

**TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL**

**REPUBLICA DE CHILE**

Valdivia, doce de febrero de dos mil dieciséis.

**VISTOS:**

- 1°. El 8 de junio de 2015, a fs. 1 de autos, la Empresa Nacional de Electricidad S.A., en adelante indistintamente "la reclamante", "la empresa" o "ENDESA", representada por don Mario Galindo Villarroel, interpuso ante este Tribunal reclamación -conforme a lo establecido en el número 3 del art. 17 de la Ley N° 20.600- en contra de la Resolución Exenta N° 404, de 20 de mayo de 2015, dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente, en adelante e indistintamente "la reclamada", "la Superintendencia" o "la SMA".
- 2°. Que la reclamación deducida solicita a este Tribunal:
  - a) Dejar sin efecto en todas sus partes la Resolución Exenta N° 404, de 20 de mayo de 2015, dictada por la Superintendencia, en adelante "la resolución reclamada".
  - b) La condenación en costas de la reclamada.
- 3°. En lo que respecta a la reclamación y el proceso judicial derivado de aquella, en autos consta que a fs. 1 se inició el proceso mediante recurso de reclamación.
- 4°. De fs. 16 a fs. 78, junto con la reclamación, se acompañaron los siguientes documentos:
  - a) Copia simple de la resolución reclamada.
  - b) Constancia de notificación de la Resolución anteriormente mencionada, realizada respecto de la reclamante.
  - c) Copia simple de la Resolución Exenta N° 421, de 11 de agosto de 2014, dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente.
  - d) Copia de escritura pública en la cual consta la personería de don Mario Galindo Villarroel, para actuar en representación de la reclamante.
- 5°. A fs. 79, se admitió a trámite la reclamación de autos, y se solicitó informe a la Superintendencia, de conformidad a lo establecido en el art. 29 de la Ley N° 20.600.

- 6°. A fs. 88, la reclamada evacuó el informe respectivo, y acompañó la resolución reclamada.
- 7°. A fs. 3875, resolviendo el escrito de fs. 88 y siguientes, el Tribunal tuvo por evacuado el informe presentado por la reclamada. Asimismo, el Tribunal dictó autos en relación.
- 8°. Que, en su informe, la Superintendencia solicitó a este Tribunal:
- a) Rechazar en todas sus partes la reclamación de la empresa.
  - b) Declarar que la reclamada, era legal y fue dictada conforme a la normativa vigente.
  - c) Se condenara en costas a la reclamante.
- 9°. A fs. 3876, este Tribunal fijó audiencia de alegatos para el día 14 de octubre de 2015, a las 10:00 horas.
- 10°. A fs. 3881, consta la certificación del señor relator, de haberse celebrado los alegatos con fecha 14 de octubre de 2015.
- 11°. A fs. 3882, se dejó constancia del estado de acuerdo de la presente causa.

#### **CONSIDERANDO**

**Primero:** Que, en conformidad a lo establecido en el art. 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, contenida en el art. segundo de la Ley N° 20.417, en adelante "LOSMA", se recurre en contra de la Resolución Exenta N° 404, de fecha 20 de mayo de 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que modificó la Resolución Exenta N° 421, de 11 de agosto de 2014, del mismo servicio público. La resolución recurrida se dicta en cumplimiento de la sentencia definitiva, en adelante "la sentencia definitiva", de 27 de marzo de 2015, dictada por este Tribunal en la causa R-6-2014 (acumulada con la causa R-7-2014).

**Segundo:** Que, para un mejor entendimiento de la causa, es necesario tener presente lo siguiente:

- a) El 11 de agosto de 2014, la Superintendencia dictó la Resolución Exenta N° 421, mediante la cual condenó a la reclamante al pago de una multa total de 8.640,4 UTA, por haber incurrido en ocho infracciones.

- b) El 1 de septiembre de 2014, ENDESA interpuso recurso de reclamación en contra de la citada Resolución Exenta N° 421, ante este Tribunal, asignándosele el rol R-6-2014.
- c) El 9 de septiembre de 2014, Marisol Ortega y otros, interpuso recurso de reclamación en contra de la citada Resolución Exenta N° 421, ante este Tribunal, asignándosele el rol R-7-2014, la cual fue acumulada a la causa R-6-2014.
- d) El 27 de marzo de 2015, este Tribunal dictó sentencia definitiva en la causa rol R-6-2014, en la cual confirmó la actuación de la Superintendencia; aunque le ordenó que considerara la intencionalidad en la comisión de cierta infracción y que recalculara el monto de la multa. Tanto ENDESA como Marisol Ortega y otros interpusieron recursos de casación en contra de la sentencia definitiva de este Tribunal, para ante la Excma. Corte Suprema de Justicia.
- e) El 20 de mayo de 2015, en cumplimiento de la sentencia definitiva la Superintendencia dictó la Resolución Exenta N° 404 -que modificó la previamente reclamada Resolución Exenta N° 421- estando aún pendiente el recurso de casación en la forma y en el fondo interpuesto contra dicha sentencia definitiva. Específicamente, la resolución reclamada: (i) modificó el considerando 51.4 de la Resolución Exenta N° 421, en lo concerniente a la infracción D.1 -relacionada con la elusión del ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental- sólo en cuanto a considerar que existían antecedentes para estimar que, a dicha infracción, le es aplicable el criterio establecido en la letra d) del art. 40 de la Ley Orgánica de la Superintendencia, esto es, que la reclamante tuvo intencionalidad en la comisión de la referida infracción, y (ii) modificó el resuelvo Primero numeral IX, dejando sin efecto la sanción de multa de 977 UTA que se aplicó en relación a la infracción D.1, estableciendo en su reemplazo, una sanción de multa de 1477 UTA.
- f) El 8 de junio de 2015, ENDESA interpuso recurso de reclamación en contra de la citada Resolución Exenta N° 404, ante este Tribunal, asignándosele el rol R-13-2015.

- g) El 31 de diciembre de 2015, en sentencia rol 5838-2015, la Excm. Corte Suprema de Justicia rechazó en todas sus partes los recursos de casación individualizados en las letras c) y d) de este considerando.

De la recapitulación cronológica antes hecha, es necesario indicar que sólo las letras e) y f) guardan relación directa con el recurso de reclamación interpuesto por ENDESA en la presente causa; sin embargo, los demás puntos, guardan relación indirecta, por cuanto han contribuido en la formación de la controversia.

**Tercero:** Que, las controversias planteadas por la parte reclamante y traídas a la vista ante este Tribunal son las siguientes:

- 1) Legalidad del actuar de la Superintendencia al ejecutar una sentencia que, al momento de la presente reclamación, aun no alcanzaba firmeza;
- 2) La resolución reclamada adolecería de una manifiesta falta de fundamentación y motivación;
- 3) La intencionalidad considerada en la resolución recurrida sería improcedente acorde a los antecedentes del procedimiento.

Cada una de ellas se analizará a continuación.

**1. Legalidad del actuar de la Superintendencia al ejecutar una sentencia que, al momento de la presente reclamación, aun no alcanzaba firmeza**

**Cuarto:** Que, en relación con esta controversia, ENDESA señaló que aun cuando el art. 773 del CPC permite cumplir un fallo estando pendiente un recurso de casación, en el caso específico de la LOSMA, particularmente respecto de multas, el art. 56 ha fijado una regla diversa. Este artículo en su párrafo segundo señala que, "*Las resoluciones que impongan multas serán siempre reclamables y aquéllas no serán exigibles mientras no esté vencido el plazo para interponer la reclamación, o ésta no haya sido resuelta*". La reclamante interpreta a partir de esta norma que el legislador busca que mientras la sentencia que al efecto se dicte no alcance fuerza

de cosa juzgada, se mantenga el statu quo que existía al momento de interponerse el reclamo.

**Quinto:** Que, de acuerdo a la reclamante, la ilegalidad en que incurre la SMA consistiría en que ha decidido cumplir y ejecutar la sentencia definitiva emanada de este Tribunal dictando la resolución reclamada, sin que esa sentencia alcanzara el concepto de firmeza contenido en el art. 174 del CPC.

**Sexto:** Que, afirma además ENDESA, que al ejecutarse una sentencia que no se encuentra firme por parte de la Superintendencia, esto contradeciría estándares de deferencia y prudencia por parte del órgano administrativo respecto a los Tribunales Superiores de Justicia, lo que no se ajusta al espíritu del art. 56 antes citado, resultando absurdo que la multa originalmente impuesta no sea exigible, mientras que si lo sea el aumento establecido por la resolución reclamada.

**Séptimo:** Que, en contraposición, la Superintendencia señaló que, con base al art. 26 de la Ley 20.600, en particular lo indicado respecto del recurso de casación, la SMA se sujeta a las reglas que dispone al efecto el Código de Procedimiento Civil. En este sentido, si la sentencia definitiva se encuentra recurrida, ello no implica que sus efectos se encuentren suspendidos, siendo una resolución de aquellas que causan ejecutoria, obligando a la reclamada a cumplir sus contenidos mientras no exista una sentencia de la Excma. Corte Suprema que resuelva lo contrario. Además, señala que el art. 231 del CPC permite cumplir con la sentencia definitiva de única instancia, pues se trata de una sentencia que causa ejecutoria, recordando que de acuerdo al art. 773 del mismo código, la interposición del recurso de casación no suspende la ejecución de la sentencia definitiva de única instancia.

**Octavo:** Que, la Superintendencia agrega, además, que no hay antecedente alguno donde la reclamante haya solicitado la suspensión del fallo recurrido, y que en ningún caso la resolución recurrida infringiría el art. 56 de la LOSMA, pues sólo corrige la resolución sancionatoria sin hacer exigible la multa a ENDESA; y que no se ha demandado el cobro ejecutivo de la multa. Concluye

igualmente que, ENDESA pretende obtener un efecto que no logró con el recurso de casación, esto es, una orden de no innovar respecto de la sentencia definitiva de la causa rol R-6-2014, y que los argumentos de deferencia o prudencia no tienen sustento legal.

**Noveno:** Que, las sentencias definitivas de única instancia que este Tribunal dicta son resoluciones judiciales que causan ejecutoria, tal como se deduce de lo establecido en el art. 773 CPC; esto es, que el recurso de casación interpuesto "...no suspende la ejecución de la sentencia...", en relación con su art. 231, que establece que se procederá a la ejecución de las resoluciones judiciales "...una vez que... queden ejecutoriadas o causen ejecutoria en conformidad a la ley".

**Décimo:** Que, por su parte, el art. 56 de la LOSMA establece el recurso de reclamación que se interpone ante el Tribunal Ambiental competente, y en su párrafo segundo señala que "*Las resoluciones que impongan multas serán siempre reclamables y aquéllas no serán exigibles mientras no esté vencido el plazo para interponer la reclamación, o ésta no haya sido resuelta*". La norma transcrita establece la suspensión inmediata -por el solo ministerio de la ley- de la exigibilidad de los efectos de las sanciones administrativas que imponen multa, mientras no haya sido resuelto el recurso de reclamación por ilegalidad, es decir se prohíbe su cobro ejecutivo mientras ese recurso -que se interpone ante el Tribunal Ambiental- se esté tramitando, pero la suspensión cesa una vez que dicha reclamación se resuelve, es decir tras notificarse la sentencia definitiva de este Tribunal sobre dicha reclamación, confirmando total o parcialmente las multas impuestas.

**Undécimo:** Que, de acuerdo a lo que se ha dicho entonces, (a) una vez que la SMA concluye el proceso sancionatorio con el establecimiento de una sanción que impone multa, esta es reclamable ante el Tribunal Ambiental competente si se cumplen los requisitos establecidos por la Ley; (b) esta sanción no es exigible mientras este Tribunal no emita sentencia; como resultado de lo anterior, (c) el Tribunal puede desechar en su totalidad los argumentos de la reclamante, confirmando el total de la sanción, siendo posible ser exigido inmediatamente su pago por parte de la SMA; no obstante, el Tribunal

también puede ordenar una modificación de la sanción que impone multa, en cuyo caso la SMA debe emitir una resolución modificatoria y el pago es exigible en la porción que no está en disputa; y (d) para que la multa no sea ejecutada estando pendiente recurso de casación, el reclamante puede solicitar al Tribunal Ambiental alguna medida cautelar del art. 24 de la Ley N° 20.600, quien según el mérito podría ordenarla.

**Duodécimo:** Que, resolviendo la presente controversia, se determina que la Superintendencia ha actuado legalmente, y por lo tanto ha estado habilitada para dar cumplimiento a la sentencia de la causa rol R-6-2014, en el aspecto aquí debatido, esto es, la readecuación de la multa por la infracción D.1, considerando la intencionalidad. Sin perjuicio de esto, por la interposición del recurso de reclamación por ilegalidad contra la resolución recurrida, se ha suspendido inmediatamente e *ipso iure* la exigibilidad de los efectos de la misma, solo en lo que se refiere al incremento en sanción por el determinante intencionalidad, hasta que se notifique el presente fallo, no obstante lo que se resolverá respecto de las demás alegaciones de ENDESA.

**2. La resolución reclamada adolece de una manifiesta falta de fundamentación y motivación**

**Decimotercero:** Que, ENDESA en su alegato plantea que la resolución reclamada, (a) no cuenta con ninguna motivación asociada a la circunstancia de la letra d) del art. 40 de la LOSMA; (b) aun cuando es infundada, contiene considerandos contradictorios; y (c) carece de fundamentación y proporcionalidad para la determinación del monto de la multa. A continuación revisaremos cada una de las alegaciones.

- a) La resolución reclamada no cuenta con ninguna motivación asociada a la circunstancia de la letra d) del art. 40 de la LOSMA**

**Decimocuarto:** Que ENDESA sostiene que la Superintendencia, mediante la resolución recurrida, modificó el Considerando 5.14 (se entiende que ENDESA se refiere al Considerando 51.4) de la

Resolución Exenta N° 421, de 11 agosto de 2014, en el siguiente sentido, "...si existen antecedentes para considerar que a la referida infracción le es aplicable el criterio dispuesto en el artículo 40, letra d) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, es decir que hubo intencionalidad en la comisión de la referida infracción por parte de la empresa". ENDESA reclama que la Superintendencia no agregó motivación respecto de la intencionalidad. Como resultado de lo anterior, la empresa planteó que la resolución reclamada no incluyó ponderación o justificación alguna respecto a la intencionalidad, y pidió a este Tribunal que dicho defecto sea subsanado mediante la anulación de la resolución discutida.

**Decimoquinto:** Que, en contraposición, la Superintendencia señaló que la empresa pretende debatir acerca de un punto ya resuelto por este Tribunal, ya que la sentencia definitiva concluyó que el elemento intencionalidad debía ser considerado por las razones que el Tribunal fundamenta en esa sentencia. Además, según la reclamada, el deber de fundamentación de los actos administrativos, no exige que en la resolución recurrida se transcriba todo el razonamiento usado por este Tribunal, debido a que al dictarla se consideró tanto el procedimiento administrativo sancionatorio como la referida sentencia.

**Decimosexto:** Que, este Tribunal coincide con la Superintendencia en el sentido que, habiendo fundamentado este Tribunal la necesidad de incorporación de la "intencionalidad" al determinar la multa por la infracción D.1., inoficioso sería que ese servicio tuviera que reiterar las consideraciones de este Tribunal que fundamentan la necesidad de incorporar el determinante intencionalidad, al momento de modificar la resolución. En fin, basta hacer referencia a la sentencia definitiva donde esta necesidad ya está fundamentada, en consecuencia se desechará esta alegación de ENDESA.

**b) La resolución reclamada, aun cuando es infundada, contiene considerandos contradictorios**

**Decimoséptimo:** Que, ENDESA plantea que existirían considerandos contradictorios entre la resolución original y la resolución



modificada. Esto se produciría porque la Superintendencia no utilizó la definición de intencionalidad dada por el Tribunal, como lo ordenó su sentencia definitiva. De acuerdo a la reclamante, la resolución reclamada adolece de una grave contradicción: (i) por una parte, incluye el criterio de intencionalidad para la infracción D.1. en cumplimiento de las consideraciones que este Tribunal tuvo en cuenta en la sentencia definitiva, y al mismo tiempo; (ii) mantiene parte del contenido original de la Resolución Exenta N° 421, de 11 agosto de 2014, cuyos argumentos fueron desechados por la sentencia definitiva.

**Decimoctavo:** Que, en contraposición, la Superintendencia señaló que la empresa reiteraba su solicitud de que en la resolución sancionadora se le exponga la fórmula exacta de cómo se ponderó la circunstancia de la intencionalidad, y cómo dicha fórmula arrojó el monto preciso en el cual aumentó la sanción aplicada. Para sostener lo anterior, citó un fragmento del considerando centésimo primero de la sentencia definitiva: *"Este Tribunal no puede objetar el ejercicio discrecional de la Superintendencia al determinar cómo pondera los elementos facticos considerados en el procedimiento sancionador, pues actúa dentro de su competencia. A lo más, podría revisar si el cálculo está o no bien hecho, pero esto transformaría, al proceso sancionatorio ambiental en uno de tarificación ambiental. Esto sería a juicio del Tribunal apartarse del fin de la Ley. En efecto, si un individuo pudiese tarificar ex-ante el costo de su infracción, entonces podría realizar un análisis costo-beneficio, y en caso de que el costo de pagar la multa sea menor al de contaminar, entonces la legislación ambiental encontraría su objetivo derrotado..."*

**Decimonoveno:** Que, este Tribunal considera que es efectivo que la resolución reclamada contiene considerandos contradictorios con la resolución que modifica. En ese sentido, la versión modificada de la resolución original mantiene el considerando que indica que la intencionalidad tiene como finalidad causar daño -que permitió a la Superintendencia afirmar que no había intencionalidad-, mientras que, en la misma resolución, modifica otro considerando para aplicar la intencionalidad de la forma en que la entiende este Tribunal. Debe recordársele a la Superintendencia que, al llevar a cabo

modificaciones de una resolución por instrucciones de este Tribunal, estas deben mantener la coherencia interna entre la versión original y la versión modificada, lo cual no se dio en la especie. Sin embargo, este es un error formal, que, en esta causa, de acuerdo a este Tribunal no tiene la entidad suficiente como para invalidar la resolución, por lo que será desechada esta alegación de la empresa.

**c) La resolución reclamada carece de fundamentación y proporcionalidad para la determinación del monto de la multa**

**Vigésimo:** Que, ENDESA plantea que la resolución reclamada carece de fundamentación y proporcionalidad para determinar el monto de la multa impuesta, ya que la Superintendencia solo señaló que, debido a la consideración del factor intencionalidad, la multa por la infracción D.1. aumentaba desde 977 UTA a 1477 UTA. Al respecto, la empresa se pregunta los motivos por los que se llega a ese diferencia de 500 UTA, y por qué no a otras cifras, concluyendo que la resolución reclamada, al no expresar las consideraciones tenidas en cuenta para la determinación de la sanción ni el cómo se arribó al cálculo de la misma, incumpliría con un estándar mínimo de fundamentación para que las decisiones de la Superintendencia sean inteligibles y autosuficientes. En abono de su argumento, ENDESA cita la sentencia de reemplazo de la Excmá. Corte Suprema, de 4 de junio de 2015, en la causa rol 25.931-2014, que decide eliminar de una sanción el componente de beneficio económico por falta de fundamentación en el cálculo de la multa en el proceso sancionador (Rol F-024-2013), instruido por la Superintendencia en contra de Sociedad Eléctrica Santiago, y que en su parte pertinente señala: *"Del análisis de la determinación del beneficio económico no surge en forma clara la forma y los fundamentos tenidos en consideración por la Superintendencia para arribar a la conclusión que este asciende a 82 UTA. En razón de lo anterior, atendida la falta de fundamentación en la aplicación de esta circunstancia, no se le considera en la aplicación de la sanción"*.

**Vigésimo primero:** Que, la Superintendencia señaló que la empresa buscaba instrumentalizar el recurso de reclamación para lograr

aquello que le fue negado en la sentencia definitiva; esto es, que la Superintendencia exponga la fórmula exacta de cómo ponderó la circunstancia de la intencionalidad. En ese sentido, la reclamada afirma que en la sentencia definitiva, este Tribunal determinó que el cálculo de la multa cuestionada correspondía al ámbito de facultades discrecionales propias de la Administración, la cual perseguía aumentar el poder disuasivo de la conducta contraria a la normativa ambiental, y por tal, la protección al medio ambiente.

**Vigésimo segundo:** Que al momento de establecer el incremento en la sanción en 500 UTA debido al determinante intencionalidad, efectivamente la SMA no fundamenta ni justifica la cifra o por qué no otro valor. Este Tribunal considera que es contrario a Derecho la determinación de este valor sin ninguna fundamentación, en ese sentido el grado de discrecionalidad reconocido por este Tribunal a la SMA en la causa R-6-2015, no le permite establecer un valor de incremento en la sanción debido al componente intencionalidad sin ninguna expresión de causa. En ese sentido, en el considerando nonagésimo de la sentencia de 5 de febrero de 2016, en la causa rol R-15-2015, este Tribunal afirmó que *"...a diferencia de las demás circunstancias para la determinación administrativa de la sanción contenidas en las restantes letras del artículo 40, que tienen un aspecto valorativo, ponderativo o estimativo en el caso específico, el beneficio económico debe ser acreditado a través de su cálculo -de lo contrario se presumiría- y, además, por su naturaleza, éste se expresa ya en unidades monetarias. Ésta última característica también es distinta en las otras circunstancias del mismo artículo 40, que al ser valorativas, ponderativas o estimativas, deben ser transformadas en unidades monetarias, aspecto en el cual, precisamente, este Tribunal ha determinado que la SMA tiene un mayor margen de apreciación."* No obstante, el que este Tribunal reconozca que la SMA tiene un mayor margen de apreciación respecto de las circunstancias del art. 40, en comparación a la circunstancia de la letra c) del mismo artículo, no significa que dicho servicio público, en la valoración, ponderación o estimación de éstas circunstancias, pueda prescindir de una adecuada justificación.

**Vigésimo tercero:** Que, la interrogante acerca de cuál debe ser el grado de fundamentación que debe cumplir la Superintendencia al

determinar el monto de las sanciones, es un tema de litigio recurrente en esta sede. El objeto de la Superintendencia para no hacer pública la fórmula para el cálculo de sanciones, ha sido la necesidad de generar cumplimiento, objetivo que se vería amenazado de tener los regulados plena capacidad de estimación de la probable sanción en caso de la comisión de un ilícito, y por lo tanto existiría la posibilidad de que estos, conscientemente, escojan incumplir luego de la realización de un análisis costo beneficio. En la sentencia definitiva, este Tribunal respaldó esta posición de la autoridad entendiendo que su decisión compete a las atribuciones que esa Superintendencia tiene en materia sancionadora, sin perjuicio de que este Tribunal evalúe la conformidad en derecho del uso de esa discrecionalidad.

**Vigésimo cuarto:** Que, cuando por medio de la resolución exenta N° 1002, de 29 de octubre de 2015, la Superintendencia da a conocer su metodología de cálculo de sanciones, este Tribunal entiende que ella ha reconsiderado su posición anterior. Nuevamente, esto se encuentra dentro de las atribuciones de la Superintendencia.

**Vigésimo quinto:** Que, aun cuando la resolución exenta N° 1002 es posterior a la resolución reclamada, un análisis técnico de ella permite presumir que dicha metodología ha sido la utilizada por la Superintendencia para la determinación de la sanción recurrida, aun cuando esta no fuera pública. Para este Tribunal, el conocimiento de esta metodología permite analizar la forma de cálculo de las sanciones, en particular su componente de afectación. Se previene que siempre existirá algún grado de discrecionalidad en los parámetros de la fórmula de la sanción.

**Vigésimo sexto:** Que, en relación con lo antes discurrido, y en consistencia con la posición adoptada por la Superintendencia recientemente, este Tribunal es de la opinión de que ésta debe justificar el incremento en la sanción en base a su metodología de determinación de sanciones, aprobada por su resolución exenta N° 1002, de 29 de octubre de 2015. De acuerdo a esta metodología, el cambio en la sanción total debido a la incorporación del factor de incremento "intencionalidad", es independiente del beneficio económico y se aplica sobre el valor de seriedad, consistiendo en

un porcentaje de incremento de éste. En términos matemáticos, corresponde a la multiplicación entre el valor de seriedad y el porcentaje de incremento de este debido a la intencionalidad.

**Vigésimo séptimo:** Por tanto, se acogerá esta alegación de ENDESA ordenándose a la Superintendencia que modifique la resolución recurrida indicando cuál es el valor de seriedad utilizado en la determinación de la sanción por la infracción D.1, y exponiendo y justificando cuál es el factor de incremento debido a intencionalidad. Este segundo componente, el factor de incremento, es un porcentaje sujeto a la discrecionalidad de la SMA, sin embargo este Tribunal controlará que éste sea razonable en función de los hechos que ameritan su aplicación, es decir que no sea desproporcionado. Lo anterior, de acuerdo a este Tribunal, permitirá hacer un balance entre el control jurisdiccional de la proporcionalidad de la sanción, por una parte, respetando al mismo tiempo, un nivel razonable de discrecionalidad de la SMA.

**3. La intencionalidad aplicada por la resolución recurrida es improcedente acorde a los antecedentes del procedimiento**

**Vigésimo octavo:** Que, ENDESA afirma que la intencionalidad considerada como circunstancia para la determinación de la sanción, establecida como tal en la letra d) del art. 40 LOSMA, exige una disposición subjetiva especial del infractor, esto es, que exista dolo. Al respecto, cita la sentencia de la Excma. Corte Suprema, de 4 de junio de 2015, en causa rol 25.931-2014, donde se resolvió que no correspondía aplicar la agravante en cuestión cuando en el procedimiento sancionatorio no se ha establecido la existencia de un actuar doloso por parte del infractor. En ese sentido, ENDESA reafirma que por el simple conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción no puede acreditarse la intencionalidad, por cuanto se incurriría en el absurdo que, por el sólo hecho de cometerse una infracción esta sería intencional, alterando una regla probatoria básica de nuestro ordenamiento jurídico: que el dolo es excepcional y por tanto debe ser acreditado en la sede respectiva.

**Vigésimo noveno:** Que, al respecto, la Superintendencia no ha realizado descargo alguno.

**Trigésimo:** Que, éste Tribunal considera que, sobre éste asunto, ya se ha pronunciado en su sentencia de 27 de marzo de 2015, en la causa rol R-6-2014 que acumulo la causa R-7-2014, y por tanto, no se acogerá esta alegación.

Por estas consideraciones, y **TENIENDO PRESENTE** además lo dispuesto en los arts. 1, 5 letra c), 17 número 9), 21, 25, 27, 29, 30, 31 y 47 de la ley 20.600; 64, de la Ley N° 19.300; 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°. **HA LUGAR** a la reclamación interpuesta por ENDESA a fs. 1 y siguientes, en contra de la Resolución Exenta N° 404, de 20 de mayo de 2015, dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente, por no ser ésta ajustada a derecho, según las razones consignadas precedentemente, dejándose sin efecto en todas sus partes, debiendo la Superintendencia modificar aquella resolución conforme lo ordenado en los Considerandos Vigésimo sexto y Vigésimo séptimo de esta sentencia.

2°. **NO SE CONDENAN** en costas a la reclamada.

Regístrese y notifíquese.

**Rol N° R-13-2014.**

Redacción del Ministro Roberto Pastén Carrasco.



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 señor Pablo Miranda Nigro, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicio.



Autoriza el Secretario Abogado, Señor Felipe Riesco Eyzaguirre.

En Valdivia, doce de febrero de dos mil dieciséis, se anunció por el Estado Diario la resolución precedente.