

Valdivia, treinta y uno de marzo de dos mil veinte.

VISTOS:

- 1) Con fecha 1° de octubre de 2019, el Sr. **RICARDO ANDRÉS DURÁN MOCOCAÍN**, abogado, RUN N° 13.307.792-8, en representación de 998 personas naturales cuyos nombres y profesiones u oficios constan a fs. 1 y ss., todos domiciliados para estos efectos en calle Ongolmo N°588, oficina N°12, comuna de Concepción, en adelante «los Reclamantes», reclamó ante este Tribunal conforme a lo dispuesto en el art. 17 N°3 de la Ley N°20.600 -en adelante «LTA»- y en el art. 56 del art. segundo de la Ley N°20.417 -en adelante «LOSMA»-, respectivamente, en contra de la Res. Ex. N° 1275, de 4 de septiembre de 2019 -en adelante «la Resolución Reclamada»-, dictada por el Fiscal de la **SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE** -en adelante «SMA» o «la Reclamada»-, Sr. Emanuel Ibarra Soto.
- 2) En síntesis, la Resolución Reclamada decidió archivar las denuncias y demás presentaciones efectuadas ante la SMA por el H. Diputado Sr. Marcelo Chávez Velásquez y por el Sr. Ricardo Durán Mococain, en representación de más de un millar de habitantes de la comuna de Coronel, relativas a la ejecución del proyecto «Complejo Termoeléctrico Coronel» -en adelante «el Proyecto», cuya titularidad pertenece a la empresa Colbún S.A -en adelante «el Titular». Además, dicha resolución desestimó las solicitudes de los denunciantes relativas a decretar ciertas medidas provisionales y de suspensión de funcionamiento, todas relacionadas con el funcionamiento del Proyecto.
- 3) En el petitorio de su presentación, a fs. 109, los Reclamantes solicitaron -en lo medular- revocar la Resolución Reclamada; y que se ordene retrotraer el procedimiento administrativo de fiscalización hasta la época anterior a la dictación de la Resolución Reclamada, debiendo la SMA continuar con las indagaciones en los términos que dispuso la sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rol N° 3470-2018, delimitado exclusivamente al hecho de instalación de equipos distintos a los autorizados. En subsidio, pidió revocar la Resolución

Reclamada, disponiendo lo que el Tribunal estime conforme a Derecho y al espíritu de lo resuelto en la causa referida previamente. En ambas peticiones, pidió la condena en costas de la Reclamada.

- 4) En su informe, la SMA solicitó rechazar íntegramente la reclamación y que se declare que la Resolución Reclamada fue dictada conforme a la normativa vigente, con expresa condena en costas de los Reclamantes.

I. Antecedentes del acto administrativo reclamado

- 5) Que, de los antecedentes administrativos acompañados al informe de la SMA, a fs. 621 y ss., consta que:
 - a) A fs. 5493 y ss., el 3 de septiembre de 2015, el Sr. Ricardo Durán Mococaín, en representación de más de un millar de habitantes de la comuna de Coronel, presentó una denuncia ante la SMA en contra de la Empresa, respecto del funcionamiento irregular del Proyecto, específicamente la «Central Termoeléctrica Santa María» -en adelante «CTSM»-, calificado ambientalmente favorable mediante la Res. Ex. N°176 -en adelante «RCA»-, de 12 de julio de 2007, dictada por la extinta Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región del Biobío - en adelante «COREMA Biobío»-.
 - b) A fs. 7964 y ss., el 10 de septiembre de 2015, el Sr. Ricardo Durán Mococaín en representación de diversos habitantes de la comuna de Coronel, presentó una nueva denuncia en contra de la Empresa, argumentando que el funcionamiento del Proyecto estaría incumpliendo su RCA.
 - c) A fs. 7984 y ss; y fs. 8046 y ss., respectivamente, el 10 de septiembre y 29 de octubre de 2015, el Sr. Durán Mococaín, en representación de nuevos denunciantes de la comuna de Coronel, solicitó a la SMA hacer parte a aquellos respecto de la denuncia presentada el 3 de septiembre de 2015; además, solicitó que el fiscal instructor de la SMA dispusiera la realización de mediciones de material particulado.

- d) A fs. 8240, mediante el ORD. D.S.C. N°2247, de 30 de octubre de 2015, la SMA informó a los denunciantes el inicio de una investigación producto de los hechos señalados en las denuncias ya referidas.
- e) A fs. 8241 y ss., Con fecha 11 de diciembre de 2015, la Empresa formuló alegaciones respecto a los hechos descritos en las denuncias, solicitando el cierre de la investigación administrativa y el íntegro rechazo a aquellas.
- f) A fs. 8302 y ss; y fs. 8705 y ss., respectivamente, el 29 de enero y 25 de febrero de 2016, el Sr. Durán Mocoacán, en representación de 825 nuevos denunciantes, solicitó a la SMA tener a aquellos como parte e interesados respecto de la denuncia presentada el 3 de septiembre de 2015. (El 31 de marzo de 2016, el Sr. Durán Mocoacán, en representación de todos los denunciantes referidos en las presentaciones anteriores, presentó una nueva denuncia ante la SMA, mediante la cual expuso lo que consideró como nuevos incumplimientos a la RCA del Proyecto. Además, a fs. 8729 y ss. solicitó tener por ampliada la denuncia primitiva, y que el fiscal instructor decretara alguna de las medidas provisionales establecidas en el art. 48 de la LOSMA.
- g) A fs. 8744 y ss., el 2 de mayo de 2016, el Sr. Durán Mocoacán solicitó a la SMA un pronunciamiento respecto a las denuncias ya aludidas y sus respectivas ampliaciones (fs. 11658 y ss.). Con igual fecha, el H. Diputado Sr. Marcelo Chávez Velásquez, solicitó a la SMA ser considerado como parte e interesado en las denuncias presentadas el 3 y 10 de septiembre de 2015, incluyendo la ampliación realizada en marzo de 2016.
- h) A fs. 13448 y ss., mediante ORD. N° 1765, de 16 de septiembre de 2016, la SMA solicitó al Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental -en adelante «D.E. del SEA»- pronunciamiento respecto a la potencia de generación evaluada y calificada para cada unidad del Proyecto. Dicho pronunciamiento fue evacuado mediante la

Res. Ex. N° 0015, de 9 de enero de 2017, dictada por el D.E. del SEA.

- i) A fs. 13468 y ss., mediante la Res. Ex. D.S.C. N°000489, de 25 de mayo de 2017, la SMA consideró que resultaba improcedente iniciar un procedimiento administrativo sancionatorio en contra de la Empresa. En consecuencia, resolvió archivar todas las denuncias y demás presentaciones ya referidas; además, rechazó las solicitudes relativas a decretar medidas provisionales del art. 48 de la LOSMA.

Dicha resolución fue impugnada judicialmente ante este Tribunal, dando origen a la causa Rol N° R 53-2017, caratulada «Ricardo Durán Mococáin con Superintendencia del Medio Ambiente».

Este Tribunal se pronunció sobre el fondo de dicha reclamación, mediante sentencia definitiva de 22 de enero de 2018; la que fue recurrida de casación, recurso que fue conocido y resuelto por la Excma. Corte Suprema, que se pronunció mediante sentencia dictada en causa Rol N° 3470-2018, de 9 de julio 2019. En síntesis, la Excma. Corte Suprema acogió la reclamación y ordenó a la SMA retrotraer el procedimiento administrativo sancionatorio en contra de la Empresa, a la etapa anterior a la dictación de la resolución reclamada en dichos autos, para que dicho órgano agotara las diligencias y estudios técnicos con el fin de dilucidar la efectividad de las denuncias y, en caso de ser efectivas, podrían constituir infracción al art. 35 de la LOSMA.

- j) A fs. 2985 y ss., mediante la Res. Ex. N°1, de 27 de febrero de 2018, la SMA dio inicio al procedimiento administrativo sancionatorio en contra de la Empresa, formulando cargos en su contra por la comisión de 1 infracción calificada como leve, y 1 infracción calificada como grave. Además, dicha resolución otorgó el carácter de interesado al H. Diputado Sr. Marcelo Chávez Velásquez y a las 2618 personas individualizadas en las diversas denuncias y sus ampliaciones.

- k) A fs. 4046 y ss., el 6 de abril de 2018, la Empresa formuló sus descargos respecto a las infracciones imputadas a través de la Res. Ex. N°1 de la SMA (fs. 3990 y ss.). Dichos descargos se tuvieron por presentados en tiempo y forma, mediante la Res. Ex. N° 4, de fecha 26 de abril de 2018, dictada por la SMA.
- l) A fs. 4145 y ss., mediante presentación de 8 de agosto de 2018, la Empresa acompañó una serie de informes y documentos técnico-científicos, en cumplimiento a lo solicitado por la SMA a fs. 4140 y ss. en la Res. Ex. N° 6, de 27 de julio de 2018.
- m) A fs. 4526 y ss.), mediante la Res. Ex. N° 7, de 24 de agosto de 2018, la SMA solicitó el pronunciamiento del Servicio de Evaluación Ambiental, respecto de si los hechos contenidos en el cargo N°1, teniendo presente los antecedentes acompañados por la Empresa, requerían ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental - en adelante «SEIA»-. Dicha solicitud fue respondida por el D.E SEA, mediante el Of. Ord. D.E. N°181597, de 14 de noviembre de 2018 (fs. 4549 y ss.), y complementado el 28 de febrero de 2019, mediante el Of. Ord. D.E N°190299 (fs. 4563 y ss.).
- n) A fs. 4576 y ss., el 11 de julio de 2019, la SMA dictó la Res. Ex. N°10, mediante la cual y en cumplimiento a lo ordenado en la sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema en causa Rol N° 3470-2018, dispuso retrotraer el procedimiento administrativo sancionatorio seguido en contra de la Empresa, a la etapa anterior a la dictación de la Res. Ex. N° 489, de 25 de mayo de 2017, dictada por la SMA.
- o) A fs. 5447 y ss., el 4 de septiembre de 2019, la SMA dictó la Resolución Reclamada.

II. Antecedentes del procedimiento de reclamación

- 6) En cuanto a la reclamación y el procedimiento jurisdiccional derivado de aquella, en autos consta lo siguiente:

- a) A fs. 1 y ss., el 1° de octubre de 2019, los Reclamantes impugnaron ante este Tribunal la Resolución Reclamada, solicitando, en síntesis, revocar dicha resolución, y se ordene retrotraer el procedimiento administrativo de fiscalización hasta la época anterior a la dictación de la Resolución Reclamada, constando a fs. 109 que delimitó su reclamación exclusivamente al hecho de instalación de equipos distintos a los autorizados, con costas.
- b) Desde fs. 111 a fs. 565 consta que se acompañaron los siguientes documentos, junto con la reclamación:
 - 1) Copia de la Resolución Reclamada.
 - 2) Sobre de correspondencia de la empresa Correos de Chile, EXP. 22304, N° 1180851714000, COD:10058.
 - 3) Copia autorizada de escritura pública de mandato judicial, de 6 de junio de 2015, otorgada ante el Notario Público Interino de la 1ª Notaría de Coronel, Sra. Ingrid Rojas Luna, donde la consta la personería del abogado Sr. Ricardo Durán Mococaín para representar a los Reclamantes.
 - 4) Copia de la RCA, de fecha 12 de julio de 2007.
- c) A fs. 566, el 4 de octubre de 2019, previo a proveer las solicitudes contenidas en la presentación de fs. 1 y ss., el Tribunal ordenó a los Reclamantes, dentro de tercero día, acompañar copia autorizada del mandato judicial ofrecido en el primer otrosí de la presentación, adjuntando el correspondiente certificado de vigencia.
- d) A fs. 567 y ss., el 7 de octubre de 2019, compareció la SMA y solicitó que se declare inadmisibile la reclamación, por extemporánea; además, acreditó la personería del Superintendente del Medio Ambiente(S); confirió patrocinio y poder; y solicitó notificación electrónica. A fs. 575, este Tribunal resolvió denegar la solicitud de inadmisibilidad referida; tuvo presente la personería, el patrocinio y poder; y accedió a la notificación electrónica.
- e) A fs. 576, rola Certificado del Relator de esta causa, que da cuenta de la inhabilidad del Ministro Sr. Iván Hunter Ampuero.

- f) A fs. 573, el 8 de octubre de 2019, los Reclamantes interpusieron reposición contra la resolución de fs. 566, referida en la letra c) de este acápite; a fs. 578, el Tribunal decidió acoger el recurso referido. En consecuencia, se admitió a trámite la reclamación, y se solicitó informe a la SMA de conformidad a lo establecido en el art. 29 de la LTA.
- g) A fs. 580, el 11 de octubre de 2019, la SMA solicitó ampliación de plazo para evacuar el informe requerido a fs. 578; a lo que este Tribunal accedió, a fs. 582.
- h) A fs. 583 y ss., el 28 de octubre de 2019, la SMA evacuó el informe del art. 29 de la LTA, y acompañó documentos relativos a los expedientes administrativos de denuncia, seguidos en contra de la Empresa; a fs. 20795, previo a proveer la presentación aludida, el Tribunal ordenó certificar al Secretario Abogado respecto a la factibilidad de lectura de aquellos documentos acompañados en formato *winzip*.
- i) A fs. 20796, rola Certificación del Sr. Secretario Abogado de este Tribunal, en cumplimiento y respecto a lo ordenado a fs. 20795.
- j) A fs. 20797 y ss., el 19 de noviembre de 2019, compareció el Titular, debidamente representado y solicitó hacerse parte en calidad de tercero coadyuvante de la Reclamada. Además, acompañó los siguientes documentos:
- 1) Escrito presentado el 18 de junio de 2018 ante la SMA dando cuenta del «Informe Técnico-Ambiental: Complejo Termoeléctrico Santa María de Coronel» elaborado por el Centro de Ciencias Ambientales EULA-Chile de la Universidad de Concepción y del informe «Modelación de calidad de Aire», elaborado por el DICTUC.
 - 2) Res. Ex. N° 94, de 19 de mayo de 2010, de la COREMA Biobío, que dio respuesta a la consulta de pertinencia presentada por Colbún.
 - 3) Res. Ex. N° 15, de 9 de enero de 2017, del SEA que se pronunció sobre solicitud de interpretación de la RCA del Proyecto.

- 4) ORD. D.S.C. N° 114, de 24 de enero de 2017, de la Superintendencia del Medio Ambiente
- 5) Mandato Judicial otorgado por escritura pública otorgada en la Notaría de Santiago del Sr. Patricio Raby Benavente, con fecha 4 de noviembre de 2019.
- k) A fs. 20943, el 21 de noviembre de 2019, el Tribunal tuvo por evacuado el informe de la SMA, y por acompañados los documentos individualizados en la presentación de fs. 583 y ss., con excepción de aquellos insertos en la «Carpeta_Winrar.zip», en formatos distintos a Word y Excel. Además, el Tribunal confirió al Titular la calidad de tercero coadyuvante de la SMA, tuvo presente sus argumentos -tendientes al rechazo de la reclamación- y tuvo por acompañados los documentos de fs. 20797 y siguientes.
- l) El 25 de noviembre de 2019, a través de certificación que rola a fs. 20944, se certificó estado de relación; con la misma fecha, a fs. 2094, el Tribunal decretó autos en relación, y fijó la realización de la audiencia de alegatos para el martes 3 de diciembre de 2019, a partir de las 15:30 hrs.
- m) A fs. 20950, rola Acta de Instalación del Tribunal para efectos de la realización de la audiencia de alegatos decretada a fs. 20945.
- n) El 3 de diciembre de 2019, se efectuó la audiencia de alegatos, cuya certificación rola a fs. 20951. Con la misma fecha, a fs. 20951, consta certificación de acuerdo.
- o) A fs. 20953, el 4 de diciembre de 2019, se designó como redactor de la sentencia definitiva al Ministro Sr. Jorge Retamal Valenzuela.

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Que los Reclamantes impugnaron la decisión de la SMA de archivar sus denuncias de lo que consideraron eran incumplimientos a la RCA con que cuenta el Titular para la ejecución del

Proyecto de la CTSM. En específico, pidieron que el Tribunal revoque lo resuelto y se ordene a la SMA que retrotraiga el procedimiento de fiscalización y continúe con las indagaciones en los términos que dispuso la Excma. Corte Suprema, delimitado exclusivamente al hecho de instalación de equipos distintos a los autorizados, con costas.

SEGUNDO. Que la SMA, por su parte, consideró que su decisión fue legalmente adoptada y fue dictada conforme a la normativa vigente, por lo que solicitó el rechazo de la reclamación, con costas. Misma pretensión de rechazo sostuvo el Titular, en su calidad de tercero coadyuvante de la Reclamada.

I. Alegaciones de las partes

TERCERO. Los **Reclamantes** alegaron que la SMA, al resolver el archivo de las denuncias, renunció al ejercicio de la potestad sancionatoria que la ley le confiere (fs. 84 y 85). Sostuvieron que, en primer lugar, no hay discusión sobre que los equipos instalados de la CTSM y su chimenea no se ajustan a lo establecido en la RCA, hecho que fue determinado por este Tribunal en los autos rol N° R-53-2017, por la Excma. Corte Suprema en los autos rol N° 3470-2018, por la propia Reclamada y su tercero coadyuvante. En este sentido, pese a que la chimenea con que el Proyecto opera es distinta a la autorizada mediante su RCA, la SMA consideró que esta instalación no estaba obligada a someterse al SEIA, porque la CTSM no superaba la norma de emisiones.

CUARTO. Los Reclamantes destacaron que la Reclamada ignoró que se ha determinado judicialmente que el Titular, en la consulta de pertinencia resuelta el año 2010 no habría proporcionado información fidedigna sobre la potencia que se instalaría en cada unidad, por lo cual dicho pronunciamiento del SEA no puede ser considerado al momento de resolver.

QUINTO. En este orden de ideas, los Reclamantes alegaron que la Resolución Reclamada es ilegal porque, en primer lugar, carece de motivación, pues no se pondera el hecho mismo de la instalación de equipos diversos como una hipótesis infraccional, sino que se razona respecto de sus consecuencias, lo que no sirve para determinar si los hechos denunciados constituyen o no una

infracción. Agregaron que, tratándose de hechos que la SMA reconoció como desviaciones formales de la RCA, la decisión de archivar las denuncias está sometida a un estándar reforzado de motivación, pues se trata de un acto administrativo que disminuye la protección ambiental. Siendo así, consideran que la Resolución Reclamada carece de integridad y autosuficiencia.

SEXTO. Los Reclamantes consideraron, en segundo lugar, que la Resolución Reclamada es ilegal, porque se fundó en informes acompañados por el Titular y en pronunciamientos del SEA, realizados en el marco de un procedimiento sancionatorio que fue dejado sin efecto; por lo que la SMA no puede escoger parcialmente qué queda vigente del procedimiento sancionatorio, de manera que al dejarse sin efecto, perderían igualmente eficacia los demás actos del procedimiento (fs. 91).

SÉPTIMO. Los Reclamantes sostuvieron que los hechos denunciados constituyeron infracciones al art. 35 letras a) y b) de la LOSMA, porque se trataría de un proyecto en ejecución que difiere del calificado ambientalmente; modificaciones que, dadas sus características, requieren ser evaluadas mediante un EIA. Agregaron que dichas infracciones se encuentran calificadas como gravísimas, conforme al art. 36 N° 1 letra f) de la ley precitada.

OCTAVO. Que, por su parte, la **Reclamada** sostuvo que, una vez que este Tribunal dictó la sentencia definitiva en los autos Rol N° R-53-2017, procedió a formular cargos en contra del Titular, por los dos hechos que el Tribunal consideró que podrían ser constitutivos de infracción, esto es, la instalación de equipos distintos a los autorizados ambientalmente, incluyendo una unidad con 370 MW, así como una chimenea con dimensiones superiores a las autorizadas. Agregó que, a tal efecto, durante la tramitación de dicho procedimiento ofició al SEA, que contestó informando que ambas disconformidades no eran cambios de consideración al Proyecto. Añadió que, una vez que la Excma. Corte Suprema dictó sentencia en los autos Rol N° 3470-2018, que resolvió reemplazar la decisión de este Tribunal de formular cargos al Titular por la de investigar los hechos que podrían constituir infracción, resolvió dejar sin efecto el procedimiento administrativo sancionatorio y remitió los antecedentes probatorios obtenidos durante el mismo a su División de Fiscalización, la que

emitió el informe DFZ-2019-1532-VIII-RCA, a partir del cual se adoptó la Resolución Reclamada.

NOVENO. Respecto a los hechos constatados, la SMA expresó que se trata en ambos casos de desviaciones formales de la RCA del Proyecto, que no tienen la capacidad de generar impactos de relevancia ambiental. Agregó que el Titular del Proyecto puede realizar cambios al mismo y que estos cambios sólo deben sancionarse si, de conformidad al art. 35 letra b) de la LOSMA constituyen una modificación de Proyecto por corresponder a cambios de consideración; o bien, si según el literal a) de la disposición referida constituyen un incumplimiento con relevancia ambiental (punto 65, fs. 603, reafirmado en el punto 73, fs. 604). La Reclamada enfatizó que este criterio, basado en el art. 5 de la Ley N° 18.575, esto es, su deber de velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos, ha sido reconocido en el Dictamen N° 13758, de 23 de mayo de 2019, de la Contraloría General de la República -en adelante «CGR»- que declaró que la SMA tiene un margen de apreciación para decidir si desarrolla o no determinadas actividades fiscalizadoras como, asimismo, para discernir si da inicio o no a un procedimiento sancionatorio, decisión que, en todo caso, debe contener una motivación y fundamento racional (fs. 603).

DÉCIMO. Que, con relación a la alegada falta de motivación de la Resolución Reclamada, la SMA indicó que, respecto de la denuncia por instalación de equipamiento diferente al autorizado en la RCA del Proyecto, efectivamente se construyó una unidad de 370 MW, con equipos distintos, superando la potencia autorizada de 350 MW para la misma, pero que debió tener presente que la RCA autorizaba dos unidades de 350 MW, totalizando 700 MW. En ese sentido, agregó que a partir de sus fiscalizaciones, dicha unidad cumplió la Norma de Emisión para Centrales Termoeléctricas -contenida en el DS N° 13 de 2011, del MMA, en adelante «DS N° 13»-; y constató que no aumentaron las emisiones evaluadas en el SEIA -teniendo presente que el SEA había informado que dichas modificaciones no eran cambios de consideración y por tanto no debía ingresar al SEIA-. Siendo así, no se configuró una posible afectación a la salud de las personas (fs. 606), y por tanto, la

desviación de lo autorizado ambientalmente tiene carácter formal, y no existe infracción al art. 35 letra a) de la LOSMA (fs. 607).

UNDÉCIMO. Que, con relación a la falta de motivación de la Resolución Reclamada, en cuanto a que la chimenea de la CTSM difiere de la originalmente evaluada mediante la RCA del Proyecto, la SMA indicó que constituyen desviaciones de carácter meramente formal y que, a partir del criterio asentado por la CGR, consideró que el hecho no revestía infracción al art. 35 letra a) de la LOSMA. Agregó que el SEA consideró que las modificaciones a la chimenea de la CTSM no constituyen un «cambio de consideración» que haga procedente su sometimiento al SEIA.

DUODÉCIMO. Que, a fs. 20797, el Titular, en calidad de **tercero coadyuvante de la Reclamada**, sostuvo que la SMA tiene discrecionalidad para que, respecto de una denuncia, decida si archiva o procede a formular cargos y que el art. 47 LOSMA faculta a dicho organismo para disponer el archivo de las denuncias cuando no exista mérito para iniciar un procedimiento administrativo sancionador. Agregó que el proyecto de la CTSM fue calificado ambientalmente favorable para operar con dos unidades que suman 700 MW, por lo que -en su concepto- todas las medidas de mitigación, compensación y reparación se encuentran establecidas para ese marco de operación. También señaló que, sin perjuicio de lo que disponga la RCA, los proyectos pueden ser modificados a través de consultas de pertinencia y que el presente caso difiere del ocurrido con la Central Termoeléctrica Bocamina N° 2, pues en ese caso solamente se evaluó una unidad de 350 MW y se construyó una de 370 MW. Respecto al incumplimiento relacionado con la instalación de una chimenea de evacuación de gases distinta a la evaluada y autorizada por la RCA del Proyecto, indicó que los Reclamantes no aportaron ningún antecedente que funde su reclamo. Además, sostuvo que la información presentada en el procedimiento administrativo acreditó la inexistencia de las imputaciones realizadas por los Reclamantes, teniendo estos la carga de probar sus imputaciones. Agregó que esta falta de rigurosidad pareciera demostrar un interés dilatorio de los Reclamantes en el sentido de seguir reclamando aspectos resueltos fundadamente por la SMA. En consecuencia, en su concepto, la

Resolución Reclamada se encontraría debidamente fundada, por lo que solicitó el rechazo de la reclamación, con costas.

II. Hechos no controvertidos

DECIMOTERCERO. Que, previo al análisis de la controversia de la presente causa, este Tribunal tendrá por no controvertido que, enfrentada la RCA N° 176/2007 del Proyecto Central Termoeléctrica Santa María de Coronel y las obras del mismo fiscalizadas por la SMA, existieron las siguientes diferencias, entre los equipos autorizados en ella y los instalados efectivamente:

- a) Se instaló una turbina eléctrica General Electric Número de Serie 270T771, que posee una potencia de 369,989 KW y una presión de ingreso de 166,7 bar, siendo la autorizada de 350 KW.
- b) Se instaló un generador eléctrico de 468 MVA, siendo el autorizado de 415 MVA.
- c) Se instaló un transformador de poder que alcanza 460/490 MVA, siendo el autorizado por la RCA uno de 415 MVA.
- d) Se instaló una chimenea de 130 metros de altura y sección final superior de 5,4 metros de diámetro, siendo que lo autorizado es una chimenea de 90 metros de altura y sección final superior de 4,85 metros de diámetro.

Estos hechos, además, fueron fijados por la Excma. Corte Suprema al dictar sentencia de reemplazo en los autos Rol N° 3470-2018 (considerando 1°).

III. Controversia

DECIMOCUARTO. Que, los Reclamantes basan su pretensión en que la SMA está obligada a formular cargos porque las desviaciones de la RCA que fueron encontradas por la SMA -y que fueron fijadas por la Excma. Corte Suprema- son infracciones del art. 35 de la LOSMA y por tanto deben dar lugar a un procedimiento sancionatorio, sin importar las consecuencias o efectos de la misma, cuestión que está reservada para su clasificación de acuerdo al art. 36 de dicha ley. Se trata entonces, de una pretensión fundada en el principio de legalidad, esto es, que configurada una

infracción, la SMA debe formular cargos, sin que quede a su discreción dicha decisión.

DECIMOQUINTO. Que, tanto Reclamada como su tercero coadyuvante, basan su defensa en que la respuesta sancionatoria de la SMA se reserva para aquellos cambios introducidos en proyectos que ya cuentan con RCA, si estos configuran una modificación de proyecto (art. 35 letra b) de la LOSMA), o tengan una relevancia ambiental que amerite respuesta sancionatoria (art. 35 letra a) de la LOSMA); de lo contrario, afirman ambos, la SMA estaría obligada a instruir procedimientos sancionatorios por cada mínimo cambio, lo que produciría una respuesta irracional y la inamovilidad de dicho organismo. Añaden que dicho margen deriva de los arts. 3 y ss. de la Ley N° 18.575, que reconoce el principio de eficiencia y eficacia, por lo que, haciendo aplicación de los mismos, la SMA debe ejercer la potestad sancionatoria, cuando, a su juicio, existe mérito suficiente para ello, por lo que, ante desviaciones formales a una RCA que no tengan la capacidad de generar impactos de carácter ambiental, ella se encuentra facultada para no iniciar un procedimiento sancionatorio. Se trata entonces, de una pretensión fundada en el principio de oportunidad, esto es, que configurada una infracción, la SMA puede no formular cargos, esto es, si tiene discrecionalidad de actuación.

DECIMOSEXTO. Que, siendo así, la única controversia que las partes han traído a este Tribunal versa sobre la legalidad de la decisión de la SMA de archivar nuevamente las denuncias presentadas por los Reclamantes, esta vez limitado a la instalación de equipamiento distinto al autorizado en la RCA para la operación de la CTSM. La SMA y su tercero coadyuvante estiman que su decisión de archivo, basada en el principio de oportunidad, es discrecional y en el caso concreto apegada a la legalidad, pues se trata de desviaciones de la RCA que no producen consecuencias ambientales y que son formales; mientras que los Reclamantes sostienen que dicha decisión es ilegal porque aplica el principio de legalidad, esto es, la SMA no puede considerar el art. 36 de la LOSMA para efectos de no configurar infracciones del art. 35 de la misma ley, sino que basta que se configure un hecho que

pueda subsumirse una hipótesis de infracción a éste último para que se deban formular cargos.

DECIMOSEPTIMO. Que, para resolver la controversia fijada, en primer lugar, el Tribunal determinará si la SMA tenía discrecionalidad para no formular cargos en el presente caso, habida consideración de los hechos incontrovertidos en autos. En segundo lugar, de ser efectivo lo anterior, se analizará si los motivos esgrimidos por la SMA son suficientes para archivar los antecedentes.

a) Sobre la discrecionalidad la SMA para decidir sobre la formulación de cargos en el presente caso

DECIMOCTAVO. Que, dirimir si la SMA tiene o no discrecionalidad para formular cargos, tiene como presupuesto obligatorio que los hechos investigados se subsumen en un tipo infraccional del art. 35 de la LOSMA. En ese sentido, todos los supuestos de hecho descritos en la citada norma, sin excepción, son de mera actividad o de peligro abstracto, y por tanto son formales. Siendo así, si los hechos constatados pueden subsumirse en algún tipo descrito en este artículo, puede estimarse preliminarmente que se ha configurado una infracción; y, por el contrario, si dichos hechos no pueden subsumirse, no se configuran infracciones, pues de hacerlo se violaría el principio de tipicidad.

DECIMONOVENO. Que, como se ha señalado en otras oportunidades, una vez constatada una infracción de aquellas que enumera el art. 35 de la LOSMA, se debe proceder a clasificar la misma de acuerdo al art. 36 de dicha ley, esto es, como gravísima, grave o leve. Si no se configura ninguna de las descripciones para clasificarla como gravísima o grave -descripciones basadas en resultados lesivos o en situaciones de riesgo concreto derivados de la infracción, o en formas de comisión de la infracción-, se le clasificará como leve -es decir, se mantendrá como una infracción de mera actividad o de peligro abstracto-. Esta última clasificación comporta las infracciones cuyas consecuencias son de menor o mínima lesividad, y por tanto, quedan sujetas a una respuesta sancionatoria menos intensa, que, como indica el art.

39 letra c) de la LOSMA en su extremo más benévolo, será la amonestación por escrito.

VIGÉSIMO. Que, de la revisión de la LOSMA, no es posible detectar una regla general expresa que obligue a la SMA a formular cargos ante conductas infraccionales detectadas por ella, sea directamente, por petición de órgano sectorial o por denuncia, como tampoco es posible detectar una en sentido contrario, que consagre la discrecionalidad para no hacerlo. Sin embargo, el art. 47 inciso final de la LOSMA contiene una regla específica, disponiendo que la denuncia *"originará un procedimiento administrativo sancionatorio si a juicio de la Superintendencia está revestida de seriedad y tiene mérito suficiente. En caso contrario, se podrá disponer la realización de acciones de fiscalización sobre el presunto infractor y si ni siquiera existiere mérito para ello, se dispondrá el archivo de la misma por resolución fundada, notificando de ello al interesado"*.

VIGÉSIMO PRIMERO. Que, de la lectura de dicha norma, en particular de la expresión «originará», queda de manifiesto que el legislador ha dispuesto que, si la denuncia está referida a una materia de competencia de la SMA y cumple los requisitos de seriedad y mérito suficientes, el procedimiento sancionatorio se debe iniciar. La expresión «originará» no es de contenido facultativo; si la intención del legislador hubiese sido otra, la expresión habría sido «podrá originar», reservando un ámbito de discrecionalidad de actuación a la SMA, que sólo puede quedar supeditada a criterios de conveniencia, y no de mérito u oportunidad. Por su parte, la expresión «mérito», en el citado art. 47 inciso final de ese cuerpo legal, sin dudas está referido al mérito probatorio, pues cuando la denuncia no lo tuviese, dicho organismo puede ordenar acciones de fiscalización, las que son esencialmente probatorias. En ese sentido, la doctrina ha indicado, en cuanto al mérito de las denuncias, que éstas *«[...] suponen que ha sido el ciudadano el que ha realizado la pesquisa inicial de la infracción a la norma ambiental, aun cuando es probable que la SMA siempre realice diligencias complementarias para comprobar la veracidad de los hechos, encomendando actividades de fiscalización»* (Hunter Ampuero, I. (2019). La legitimación popular del denunciante en la nueva justicia ante los

Tribunales Ambientales. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 245, p. 191).

VIGÉSIMO SEGUNDO. Que, en el presente caso, la instalación de equipamiento diverso al autorizado en la RCA del proyecto es un hecho pacífico, por lo que únicamente resta a la SMA que lo subsuma en uno de los dos tipos del art. 35 de la LOSMA relacionados con las RCA, esto es, las letras a) y b) de dicha norma. Siendo así, el único ámbito de discrecionalidad que conserva dicho organismo es la oportunidad para iniciar el procedimiento sancionatorio, esto es, decidir sobre el momento para hacerlo, discrecionalidad que está acotada en consideración al plazo de prescripción de las infracciones del art. 37 de la LOSMA.

VIGÉSIMO TERCERO. Que, por tanto, la función sancionatoria que el legislador ha asignado a la SMA no puede -al menos en el caso de las denuncias en que existe una regla expresa- obedecer a una decisión puramente discrecional. En este sentido se manifiesta el profesor Jorge Bermúdez, quien ha sostenido que «[...] *La LOSMA no entrega al funcionario instructor del procedimiento administrativo sancionador un poder de decisión o apreciación de la información, salvo en el antes mencionado supuesto, en que apreciará si la denuncia está "revestida de seriedad y tiene mérito suficiente" (art. 47 inc. 3° LOSMA). Por lo tanto, la instrucción de un procedimiento administrativo sancionador se rige por un principio de legalidad y no de oportunidad, con lo que -al menos al tenor de la ley- remitida la información se deberá iniciar un procedimiento administrativo sancionador*» (Bermúdez Soto, J. (2014). *Fundamentos de Derecho Ambiental*, 2a edición, p. 504). Siendo así, si la denuncia tiene mérito suficiente -entendido como mérito probatorio-, la SMA está obligada a formular cargos.

VIGÉSIMO CUARTO. Que, de forma similar, y enfrentados a sistemas legales donde no existe regla expresa sobre principios de legalidad y de oportunidad, autores foráneos han sostenido que «[...] *en modo alguno puede admitirse que abrir un expediente sancionatorio y sancionar dentro de él constituya una potestad discrecional de la Administración*» (García de Enterría, E. y Fernández, T. Ramón. (2008) *Curso de Derecho Administrativo*, 11a edición, vol. II, Madrid, Editorial Cívitas, p. 191); y que «[...] *La vulneración frontal del principio de legalidad que provoca la*

*aceptación de la oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora es evidente, pues la aplicación de la norma, con la imposición de la sanción correspondiente, ya no se deriva exclusivamente de la realización de las conductas establecidas en la norma, sino que se incorpora también, como condición necesaria, una decisión de la Administración no vinculada por la pre-determinación normativa de los ilícitos y su sanción» (Lozano Cutanda, B. (2003). El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad. *Revista de Administración Pública*, N° 161, p. 95).*

VIGÉSIMO QUINTO. Que, además, como señala el profesor Luis Cordero, «[...] *la discrecionalidad no es el producto del reconocimiento de un ámbito de libertad de la Administración, sino la consecuencia de una remisión normativa consciente.* La discrecionalidad no puede entenderse como la consecuencia de una laguna de ley, cuyo silencio permite la libertad de la Administración, sino como el resultado de una decisión deliberada: la Administración posee potestad discrecional no porque la ley calle, sino porque la ley quiere» (Cordero Vega, L. (2015), *Lecciones de Derecho Administrativo*, p. 84). Tampoco puede entenderse que la expresión «originará» es un concepto jurídico indeterminado, pues es una orden del legislador a la Administración en términos absolutos.

VIGÉSIMO SEXTO. Que, no obstante, por Dictamen N° 13758 de 2019, la Contraloría General de la República determinó que la SMA cuenta con cierto margen de apreciación para discernir si da o no inicio a un procedimiento sancionatorio a través de un examen de mérito, esto es, podrá no iniciarlo si estima que no hay mérito suficiente, siempre que dicha decisión cuente con motivación y fundamento racional. Este margen de apreciación encontraría su fundamento en los arts. 3 y ss., de la Ley N° 18.575, y en aquel caso se validó la decisión de no iniciar un procedimiento administrativo sancionatorio en que las desviaciones a la RCA son «[...] *no significativas, (ya) que, atendida su entidad, no tenían la capacidad de generar un impacto ambiental*».

Este último razonamiento, como se ha indicado antes, implica que la SMA, para efectos de estimar configurada una infracción, considera la clasificación del art. 36 de la LOSMA y, si allí se clasifica como leve -que son precisamente aquellas que no tienen capacidad de generar un impacto ambiental-, podría no iniciarse el procedimiento administrativo sancionatorio. Tal interpretación, además de ser contraria a Derecho, puesto que la configuración de las infracciones sólo depende del art. 35 de la LOSMA, podría tener como principales efectos prácticos, por una parte, la renuncia permanente de la SMA a formular cargos por infracciones clasificadas como leves, o la formulación selectiva de los mismos; y por otra parte, la permanente oposición de los administrados a quienes se les formulen cargos selectivamente por este tipo de infracciones, los que podrían alegar que se les estaría vulnerando el principio de igualdad, contenido en el art. 19 N° 2 de la Constitución Política de la República.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. Que, en consecuencia, el Tribunal considera que la SMA no aplicó debidamente los presupuestos del art. 47 inciso final de la LOSMA, al resolver el archivo de las denuncias presentadas por los Reclamantes contra los antecedentes probatorios producidos durante la fase de investigación, de los que aparecía con claridad que poseían la seriedad y mérito suficiente para dar inicio a un procedimiento administrativo sancionador.

VIGÉSIMO OCTAVO. Que, si bien lo anterior es suficiente para acoger la reclamación, el Tribunal igualmente examinará si, en caso de que dicha potestad sancionatoria estuviese configurada como discrecional, la Resolución Reclamada es o no ilegal.

b) Sobre la legalidad de la Resolución Reclamada en caso de haberse estimado que existe discrecionalidad de actuación

VIGÉSIMO NOVENO. Que la RCA constituye el acto administrativo terminal de la evaluación ambiental, vinculante y obligatorio en todas sus partes para el administrado. En consecuencia, cada una de las especificaciones técnicas, fases, etapas y plazos de un proyecto o actividad sometida al SEIA no pueden ser alteradas, ni en su sustancia ni en su esencia, de manera unilateral por el

regulado. Permitir lo contrario sería relativizar y desnaturalizar la fuerza obligatoria de estos actos, lo que no se concibe en nuestro ordenamiento jurídico ambiental.

TRIGÉSIMO. Que en efecto, la unidad proyectada y autorizada en el EIA consideraba un equipamiento con características diversas a las efectivamente instaladas, difiriendo en aspectos que, para la SMA, constituyeron meras «desviaciones formales» que por no tener relevancia ambiental, no debieran ser sancionadas (fs. 618).

TRIGÉSIMO PRIMERO. Que en el presente caso, la autorización para la construcción de una unidad generadora distinta a la autorizada no fue un asunto contemplado en la RCA ni autorizado por la autoridad ambiental. Además, se debe tener presente que la circunstancia de que Colbún haya realizado una consulta de pertinencia no le confiere *per se* autorización para modificar su RCA -como ocurrió a propósito de la instalación del equipamiento señalado en las letras a), b) y c) del considerando 13 de esta sentencia-. A este respecto, ya se ha fallado anteriormente por este Tribunal que «[...] *El trámite de la pertinencia persigue un pronunciamiento del SEA (...) sobre si (...) un proyecto o actividad, o su modificación, debe someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (...)*» (art. 26 RSEIA). En ningún caso este pronunciamiento puede entenderse como una modificación de la RCA o como un permiso para operar sin resolución de calificación ambiental» (Tercer Tribunal Ambiental, Rol R-22-2015, considerando Vigésimo Quinto). Por lo demás, dicha consulta no abordó las modificaciones a la turbina eléctrica, generador eléctrico, ni transformador de poder, sino que solamente -en lo que aquí interesa- la modificación de las dimensiones de la chimenea.

TRIGÉSIMO SEGUNDO. Que la misma SMA fue enfática en señalar, al informar al Tribunal acerca de la presente reclamación, que las modificaciones a un proyecto sólo deben sancionarse si, de conformidad al art. 35 letra b) de la LOSMA, éstas constituyen una modificación de Proyecto **por corresponder a cambios de consideración** -el destacado es nuestro-, entre las alternativas que da la norma que dicho organismo cita (fs. 613).

TRIGÉSIMO TERCERO. Que, como se indicó en los Considerandos Decimooctavo y Decimonoveno, todas las infracciones del art. 35 de la LOSMA son de mera actividad y de peligro abstracto, es decir, son formales; además, que de acuerdo al art. 36 de dicha ley, la clasificación de las infracciones que importa menos lesividad a los bienes jurídicamente relevantes que tutela la SMA, es la de leve; y por último, que la respuesta sancionatoria menos intensa es, de acuerdo al art. 39 del citado cuerpo legal, la amonestación por escrito.

TRIGÉSIMO CUARTO. Que, siendo así, cabe examinar si los hechos denunciados, de haber sido clasificados como leves, podrían ser sancionados con amonestación por escrito. A tal efecto, la misma SMA ha establecido Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales, aprobadas por Res. Ex. N° 85 de 2018, de dicho organismo. De su atenta lectura, se puede encontrar en su pág. 85, los criterios que dicho organismo considera deben satisfacerse para que proceda tal sanción: *«Serán antecedentes favorables para la adopción de esta decisión los siguientes: (i) si la infracción no ha ocasionado riesgo ni afectación al medio ambiente ni a la salud de las personas; (ii) si no se ha obtenido un beneficio económico con la infracción o este no ha sido de una magnitud significativa; (iii) si el infractor no cuenta con un conducta anterior negativa; (iv) si la capacidad económica del infractor es limitada; y, (v) si se ha actuado sin intencionalidad y con desconocimiento del instrumento de carácter ambiental respectivo, lo cual se pondera de acuerdo al tipo y alcance del instrumento».*

TRIGÉSIMO QUINTO. Que, como es evidente, resulta dificultoso que el tercero coadyuvante estuviese comprendido en el criterio (v) antes transcrito. Es más, la misma guía define a lo que denomina «sujetos calificados», es decir, aquellos que *«desarrollan su actividad a partir de una amplia experiencia en su giro específico, con conocimiento de las exigencias inherentes que en materia de cumplimiento de estándares medioambientales exige nuestra legislación. Normalmente este tipo de regulados dispondrá de una organización sofisticada, la cual les permitirá afrontar de manera especializada, idónea y oportuna su operación*

y eventuales contingencias. Respecto de estos regulados, es posible esperar un mayor conocimiento de las obligaciones a las que están sujetos y que se encuentren en una mejor posición para evitar infracciones a la normativa ambiental». Si bien esta definición está referida a la determinación de la intencionalidad, no cabría duda de que el tercero coadyuvante de la Reclamada sería un sujeto calificado.

TRIGÉSIMO SEXTO. Que, en ese mismo sentido, la Resolución Reclamada soslaya ciertos aspectos que están comprobados en el expediente administrativo. En la RCA quedó establecido claramente que se autorizó la construcción de dos unidades de 350 MW de potencia nominal cada una; sin embargo, la primera unidad se construyó con 370 MW de potencia bruta, y por tanto, necesitó de equipamiento distinto al evaluado. Al respecto, a fs. 8750 y ss., y a pesar de la claridad de lo señalado en la RCA, el Titular solicitó a la SMA tener presente que (i) el Proyecto evaluado consideró una capacidad de generación de 350 MW netos, esto es, la potencia entregada en el punto de interconexión al Sistema Interconectado Central para cada unidad, (ii) que dicha capacidad de generación no es una medida o exigencia que por sí misma forme parte del conjunto de obligaciones ambientales del proyecto, y (iii) que la capacidad de generación no ha sufrido modificaciones. En específico, indicó que las pérdidas por transformación, transmisión y consumos propios deben considerarse, y por tanto, la potencia bruta para cada unidad debe ser superior a los 350 MW de potencia neta autorizada; y añadió que, si bien la descripción de proyectos es relevante -pues a partir de ella se identifican impactos ambientales y medidas de mitigación, reparación o compensación-, el concepto de potencia no se vincula a ningún estándar de comportamiento directo que deban satisfacer los titulares de proyectos de generación de energía eléctrica, por lo que la relevancia y funcionalidad de dicha descripción es sólo para la identificación de los impactos ambientales y de las correspondientes medidas de mitigación, reparación o compensación que corresponda, más no en el desarrollo mismo de la operación del proyecto una vez obtenida la RCA, pues allí lo importante serían las normas, condiciones, exigencias, medidas y mediciones que han de cumplirse.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO. Que, en los argumentos antes señalados, se aprecian dos aspectos relevantes: (i) que el Titular siempre consideró la construcción de dos unidades de 370 MW cada una, en contravención a la descripción de su proyecto, y (ii) que, si bien ella ha tratado de diferenciar su caso del que se configuró en el Proyecto Bocamina II, de ser válida su argumentación permitiría que éste último no hubiese sido sancionado, pues a su juicio la potencia de generación evaluada sería irrelevante si las variables ambientales se mantienen dentro de lo predicho por la evaluación ambiental. Si bien en la presente causa no se discute directamente la generación por sobre lo evaluado ambientalmente para cada unidad, no cabe duda que los equipos instalados, también en violación a la descripción del Proyecto, son para manejar esa mayor potencia que la autorizada.

TRIGÉSIMO OCTAVO. Que, a fs. 8808, consta que la SMA solicitó al SEA una interpretación administrativa acerca de la potencia evaluada ambientalmente, esto es, si los 350 MW que cada unidad tenía autorizado eran brutos, netos o nominales. A fs. 8826, consta la Res. Ex. N° 15 de 2017, del Director Ejecutivo del SEA, en que, en lugar de interpretar la RCA, sostuvo que esta señala expresamente que cada unidad se evaluó para 350 MW de potencia nominal, y que los conceptos de potencia nominal y potencia bruta son casi idénticos, tal como indicaron en sus respectivos oficios de respuesta, el Ministerio de Energía, la Comisión Nacional de Energía y la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. Es decir, para un sujeto calificado como lo es el Titular, no es aceptable bajo ninguna circunstancia, que confunda los conceptos de potencia bruta y potencia neta, y mucho menos que proceda a instalar y sobredimensionar la única unidad construida. En ese sentido, hasta la fecha de la solicitud de interpretación, y dado el tenor de los argumentos del Titular, puede presumirse que éste había visualizado la construcción de la segunda unidad de iguales características a la primera, como ajustada a su RCA. A mayor abundamiento, el Considerando 8.8 de la citada resolución -que en varios aspectos no es interpretativa, pues o está referida al tema de potencia, que está indicado expresamente en la RCA, o al tema de la elusión, que tampoco es un asunto interpretativo en sentido estricto- declara: «Que debe

tenerse presente que el sometimiento de una actividad o proyecto al SEIA debe tener sentido y reportar algún beneficio concreto en términos de prevención de impactos ambientales adversos, situación que en la especie no se configura, toda vez que el Proyecto evaluado y aprobado contempla la generación de 700 MW. Lo anterior, considerando sólo como posible modificación la generación de MW adicionales, es decir, la existencia de otras modificaciones que en efecto estarían generando estos MW adicionales constituyen antecedentes de los cuales esta Dirección Ejecutiva no tiene conocimiento» (fs. 8831 y sgte., subrayado del Tribunal). Es decir, el SEA comunica a la SMA que, a esa fecha, se habrían hecho modificaciones al Proyecto que no le habían sido consultadas, ni siquiera por vía de pertinencia, tratándose de un Proyecto evaluado por Estudio de Impacto Ambiental.

TRIGÉSIMO NOVENO. Que, por otra parte, el Tribunal considera que los motivos expresados por la SMA a propósito de las emisiones del Proyecto son irrelevantes para determinar si existe o no una infracción, pues en estricto rigor, esto debe considerarse para efectos de la clasificación del art. 36 de la LOSMA. A juicio del Tribunal, la SMA interpretó erradamente su propia normativa sobre infracciones (Título III de la LOSMA), lo que queda patente del citado informe DFZ-2016-2685-VIII-RCA-IA, error que se mantiene hasta el presente. Lo que detectó la SMA fue que las emisiones de la única turbina construida, en contravención al diseño autorizado, no sobrepasaba la modelación de emisiones hecha durante la evaluación ambiental. Al ser así, esta constatación guarda relación con los efectos del posible incumplimiento de la RCA, para situar la infracción ya sea en gravísima, grave o leve, de acuerdo con el art. 36 de la LOSMA.

CUADRAGÉSIMO. Que, respecto del citado art. 36 de la LOSMA, son relevantes en particular las descripciones del núm. 1 letras a) *-hayan causado daño ambiental, no susceptible de reparación-*, b) *-hayan afectado gravemente la salud de la población-*, f) *-involucren la ejecución de proyectos o actividades del art. 10 de la ley N° 19.300 al margen del SEIA, y se constate en ellos alguno de los efectos, características o circunstancias previstas en el art. 11 de dicha ley-*; y las del núm. 2 letras a) *-hayan causado*

daño ambiental, susceptible de reparación-, b) -hayan generado un riesgo significativo para la salud de la población-, d) -involucren la ejecución de proyectos o actividades del art. 10 de la ley N° 19.300 al margen del SEIA, y no se constate en ellos alguno de los efectos, características o circunstancias previstas en el art. 11 de dicha ley-, e) -incumplan gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva RCA-. Todas estas descripciones podrían guardar relación con los efectos de las emisiones. Pero si no se configura ninguna de estas, la infracción deber calificarse como leve, tal como dispone expresamente el núm. 3 del citado artículo. Por otra parte, como ya se ha dicho reiteradamente, la configuración de infracciones obedece únicamente a lo establecido en el art. 35 de la LOSMA.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO. Que, por último, aunque no menos importante, el Proyecto se emplaza en una zona geográficamente sensible, que ha sido considerada por la autoridad ambiental como zona saturada para el contaminante «material particulado fino respirable MP 2,5 en su concentración diaria» (Decreto N° 15/2015 del Ministerio del Medio Ambiente), y por el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) como una «zona de sacrificio», dada la intensidad con que los efectos negativos medioambientales allí se manifiestan, y que son fuente permanente de conflictos sociales (Informe Anual, Situación de los Derechos Humanos en Chile 2018, INDH, pág. 145). Al respecto, este Tribunal ya declaró en los autos rol N° D-11-2015, considerando Vigésimo primero: «[...] Que la comuna de Coronel ha sido reconocida por la Autoridad como una zona de sacrificio. El concepto de zonas de sacrificio comienza a utilizarse en el país desde 2012. Proveniente de Estados Unidos, en sus orígenes se utilizó para designar zonas donde confluían prácticas ambientales agresivas, afectando fundamentalmente a poblaciones de bajos ingresos y pertenecientes a minorías étnicas, que no tenían la oportunidad de cuestionar en la esfera pública los efectos de la distribución desigual de la polución y de la protección ambiental (...) Las localidades de Chile identificadas por el propio gobierno como zonas de sacrificio son cinco: Tocopilla y Mejillones

en la Región de Antofagasta, Huasco en la Región de Atacama, la bahía de Quintero en la Región de Valparaíso y Coronel en la Región de Bío-Bío».

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO. Que, a juicio de estos sentenciadores, y vistos los antecedentes que obran en el expediente administrativo, existen indicios suficientes para que la SMA inicie un procedimiento administrativo sancionador por el acusado incumplimiento de la RCA de la CTSM, al construir instalaciones con especificaciones distintas a las autorizadas.

CUADRAGÉSIMO TERCERO. Que el Tribunal considera que los hechos denunciados son constitutivos de infracción, no pudiendo ejercerse respecto de ellos el principio de oportunidad, sin incurrir en arbitrariedad. En efecto, como ya se indicó, de acuerdo a los propios criterios de la SMA, si estos hechos se clasificaran como infracciones leves, su autor sería un sujeto calificado; y la infracción se habría cometido en un área declarada "zona saturada" y denominada como "zona de sacrificio". Considerando estos tres aspectos anteriores, el archivo de las denuncias no promueve ni vela por el respeto irrestricto a la institucionalidad ambiental ni por el interés público.

CUADRAGÉSIMO CUARTO. Que, por las razones anteriores, incluso en el supuesto de que aplique el principio de oportunidad, la resolución reclamada sería ilegal y debería ser igualmente anulada.

CUADRAGÉSIMO QUINTO. Que, siendo así, sea o no discrecional la potestad sancionadora de la SMA, se debe continuar con la tramitación de las denuncias, iniciando un procedimiento sancionador; de manera que, si en la secuela de dicho procedimiento los hechos -aunque menores- sean constitutivos de infracción, se apliquen las sanciones correspondientes conforme a la ley.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en los arts. 17 N° 3, 18 N° 3, 25, 27 y 30 de la Ley N° 20.600; 35, 36, 39, 47 y 56 de la LOSMA; 170 del Código de Procedimiento Civil; el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema de Justicia sobre la forma de las sentencias, de 30 de septiembre de 1920; y en las demás disposiciones pertinentes;

SE RESUELVE:

- I. **Acoger la reclamación** deducida por el Sr. Ricardo Andrés Durán Mococaín, en representación de las personas individualizadas en la reclamación de fs. 1 y ss. En consecuencia, se anula totalmente la Resolución Reclamada, debiendo la Superintendencia dictar la resolución que en Derecho corresponda.
- II. **No condenar en costas** a la parte Reclamada, por haber tenido motivo plausible para litigar.

Notifíquese y regístrese.

R-18-2019

Pronunciada por el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental, integrado por la Ministra Sra. Sibel Villalobos Volpi y los Ministros Sr. Jorge Retamal Valenzuela y Sr. Luis Aedo Mora, quien no firma no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo del recurso, por estar con teletrabajo en su domicilio y no contar con firma electrónica avanzada.

Redactó la sentencia el Ministro Sr. Jorge Retamal Valenzuela.

Autoriza el Secretario Abogado del Tribunal, Sr. Francisco Píñilla Rodríguez.

En Valdivia, a treinta y uno de marzo de dos mil veinte, se anunció por el Estado Diario.



Este documento ha sido firmado electrónicamente, para ver la versión original puede acceder al siguiente enlace:<https://causas.3ta.cl/causes/499/expedient/9741/books/202/?attachmentId=17643>

Las firmas son las siguientes: