

Valdivia, a veinticuatro de diciembre de dos mil quince.

VISTOS:

1°. Que, el 9 de septiembre de 2015, la Empresa Nacional de Electricidad S.A., en adelante e indistintamente "la Reclamante", "la Empresa" o "ENDESA", representada por don Mario Galindo Villarroel, a fojas 1 de autos, interpuso ante este Tribunal reclamación -conforme a lo establecido en el número 3 del artículo 17 de la Ley N° 20.600- en contra de la Resolución Exenta N° 4, de 19 de agosto de 2015, en adelante "la Resolución Reclamada", dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente, en adelante e indistintamente "la Reclamada", "la Superintendencia" o "la SMA", dentro del procedimiento administrativo sancionatorio Rol F-016-2015, llevado a cabo en contra de la Reclamante como propietaria de fuentes afectas al Decreto Supremo N° 13/2011, Ministerio del Medio Ambiente, Norma de Emisión para Centrales Termoeléctricas, en adelante "la norma de emisión".

2°. Que, la reclamación deducida solicita a este Tribunal:

- a) Declarar que la Resolución Reclamada no fue dictada conforme a la normativa constitucional y legal vigente, anulándola total o parcialmente.
- b) Ordenar a la Superintendencia que modifique, total o parcialmente, la Resolución Reclamada, dando lugar a la prueba testimonial ofrecida por la Reclamante en su presentación de 17 de julio de 2015 en el procedimiento administrativo sancionatorio Rol F-016-2015.
- c) Sin perjuicio de lo anteriormente solicitado, se adopte cualquier otra decisión favorable a la Reclamante, decretada conforme al mérito de autos.
- d) Decretar como medida cautelar conservativa, la suspensión total del procedimiento administrativo sancionatorio Rol F-016-2015; sin perjuicio de que este Tribunal adopte otra medida cautelar.

e) La condenación en costas de la reclamada.

I.- Antecedentes del procedimiento administrativo sancionatorio

3°. Que, de los antecedentes administrativos presentados a estos autos por la Superintendencia, cumpliendo lo ordenado a fojas 96, se constata lo siguiente:

- a) El 9 de junio de 2015, la Superintendencia inició el procedimiento administrativo sancionatorio Rol F-016-2015 en contra de la Reclamante, mediante la dictación de la Resolución Exenta N° 1, en virtud de la cual formuló cargos en contra de ENDESA por superación del límite de emisión contenido en la norma de emisión, respecto de la Unidad Generadora N° 1 de la Central Termoeléctrica Bocamina, de propiedad de la Reclamante.
- b) El 17 de julio de 2015, ENDESA presentó sus descargos respecto de la formulación de cargos realizada en su contra. Además, en dicha presentación la Reclamante acompañó una serie de documentos y solicitó rendir prueba testimonial.
- c) El 30 de julio de 2015, la Superintendencia dictó la Resolución Exenta N° 3, por la cual tuvo por presentados los descargos formulados, por acompañados los documentos, y requirió además a la Reclamante para que, dentro del plazo de 4 días hábiles, explicará la pertinencia y conducencia de la diligencia probatoria relativa a la prueba testimonial.
- d) El 13 de agosto de 2015, ENDESA contestó el requerimiento antes señalado, argumentando en síntesis que, a la Superintendencia no le corresponde pedir explicaciones adicionales respecto a la prueba testimonial solicitada por la Reclamante, y que por tanto, el Fiscal Instructor debe fijar día y hora para la recepción de la prueba testimonial, y luego de rendida dicha prueba, la aprecie conforme a la normas establecidas en la Ley Orgánica de la Superintendencia.

- e) El 19 de agosto de 2015, la Superintendencia, mediante la Resolución Exenta N° 4, reclamada en autos, rechazó la prueba testimonial solicitada, fundamentalmente por considerar que dicha diligencia probatoria no era conducente para aclarar el hecho objeto del procedimiento administrativo sancionatorio incoado en contra del Reclamante, de conformidad a lo establecido en el inciso 2° del artículo 50 de la Ley Orgánica de la Superintendencia.
- f) El 14 de septiembre de 2015, por orden de este Tribunal, la Superintendencia dictó la Resolución Exenta N° 5, mediante la cual suspendió el procedimiento administrativo ya referido, por el plazo de 40 días, o hasta que este Tribunal renueve, modifique o revoque la medida cautelar conservativa decretada con fecha 10 de septiembre de 2015, a fojas 61.

II.- Antecedentes del proceso de reclamación

4°. Que, en lo que respecta a la reclamación y el proceso judicial derivado de aquella, en autos consta que a fojas 1 se inició el proceso mediante reclamación de ENDESA en contra de la Resolución Exenta N° 4, de 19 de agosto de 2015, dictada por la Superintendencia dentro del procedimiento administrativo sancionatorio Rol F-016-2015, la que rechazó la prueba testimonial solicitada por la Reclamante en su presentación de 17 de julio de 2015. La Reclamante solicitó a este Tribunal, en síntesis, declarar que la Resolución Reclamada no ha sido dictada conforme con la normativa constitucional y legal vigente, procediendo a anular dicha Resolución total o parcialmente, según corresponda conforme a derecho.

5°. Que, de fojas 23 a fojas 60 consta que se acompañaron los siguientes documentos, junto con la reclamación:

- a) Copia simple de la Resolución Reclamada.
- b) Copia timbrada de sobre de notificación de la Resolución Reclamada.

- c) Copia simple de la presentación formulada por ENDESA de 17 de julio de 2015 en el procedimiento administrativo sancionatorio Rol F-016-2015.
- d) Copia de escritura pública en la cual consta la personería de don Mario Galindo Villarroel, para actuar en representación de la Reclamante.

6°. Que, a fojas 61, se admitió a trámite la reclamación, solicitando informe a la reclamada de conformidad a lo establecido en el artículo 29 de la Ley N° 20.600. Además, este Tribunal acogió la medida cautelar conservativa solicitada por ENDESA en el primer otrosí de la Reclamación, suspendiendo el procedimiento administrativo sancionatorio Rol F-016-2015, por el término de 40 días.

7°. Que, a fojas 87 y siguientes, la reclamada evacuó el informe respectivo, y acompañó disco compacto (CD) del expediente administrativo sancionatorio Rol F-016-2015 seguido en contra de la Reclamante.

8°. Que, a fojas 3181, este Tribunal tuvo por cumplido lo ordenado a fojas 96, y por acompañado el documento adjuntado en la presentación de la reclamada de fojas 97. Resolviendo el escrito presentado por la reclamada de fojas 87 y siguientes, este Tribunal tuvo por evacuado el informe y por acompañado el documento consistente en copia digital (CD) del expediente administrativo sancionatorio Rol F-016-2015 seguido ante la Superintendencia.

9°. Que, a fojas 3183, este Tribunal accedió a la solicitud formulada por las partes a fojas 3182, fijando audiencia de alegatos para el día martes 27 de octubre a las 10:00 horas.

10°. Que, a fojas 3283, ENDESA solicitó la renovación de la medida cautelar concedida a fojas 61; la que éste Tribunal concedió por resolución de fojas 3267.

11°. Que, a fojas 3269, ENDESA solicitó la renovación de la medida cautelar concedida a fojas 3267; la que éste Tribunal concedió por resolución de fojas 3271.

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Que, ENDESA ha dirigido su reclamación contra la Resolución Exenta N° 4, de 19 de agosto de 2015, dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente, dentro del procedimiento administrativo sancionatorio Rol F-016-2015, de acuerdo a lo que consagra el N°3 del artículo 17 de la Ley N° 20.600, en conformidad con el artículo 56 de la LOSMA.

SEGUNDO. Que, en cuanto a los argumentos de la Reclamante, el primero de ellos se funda en que la Superintendencia ha aplicado al caso un estándar de admisión de prueba que es ilegal y arbitrario y que vulnera tanto la legislación ambiental como la regulación administrativa vigente. Para ello, la Reclamante estructura esta alegación en lo siguiente:

a) La Superintendencia ha aplicado de manera ilegal el artículo 50 de su Ley Orgánica, pues se ha denegado de manera infundada la rendición de prueba. Expone que dicho artículo constituye una norma sobre rendición de prueba que reconoce la libertad de la Superintendencia para decretar diligencias que generen prueba de los cargos, destinadas a acreditar las infracciones. Agrega que la Superintendencia puede dictar dichas diligencias existiendo la limitación de que estas sean pertinentes y conducentes, debiendo motivar, en caso que estas sean rechazadas. Al referirse al contenido de lo pertinente, que prevé el mencionado artículo, recurre a lo que dispone la Real Academia Española, entendiéndolo que exige que los medios de prueba digan relación directa con los cargos y los descargos formulados. En cuanto a lo conducente, exige que los medios de prueba ofrecidos sean útiles para la resolución del procedimiento. Asimismo, da

cuenta de lo prevenido en la historia de la ley con respecto a dicho precepto, amparándose en lo ahí indicado en que la prueba ofrecida busca evitar dilaciones del procedimiento o medidas innecesarias, y que sean aptas para arribar a una decisión.

Sostiene además que la prueba testimonial ofrecida es fundamental para definir la controversia del procedimiento, el cual se encuentra enmarcado en imputar a ENDESA una infracción a los límites de emisión establecidos dentro de la norma de emisión para centrales termoeléctricas, planteando que no puede acreditarse ello por estar fundado en datos de emisión erróneos. En ese sentido, la prueba es pertinente cuando permita acreditar tanto la existencia de la excedencia de los límites de emisión como aquella que permita desvirtuarla. Será prueba conducente aquella que aporte antecedentes que a lo menos en parte permita a la autoridad fundamentar una decisión tanto de sanción como de absolución.

Agrega la Reclamante que con la declaración del testigo Sr. Rodríguez, se colaboraría en demostrar que los datos aportados por el CEMS de la Central Bocamina I son errados, se daría cuenta de las metodologías del informe técnico sobre el tema ya presentado, y se estaría en disposición de responder las eventuales consultas que formule la Superintendencia. Da cuenta asimismo que la Superintendencia estimó que dicha declaración era pertinente, a la vez que no era conducente, dado que en el informe de INERCO se establece la metodología aplicada como sus conclusiones.

Para la Reclamante, estas no son razones suficientes, pues no da relación alguna entre el medio de prueba ofrecido y la recta resolución del procedimiento sancionatorio, sino que dice relación con que no debiesen surgir dudas a partir de la lectura de un informe técnico.

Esto no tendría -a juicio de la Reclamante- relación con la conducencia ni con la *praxis* probatoria, donde es necesario tener contacto directo con la prueba, como ocurre en materia

procesal civil para el reconocimiento de instrumentos privados.

Por su parte, en relación a la declaración testimonial del Sr. Sanhueza, señala que la Superintendencia sostuvo que la prueba es pertinente, pero no conducente en virtud de que su objetivo es aclarar dudas respecto de un informe al que el fiscal instructor no ha tenido acceso y que no se ha presentado dentro del procedimiento sancionador, cual a juicio del Reclamante, nada tiene que ver con la conducencia. Además, ello es contradictorio, pues respecto del testigo en que si se acompañó informe técnico tampoco se le admitió dicha prueba.

- b) La Reclamante señala que el considerando 7° de la Resolución Reclamada, se indica que el artículo 50 de la Ley Orgánica de la Superintendencia exige para que se dé lugar a la diligencia, un estándar más alto con respecto al que se dispone en el artículo 35 de la Ley N° 19.880. Para la Reclamante esta tesis es errada, por dos razones: 1) el supuesto sería injustificado, dado que a su juicio, la Superintendencia no entregó una argumentación que acredite el estándar más alto del precepto en cuestión y solo se remite a indicar aquello; 2) pues los términos de "pertinentes" y "conducentes", e "improcedentes" e "innecesarios", no son diversos y cumplen el mismo objetivo que el legislador ha previsto de excluir prueba innecesaria o dilatoria que no guarde relación con la controversia.
- c) De otra parte, la Reclamante denuncia que el deber de motivación de la resolución que rechaza las diligencias de prueba se ha incumplido. A su juicio, la Superintendencia no ha indicado por qué la diligencia probatoria es inconducente y ha señalado otra clase de motivaciones, las que demuestran una falta de disposición de recibir la prueba.

TERCERO. Que, a su turno, el segundo argumento de ENDESA se funda en que la Superintendencia ha vulnerado garantías constitucionales de su representada, en el procedimiento

administrativo sancionador, pues ha impedido ejercer derechos que la Ley N° 19.880 confiere en su calidad de interesados dentro del procedimiento. Esto se manifiesta en lo siguiente:

- a) La Reclamante plantea la existencia de la vulneración tanto de la garantía constitucional del debido proceso -artículo 19 N°3 inciso 5° de la Constitución Política- y el derecho a la defensa -artículo 19 N° 3, inciso 3 de la Constitución Política-. Señala que dichas garantías se extienden a cualquier órgano estatal y a los procedimientos administrativos, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Así, la Reclamante indica que la Superintendencia vulnera estas garantías al excluir injustificada y arbitrariamente a los testigos propuestos. Por lo anterior, reitera que es el presunto infractor quien determina las alegaciones como los medios de prueba para su defensa, los que se pueden restringir con base al criterio del artículo 50 de la Ley Orgánica de la Superintendencia.
- b) La Reclamante sostiene que en atención a la supletoriedad que impera desde la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos hacia el procedimiento sancionador establecido en la Ley Orgánica de la Superintendencia, esta articula variados derechos del particular dentro del propio procedimiento administrativo, los que deben mantenerse y no limitarse. Ello supone compatibilizar los derechos previstos en ambos procedimientos, el general y el especial. En este sentido expresa que la facultad de los particulares para aducir alegaciones y aportar documentos "u otros elementos de juicio" está vinculado al principio de contradictoriedad y al derecho a ofrecer pruebas. Esto implica, asimismo, que la Ley N° 19.880 reconoce que los hechos relevantes pueden acreditarse por cualquier medio admisible en el derecho, los que serán apreciados en conciencia. A su vez, agrega, que la misma norma general administrativa consagra la garantía de los ciudadanos a ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios, los que habrán de facilitarles el ejercicio

de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, como lo prevé la letra e) del artículo 17 de dicha ley. De ahí que la negativa arbitraria de la Superintendencia -a juicio de la Reclamante- no sólo ha vulnerado garantías del debido proceso y el derecho a defensa, previstas en la ley, sino también las garantías procedimentales antes señaladas.

CUARTO. Que, por su parte, la Superintendencia, mediante informe de fs. 87 y siguientes, solicita que el Tribunal resuelva que la Resolución Reclamada fue dictada conforme a la normativa vigente, fundado en lo siguiente: 1) el reclamo de ilegalidad se dirige contra de una resolución respecto de la que no procede recurso; y 2) la Resolución Reclamada es legal y fue dictada conforme a derecho.

QUINTO. Que, con respecto a la primera alegación, la Superintendencia plantea que la Resolución Reclamada constituye un acto administrativo trámite y por lo tanto no es posible de ser reclamado ante este Tribunal. Señala que lo relevante del acto es su contenido, en el sentido que puede éste ser sustantivo y, no obstante, ser un acto trámite, y realiza ciertas consideraciones respecto de la relación entre actos trámites y terminales, lo que ilustra citando un pronunciamiento de la Contraloría General de la República y la doctrina jurídica, concluyendo que el acto recurrido reúne el carácter de acto trámite. En consideración a esta última característica, la Superintendencia plantea que no concurren los requisitos para que dicho acto sea impugnado, al no verificarse lo señalado en el inciso 2° del artículo 15 de la Ley N° 19.880, esto es, no hay imposibilidad de continuar con el procedimiento ni tampoco se causa indefensión, pues no ha privado a ENDESA de su derecho a formular descargos, a presentar pruebas en su defensa, y a hacer presentaciones relativas a la prueba.

SEXTO. Que, a su vez, la Superintendencia señala que no existe indefensión dado que ENDESA tiene la posibilidad de

recurrir de ilegalidad en contra de la resolución que pone término al procedimiento sancionatorio, es decir, contra el acto terminal, si estima que en dicha resolución se materializa la supuesta ilegalidad relacionada con la admisión de prueba, causándole perjuicio.

SÉPTIMO. Que, en relación a la segunda alegación, la Superintendencia se hace cargo de lo planteado por la Reclamante en atención a la vulneración de normas procedimentales y constitucionales. En relación a los motivos que entrega ENDESA en su petición primera, para que el Sr. Rodríguez declare como testigo, la Reclamada se refiere a lo expuesto por la recurrente al solicitar dicha diligencia, es decir, que el testigo busca exponer los mismos motivos técnicos que se encuentran tratados en el informe de su autoría, dado que es necesario que la Superintendencia conozca la metodología empleada y si desea contrainterrogue al testigo. En el caso de la declaración solicitada para el Sr. Sanhueza, sería necesaria la diligencia por las mismas razones en relación al informe técnico respectivo.

La Resolución Exenta N°3/Rol F-016-2015, solicitó información adicional a ENDESA sobre la pertinencia y conducencia de la declaración de ambos testigos, dado que la petición primera reconocía que: (i) estaba referida a la misma información técnica contenida en los informes elaborados por estos testigos, (ii) la metodología aplicada en esos informes no era a la fecha, una cuestión controvertida en el proceso, y (iii) que la posibilidad de efectuar contrainterrogatorio es una descripción de la prueba de testigos y no la prueba de su utilidad o conducencia.

No obstante, la Reclamada señala que la Empresa presumiblemente infractora prefirió insistir en los mismos términos del requerimiento original sin dar cuenta de lo solicitado por la Superintendencia. Por lo que sin la explicación requerida, la Res. Ex. N°4/Rol F-016-2015 del fiscal instructor decidió

rechazar la diligencia probatoria por no ser conducente en el esclarecimiento de los hechos. Finalmente, la Reclamada concluye que la diligencia probatoria solicitada no cumple los requisitos ya referidos previstos en el artículo 50 de la Ley Orgánica de la Superintendencia y artículo 35 de la Ley N° 19.880, es decir, ni es conducente ni es necesaria.

OCTAVO. Que, de los argumentos presentados por ambas partes, este Tribunal es de la opinión que son dos los temas que se han llamado a dilucidar. El primero de ellos guarda relación con la posibilidad de impugnación de un acto trámite en sede jurisdiccional. El segundo se refiere a la legalidad de la Resolución Reclamada en cuanto esta rechaza la diligencia probatoria solicitada por la Reclamante. Ambas controversias se analizarán a continuación:

1. Sobre la procedencia de la reclamación de actos trámites

NOVENO. Que, el tipo de acto que constituye la Resolución Reclamada del fiscal instructor corresponde a una actuación dictada dentro de la etapa de instrucción del procedimiento administrativo sancionador. En el caso concreto, la Superintendencia decidió rechazar una de varias diligencias probatorias ofrecidas por ENDESA. En efecto, unas diligencias se refieren a prueba documental, acompañando 22 documentos, todos admitidos, y otra a prueba testimonial, sobre 2 documentos que son informes técnicos -uno de ellos aún no se acompañaba- diligencia que se rechaza por considerar no ser conducente en el esclarecimiento de los hechos, en virtud de lo que faculta el propio artículo 50 de la Ley Orgánica de la Superintendencia. Este acto no tiene la virtud de decidir los asuntos de fondo que forman parte integrante del procedimiento en particular, sino solamente pronunciarse sobre una situación particular solicitada por la Reclamante dentro del procedimiento administrativo. Por lo tanto, la Resolución Reclamada constituye un acto trámite, lo cual no ha sido controvertido por las partes.

DÉCIMO. Que, existe una limitación a la impugnabilidad de los actos trámite en sede administrativa basada en lo dispuesto en el artículo 15, inciso segundo de la Ley N° 19.880, que plantea "...los actos de mero trámite son impugnables solo cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión..."; sin embargo, esta limitación no aplica a la impugnabilidad de los actos trámite en sede judicial. En efecto, el artículo 56 inciso primero de la Ley Orgánica de la Superintendencia dispone que los afectados "...que estimen que las resoluciones de la Superintendencia no se ajustan a la Ley... podrán reclamar de las mismas... ante el Tribunal Ambiental..."; sin hacer ninguna cualificación acerca del tipo de resoluciones. Sin embargo, es necesario realizar ciertas apreciaciones antes de dilucidar la procedencia del reclamo de ilegalidad.

UNDÉCIMO. Que, el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia debe ser analizado con su correlato del número 3 del artículo 17 de la Ley N° 20.600, que establece que "...los Tribunales Ambientales serán competentes para... conocer de las reclamaciones en contra de las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente. Será competente para conocer de estas reclamaciones el Tribunal Ambiental del lugar en que se haya originado la infracción...". En consecuencia, un acto trámite dictado dentro de un procedimiento sancionatorio de la Superintendencia, puede ser reclamado de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental competente.

DUODÉCIMO. Que, los actos trámites dentro de un procedimiento administrativo sancionatorio son reclamables de ilegalidad cuando la finalidad seguida sea corregir el procedimiento, lo que ocurre en los supuestos del artículo 15 de la Ley N° 19.880. Si bien este artículo aplica en sede administrativa, y como se dijo, no aplica en sede

jurisdiccional, la racionalidad detrás de esa regla sí se puede aplicar igualmente para su reclamación por ilegalidad en sede jurisdiccional.

DECIMOTERCERO. Que, no obstante lo anterior, dado que es posible que en el futuro puedan existir reclamaciones injustificadas, con fines meramente dilatorios, o actuaciones notoriamente ilegales por la Superintendencia, este Tribunal advierte a las partes que se abocará a considerar cuidadosamente la seriedad y consistencia de sus argumentos, para determinar no sólo si se acepta o rechaza su reclamación, sino para condenar en costas.

DECIMOCUARTO. Que, siendo asentado por este Tribunal que es admisible interponer reclamo de ilegalidad en contra de estos actos trámites -por cuanto son susceptibles de este recurso-, no cabe duda que ENDESA ha ejercitado sus recursos correctamente. Por lo tanto, el Tribunal no concuerda con la argumentación de la Superintendencia, en cuanto a que la Resolución Reclamada es un acto administrativo de mero trámite, de aquellos que no producen indefensión, y que en tal condición no es susceptible de ser atacado mediante un reclamo de ilegalidad, por lo que se desechará esta argumentación. Por un tema de orden lógico, para determinar si un acto administrativo ha causado o no indefensión es necesario entrar a estudiarlo, a admitirlo a conocimiento, por cuanto la no producción de indefensión no es inherente a un acto trámite. Si se aceptare el argumento de la Superintendencia, estos no serían reponibles -para efectos de la Ley N° 19.880- ni reclamables en caso alguno. Lo que sí sucede es que existe una presunción de legalidad del acto administrativo -se asume que no causa indefensión-, pero una vez impugnado esta presunción puede ser desvirtuada.

2. Sobre la alegada ilegalidad de la Resolución Reclamada

DECIMOQUINTO. Que, es turno entonces de analizar si, en relación con el acto trámite reclamado de ilegalidad, la

Superintendencia ha incurrido en violaciones a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar, y si estas son de una naturaleza tal que, al incurrir en ellas, han podido provocar indefensión a ENDESA.

DECIMOSEXTO. Que, el artículo 50 de la Ley Orgánica de la Superintendencia establece que "...recibidos los descargos o transcurrido el plazo otorgado para ello, la Superintendencia examinará el mérito de los antecedentes, podrá ordenar la realización de las pericias e inspecciones que sean pertinentes y la recepción de los demás medios probatorios que procedan. En todo caso, se dará lugar a las medidas o diligencias probatorias que solicite el presunto infractor en sus descargos, que resulten pertinentes y conducentes. En caso contrario, las rechazará mediante resolución motivada". Por ello, y es lo debatido por las partes, es necesario discernir si al rechazar una de las pruebas propuestas por ENDESA, la Superintendencia ha motivado adecuadamente su decisión, y si no lo ha motivado, si está obligada a aceptar la prueba propuesta.

DECIMOSÉPTIMO. Que, lo que exige el respeto al debido proceso, el respeto al justo y racional procedimiento, y el derecho a defensa, no es que se acepten todas y cada una de las pruebas propuestas por una parte; lo que exige es que cuando se decida rechazar una prueba deben darse los fundamentos para hacerlo y estos han de ser adecuados. Nótese que es excepcional la exclusión de prueba, ya que no es necesario fundamentar en la resolución los medios de prueba que se admiten, pero sí las que no se admiten: la decisión de admitir la prueba es, a su manera, infundada -o al menos es implícita su fundamentación-; pero la decisión de excluir la prueba no puede serla, precisamente porque de no ser así sería una violación a los principios constitucionales que ENDESA reclama. Sin embargo, la Superintendencia ha fundado suficientemente la exclusión de una prueba que, como se verá, es sobreabundante, y que, en la forma, no provoca indefensión

alguna a ENDESA. Como se ha dicho, se admitió por la Superintendencia numerosa prueba documental, incluyendo un informe técnico que, al momento de solicitarlo, aún ENDESA no había preparado.

DECIMOCTAVO. Que, respecto de los argumentos de ENDESA acerca de la violación de las garantías constitucionales del debido proceso, baste recordar que el artículo 276 del Código Procesal Penal -donde deben estar las mayores garantías del debido proceso por cuanto existe persecución penal- establece que el Juez de Garantía puede excluir fundadamente ciertas pruebas, particularmente, *"...aquellas que fueren manifiestamente impertinentes y las que tuvieran por objeto acreditar hechos públicos y notorios"*. Además, el mismo artículo establece que si el Juez de Garantía *"...estimare que la aprobación en los mismos términos en que hubieren sido ofrecidas las pruebas testimonial y documental produciría efectos puramente dilatorios en el juicio oral, dispondrá también que el respectivo interviniente reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos deseara acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guardaren pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal"*.

DECIMONOVENO. Que, conviene dejar claro que en materias de admisibilidad y exclusión de prueba, aun cuando en el artículo 35 de la Ley N° 19.800 se establezca como causa el que la prueba ofrecida sea manifiestamente improcedente o innecesaria, y el artículo 50 de la Ley Orgánica de la Superintendencia, que sea impertinente e inconducente; en ambas normas es posible excluir la prueba sobreabundante, por cuanto ésta se encuentra subsumida en todas: una prueba sobreabundante es improcedente, innecesaria, impertinente e inconducente.

VIGÉSIMO. Que, este Tribunal constata y concluye que ENDESA ha solicitado una prueba que es redundante, e incluso sobreabundante, por cuanto en el informe técnico han debido

quedar registradas las metodologías e informaciones utilizadas, sus análisis técnicos y sus respectivas conclusiones, siendo innecesario que uno de los profesionales que elaboró el informe ilustre al Fiscal Instructor acerca de los méritos técnicos de su trabajo, incluso a título de testigo experto. En caso de dudas, tal como señala la Superintendencia, el Fiscal Instructor puede ejercer las mismas facultades del artículo 50 de la Ley Orgánica de dicho órgano fiscalizador. Como resultado, no se estimará el argumento de ENDESA en que afirma que la Superintendencia ha denegado de manera infundada y antojadiza la prueba solicitada.

Por estas consideraciones, y **TENIENDO PRESENTE** además lo dispuesto en los artículos 1, 5 letra c), 17 número 3), 21, 25, 27, 29, 30, 31 y 47 de la ley 20.600; 158, 159, 160, 161 inciso 2°, 163, 164, 169 y 170 del Código de Procedimiento Civil, y demás disposiciones legales pertinentes,

EL TRIBUNAL RESUELVE:

- 1° **NO HA LUGAR** a la reclamación interpuesta por ENDESA a fs. 1 y siguientes, en contra de la Resolución Exenta N° 4/ Rol F-016-2015, de 19 de agosto de 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente, por ser ésta ajustada a derecho.
- 2° **NO HA LUGAR**, en consecuencia, a la solicitud de ENDESA de ordenar modificar total o parcialmente la Resolución Reclamada.
- 3° **NO SE CONDENA** en costas a la Reclamada, ni a la Reclamante, por estimarse que han tenido motivos plausibles para litigar.
- 4° **DÉJESE SIN EFECTO** la medida cautelar decretada a fojas 3271.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Pastén Carrasco, quien estuvo por acoger la reclamación interpuesta por ENDESA, sobre la base de las siguientes consideraciones:

PRIMERO. Que, este Ministro concuerda con el voto de mayoría en cuanto a que de los argumentos presentados por ambas partes, son dos los temas que se han llamado a dilucidar. Primero, la naturaleza jurídica del acto impugnado y la posibilidad de que este sea reclamado en esta sede. Segundo, si la Resolución Reclamada -al rechazar las diligencias probatorias solicitadas por la Reclamante- fue debidamente motivada.

SEGUNDO. Que, también concuerda con que estamos ante un acto trámite que puede ser objeto de reclamo de ilegalidad ante este Ilustre Tercer Tribunal Ambiental.

TERCERO. Que, frente a un acto trámite, el administrado puede reclamar directamente ante esta sede judicial. Como se señala en el voto de mayoría, la aplicación del artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia en relación con el número 3 del artículo 17 de la Ley N° 20.600, trae como resultado que un acto trámite dictado dentro de un procedimiento sancionatorio puede ser reclamado de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental competente.

CUARTO. Que, fundamentalmente, la prueba en los procedimientos administrativos sancionatorios que lleva adelante la Superintendencia, está regulada en los artículos 50 y 51 de su Ley Orgánica. Sin embargo, es necesario detenerse primeramente en su artículo 7°, que establece la separación de funciones dentro de la Superintendencia, por cuanto determina que "...las funciones de fiscalización e instrucción del procedimiento sancionatorio y la aplicación de sanciones estarán a cargo de unidades diferentes...", sin perjuicio que respecto de la aplicación de sanciones, esta es una atribución privativa e indelegable del Superintendente.

QUINTO. Que, el objetivo de la separación de funciones es introducir imparcialidad en la instrucción de los procedimientos sancionatorios a través del diseño orgánico del servicio público en específico, lo que es especialmente difícil cuando existe una relación de jerarquía entre el Superintendente y los funcionarios de dicho organismo fiscalizador que son Fiscales Instructores, máxime cuando gran parte de su dotación es a contrata, es decir, su permanencia en la Administración del Estado se decide año a año y puede guardar relación con la evaluación de desempeño que se realice sobre éste.

SEXTO. Que, por su parte, el artículo 8° de la Ley Orgánica de la Superintendencia, establece que el personal de dicho servicio público "*...habilitado como fiscalizador tendrá el carácter de ministro de fe, respecto de los hechos constitutivos de infracciones normativas que consignent en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización...*". Por tanto, un informe de fiscalización no goza de ninguna presunción, excepto respecto de los hechos que consten en la respectiva acta de fiscalización. En ese sentido, un informe de fiscalización no es más que una declaración escrita de un experto de la unidad a cargo de la fiscalización -actualmente la División de Fiscalización- por el cual comunica a la unidad a cargo de la instrucción de los procedimientos sancionatorios -actualmente la División de Sanción y Cumplimiento- sobre presuntas infracciones de competencia de la Superintendencia. A partir de lo anterior, el Fiscal Instructor designado procede a formular cargos al presunto infractor. Como señala el artículo 49, la formulación de cargos "*...señalará una descripción clara y precisa de los hechos que se estimen constitutivos de infracción y la fecha de su verificación, la norma, medidas o condiciones eventualmente infringidas y la disposición que establece la infracción, y la sanción asignada...*", por lo que estamos en hechos que según el Fiscal Instructor se consideran constitutivos de infracción, y uno de los medios probatorios es el informe de fiscalización,

junto a las actas de fiscalización y toda otra información recabada por la División de Fiscalización o entregada por el titular en cumplimiento de deberes legales o reglamentarios de entrega periódica de información, o por requerimiento a este, o por último, por documentos e informes entregados por otros órganos de la Administración del Estado.

SÉPTIMO. Que, sin embargo, el artículo 50 señala que recibidos los descargos o transcurrido el plazo otorgado para ello, "*...la Superintendencia examinará el mérito de los antecedentes, podrá ordenar la realización de las pericias e inspecciones que sean pertinentes y la recepción de los demás medios probatorios que procedan. En todo caso, se dará lugar a las medidas o diligencias probatorias que solicite el presunto infractor en sus descargos, que resulten pertinentes y conducentes. En caso contrario, las rechazará mediante resolución motivada...*"; mientras que el artículo 51 determina que "*...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...*". En consecuencia, el Fiscal Instructor debe respetar la presunción de inocencia, respetar el debido proceso, y por tanto debe actuar sin sesgo o parcialidad, no puede implícita ni explícitamente favorecer ni a la Superintendencia de la que forma parte, ni perjudicar al presunto infractor, y viceversa; en resumen: debe actuar con objetividad. En ese sentido, cualquier medio de prueba admisible en derecho implica que los expertos de la Superintendencia, y los del presunto infractor, si es solicitado, deban exponer sobre la materia contenida en sus informes y quedar en disposición de ser interrogados y contrainterrogados; para que así el Fiscal Instructor, desde una posición que apela a la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, pueda formarse una opinión sobre los aspectos técnicos debatidos.

OCTAVO. Que, como se ha señalado en el voto de mayoría, consta en autos que ENDESA ha sido objeto de formulación de cargos por incumplimiento de la norma de emisión de centrales termoeléctricas. A fojas 126 y siguiente consta que ENDESA ha formulado descargos, a acompañado prueba documental y ha solicitado varias diligencias probatorias. A fojas 150 y siguientes, se detalla en el escrito de descargos de ENDESA, en su primer otrosí, que se acompañan 22 documentos relacionados con los cargos, incluyendo un informe técnico elaborado por INERCO, mientras que en su segundo otrosí se ofrece como prueba testimonial la del Sr. Rodríguez, profesional que participó en la elaboración del informe técnico de INERCO, y la del Sr. Sanhueza, profesional que está participando en la elaboración de un informe técnico de GEOAIRE AMBIENTAL, que según asegura ENDESA, entregará en el transcurso del procedimiento sancionatorio. A fojas 151 y 152, la Empresa argumenta que la declaración testimonial de ambos es necesaria por cuanto es oportuno que el Fiscal Instructor "se forme una opinión directa respecto de las metodologías implementadas" y respecto de "la validez de sus conclusiones", así como para responder las dudas técnicas que pudiere tener.

NOVENO. Que, la Superintendencia, no rechaza de plano la solicitud de prueba testimonial de ENDESA, pues como consta a fojas 3166, le solicita explicar la pertinencia y conducencia de la prueba de testigos ofrecida. Al contestar ENDESA que la pertinencia y conducencia de la prueba se explicaba ya en la presentación original, afirmó que lo que correspondía es que, conforme al mérito, el Fiscal Instructor procediere a fijar fecha y hora para la recepción de la prueba ofrecida, como consta a fojas 3172. Como resultado de lo anterior, la Superintendencia rechaza la solicitud, considerando que no es conducente una diligencia probatoria que es una mera reproducción de un medio de prueba distinto, que se refiere a un asunto que no se ha controvertido, o que procura dar respuestas a preguntas no hechas, como consta a fojas 3173.

DÉCIMO. Que, en ese sentido, este Ministro considera que es siempre útil y conveniente que se permita a cualquier presunto infractor u otro interesado que exponga, ante el Fiscal Instructor, sobre el informe técnico que ha presentado, debiendo quedar registro transcrito de la audiencia así realizada. Estando en presencia de materias con alto contenido técnico y científico, como lo es en este caso la correcta operación de un sistema de monitoreo continuo de emisiones, no puede ser por defecto impertinente o inconducente que los autores de un informe expongan sobre éste. Incluso, los autores de los informes de fiscalización de la Superintendencia podrían ser citados a declarar como testigos para ser interrogados por la parte interesada a fin de demostrar ante el Fiscal Instructor que respecto de un informe de fiscalización, las metodologías e informaciones utilizadas, sus análisis técnicos y sus respectivas conclusiones podrían ser erradas.

UNDÉCIMO. Que, si bien en el informe técnico han debido quedar registradas las metodologías e informaciones utilizadas, sus análisis técnicos y sus respectivas conclusiones, esto no conlleva a que sea innecesario que uno de los profesionales que elaboró el informe explique al Fiscal Instructor acerca de los méritos técnicos de éste. En consecuencia, es necesario examinar los motivos que la Superintendencia ha dado al pronunciarse acerca de la impertinencia e inconducencia de la prueba solicitada.

DUODÉCIMO. Que, además, la Superintendencia ha imputado a ENDESA el incumplimiento de la norma de emisión de centrales termoeléctricas, utilizando para tales fines la información que ENDESA ha entregado y que ha sido adquirida desde un Sistema de Monitoreo Continuo de Emisiones. Para dicha formulación de cargos, la Superintendencia ha debido asumir que esa información que ha entregado ENDESA ha sido adquirida por un Sistema de Monitoreo Continuo de Emisiones que no sólo está certificado por la Superintendencia, sino que se ha mantenido funcionando correctamente, de acuerdo a un plan que asegura la calidad de los datos adquiridos. Sin embargo, ENDESA considera

que la información que ha entregado a la Superintendencia, si bien adquirida por el Sistema de Monitoreo Continuo de Emisiones, contiene errores que son causados por un desperfecto en el mismo, en consecuencia, está contradiciendo uno de los presupuestos fácticos en que la Superintendencia ha fundado la infracción. Desde luego que esto no significa que ENDESA tenga o no razón, este Ilustre Tribunal -y desde luego este Ministro- está impedido de pronunciarse sobre esa materia; simplemente significa que entre ENDESA y la Superintendencia efectivamente existe un hecho controvertido, y que desde luego este hecho controvertido no es la validez de la metodología que aplican los informes técnicos que acompaña ENDESA, como señaló la Superintendencia.

DECIMOTERCERO. Que, en ese sentido, la Superintendencia mantiene que un informe técnico debe bastarse a sí mismo, que la propia opinión de su autor no permite aportar nada distinto a lo en él contenido, y que aceptar la prueba propuesta para acreditar la validez técnica del informe equivale a afirmar que éste, en el estado que ha sido entregado, no es válido, como consta a fojas 3175. Estas conclusiones no son aceptables. Como se señaló, de que un informe técnico debe bastarse a sí mismo no se sigue que una presentación oral del mismo sea necesariamente inútil, máxime cuando se enfrentan cuestiones técnicas complejas; y mucho menos aceptable es señalar que, por solicitar la declaración oral del autor del informe, con el fin de despejar dudas acerca de su validez, implica que el informe como está no es válido. Eso es un reduccionismo. Como se ha señalado, es pertinente y conducente que se contrasten las posiciones técnicas sobre los respectivos informes, e incluso que se cite a declarar a los autores de los informes de fiscalización de la Superintendencia: el fiscal instructor no puede actuar con sesgo o parcialidad, y debe respetar el derecho al debido proceso del presunto infractor, incluyendo el derecho a su presunción de inocencia y al debido proceso, que se afectarían de existir un sesgo de parcialidad, y así se alejaría de la objetividad que debe caracterizar su actuación.

DECIMOCUARTO. Que, conviene dejar claro que en temas de admisibilidad y exclusión de prueba, aun cuando en el artículo 35 de la Ley N° 19.880 se establezca como causa el que la prueba ofrecida sea manifiestamente improcedente o innecesaria, y el artículo 50 de la Ley Orgánica de la Superintendencia, que sea impertinente e inconducente; se muestra como correcto el planteamiento de la Superintendencia, esto es, que el estándar de rechazo en el primero, al requerir ser "manifiestamente improcedente o innecesaria" es más alto que en el segundo, y por lo tanto el estándar de rechazo más bajo en la LOSMA que en la Ley N° 19.880. No obstante, en ambas normas es posible excluir la prueba sobreabundante, por cuanto esta se encuentra subsumida en todas: una prueba sobreabundante es improcedente, innecesaria, impertinente e inconducente. Pero no estamos en un caso de prueba sobreabundante, por tanto, este Ministro considera que debía estimarse el argumento de ENDESA en que afirma que la Superintendencia ha denegado de manera infundada y antojadiza la prueba solicitada, a pesar de ser pertinente y conducente.

DECIMOQUINTO. Que, respecto de los argumentos de ENDESA acerca de la violación de las garantías constitucionales del debido proceso, baste recordar que el artículo 319 del Código Procesal Penal -donde deben estar las mayores garantías del debido proceso por cuanto existe persecución penal- establece que el perito cuya prueba ha sido admitida por el Juez de Garantía de acuerdo al artículo 316 del citado código, deberá declarar como tal, al señalar que "*...la declaración de los peritos en la audiencia del juicio oral se regirá por las normas previstas en el artículo 329 y, supletoriamente, por las establecidas para los testigos...*", y que el citado artículo 329 señala que "*...durante la audiencia, los peritos y testigos deberán ser interrogados personalmente. Su declaración personal no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que constaren anteriores declaraciones o de otros documentos que las contuvieren... los peritos deberán*

exponer brevemente el contenido y las conclusiones de su informe, y a continuación se autorizará que sean interrogados por las partes...".

DECIMOSEXTO. Que, este Ministro concuerda en que lo que exige el respeto al debido proceso, el respeto al justo y racional procedimiento, y el derecho a defensa, no es que se acepten todas y cada una de las pruebas propuestas por una parte; sino que, lo que exige es que cuando se decida rechazar una prueba deben darse los fundamentos para hacerlo y estos han de ser adecuados. Efectivamente es excepcional la exclusión de prueba, sin embargo, la Superintendencia no ha fundado suficientemente la exclusión de la prueba, lo que provoca alguna indefensión a ENDESA, y por tanto afecta su derecho al debido proceso, y a un justo y racional procedimiento, e incluso su presunción de inocencia.

DECIMOSÉPTIMO. Que, además, en la historia de la ley, página 707, queda reflejado que la entonces Ministra Presidente de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, "...se refirió a la objeción de la que ya se habló, respecto a la dualidad de juez y parte que tendría la entidad fiscalizadora, agregando que detrás de esta crítica lo que subyace es la idea que no existiría un procedimiento verdaderamente imparcial y objetivo al que se sometería al presunto infractor. Para abordar esa preocupación, se estableció legalmente la separación de las funciones y las personas que realizarán la inspección. Por otra parte también se separó el cuerpo instructor del proceso, de manera que no exista compromiso en buscar responsabilidad de parte de quién está instruyendo el sumario, que es el mismo que debiera fallar". Esto refleja que es una preocupación del legislador la debida separación de funciones y el principio de imparcialidad u objetividad que debe subyacer en la actividad del fiscal instructor.

DECIMOCTAVO. Que, desde luego que el principio de imparcialidad en el derecho administrativo no equivale al que aplica en sede judicial, pues el ejercicio de potestad

sancionatoria no es desinteresada, pues tras ella reside, el interés público o general. Sin embargo, no sólo es del interés público o general la protección del medio ambiente y la rápida represión de las infracciones a las regulaciones en esa materia, también lo es el respeto a las garantías del debido proceso del presunto infractor. En ese sentido, la admisión o no de prueba es fundamental, máxime cuando en estricto rigor el Fiscal Instructor, si bien aprecia la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, en realidad sólo hace una propuesta de apreciación de la prueba -con las consecuencias que conlleva- al órgano que decide: el Superintendente. Por tanto su actividad es simplemente preparatoria del acto terminal. Y esto lo es de tal forma, que el Superintendente, al analizar la propuesta del Fiscal Instructor, esto es el dictamen -que previamente se ha debido notificar a los interesados para que puedan realizar observaciones relativas a los elementos o circunstancias ajenas a la comisión de la infracción-, de acuerdo al artículo 54 de la Ley Orgánica de la Superintendencia, "...podrá ordenar la realización de nuevas diligencias o la corrección de vicios de procedimiento, fijando un plazo para tales efectos, dando audiencia al investigado...", previo a decidir sobre la absolución o sanción del presunto infractor.

Por estas consideraciones, este Ministro considera que debió acogerse la reclamación de ENDESA.

Regístrese y notifíquese

Rol N° 21-2015

Redacción del Ministro Roberto Pastén Carrasco, quien redactó también el voto disidente.



Pronunciado por el Tercer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros señores Michael Hantke Domas, Roberto Pastén Carrasco, y Pablo Miranda Nigro.

No firma el Ministro Sr. Miranda Nigro, por encontrarse haciendo uso de feriado legal; no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo de la causa.

Autoriza el Secretario Abogado, señor Felipe Riesco Eyzaguirre.

