permiso de bocatoma del artículo 151 y siguientes del Código de Aguas, para acreditar el dominio del derecho, pero no implica en caso alguno la *confusión* de una y otra en el diseño y operación del proyecto.

58. Como si no fuera suficiente la sola lectura de la norma para constatar lo dicho, el órgano competente para fiscalizar y aprobar estas obras ratificó lo manifestado por HR. Mediante el ya definido ORD DARH N°208, la DGA concluyó en relación con el Acueducto Nacimiento que:

6. Así, y en lo que respecta a la justificación del caudal de diseño de la aducción desde el estero Nacimiento, consultado en la letra e) del numeral 4.1 del Informe Técnico DARH N°20/2018, este Servicio considera que es efectivo lo señalado por vuestra representada, en el sentido que el caudal de diseño de una obra hidráulica, depende de una serie de factores que condicionan la viabilidad del proyecto, entre otros, factores económicos, diseños de ingeniería, condicionantes de construcción, o la propia disponibilidad del recurso hídrico que se pretende ejercitar. En efecto, si bien el permiso de construcción de bocatoma estipulado en los artículos 151 y siguientes del Código de Aguas requiere que se presenten los títulos de dominio de los derechos de aprovechamiento de aguas que se pretenden ejercitar, necesariamente dichos títulos deben justificar la magnitud de los caudales a aducir, pero no implica que el mayor monto de caudal constituido corresponda necesariamente al caudal de diseño de la aducción.
7. A mayor abundamiento, es usual que se presenten títulos de dominio de derechos de aprovechamiento de aguas asociados a proyectos de bocatomas en los cuales, el monto máximo de la distribución de

Dirección General de Aguas - Departamento de Administración de Recursos Hídricos
 Morandé 59, Santiago - Teléfono (56-2) 449 3777 - www.dga.cl
 Página 2 de 4

caudales que fueron constituidos pueda superar el caudal de diseño de la aducción. Sin embargo, constando con un proyecto de ingeniería que justifica la selección del caudal de diseño de la aducción, en el evento que se autorizara la construcción de las obras y posteriormente se recibieran, la autorización de operación del proyecto quedará limitada al caudal de diseño de la aducción que nace de la bocatoma, pudiendo en todo momento ser fiscalizable tanto el ejercicio de los derechos como la correcta operación de las obras hidráulicas autorizadas por este Servicio.

59. Una conclusión más elocuente y clara es imposible. La discordancia entre el caudal aprobado de un proyecto y los derechos de aprovechamiento de aguas que lo alimentan no sólo **no es problemática: es usual**. Lo indica la propia DGA.

60. Y esto es así porque las centrales hidroeléctricas no se diseñan para captar los puntos máximos de los derechos. El caudal de diseño de un proyecto se define de acuerdo con una evaluación que considera distintos parámetros económicos (tasa de interés, plazo de evaluación, costos de construcción, suministro); de diseño (dimensionamiento de obras, tuberías) e hidrológicos (probabilidades de excedencia de caudales, energía generada, factores de planta, entre otros), de modo que **generalmente, el caudal de diseño no corresponde al caudal máximo autorizado en el acto constitutivo del derecho de aprovechamiento de agua**.

61. Contrario a lo sostenido en la Resolución Reclamada, que da crédito a un acto trámite –por lo demás confuso y equivoco– de la DGA del Maule, el **órgano competente para efectuar pronunciamientos respecto del artículo 294 del Código de Aguas es precisamente el DARH, perteneciente a la Dirección General de Aguas**. Esta fluye de lo dispuesto en la citada norma, que prevé que "*Requerirán la aprobación del **Director General de Aguas...***". La calidad de Dirección Regional –no está de más decirlo, es excluyente con la de Dirección General.

62. Lo dispuesto en el ORD DARH N°208 es un pronunciamiento definitivo respecto de la inconcurrencia de los requisitos del artículo 294 del Código de Aguas. Otro considerando de aquella resolución permitirá a este Ilustre Tribunal compartir esa afirmación:

9. Luego, en atención al proyecto en evaluación que justifica el desarrollo de la Aducción desde el estero Nacimiento, así como a lo informado complementariamente en su presentación de la Suma, este Servicio deberá considerar como caudal de diseño de la obra de conducción, el valor de 1,9 m³/s. Así, y en caso que se resuelva favorablemente la autorización de construcción de bocatoma que da origen al expediente VC-0703-51, corresponderá una segunda fase de recepción de obras, donde se resolverá, si procede conforme a los antecedentes técnicos de construcción y operación, la autorización de operación normal de dicha aducción.

63. Finalmente, se reitera que el SEA, órgano *precisamente* encargado de la evaluación ambiental que tanto exige la SMA, zanjó en las Pertinencias que **el Acueducto Nacimiento no debía evaluarse ambientalmente**. Y se reitera que no obstante la contundencia de estas, la entidad fiscalizadora pidió, en el contexto del procedimiento sancionatorio que culminó con la Resolución Reclamada, un nuevo informe a aquel servicio.

64. **Y, por tercera vez, el SEA una vez más negó que Roblería debía ingresar al SEIA, cerrando la puerta que la SMA persevera en abrir.** Así, al sancionar a Roblería por una supuesta elusión al SEIA, la entidad fiscalizadora incurrió en una conducta irreconciliable con el derecho porque, además de no tener fundamentos técnicos para imputar la infracción, su razonamiento normativo tampoco es ilícito.

B.3. Se infringió el principio de juridicidad por fundar una sanción en meras especulaciones, así como el estándar probatorio del derecho sancionador

65. Toda sanción administrativa es expresión del *ius puniendi* estatal. La imposición de este auténtico *poder de imperio* debe ejercerse de acuerdo con el rector *principio de legalidad*, que impone el respeto a una serie de garantías formales, tales como el debido proceso, la presunción de inocencia, el principio de culpabilidad; entre otros.

66. De acuerdo con el criterio asentado por la Contraloría General de la República, el *“referido principio [principio de juridicidad y legalidad] exige e impone a los órganos estatales que todas sus actuaciones se ciñan estrictamente a lo dispuesto en la Constitución, las leyes, los reglamentos, los decretos supremos, los decretos con fuerza de ley, las normas técnicas y toda instrucción, circular u otro acto administrativo, dictado conforme al ordenamiento jurídico”*¹⁰.

67. Como complementa CORDERO VEGA, la actuación de los organismos estatales está sometida al esencial principio de legalidad, el que supone el sometimiento completo a la

¹⁰ Dictamen N°28.268 de 1966, Contraloría General de la República.

ley y el derecho. De este modo, la actuación de los órganos estatales es una actividad "típica", en el sentido de que ha de realizarse dentro de los límites y cumpliendo los deberes que las normas establecen¹¹.

68. Siendo ilícito que la Formulación de Cargos se basara en supuestos, cuando la Resolución Reclamada lo hizo materializó una **flagrante infracción de ley**. En primer lugar, porque la Superintendencia tuvo por cumplida la infracción sobre la base de **conjeturas y sospechas** infundadas que no pudo acreditar y que echan por tierra el estándar probatorio que rige al derecho sancionatorio, así como la presunción de inocencia. Así, por ejemplo, se expresó en el considerando 136 de la Resolución Impugnada:

136. Al respecto, como se observa, los antecedentes individualizados dan cuenta, que se construyeron obras no autorizadas de captación de aguas para la Central Hidroeléctrica Roblería, en el estero Nacimiento. Por lo tanto, las obras construidas podrían no corresponder a aquellas que se individualizaron tanto en consulta de pertinencia -resuelta mediante la Res. Ex. N° 12/2017, del SEA Maule- como en solicitudes ingresadas ante la DGA. En este sentido, es posible señalar que el titular se encuentra implementando obras de captación de aguas no autorizadas, para ser dirigidas hacia la central (conforme a los hechos constatados en inspecciones), desde el estero Nacimiento, curso de agua en que el titular cuenta con derechos por caudales de hasta 2.367 litros por segundo, equivalentes a 2,36 metros cúbicos por segundo aproximadamente.

69. O en el 143, que luce una particular combinación de *petición de principios y razonamiento contra legem*. En efecto: **(i)** la superintendencia advierte la construcción de obras hidráulicas no autorizadas; y, **(ii)** señala que tales obras se abastecen con derechos de aprovechamiento de aguas que exceden el límite previsto en el artículo 294 del Código de Aguas, lo que le permite concluir que está ante una obra que *eludió* el SEIA.

143. En conclusión, los antecedentes y hechos constatados en el presente procedimiento sancionatorio dan cuenta de la construcción de obras hidráulicas no autorizadas. Respecto de su capacidad o caudal de aducción considerando que los derechos de aguas constituidos por el titular en el estero Nacimiento, son equivalentes a 2,36 m³/s, cabe considerar que el caudal de porteo es mayor a 2 m³/s.

¹¹ CORDERO VEGA, Luis (2015). Lecciones de Derecho Administrativo. 2ª edición. Santiago, Chile: Thompson Reuters, pp. 76 y siguiente.

70. Esta lógica es ilustrativa de la severa ilicitud de la Resolución Reclamada porque: **(i)** que existan o no obras hidráulicas no autorizadas, **nada dice acerca del permiso que ese proyecto requiera** o no; **(ii)** homologar *derechos de aprovechamiento de aguas con caudales de diseño*, los primeros que abastecen y los segundos que operativizan un proyecto, **es simplemente errado**; y, **(iii)** es, en cualquier caso, **derechamente ilegal** porque el artículo 294 del Código de Aguas dispone expresamente que los acueductos que necesitan aquel permiso son aquellos que “*conduzcan más de dos metros cúbicos por segundo*”. El verbo rector en dicho artículo está conjugado en tiempo presente, es decir, da cuenta del hecho (“*que conduzcan...*”). No sanciona el acaso, como hubiese ocurrido si la conjugación de este fuese en potencial (“*que puedan conducir*”).

71. Otro pasaje de este constructo ilícito se advierte en el párrafo 144:

144. En cuanto a este último punto -y tal como ha indicado la parte interesada en el procedimiento sancionatorio-, si bien el titular señala que el diseño de este tipo de centrales no consideraría los puntos máximos de derechos constituidos, sino que se definiría conforme a parámetros económicos, de diseño e hidrológicos, este no ha incorporado antecedentes que den cuenta de la situación reclamada, y que demuestren que el caudal establecido en los derechos de aguas no corresponda, al mismo tiempo, al caudal a aducir por parte del acueducto en construcción. En otras palabras, titular no ha acreditado que el caudal es menor a 2 m³/seg y en consecuencia, el único antecedente cierto es que el da constituido por el titular en el estero nacimiento que es mayor a 2 m³/s.

72. Entonces, S.S.I., para la SMA **es la Compañía quien debe acreditar**: **(i)** que la solicitud formulada a la DGA para la construcción de las obras del Acueducto Nacimiento se basa en **información verídica**; **(ii)** los antecedentes entregados al SEA son **fiel reflejo del proyecto**; y, en suma **(iii)** las características del citado acueducto, manifestadas ante numerosos servicios, y en diversas instancias, **son como se dice que son**.

73. En otras palabras, la Superintendencia inició el procedimiento sancionatorio **presumiendo la culpabilidad** de nuestra representada. Sólo aquello explica que la SMA haya entendido que la *falta de prueba* en el procedimiento *perjudicaba* a Roblería y no a ella.

74. El corolario de este razonamiento ilícito se encuentra en el párrafo 147, donde la SMA argumenta que:

147. En efecto, el mismo Ord. DARH N° 208 señala a continuación que “(...) en el evento que se autorizara la construcción de las obras y posteriormente se recibieran, la autorización de operación del proyecto quedará limitada al caudal de diseño de la aducción que nace de la bocatoma, pudiendo en todo momento ser fiscalizable tanto el ejercicio de los derechos como la correcta operación de las obras hidráulicas autorizadas por este Servicio.”, con lo cual confirma que sí existe la posibilidad que el caudal de aducción autorizado pueda ser superado. En este sentido, considerando, por un lado, que el titular ha construido obras no autorizadas -que difieren de las obras proyectadas en su solicitud, en el caso de la bocatoma-, infringiendo la normativa sectorial y, por otro lado, que el caudal de diseño informado por el titular (1,9 m³/s) se encuentra muy cercano al caudal determinado en el umbral de ingreso al SEIA (2,0 m³/s), es posible apreciar que existe una probabilidad de superación de dicho caudal de diseño durante la operación del proyecto modificado, que alcance o supere el señalado umbral, sobre todo considerando que el titular cuenta con derechos de aprovechamiento de agua en el estero Nacimiento por 2,36 m³/s.

75. Naturalmente, en nuestro ordenamiento jurídico, **no es sancionable la posibilidad de una infracción futura**, puesto que ello no sólo infringiría el principio de tipicidad, sino también la presunción de inocencia.

76. En efecto, la SMA expresa que “**existe una probabilidad de superación de dicho caudal de diseño durante la operación del proyecto modificado**”, por ello, este y otros pasajes de la Resolución Impugnada atentan contra garantías procedimentales elementales, como el derecho fundamental a un justo y racional procedimiento y a la **presunción de inocencia**.

77. En el caso concreto, el principal razonamiento probatorio utilizado por la SMA para imputar la elusión al SEIA fue **su convicción previa** de que el Acueducto Nacimiento constituía una obra que exigía la autorización del artículo 294 del CAg. Si, como es el caso, no le es obligatoria, toda su teoría respecto a esta infracción no tiene valor alguno.

78. Esta *falsa premisa*, a la que arribó la Autoridad desconociendo 250 años de construcción normativa de derechos fundamentales, destinada a resguardar a los

particulares de las arbitrariedades del estado, vulnera lo dispuesto en el artículo 51 de la LOSMA: **“Los hechos investigados y las responsabilidades de los infractores *podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica*”**.

79. La convicción previa de culpabilidad no es un medio de prueba admisible; tampoco lo son las suposiciones de la Autoridad en cuestión respecto a posibles conductas futuras de nuestra representada. Quedo claro también, Ilustre Tribunal, que no hubo análisis crítico de las normas y los antecedentes. De haberlo habido, el cargo por elusión se habría desestimado.

B.4. El valor de las respuestas a las consultas de Pertinencias y del Informe SEA: vulneración al deber de coordinación y a la confianza legítima

B.4.1. *Desconocimiento a las respuestas a las consultas de pertinencia*

80. La autoridad fiscalizadora **descartó *contra ley las respuestas a las consultas de Pertinencias y el Informe SEA***, como si no tuvieran valor alguno. De las primeras dijo que no eran vinculantes para ella (párrafo 164), mientras que del segundo **manifestó que era un requisito para requerir el ingreso, pero no para formular cargos (párrafo 180)**, lo que, dicho sea de paso, efectuó en el considerando SÉPTIMO de la Resolución Impugnada.

81. Esta "situación paradójica", como la denomina el profesor Bermúdez, debe solucionarse mediante la *“aplicación rigurosa de los principios de coordinación administrativa y de protección de la **confianza legítima**”*¹².

82. Las respuestas a las consultas de **Pertinencias** son auténticos actos administrativos. Por ese solo hecho gozan de presunción de legalidad, según se prevé en el artículo 3 de la Ley N°19.880.

¹² BERMÚDEZ, Jorge, "Fundamentos de Derecho Ambiental", Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2° Edición, página 296.

83. En efecto, como resolvió la Corte Suprema, en causa rol N°43.799-2020, de 28 de diciembre de 2020:

“Séptimo: Que la Resolución Exenta N°159/2019 es un acto administrativo, sin perjuicio que ésta constituye una declaración de juicio de parte del SEA, en la especie, resolvió que las modificaciones al Proyecto “Psicultura Loncotraro” propuestas como “Ajustes al Proyecto Psicultura Loncotraro”, no requerían ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, sin perjuicio de las autorizaciones sectoriales que se requieran, las que deberán ser tramitadas y aprobadas ante los servicios respectivos.

Atendida dicha declaración, sólo cabe concluir que la referida Resolución constituyó para el Titular del Proyecto, un acto administrativo de contenido favorable, pues sustrajo los referidos ajustes o modificaciones del Proyecto del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental con todo lo que ello implica y que evidentemente es del todo conocido por el ente reclamado.

Aun cuando dicha declaración de juicio no sea vinculante en principio para el interesado, en el caso que se determine que la modificación no requiere ser ingresada al SEIA –como ocurre en la especie- ello únicamente puede entenderse en el sentido que lo declarado por el SEA no impide que el titular del Proyecto igualmente decida someterse al SEIA voluntariamente, pero el efecto evidente es que el proponente podrá realizar los cambios propuestos o contando exclusivamente con autorizaciones sectoriales particulares. [...]

Octavo: Que, de la normativa descrita precedentemente, huelga concluir que el titular de un Proyecto que propone una modificación al mismo, y que realiza una consulta de pertinencia, debe someterse al SEIA cuando la respuesta a aquella así lo dictamina, pues la Superintendencia tiene atribuciones de fiscalización para así requerirlo.” (énfasis agregado)

84. En consecuencia, ¿Qué debió hacer HR –nos preguntamos genuinamente– luego de sendas confirmaciones del SEA en orden a que el Acueducto Nacimiento no requiera ingresar al SEIA? **¿Ingresar las actividades nuevas a evaluación ambiental?**

85. No. La Compañía optó legítima y más que justificadamente por no ingresar al SEIA. Que la SMA denuncie ahora que debió ingresar al SEIA, **y exija que lo haga**, vulnera: **(i)** el deber de **coordinación** de los Órganos del Estado; **(ii)** la **confianza legítima** respecto de la actuación de la autoridad, tanto en su faz activa como pasiva.

86. El **principio de coordinación**, consagrado expresamente como una regla positivizada en el artículo 3° de la Ley N°18.575, se conceptualiza como aquel que *"persigue la integración de la diversidad de las partes (. . .) evitando contradicciones y reduciendo disyunciones que, de subsistir, impedirán o dificultarán respectivamente la realidad del sistema"*¹³.

87. En este sentido, pesa sobre la Administración, particularmente si se trata de quienes ejercen potestades en los mismos sectores regulados, el deber coordinar sus actuaciones y de respetar los pronunciamientos expedidos por ellos en favor de los titulares. Una actuación en contrario vulnera flagrantemente el principio de la confianza legítima, como veremos a continuación y, sobre todo, desmorona desde su base la certeza jurídica.

88. Con respecto a la vulneración de la **confianza legítima** de HR, el vicio se manifiesta por el desconocimiento de lo resuelto en las respuestas a las consultas de Pertinencias y el Informe del SEA que, **encontrándose vigentes, orientaron** la actuación de Roblería.

89. En efecto, esos actos administrativos justificaron la actuación de Roblería en dos sentidos: **(i)** como **fundamento normativo** de su decisión de no ingresar al SEIA (faz positiva); y, **(ii)** como **causal de justificación** del reproche (faz negativa, en el evento de que la infracción fuere cierta).

¹³ CADEMARTORI, David, "Buena Administración y procedimientos de selección de contratistas: análisis de mecanismos jurídicos e informativos para alcanzarla eficiencia en las licitaciones públicas". Tesis doctoral, Universidad de Salamanca

90. La SMA desconoce que las respuestas a las consultas de Pertinencias son actos administrativos válidos y vigentes cuya legalidad debe presumirse. Por ello, estas respuestas eliminan tanto la pretendida ilicitud de la conducta, como la posible culpabilidad del agente. En efecto, estas respuestas: **(i)** son fundamento normativo suficiente para que la Compañía decida no ingresar al SEIA (licitud en su actuar); y, **(ii)** constituyen un antecedente que, cuando menos, configura una **causal de justificación** de su conducta que elimina su eventual culpabilidad.

91. Así lo confirma la doctrina especializada, explicando que *“para imponer sanciones administrativas se exige que la conducta ilícita haya sido **cometida voluntariamente y con culpabilidad**, es decir, o con dolo o con negligencia. Exactamente igual que en derecho penal”*¹⁴.

92. La SMA debe respetar el principio de **confianza legítima**, que resguarda la seguridad jurídica y cuya aplicación determina que **la Administración no puede frustrar las expectativas** que genera en los particulares con ocasión de su actuación previa.

93. Según la doctrina autorizada este principio implica que *“se mantengan las situaciones que han creado derechos a favor de sujetos determinados, **sujetos que confían en la continuidad de las relaciones surgidas de actos firmes de la Administración**, por lo que habrá razón para considerarlos definitivos y actuar en consecuencia”*¹⁵.

94. La vulneración del principio de confianza legítima supone la improcedencia del acto que se dicte en vulneración de tal principio. Así lo ha entendido la jurisprudencia. En este sentido lo estableció la Corte de Apelaciones de Santiago:

“De ello resulta que en la especie el comportamiento impugnado desconoce el deber de actuación coherente que se desprende del principio

¹⁴ REBOLLO PUIG, Manuel, et al., “Panorama del Derecho administrativo sancionador en España”, en Revista Estudios Socio-Jurídicos, vol. 7, Nº. 1, (2005), p. 37.

¹⁵ CORDERO, Luis. *Lecciones de Derecho Administrativo*, Thomson Reuters, Segunda Edición, 2015.

de protección de la confianza legítima que rige en el Derecho Administrativo moderno y que se traduce en la legítima expectativa del administrado en relación a la conducta de la Administración [...] Que a su turno, habiéndose determinado la ilegalidad en la que incurrió el Director de Obras Municipales de Macul, deberá declararse, conforme fue pedido, el derecho de la empresa a los perjuicios a partir de la fecha de la **dictación del acto administrativo declarado ilegal**”¹⁶.

95. La Resolución Reclamada infringe la confianza legítima en dos sentidos. En el **primero**, la Superintendencia contraría lo señalado repetidamente por el SEA, fijando un criterio opuesto al de aquel servicio. Esta contradicción es una infracción al deber de coordinación, desorienta a la Compañía en cuanto a *quién tiene la razón* y, en último término, vulnera la confianza de HR en el *valor* de la palabra de la administración.

96. Pero la confusión es mayor tratándose de la **segunda** manera en la que la Resolución Reclamada traiciona la confianza legítima, porque en otras oportunidades **la SMA ha considerado las consultas de pertinencias favorables como elemento suficiente** para entender que no se configura una elusión de ingreso al SEIA¹⁷.

97. Por ello, es legítimo volver a preguntarse **¿cuál es el valor que tienen las Pertinencias?**: **(i)** son actos administrativos que gozan de presunción de legalidad; **(ii)** constituyen fundamento normativo suficiente para acreditar la licitud de la conducta de Roblería; sin perjuicio de lo cual **(iii)** configuran, de ser procedente la infracción por elusión –que no– una causal de justificación que impide igualmente la sanción; y, **(iv)** expresan un

¹⁶ Sentencia de 30 de junio de 2021, ingreso CAS N°479-2018.

¹⁷ Así, por ejemplo, en el informe posterior a una fiscalización al proyecto Minera Zaldívar, se constató que los abrevaderos del campo de pozo y de la mina no fueron construidos, siendo que ellos se contemplaban en la RCA del proyecto. No obstante, en su Memo D.S.C. N°325/2015, la entonces Jefa de División de Sanción y Cumplimiento señaló expresamente que “el hallazgo relacionado con la mantención de los abrevaderos en la zona del campo de pozo y en la mina, se estima que no se configura el incumplimiento, ya que el titular informó de la modificación de la medida al SEA, quien indicó que no era cambio de consideración que requiera ingresar al SEIA”.

acto de la administración que infunde confianza legítima, ésta vulnerada si acaso otro organismo *señala lo contrario*.

B.4.2. Desconocimiento al Informe SEA

98. Con todo, es más grave aún el **desconocimiento de la SMA al Informe SEA**. Requerido de acuerdo con lo prescrito en el artículo 3 literal j) de la LOSMA, ese servicio **reiteró por tercera vez** que el Acueducto Nacimiento no debía evaluarse ambientalmente.

99. Analizando el mérito de este Informe, en la Resolución Impugnada se afirma que éste no ahonda en *“mayores detalles respecto del análisis o evaluación de los antecedentes entregados por el titular de dicha instancia”* (**párrafo 161**).

100. Desestimando sin más el razonamiento del Servicio de Evaluación y **su peso normativo**, la Superintendencia estima que *“el informe previo del SEA forma parte de los requisitos para requerir el ingreso al SEIA de una actividad o proyecto, pero no para efectos de formular cargos en el marco del artículo 35, letra b), de la LOSMA”* (**párrafo 180**).

101. Naturalmente, el Informe SEA no es un requisito, ni puede serlo, **para que la SMA formule cargos**. Lo contrario radicaría competencias fiscalizadoras en un servicio cuya finalidad es liderar el proceso de evaluación ambiental.

102. Pero sí debe ser uno que oriente la verificación de una infracción por elusión al SEIA, porque tan absurdo como el escenario que se representa la Superintendencia es el inverso, de acuerdo con el cual la SMA puede decidir si un proyecto debe evaluarse ambientalmente o no, **incluso imponiendo su criterio sobre el del órgano competente**.

103. La discusión no se centra, entonces, en la vinculatoriedad del Informe previo del SEA, sino en que su desconocimiento debe fundarse y motivarse en hechos, circunstancias y antecedentes sumamente contundentes: Si la SMA no quiere que se cuestione la potestad que le otorgó el artículo 3 literal j) de la LOSMA; tampoco puede cuestionarse aquella que el artículo 81 de la Ley N°19.300 le otorga al SEA como administrador del SEIA.

104. En concreto, si un error de técnica legislativa permitió que el informe del órgano técnico encargado de efectuar la evaluación ambiental no fuera vinculante para otro órgano que debe fiscalizar el cumplimiento de los instrumentos de gestión ambiental y sancionar sus incumplimientos, la interpretación armónica de ambos preceptos, así como, nuevamente, el principio de coordinación de los Órganos del Estado, obliga a que cualquier interpretación antinómica no sea ejercida en perjuicio de los ciudadanos.

B.5. No concurre la hipótesis establecida en el artículo 2 letra g.3) del RSEIA

105. En la Resolución Reclamada se consideró que el Acueducto Nacimiento modificaba sustantivamente la “*extensión, magnitud o duración*” de los impactos ambientales de la Central. Para estimar configurada esta infracción la SMA analizó los componentes ambientales presuntamente afectados; y luego descompuso las obras del Acueducto Nacimiento para concluir que lo modificaban sustantivamente.

106. Respecto de los recursos naturales, afirmó que “*se ha generado **riesgo de entorpecimiento al libre escurrimiento** de las aguas del estero Nacimiento (...) al menos desde septiembre de 2018 a la fecha*”. En cuanto al suelo, manifestó que la elusión se apreciaría en el hecho de que “*dada la eliminación de la cubierta de faja vegetal (...) existe una **alta probabilidad** de que los mencionados efectos sobre el agua y suelo puedan continuar generándose*” (letra a) del **párrafo 182**).

107. En cuanto a la flora y fauna, se afirma que la ejecución de las obras “*implicó la **desaparición de toda la faja vegetal** existente en forma previo al inicio de la construcción (...) además ha generado la pérdida y perturbación de fauna silvestre en categoría de conservación vulnerable o en peligro de extinción, como el Loro Tricahue y el Carpintero Negro*” (letra b) del **párrafo 182**).

108. Nuevamente, advertirá S.S.I. que la SMA se mantiene en el campo de las *especulaciones*, afirmando que existiría un **riesgo** de entorpecimiento al libre escurrimiento

de las aguas; así como una **alta probabilidad** de efectos sobre el agua y suelo, al menos desde septiembre de 2018 a la fecha.

109. La Resolución Reclamada desarrolla un escenario casi apocalíptico, como si las obras del Acueducto Nacimiento hubieran descechado el bosque de Roble Hualo; haciendo *desaparecer toda la faja vegetal*.

110. Habiendo transcurrido cuatro años y medio desde la ocurrencia del incidente, con un proyecto paralizado por la DGA en medio de la etapa de construcción de este, y sin intervención de nuestra representada más que en labores de limpieza, inquirimos con sincera incertidumbre **¿cuántos más tienen que pasar para que el supuesto riesgo se materialice?** Lo concreto es que ni las aguas se han visto afectadas, ni el suelo perdió su fertilidad, ni el carpintero su hábitat. Lo cierto es que hace tiempo ya que **el riesgo dejó de ser tal y degeneró en la no ocurrencia del efecto denunciado**.

111. El Informe SEA también se pronunció acerca de la inconcurrencia de hipótesis de ilusión, señalando sin espacio a dudas que:

En este sentido, de los antecedentes tenidos a la vista y su análisis, no constan elementos suficientes que permitan establecer que la construcción de un canal de 1,9 m³/s, para entregar agua por 5 meses para la generación eléctrica de la Mini Central de Paso se enmarca en alguno de los presupuestos señalados en el instructivo referido, y que en consecuencia genera modificaciones sustantivas en la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto o actividad evaluados en el proceso de calificación ambiental del Proyecto "Generadora Eléctrica Roblería", aprobado mediante Res. Exenta N°187/2010.

112. La sola **construcción del Acueducto Nacimiento, como lo reconoce expresamente la DGA en su oficio N°207**, no tiene la aptitud de generar un incremento en los impactos ambientales de la Central, pues no afecta la calidad de las aguas ni tampoco libera emisiones a la atmósfera, por lo que no se advierte de qué forma o en qué dimensión la SMA lo considera un elemento generador de impactos ambientales.

113. Por otro lado, el **abastecimiento de la Central** proviene, entre otros, de derechos de aprovechamiento de agua no consuntivos. Su uso no genera un menoscabo en la disponibilidad del recurso hídrico.

114. El **aumento del período de generación** de energía del Proyecto tampoco es una modificación sustantiva. Se recuerda en la DIA de la Central ya se anunciaba que el óptimo operacional de la Central dependía de su abastecimiento de agua por todo el año; la restricción de uso del Canal Roblería se efectuó considerando su uso para riego. Al señalarse que el proyecto contaría con una "energía firme anual", y que dicha energía firme anual puede llegar a los 33.322.021 kWh si los Canalistas logran transportar agua durante todo el año, se aprecia que ya desde la DIA se contemplaba funcionar durante el año completo.

115. En consecuencia, tampoco existe un aumento en los impactos ambientales de la Central por el aumento de los meses del año en que se generará energía. Así, ninguna de las obras o partes del Acueducto generaron o pudieron generar los efectos que la SMA estimó como *potenciales*.

116. Finalmente, se advierte una confusión en el razonamiento de la SMA, que denuncia que **la causa** de los riesgos –no daños– que identifica radica en la ejecución de las obras del Acueducto Nacimiento.

117. Nos preguntamos **¿de haber ingresado al SEIA**, la remoción en masa producto de causas naturales (episodio aislado de fuertes lluvias), **se habría considerado como un efecto directo del proyecto?** En este escenario, cualquier proyecto que en su ejecución sufra un incidente o contingencia con consecuencia ambiental (derrames de hidrocarburos por rotura de una estación de transferencia o por presión de un ducto) podría ser denunciado por elusión al SEIA, por haber causado impactos no previstos.

118. En verdad, las consecuencias derivadas de hechos de la naturaleza no son **efectos** de la operación de un proyecto: son **incidentes** o **eventos extraordinarios** cuyo impacto no está integrado en la evaluación ambiental de aquellos.

119. En otras palabras, la SMA incurre en una **confusión conceptual**, fundada en una premisa incorrecta, consistente en calificar la supuesta infracción (elusión, que no concurre) sobre la base de las consecuencia o efectos ambientales negativos de un hecho cuyo origen no radica en los impactos de las partes, obras o acciones propiamente tales de un proyecto, sino en la ocurrencia de un incidente.

120. Adicionalmente, la Superintendencia señala que **“de haber mantenido un periodo de generación por 7 meses al año, dichos impactos no se hubiesen presentado”**. En otras palabras, este servicio indicó que el titular, al ejecutar estas obras (independiente de si debiesen o no ingresar al SEIA), sería culpable de las consecuencias del fenómeno natural, dando a entender que **el origen** de los daños o supuestos impactos significativos **no fue la elusión, sino que la decisión del titular de querer operar 12 meses en lugar de 7** (pág. 63, letra c) de la R.E. 2174).

121. Lo más grave, S.S.I., es que Roblería nunca ha operados esos 12 meses al año. Aquella imputación dice relación directa con la **fase de operación del proyecto**, que es la oportunidad en que tendría lugar la “generación”, **por lo que malamente podría vincularse con hechos acaecidos durante la construcción** de este.

C. Entrega oportuna de la cartografía (cargo N°3)

122. La Resolución Reclamada denuncia la comisión de una infracción al artículo 35 letra j) de la Ley N°20.417, por no haber respondido debidamente el requerimiento de información de 19 de junio de 2018, en particular por no enviar una cartografía actualizada.

123. La Superintendencia argumentó que **“no (se) incorporó una imagen aérea actualizada de la cartografía requerida”**. Es decir, y tal y como reconoce la SMA, no es que nuestra representada no atendiera el requerimiento, sino que lo atendió supuestamente de forma incompleta.

124. Más allá de esto, y según se señaló en los descargos, la información requerida no se enmarcaba en los parámetros del artículo 3 letra e) de la Ley N°20.417, pues era

información que no estaba a disposición de nuestra representada. Así, reiteramos a S.S.I. que **HR no incumplió el deber de remitir información** a la SMA; a lo sumo lo cumplió parcialmente, sin que mediara responsabilidad alguna de parte Roblería.

125. En la Resolución Reclamada se denuncia que la imagen enviada, consistente en una imagen satelital de 2016, no cumplía el estándar natural y obvio del requerimiento, que al referirse a una cartografía pedía una *“actual y presente”*, o sea, reciente. Es decir, y a pesar de que podemos entender que el documento no era lo que esperaba la SMA, tampoco se advierte, siguiendo el criterio de la autoridad, cómo podríamos haber asegurado el cumplimiento del criterio.

126. En efecto, **¿habría sido suficiente una imagen satelital del 2017?** En requerimiento se formuló en junio de 2018, ¿y si la cartografía hubiere sido confeccionada en enero de ese año? ¿Habría sido reciente? Como se advierte, no existe precisión alguna en la solicitud formulada con los cargos, ni se entrega un parámetro objetivo la Resolución Impugnada.

127. Finalmente, tenga en consideración S.S.I. que a la lo largo de estos casi cinco años Roblería ha sido fiscalizada más de diez veces por al menos cuatro servicios públicos diversos. Ha sido requerida múltiples veces para entregar información, y ha tenido todo el tiempo una actitud proactiva y colaborativa con la autoridad.

128. Así, no ha habido ánimo dilatorio ni obstructivo alguno; ni se ha generado perjuicio de cualquiera naturaleza. Pedimos a este Ilustre Tribunal tener esto presente para desestimar el cargo.

§6. ILEGALIDAD EN LA DURACIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO: SU DECAIMIENTO

1. El procedimiento sancionador D-109-2018, comenzó en noviembre de 2018 y concluyó en diciembre de 2022. **Transcurrieron 4 años desde inicio a término.** En el intertanto, el proceso estuvo **2 años suspendido por decisión de la Superintendencia.**

2. En efecto, el 3 de julio de 2019 la autoridad pidió informe al SEA y suspendió el sancionatorio “*hasta que se recepcione el pronunciamiento solicitado a la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental*”. Aquel pronunciamiento fue acompañado en el proceso el 4 de marzo de 2020.

3. Recién el 29 de noviembre de 2021, **19 meses después** de recibido el Informe SEA y transcurridos **28 meses** de la suspensión, la SMA reabrió el sancionatorio. Notificaría la multa fundando las supuestas infracciones en **las mismas** conjeturas de un inicio, e identificando **riesgos, pero no efectos adversos**, **49 meses** después de la formulación de cargos. Así, el proceso decayó o devino ineficaz irredargüiblemente.

4. Las primeras sentencias que se pronunciaron acerca de los efectos de la tardanza injustificada en la resolución de los procedimientos administrativos se dictaron a finales de 2009 y 2010 (a modo de ejemplo, sentencias de la Corte Suprema Rol 4923-10, de 16 de septiembre de 2010 y Rol 5228-10, de 20 de octubre de 2010). En esos pronunciamientos, la Corte Suprema trató de dar respuesta a la paradoja que se producía entre dos premisas en tensión: **(i)** los plazos no son fatales para la Administración; y, **(ii)** garantizar el derecho de los interesados a obtener una resolución en un plazo razonable para resguardar el debido proceso.

5. La Corte Suprema acuñó la denominada doctrina del “*decaimiento del procedimiento administrativo*”, que determina que los procedimientos cuya resolución se demore por un plazo excesivo **pierdan su eficacia y se extingan**, deviniendo inválidos los actos que se dicten con posterioridad.

6. La doctrina del decaimiento del procedimiento administrativo se fundó en diversos pilares y, en particular, en: **(i)** los principios del procedimiento administrativo –eficacia, eficiencia y celeridad; **(ii)** el debido proceso; y, **(iii)** la finalidad coercitiva de las sanciones, que determina que estas devengan inútiles si transcurre un margen temporal excesivo entre su comisión y su imposición.

7. Recientemente, y en coherencia con el tenor literal del artículo 27 de la Ley N°19.880, la Corte Suprema resolvió que el plazo de seis meses establecido en el artículo 27 de la citada ley es plazo máximo vinculante, cuya superación determina la ineficacia del procedimiento¹⁸.

8. Es ilustrativa de esta jurisprudencia ya consolidada, la sentencia de la Corte Suprema de 3 de mayo de 2021 (Rol 127.415–2020), en la que se expuso que el transcurso del plazo de seis meses determina la ineficacia del procedimiento con base en el artículo 40 de la Ley 19.880, que establece que el procedimiento terminará por “*la desaparición sobreviniente del objeto del procedimiento*”. En particular, en esa ocasión la Excm. Corte Suprema resolvió que:

*“Ante la claridad del precepto del artículo 27, que “el procedimiento no podrá exceder de 6 meses” de duración en su sustanciación, contado desde su iniciación y hasta la decisión final, como lo indicado por el Ejecutivo en su Mensaje, en orden a que el proyecto tiende, precisamente, a solucionar los problemas derivados de considerar que a la Administración no le afectan los plazos y que su incumplimiento únicamente genera responsabilidades administrativas, entre otros aspectos, **se ha de concluir que existe una imposibilidad material para continuar el procedimiento y que la causa sobreviniente es el cumplimiento del plazo**, razonable contexto en el que todo el actuar posterior de la Administración **deviene en ineficaz por ilegalidad**”.*

9. Así, además de sus vicios particulares, la Resolución Impugnada es contraria a derecho porque decayó o devino ineficaz, en los términos indicados. En efecto, el procedimiento sancionador se inició hace más de cuatro años y estuvo paralizado por más de 2 años, **al menos 1 año y medio sin que mediare justificación para el retraso de la reapertura.**

¹⁸ Sentencias de la Corte Suprema de 6 de diciembre de 2021 (Rol 15.0141-2020), 13 de mayo de 2021 (Rol 14.298-2021), y 3 de mayo de 2021 (Rol 127.415-2020).

10. Durante todo este tiempo la Compañía ha estado paralizada; cumplió una serie de medidas procedimentales e hizo frente, hasta hoy, a los procedimientos sancionatorios iniciados a instancias de los demás servicios fiscalizadores.

11. Así, además de superar con holgura el plazo máximo para la tramitación del expediente, la sanción devino ineficaz y en consecuencia ilícita, por haber variado sustantivamente las condiciones materiales y financieras del proyecto.

**§7. ILEGALIDAD EN LA DETERMINACIÓN DE LAS SANCIONES IMPUESTAS:
INFRACCIONES A LA GUÍA METODOLÓGICA DE LA SMA Y AL PRINCIPIO DE
PROPORCIONALIDAD**

1. La Resolución Reclamada no da cuenta de cómo influyen los distintos elementos que deben ser evaluados en la ponderación de las sanciones decretadas, ni los puntajes que otorga para el correcto cálculo de su determinación.
2. Lo anterior constituye un nuevo vicio de motivación pues no se advierten cuáles son los fundamentos que condujeron a la (desproporcionada) cuantía de las multas.
3. Sobre la ponderación de las sanciones ambientales, la doctrina ha señalado que la consideración y aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA constituye una materialización del principio de proporcionalidad en materia sancionatoria. En el proceso de aplicación de sanciones, explica Bermúdez, supone este principio un proceso integrador y valorativo de los tres elementos contenidos en la norma jurídica habilitante: del presupuesto de hecho, los medios y el fin¹⁹.
4. En este tenor el artículo 40 encuentra su objetivo, es decir, trata de establecer parámetros que claramente constituyen una forma objetiva de delimitar la discrecionalidad de la Administración, teniendo en este sentido especial relevancia la ponderación razonable de los hechos y la debida justicia y proporcionalidad de la sanción en relación con la infracción.
5. Para orientar este examen se analizará el procedimiento y las reglas consagradas en las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales (**Bases**

¹⁹ BERMÚDEZ SOTO, Jorge. *Fundamentos de Derecho Ambiental*. Segunda edición. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Valparaíso, Chile, 2014., p. 493-494.

Metodológicas)²⁰, aprobadas mediante Resolución Exenta N°85, de 22 de enero de 2018, de la SMA.

6. Las Bases Metodológicas, como su título lo indica, corresponden a un método para precisar cuál será el monto de la multa que corresponde aplicar a un infractor, desde una perspectiva disuasiva basada en la idea de sanciones óptimas²¹. Éstas prevén que para alcanzar una determinación correcta de la sanción administrativa se deben sumar dos elementos, a saber, **(i)** el beneficio económico; y, **(ii)** el componente de afectación²².



Imagen 1. Esquema metodológico general para la determinación de sanciones pecuniarias. Fuente: Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales SMA.

7. Las multas impuestas por la Resolución Reclamada fueron: **(i)** por el Cargo N°1, **118 UTA**; **(ii)** por el Cargo N°2, **1.055 UTA**; y, **(iii)** por el Cargo N°3 **1 UTA**. Es decir, la Resolución Reclamada impuso una sanción total de **1174 UTA**, esto es más de **\$USD 1.000.000** (un millón de dólares de los Estados Unidos de América).

8. A pesar de las desproporcionadas cifras a cuyo pago se condena nuestra representada, y que comprometen seriamente su estabilidad financiera, la Resolución Reclamada no contiene el razonamiento concreto del que resultan las cifras específicas, limitándose a realizar apreciaciones genéricas en torno a la aplicación de las Bases Metodológicas.

²⁰ Disponible en: <https://portal.sma.gob.cl/index.php/download/bases-metodologicas-para-la-determinacion-de-sanciones-ambientales-2017/>

²¹ SOTO DELGADO, Pablo. "Determinación de sanciones administrativas: disuasión óptima y confinamiento de la discrecionalidad del regulador ambiental", en: Anuario de Derecho Público, Santiago, Chile. Editorial Universidad Diego Portales, 2016, p. 375.

²² Bases metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales (SMA), p. 56.

A. Beneficio económico

9. De los tres cargos imputados, únicamente se considera que nuestra representada obtuvo un beneficio económico en relación con el N°1 (relativo al supuesto incumplimiento de las condiciones de reforestación).

10. En particular, en la Resolución Reclamada se entiende que el costo por la reforestación de 1,7 hectáreas es de **\$4.608.094**, sobre la base de la información enviada por Roblería.

11. Pero la SMA calculó el coste de reforestación como si nuestra representada no hubiera llevado a cabo **ninguna labor de reforestación, LO QUE ES INCORRECTO**. Es decir, la superintendencia estimó el supuesto beneficio económico como el costo de no reforestar 1,7 hectáreas, olvidándose que nuestra representada reforestó prácticamente la totalidad de esa superficie. Lo anterior resulta de forma evidente incluso de la propia Resolución Reclamada, en cuyo párrafo 301 se indicó que:

301. Considerando la superficie asociada a cada rodal, es posible señalar que, de un total de 1,7 hectáreas, el titular incumplió totalmente con la densidad en 0,1 hectáreas (rodal RQ1), mientras que en 1,15 hectáreas alcanzó un nivel de cumplimiento medio (rodales RN1 y RN3), y en las restantes 0,45 hectáreas (rodal RN2) alcanzó un nivel cercano a lo establecido.

12. La supuesta infracción al deber de reforestación únicamente se observó en 0,1 hectáreas. Como se explicó, la inejecución de ese polígono fue debido a la **orden** expresa del Ejército de Chile de no alterarlo; **acto de autoridad** que redundó en la imposibilidad absoluta de cumplir el PAS 102 HR según los términos comprometidos originalmente. Como fuere, aquella **mínima porción** es la **superficie máxima** que, en su caso, debería considerarse para calcular el coste de reforestación.

B. Otras circunstancias modificatorias de la responsabilidad del artículo 40 de la LOSMA no consideradas o ponderadas ilegítimamente

B.1. Cargo N°1

13. Respecto del daño o del peligro ocasionado (letra a) se identificó un “*daño de importancia baja*”, pues si bien según la SMA la reforestación no se produjo bajo los términos estrictamente exigidos, **sí se realizó** parcialmente, reconociendo incluso que la reforestación alcanzó a la práctica totalidad de la superficie en cuestión

14. Se estimó que la vulneración al sistema jurídico (letra i) tiene una “*importancia media*”. Esta apreciación subjetiva, más allá de no contar con ningún fundamento de respaldo, **resulta contradictoria** con los propios términos de la Resolución Reclamada, en cuyo párrafo 385 se manifestó que: “*en cuanto a los incumplimientos a la medida de compensación particular, fue posible establecer que el titular efectuó la reforestación en 1,6 hectáreas, de un total de 1,7 hectáreas que debía reforestar*”.

B.2. Cargo N°2

15. La SMA concluyó que producto de la infracción asociada a tal cargo supuestamente “*se ocasionó un daño de importancia alta*” (letra a).

16. En cuanto al suelo, la SMA asevera que el incidente de junio de 2018 provocó un daño de importancia alta al suelo “*con efectos permanentes (...) debido a la intervención de una ladera (...) el nivel de afectación continúa con procesos de remoción activos que no han sido estabilizados a la fecha*”.

17. Resulta sorprendente que la Superintendencia alcance de forma tan categórica esa conclusión, cuando la Resolución Reclamada contiene ni una sola evidencia que determine que los efectos sean “*permanentes*”. Todo lo contrario, se advierte que no hubo *efectos* sino *riesgos* que, en tal calidad no pueden al mismo tiempo constituir el daño denunciado. Esta argumentación, además, omite referirse al impacto irresistible del evento climático extraordinario, que afectó no sólo las obras del Acueducto Nacimiento, sino las demás instalaciones del sector.

18. Respecto a la flora la SMA argumenta que habría una superficie de 2,48 hectáreas afectadas por pérdida de cobertura vegetal. La entidad fiscalizadora, nuevamente, no acredita cuál es el alcance de esa supuesta pérdida de cobertura, evidencia tal pérdida. Además, tenga S.S.I. presente que el presunto impacto tampoco podría ser considerado “alto”, teniendo en cuenta que según reconoce la SMA el bosque nativo adulto cuenta con un área total de **1.578,2** hectáreas.

19. Sobre la fauna la autoridad afirma que la pérdida de cobertura vegetal en 2,48 hectáreas habría implicado “*la eliminación total del hábitat para las especies presentes en dicho sector*”, impidiendo “*la supervivencia en el lugar de las distintas especies*”, lo que determinaría que se hubiera producido un daño de “*importancia alta*”.

20. Nuevamente, nada se acredita. Además, al parecer la SMA no consideró la reforestación realizada por Roblería, y el **impacto positivo** que ello tiene en la supervivencia de la fauna, lo que claramente invalida el argumento de la Resolución Reclamada. Esa reforestación, dicho sea de paso, no pudo ser completada por la paralización total decretada por la DGA, que sigue vigente.

21. En relación con el agua se considera que:

341. Finalmente, respecto del elemento agua, no existen antecedentes en el presente procedimiento sancionatorio que permitan confirmar que se haya generado un daño o consecuencias negativas directas producto de la infracción, al no haberse constatado una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo al recurso hídrico, ni otras consecuencias negativas con un nexo causal indubitado, como en el caso de los componentes ambientales analizados con anterioridad.

22. No obstante, y sobre la base de meras asunciones de hechos futuros que todavía no han acontecido, la SMA considera que se habría generado “*un peligro de importancia alta al componente agua*”. Lo único peligroso, y altamente peligroso, Ilustre Tribunal, es que la SMA se permita imputar infracciones gravísimas sin siquiera acreditar un daño o peligro real.

23. Se estimó que la infracción habría provocado un “*entorpecimiento del tránsito seguro a través del camino*” (letra b), pero: **(i)** se ha mantenido hasta la fecha habilitado el camino del proyecto, de modo que la comunidad en ningún momento estuvo aislada. A mayor abundamiento, se realizan rondas periódicas para determinar el estado de tránsito del mismo, a los efectos de efectuar labores de limpieza, junto con mantener la señalética en el sector; y, **(ii)** no se advierte cómo se habría afectado la salud de las personas.

24. Por otro lado, se estimó que el cargo vulneró gravemente el sistema jurídico (letra i) porque la evaluación “*tendría que haber considerado los riesgos...disponiendo de las medidas... la falta de dichos antecedentes...no permitió alcanzar el fin preventivo*”.

25. Sobre este aspecto se reitera que la modificación del proyecto en ningún caso debía ingresar al SEIA. Por *economía procesal* nos remitimos a lo indicado en el cuerpo de esta presentación.

26. Finalmente, se consideró que el CARGO N°3 no merecía reproches de los previstos en el artículo 40 del RSEIA.

27. **EN SÍNTESIS:** Ninguno de los factores de incremento se estimaron concurrentes. Así, se descartó la intencionalidad (letra d), no se consideró una conducta anterior negativa (letra e) ni se apreció falta de cooperación (letra i).

28. Se tuvieron por acreditadas, como factores de reducción, la irreprochable conducta anterior (letra e) y la cooperación eficaz (letra j). Respecto a las medidas correctivas (también letra i), la SMA consideró que, si bien se adoptaron, no fueron suficientes, **sin expresa un motivo o fundamento para aseverarlo.**

29. En efecto, a pesar de las dificultades señaladas y según reconoce la SMA, la Compañía realizó gestiones con organismos sectoriales para obtener autorizaciones que le permitieran ejecutar medidas concretas, realizó labores de replanteo y habilitación de un canal de evacuación de aguas de lluvia y charlas de inducción sobre uso de elementos de protección personal, salud y seguridad.

30. Así las cosas, HR realizó sus mejores esfuerzos para aplicar medidas correctivas, por lo que debería tenerse en cuenta este factor de reducción a la hora de cuantificar el importe de la sanción, si S.S.I. decide mantenerla.

C. Las multas impuestas infringen el principio de proporcionalidad

31. La Resolución Reclamada no contiene el razonamiento concreto del que resultan las cifras específicas, limitándose a realizar apreciaciones genéricas (e incorrectas en muchos casos) en torno a la aplicación de las Bases Metodológicas.

32. Así, las sanciones resultan excesivas a la luz de los antecedentes presentados a lo largo de este escrito, infringiendo el principio de proporcionalidad. Respecto a este principio, Luis Cordero ha afirmado que:

“La proporcionalidad tiene como centro normativo la prohibición de exceso, que implica una relación lógica de los elementos del contexto que generan el acto (situación, decisión y finalidad); es decir, una relación de adecuación de medio y fin, lo que implica ciertamente una limitación a la extensión de la decisión en la medida que esta sólo se puede extender mientras se dé un vínculo directo entre el hecho y la finalidad perseguida con el procedimiento. De este modo, las situaciones que se dan fuera de esa relación son desproporcionadas, es decir, manifiestamente excesivas²³” (énfasis agregado).

33. La vulneración del principio de proporcionalidad en este caso es especialmente llamativa, porque: **(i)** no se advierte justificación alguna *siquiera* para multar; **(ii)** resulta difícil comprender los fundamentos de la exorbitante cuantía de multa; **(iii)** Roblería actuó de buena fe y cumpliendo las directrices de los órganos competentes; y, especialmente **(iv)** un castigo como el que se pretende obstaculiza gravemente la viabilidad operacional y

²³ Cordero, Luis. “Lecciones de Derecho Administrativo”. Thomson Reuters (Segunda edición) p. 375.

financiera de la Central, que genera energía limpia, renovable y de base (es decir, la única energía renovable capaz de reemplazar a la generación térmica a base de la quema de combustibles fósiles), con nulo impacto ambiental, en el contexto de una creciente demanda por mayor inyección de tales recursos (producto, entre otras cosas, de los compromisos internacionales de reducción de emisiones contaminantes que ha adquirido el país, y de la legítima demanda de amplios sectores sociales y comunitarios).

POR TANTO, en mérito de lo expuesto y las normas legales citadas,

A S.S.I. RESPETUOSAMENTE PEDIMOS: se sirva tener por interpuesto reclamo de ilegalidad en contra de la Resolución Exenta N°2.174, de 12 de diciembre de 2022, de la Superintendencia del Medio Ambiente, admitirla a trámite y, en definitiva, acogerla en todas sus partes, dejando sin efecto la Resolución Reclamada, por resultar contraria a derecho, ordenando absolver a Roblería de todos los cargos formulados o, en subsidio, reduciendo sustantivamente el monto de las multas pues infringen el principio de proporcionalidad, prescribiendo que se subsanen los vicios alegados en esta reclamación.

PRIMER OTROSÍ: Sírvase S.S. tener por acompañados los siguientes documentos, bajo los apercibimientos que en derecho correspondan:

1. Declaración de Impacto Ambiental del proyecto “Generadora Eléctrica Roblería”, elaborada para Roblería por la consultora Acciona Ambiental Ltda.
2. Resolución Exenta N°96/2015 de la Dirección del SEA de la Región del Maule.
3. Resolución Exenta N°12/2017 de la Dirección del SEA de la Región del Maule.
4. Resolución Exenta N°1.627/2022 de la SMA.
5. Informe “Minuta Técnica Proyecto Generadora Eléctrica Roblería (Central)”, elaborado por Biotas Servicios Ambientales SpA.
6. “Informe de estabilidad Taludes Afectados”, elaborado por Geodrilling.
7. Oficio Ordinario N°208 de 8 de noviembre de 2018, del DARH de la DGA.
8. Oficio Ordinario N°200278 de 4 de marzo de 2020, de la Dirección Ejecutiva del SEA.

9. Oficio N°4903/162/Anpac SpA de 4 de febrero de 2019, del Director de la Escuela de Artillería del Ejército de Chile.

SEGUNDO OTROSÍ: Sírvase S.S.I. tener presente que nuestra personería para representar a Hidroeléctrica Roblería SpA consta en la escritura pública de 30 de enero de 2023, otorgada en la Notaría Pública de Santiago de Eduardo Diez Morello con el repertorio N°1.939–20223, documento emitido con Firma Electrónica Avanzada que en este acto acompañamos con citación.

TERCER OTROSÍ: Sírvase S.S.I. tener presente que, en nuestra calidad de abogados habilitados para el ejercicio de la profesión, asumiremos personalmente el patrocinio y poder en la presente causa. Asimismo, sírvase tener presente que conferimos poder al abogado habilitado para el ejercicio de la profesión **Gustavo Alarcón del Pino**, cédula nacional de identidad N°19.605.938-5, de nuestro mismo domicilio, con quien podremos actuar en estos autos de forma conjunta o separada, indistintamente, y quien firma en señal de aceptación.

CUARTO OTROSÍ: Sírvase S.S. I., acceder a notificar las resoluciones pronunciadas en el marco de este proceso, de conformidad a lo establecido en el artículo 22 de la Ley N°20.600, a las siguientes direcciones: pablo.cavallaro@grupocerro.com; jorge.femenias@ppulegal.com; Nicole.pitronello@grupocerro.com; y, crescente.ovalle@ppulegal.com.

QUINTO OTROSÍ: En mérito de lo dispuesto en el artículo 3 inciso final de la LBPA, solicito a S.S. Ilustre decretar la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, específicamente respecto a la obligación sindicada en su considerando OCTAVO, mientras no sea resuelto el presente reclamo de ilegalidad.

Lo anterior, por cuanto el plazo para presentar el “*Cronograma de trabajo donde se identifiquen los plazos y acciones en que será ingresado al SEIA las modificaciones de consideración realizadas al proyecto “Generadora Eléctrica Roblería”* se encuentra corriendo, y el cumplimiento de esa obligación, así como la de implementarlo ingresando al

SEIA mientras se encuentre en tramitación el presente reclamo de ilegalidad, podría resultar incompatible con que S.S.I resuelva, en definitiva.

En efecto, en el evento de que S.S.I. acoja el presente reclamo, la obligación de ingresar al SEIA quedará sin efecto. No obstante, si previamente no se suspenden los efectos de la Resolución Impugnada, nuestra representada deberá invertir importantes recursos económicos y humanos, desarrollando líneas de bases y estudios, que finalmente no se requerirán.

Así, la presentación y ejecución del mentado cronograma es contraria y contraproducente a vuestra eventual resolución que acoja esta reclamación, con los severos perjuicios que esto le ocasionaría.

En subsidio de lo anterior, y sobre la base de los mismos hechos y circunstancias, requerimos se ordene la suspensión del procedimiento administrativo que ordena el cumplimiento y la implementación del mentado cronograma, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley N°19.880.

En subsidio de ambas pretensiones precedentes, y para el evento que S.S. Ilustre desestimara dichas solicitudes, sobre la base de los mismos antecedentes de hecho y fundamentos de derecho expuestos, solicitamos se decrete una medida cautelar innovativa, en los términos dispuestos en el artículo 24 de la Ley N°20.600, que ordene la suspensión de los efectos de la Resolución Impugnada mientras no sea resuelto el recurso de reclamación que dio origen a estos autos.