

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

Valdivia, veintisiete de marzo de dos mil quince.

VISTOS:

1. La reclamación de fecha 01 de septiembre de 2014, interpuesta ante este Tribunal Ambiental, en contra de la Resolución Exenta N° 421, de 11 de agosto de 2014 (en adelante "Resolución Recurrida"), dictada por el Superintendente del Medio Ambiente (en adelante "el Superintendente").
2. Que la citada reclamación fue presentada por la Empresa Nacional de Electricidad S.A. (en adelante "ENDESA"), representada por el abogado señor Mario Galindo Villarroel, e ingresada a este Tribunal con el Rol R-6-2014.
3. Que, con fecha 02 de septiembre de 2014, los pescadores artesanales doña Marisol Ortega Aravena y don Luis Villablanca Rivas, representados por el abogado señor Sebastián Inostroza Diez, interpusieron una segunda reclamación en contra de la Resolución Recurrida, que fue ingresada con el Rol R-7-2014.
4. Que, en virtud de que ambas acciones impugnaban la misma resolución, esta Magistratura decidió con fecha 15 de octubre de 2014, acumular la segunda causa a la más antigua.
5. Que los antecedentes del proceso administrativo sancionador conducido por la Superintendencia del Medio Ambiente (en

Marisol Ortega

adelante "SMA"), en el expediente sancionatorio Rol N°D-015-2013, que da lugar a la Resolución Recurrida, son los siguientes:

- a) Las actividades de fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental N° 206/2007, N° 17/2010, y N° 59/2009, de la Central Termoeléctrica Bocamina Primera y Segunda Unidad (en adelante "Primera Unidad" y "Segunda Unidad", respectivamente), de propiedad de ENDESA, llevadas a cabo por la SMA, en conjunto con otros servicios públicos, los días 13 y 14 de febrero de 2013, y 15, 19, 26 y 27 de marzo del mismo, que dieron lugar al informe DFZ 34-2013, de fecha 22 de julio de 2013.
- b) La denuncia efectuada por don Luis Villablanca, doña Marisol Ortega y el Honorable Senador don Alejandro Navarro, con fecha 14 de mayo de 2013, mediante la cual se informaba a la autoridad, sobre el varamiento de especies hidrobiológicas, y la succión y descarga de biomasa por parte de ambas unidades de la Central Termoeléctrica Bocamina, además del almacenamiento y transporte presuntamente ilegal de recursos hidrobiológicos.
- c) La denuncia presentada por doña Betty Gómez, doña Melany Aravena y otros, de fecha 30 de mayo de 2013, quienes informaban sobre ruidos molestos, vibraciones, emanaciones de gases presumiblemente tóxicos, y el acopio de cenizas con presumibles efectos adversos para la salud de la población. A todos los denunciantes se les concedió la calidad de

Noventa ochenta y uno

interesados en el procedimiento administrativo sancionador, mediante el Ordinario UIPS N° 603/2013 de la SMA.

- d) El Ordinario UIPS N° 603, de 29 de agosto de 2013, por medio del cual se formuló cargos a ENDESA, que dio inicio a la instrucción del procedimiento sancionatorio Rol D-015-2013.
- e) Las denuncias de los señores Luis Alberto Morales Riffo y Ángel Custodio Flores Bravo, formuladas con fecha 6 de septiembre del mismo año, quienes invocaron ser víctimas de daños directos resultantes de ruidos molestos que afectarían la salud física y mental, tanto de ellos como de sus familias; denunciando, además, la falta del desulfurizador de la Primera Unidad, la existencia de cenizas volantes, la ejecución de obras en la Segunda Unidad sin autorización ambiental y, la emanación de gas grisú proveniente del acopio de carbón de la Segunda Unidad.
- f) La denuncia formulada, con fecha 16 de septiembre de 2013, por don Hernán Pinochet de la Paz, informando que la Segunda Unidad ya había implementado una serie de modificaciones propias del Proyecto Optimización Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad, en adelante "Proyecto de Optimización", el cual fue sometido a evaluación con posterioridad, sin haber realizado el correspondiente Estudio de Impacto Ambiental (en adelante "EIA") y, en consecuencia, sin contar con una resolución de calificación ambiental, solicitando además, la adopción de una serie de medidas que apuntaban a la investigación de los hechos denunciados.
- g) La reformulación de cargos mediante el Ordinario UIPS N° 976/2013 de la SMA, que amplió en dos los cargos originalmente

formulados, contemplando un total de nueve hechos, actos u omisiones; considerando, además a los denunciados señores Morales Riffo, Flores Bravo y Pinochet de la Paz, como interesados en el procedimiento sancionatorio.

- h) Los descargos formulados por ENDESA con fecha 23 de diciembre de 2013, señalando expresamente aceptar parcialmente todos ellos, realizando a la vez, una serie de alegaciones jurídicas y consideraciones técnicas respecto de cada una de las infracciones imputadas. Señala como consideración general que, al margen de su responsabilidad como titular del proyecto, diversas obras habían sido encomendadas a un consorcio de empresas mediante el contrato ACB-003.06, suscrito en julio de 2007, el que habría sido incumplido gravemente por el contratista, por lo que la empresa estaría demandando su responsabilidad ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.
- i) La inspección ambiental llevada a cabo con fecha 16 de enero de 2014, por orden del Superintendente, la que se enfocó en la afectación de recursos hidrobiológicos y la intervención o afectación de cuerpos de agua.
- j) El Informe de Fiscalización DFZ-2-2014, que constató, entre otros hechos, fallas de los sistemas implementados por la empresa para evitar la succión masiva de recursos hidrobiológicos por la Primera Unidad; además de la existencia de obras consistentes en canales de retorno desde el sector de filtro de las salas de bomba de ambas Unidades de la Central, los que conectaban con el canal de descarga

Modificada orden y tras

de la Primera Unidad como bypass, sin que dicho canal haya sido evaluado ambientalmente.

- k) La Resolución Exenta N°39, de 28 de enero de 2014, por la que, previa autorización del Tercer Tribunal Ambiental, la SMA ordenó la clausura total y temporal de la Primera Unidad, por el término de 15 días renovables y corridos; además de otras medidas de corrección, seguridad o control, con el objeto de impedir la producción de riesgo o daño, constatados en la actividad de fiscalización del 16 de enero de 2014, y en atención a la información aportada sobre nuevos eventos de succión masiva de recursos hidrobiológicos ocurridos el 21 y 27 de enero del mismo año.
- l) La Resolución Exenta N°59 de fecha 6 de febrero de 2014 que dejó sin efecto la medida provisional ordenada, por constatarse la reparación de las instalaciones, y que dispuso la adopción de otras medidas provisionales de la letra a) del artículo 48 de la LOSMA.
- m) Las declaraciones tomadas a los representantes legales de TECNIMONT y ENDESA, la remisión de diversos antecedentes por parte de ésta última a solicitud de la SMA, el OF. ORD. D.E. N° 140897, de 03 de junio de 2014, del Director Ejecutivo (PT) del Servicio de Evaluación Ambiental, por el cual se establece que no es necesaria la interpretación administrativa de la Tabla N° 11 de la RCA N°206/2007, solicitada por la SMA al Servicio de Evaluación Ambiental, en adelante "SEA", respecto al sentido y alcance del parámetro CO sobre emisiones máximas Contaminantes para la Primera Unidad y, el Informe de Fiscalización DFZ-59-2014, resultante

Noviembre 4 de 2014

de las diligencias probatorias llevadas a cabo los días 28, 29 y 30 de abril de 2014, el que informó sobre la ejecución de obras, la disposición general de la planta, el manejo de emisiones acústica, la calidad de las aguas marinas y otras, como las medidas de control de biomasa.

n) Las observaciones formuladas por ENDESA con fecha 2 de julio de 2014.

o) La dictación de la Resolución Exenta N°421, de 11 de agosto de 2014, o la Resolución Recurrida, por la que se impuso a ENDESA el pago de una multa total de 8.640,4 UTA, por haber incurrido -a juicio del Superintendente- en ocho infracciones, las que a continuación se detallan:

A. Respecto de la infracción A.1, por omisión de contar con una obra de descarga de residuos industriales líquidos del sistema de refrigeración que penetrara en el mar 30 metros desde el borde de la playa, se absolvió a ENDESA, teniendo en consideración el Superintendente la alegación de esa empresa de aplicar el principio de non bis in idem.

B. Respecto de la infracción A.2, por superar el límite de emisiones atmosféricas para el parámetro Monóxido de Carbono, el Superintendente estableció como sanción una multa de 58,5 UTA, clasificando la infracción como leve, conforme lo establecido en el numeral 3° del artículo 36 de la LOSMA, en atención a considerar la inexistencia de daño o peligro ambiental asociado con la infracción, como

Moneda de cuenta y como

además, al hecho de no haber reportado la empresa beneficio económico como resultado de los hechos.

C. Respecto de la infracción A.3, consistente en que el sistema de desulfuración de la Primera Unidad no estaba operativo por encontrarse en construcción, se estableció como sanción una multa de 5.000 UTA, clasificándola como grave, al estimarse que se incumplieron las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva resolución de calificación ambiental 206/2007, en particular, respecto del considerando 7.9, el que se refiere a la necesidad de implementar las medidas necesarias en razón de la ocurrencia de impactos no previstos. Esto último, fue entendido a la luz del principio precautorio, además de considerar que la empresa obtuvo beneficios económicos por la falta de implementación del desulfurizador, beneficio resultante mayor al monto al que asciende la multa aplicada para dicha sanción.

D. Respecto de la infracción A.4, atribuible a fallas y aperturas entre los paneles del cierre acústico perimetral de la Primera Unidad, se estableció como sanción, una multa de 18 UTA, clasificando la infracción como leve, conforme lo establecido en el numeral 3° del artículo 36 de la LOSMA. Dicha calificación se otorgó en atención a considerar que dichas fallas no tienen el potencial de generar daño o peligro a los componentes ambientales estimándose, además, no existir personas cuya salud pudo afectarse. No obstante, con respecto del beneficio económico, este se asoció a costos retrasados respecto de

Resolución 00986 y 00987

una parte del cerco perimetral, motivo que llevó a considerar sólo un 20% del valor informado respecto del mismo para la determinación de la multa.

E. Respecto de la infracción A.5, por incumplimiento de la Norma de Emisión de Ruidos por parte de tanto la Primera como la Segunda Unidad, se estableció como sanción una multa de 1.950,1 UTA, estimándose que se trataba de una infracción grave, por aplicación del numeral 2° letra b) del artículo 36 de la LOSMA, al no corresponder a un hecho aislado. Esta situación habría sido constatada en el informe DFZ-34-2013, elaborado a partir de la fiscalización llevada a cabo el 15 de marzo de 2013, estimándose de manera negativa la conducta anterior del infractor, como asimismo, la existencia de un gran número de personas cuya salud pudo afectarse, la importancia del daño causado o peligro ocasionado y, además, de estimarse la concurrencia del beneficio económico por costos retrasados.

F. Respecto de la infracción A.6, esta consistió en no haber adoptado medidas para hacerse cargo de la succión masiva de recursos hidrobiológicos, a través del sifón de aguas de refrigeración de la Segunda Unidad, en tanto impacto no previsto. Esta infracción se clasificó como grave y se estableció como sanción, una multa de 624 UTA, dado que se estimó que se había generado una situación de riesgo ambiental, derivado de la implementación de medidas insuficientes para evitar el riesgo de succión masiva de recursos hidrobiológicos, determinándose la concurrencia de un beneficio económico ascendente a un costo a lo menos igual al de las medidas ya adoptadas y a los gastos

Monumentos de Obispo y Monte

asociados a la implementación del protocolo de control de succión de biomasa, considerándose, por último, de forma positiva la implementación del plan de seguimiento Prueba Piloto.

G. Respecto de la infracción B.1, por incumplimiento al requerimiento de información solicitado de conformidad al artículo 28 de la LOSMA, atribuible al retraso en el cumplimiento de lo solicitado, siendo este de 7 meses aproximados, se clasificó esta infracción como leve y se estableció como sanción una multa de 8,6 UTA, al estimarse que dichos incumplimientos no respondían a una solicitud de carácter urgente y no tenían el potencial de causar daño ni peligro, valorándose de forma positiva la conducta posterior del infractor.

H. Respecto de la infracción C.1, por incumplimiento al requerimiento de información solicitado de acuerdo al artículo 3° letra e) de la LOSMA, habiéndose incurrido en 5 días de retraso, se clasificó la infracción como leve y se estableció como sanción, la multa de 4,2 UTA, por las mismas consideraciones tenidas respecto de la infracción B 1.

I. Respecto de la infracción D.1, relativa al desarrollo de actividades al margen del sistema de Evaluación Ambiental, conforme lo dispuesto en el artículo 35 letra b) de la LOSMA, en relación a la operación en todo o parte del Proyecto de Optimización, se impuso una multa de 977 UTA, siendo clasificada como gravísima, en virtud de lo dispuesto en el literal f) del numeral 1° del artículo 36

Non liquet culpa y odio

de la LOSMA. Lo anterior, dado que para la SMA, la ejecución de actividades no habrían sido evaluadas en el Sistema de Evaluación Ambiental, produciendo los efectos características o circunstancias del artículo 11 de la Ley N°19.300. Esto se encontraría corroborado por el Informe DFZ-59-2014, que distinguió 4 grupos de modificaciones realizadas a la Central, entre ellas, de diseño de ingeniería, de manejo de insumos y residuos, de seguridad y respaldo y de disposición general de la planta, encontrándose la infracción D 1, contemplada dentro del primer grupo sobre modificaciones al diseño de ingeniería, además de haberse constatado beneficios económicos en relación a los costos retrasados asociados a gastos de presentación y tramitación del EIA, que debió haberse efectuado en su oportunidad.

- p) Por otra parte, la Resolución Recurrida estableció, además de las multas por las infracciones señaladas precedentemente, la obligación de dar estricto cumplimiento a la RCA N°206/2007 y a la Norma de Emisión de Ruidos contenida en el Decreto Supremo N°146/1997, modificada por el Decreto Supremo N°38/2011; además de requerir a ENDESA remitir a la SMA de manera bimensual, información de seguimiento sobre succión de recursos hidrobiológicos, imponiéndosele la obligación de reportar e informar inmediatamente sobre la ocurrencia de un

Monte Alto Obito y mas

nuevo fenómeno de succión masiva equivalente a los ocurridos en los años 2013 y 2014.

6. Los antecedentes del proceso de reclamación sustanciados bajo el Rol N° R 6-2014, que se resumen a continuación:

- a) La reclamación de fecha 01 de septiembre de 2014, deducida en contra de la Resolución Recurrida, asignándosele el Rol N° R-6-2014, presentada por ENDESA, representada por el abogado señor Mario Galindo Villarroel.
- b) La reclamación interpuesta por los pescadores artesanales Marisol Ortega Aravena y Luis Villablanca Rivas, representados por el abogado señor Sebastián Inostroza Diez en contra de la Resolución Recurrida, que fue individualizada con el Rol R-7-2014, ingresada el 02 de septiembre de 2014 al Primer Juzgado Civil de Concepción, siendo remitida al Tercer Tribunal Ambiental mediante Oficio N° 1284-2014, de fecha 03 de septiembre de 2014, constando cargo de recepción ingreso con fecha 11 de septiembre de 2014. Con fecha 23 de septiembre de 2014, a fs. 22, se acogió a trámite la reclamación deducida, solicitando a la SMA que informara al respecto.
- c) Que por resolución de fecha 15 de octubre de 2014, de fs. 202, este Tribunal decidió acumular a ésta causa, la reclamación signada bajo el Rol R-7-2014.
- d) Con fecha 17 de septiembre de 2014, la SMA evacua el informe solicitado, que rola a fs. 140 y siguientes, acompañando expediente sancionatorio Rol N°D-015-2013, en formato digital. Con fecha 23 de septiembre de 2014, a fs. 195 la SMA incorpora

Novelante novela

certificado de autenticidad emitido por el Ministro de Fe, Sr.

Nicolás Ortiz Correa.

- e) El escrito que rola a fs. 23, por el cual ENDESA se hace parte.
- f) El informe de fs. 45 y siguientes, por el cual la SMA evacua el informe solicitado respecto a la reclamación Rol R 7-2014.
- g) A fs. 210, y con el mérito de la certificación de estado de relación del Sr. Relator a fs. 209, el Tribunal decreta autos en relación, fijando fecha de audiencia de alegatos para el día 04 de noviembre de 2014, la que, finalmente, se lleva a efecto el día 06 del mismo mes y año, habiendo mediado solicitud de suspensión, de común acuerdo de las partes. La concurrencia a la vista se certifica por el Sr. Relator a fs. 730 de estos autos.
- h) A fs. 933, el Tribunal decretó como medida para mejor resolver, la inspección personal del Tribunal, la que se llevó a cabo

Marisol Ortega y otro

los días 18 y 19 de diciembre de 2014, según consta a fs. 944 y siguientes de autos.

- i) Que a fs. 847, ENDESA planteó incidente en relación con la medida para mejor resolver dictada a fs. 732, el que fue dejado en autos para definitiva a fs. 932.

I. CONSIDERANDO

Primero: Que al momento de la presentación, las partes reclamantes ENDESA y Marisol Ortega y otro, acompañaron los siguientes medios de prueba:

1) Medios de Prueba de ENDESA:

- a) Copia de la Resolución Exenta N° 421 de 11 de agosto de 2014, de la SMA, que resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio, Rol N° D-015-2013, seguido en contra de ENDESA (fs. 72 y ss.).
- b) Constancia de notificación de la Resolución Exenta 421 de 11 de agosto de 2014 (fs. 127).
- c) Copia de escritura pública en la que consta la personería del abogado Mario Galindo Villarroel para actuar por ENDESA (fs. 128).
- d) Copia del acta de notificación de la Resolución Exenta N° 421 de 11 de agosto de 2014, dictada por la SMA, respecto de los

Noventa y dos

reclamantes Marisol Ortega Aravena y Luis Villablanca Rivas
(fs. 256).

- e) Estudio de Modelación Dinámica de Pluma Térmica, Bahía de Coronel, Región del Biobío, elaborado por Costasur Ltda., de julio de 2014 (fs. 257 y ss.).
- f) Informe Modelo de Propagación Sonora Central Termoeléctrica Bocamina, elaborado por el consultor Sónica Ltda., de septiembre de 2013 (fs. 314 y ss.).
- g) Mapas de Estudio de Impacto Acústico preparados por la empresa Control Acústico (Gerard Ingeniería Acústica SpA) (fs. 329 y ss.).
- h) Informe para determinación de la eficiencia del sistema implementado para reducir el ingreso de biomasa por los ductos de captación de agua de refrigeración de las unidades 1 y 2 de la Central Termoeléctrica, aprobadas mediante resolución N° 241/2013 de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región del Biobío, elaborado por Endesa, de 06 de agosto de 2014 (fs. 658 y ss.).
- i) Carta GETB N° 576/2014, de fecha 6 de agosto de 2014, que da cuenta de la presentación ante la SMA del informe para la

determinación de la eficiencia del sistema implementado para reducir el ingreso de biomasa (fs. 727).

2) Medios de Prueba de la SMA:

- a) Copia digital autenticada y foliada del expediente del procedimiento administrativo (fs. 195).
- b) Decreto Supremo N° 48, del Ministerio del Medio Ambiente, de fecha 14 de marzo de 2014 en el que consta la personería de Cristian Franz Thorud (fs. 136 y ss.).

3) Medios de Prueba Acompañados por las Partes en causa R-7-2014:

- a) Copia de mandato judicial en la que consta personería del abogado Sebastián Inostroza Diez, para comparecer en nombre de Marisol Ortega Aravena (fs. 1 del Expediente acumulado).
- b) Copia de mandato judicial en la que consta personería del abogado Sebastián Inostroza Diez, para comparecer en nombre de Jesús Luis Villablanca Rivas (fs. 20 del Expediente acumulado).
- c) Constancia de notificación de la Resolución Exenta 421 de 11 de agosto de 2014 acompañada por ENDESA (fs. 34 del Expediente acumulado).
- d) Copia de escritura pública en la que consta la personería del abogado Mario Galindo Villarroel para actuar por ENDESA (fs. 30 del Expediente acumulado).
- e) Copia del Decreto Supremo N° 48 del Ministerio del Medio Ambiente, de fecha 14 de marzo de 2014 en el que consta la

Monumentos novata y unatro

personería de Cristian Franz Thorud (fs. 38 del expediente acumulado).

4) Medida para Mejor Resolver:

a) Con fecha 11 de noviembre de 2014, a fs. 732, el Tribunal decretó medida para mejor resolver, disponiendo oficiar al Superintendente del Medio Ambiente con el objeto de aclarar las alegaciones de ENDESA en su alegato, lo que fue informado por la SMA con fecha 19 de noviembre de 2014 a fs. 733.

b) A fojas 933, con fecha 10 de diciembre de 2014, el Tribunal decretó como medida para mejor resolver, la inspección personal del Tribunal, la que se llevó a cabo los días 18 y 19 de diciembre de 2014, según consta a fojas 944 y siguientes de autos.

Segundo: Que, en conformidad a lo establecido en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (Ley N° 20.417), en adelante "LOSMA", se recurre, ante este Tribunal, en contra de la Resolución Recurrida, que sanciona a ENDESA con una serie de multas con ocasión de diversos incumplimientos advertidos en la Central Termoeléctrica Bocamina. Dichas sanciones se pueden agrupar en aquellas que reprimen incumplimientos a: (i) exigencias establecidas en la RCA N° 206/2007, en adelante "RCA", para el proyecto Ampliación Central Bocamina Segunda Unidad, en adelante "Proyecto Ampliación"; (ii) requerimientos de información efectuado por la SMA; y (iii) desarrollo de actividades del Proyecto de Optimización para las que la ley exige una resolución de calificación ambiental, sin contar con ella.

Tercero: Que debido al significativo número de alegaciones planteadas por ENDESA, a la variedad de alegaciones jurídicas y

técnicas esgrimidas tanto por ENDESA como por los reclamantes Marisol Ortega Aravena y Luis Villablanca Rivas -en adelante "Marisol Ortega y otro"-, y el grado de interdependencia entre cada controversia, es que este Tribunal las desarrollará conforme al siguiente agrupamiento:

1. Controversia acerca de la aplicación del principio *non bis in idem* respecto de infracción A.1 (omisión de contar con un ducto de descarga que penetre 30 metros en el mar);
2. Controversia acerca de la calificación jurídica relativa al cargo D.1 (operación de todo o parte del Proyecto de Optimización, sin contar con una resolución de calificación ambiental);
3. Controversia relativa a la competencia de la SMA para determinar los efectos adversos significativos del artículo 11 de la Ley 19.300, en relación con el cargo D.1 (operación de todo o parte del Proyecto de Optimización sin contar con una resolución de calificación ambiental);
4. Controversia acerca de la generación de efectos adversos significativos del artículo 11 de la Ley 19.300 referida al cargo D.1 (operación de todo o parte del Proyecto de

Moralizante nuevo y más

Optimización, sin contar con una resolución de calificación ambiental);

5. Controversia en relación a la succión masiva de recursos hidrobiológicos;
6. Controversia acerca de la calificación y clasificación de la gravedad de las infracciones A.4 y A.5 (en materia de ruidos molestos);
7. Controversia relativa a la exigibilidad de un límite máximo de emisiones de CO para la Primera Unidad;
8. Controversia sobre el estándar de motivación para la determinación de sanciones por parte de la SMA; y
9. Controversia en cuanto a la determinación de sanciones específicas.

Cuarto: Que, al llevar a cabo el procedimiento sancionatorio, la SMA debe considerar -de acuerdo a la ley- al menos los siguientes aspectos: (a) la calificación de la infracción de acuerdo a alguno de los tipos infraccionales establecidos en el artículo 35 de la LOSMA; (b) la clasificación de la infracción, sobre la base de los criterios contenidos en el artículo 36 de la LOSMA, como gravísima, grave o leve; (c) la sanción a aplicar y (d) la determinación de la sanción específica (monto específico de la sanción en el caso de sanciones pecuniarias) sobre la base de las circunstancias contempladas en las letras a) a la i) del artículo 40 de la LOSMA.

En este contexto, las controversias 1 a la 7 versan tanto sobre la calificación de las sanciones realizada por la SMA, como sobre la clasificación de estas como gravísimas, graves y leves. La controversia 8 corresponde a una alegación formulada por ENDESA -

los reclamantes Marisol Ortega y otro son silentes en este punto- en el sentido que la Resolución Recurrida adolecería de falta de motivación al momento de determinar las sanciones específicas.

En cuanto a la controversia 9, una vez resuelta la controversia 8, será posible ahondar en las alegaciones tanto de ENDESA como de Marisol Ortega y otro, relacionadas con la determinación de sanciones específicas. Estas controversias se pasan a analizar a continuación.

1. Controversia acerca de la aplicación del principio *non bis in idem* respecto de infracción A.1

Quinto: Que durante el proceso sancionador, la SMA estableció que ENDESA incumplió la exigencia establecida en el considerando 3.3 de la RCA, al omitir contar con una obra de descarga de RILES del sistema de refrigeración del condensador, la que debía penetrar 30 metros en el mar desde el borde de la playa. A fs. 101, la SMA constata este incumplimiento de la RCA (infracción A.1), pero accede a la petición de ENDESA de aplicar el principio del *non bis in idem*, pues considera que se produce una triple identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción A.1 y la infracción D.1, esto es la operación de todo o parte del Proyecto de Optimización, sin contar con una resolución de calificación ambiental.

Sexto: Que, a fs. 08, del expediente de la causa R-7 acumulada, en adelante "Expediente acumulado" a estos autos, los reclamantes Marisol Ortega y otro, sostienen que en la Resolución Recurrida se habría dado una errada aplicación del principio "*non bis in idem*". De acuerdo a estos reclamantes, el hecho que da lugar al cargo A.1 es anterior e independiente del hecho que da lugar al cargo D.1;

Recurrida, recurrida y otro

cargos que además, se basarían en fundamentos diferentes. Así, sostienen los reclamantes, el fundamento de A.1 es el incumplimiento de una condición de la RCA, mientras que el fundamento de D.1 es la construcción y operación de un proyecto de inversión listado en el artículo 10 de la ley de Bases Generales del Medio Ambiente, en adelante "LBGMA", sin contar con una resolución de calificación ambiental (fs. 08 y 09 del Expediente acumulado).

Séptimo: Que, por su parte la SMA sostiene en la Resolución Recurrida, y así lo reiteró en su informe al justificar la aplicación del principio *non bis in idem*, que de los antecedentes del expediente se habría demostrado la triple identidad que exige el principio, por cuanto la omisión de contar con una obra de descarga que penetre en el mar 30 metros desde el borde de la playa, corresponde a uno de los hechos u omisiones que sustentan la infracción D.1 (fs. 53, del Expediente acumulado).

Octavo: Que, para resolver el punto, es pertinente traer a colación el inciso segundo del artículo 60 de la LOSMA, el que dispone que "*en ningún caso se podrá aplicar al infractor, por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, dos o más sanciones administrativas*", norma que de acuerdo a la historia legislativa tuvo por finalidad establecer el denominado principio *non bis in idem* (Historia de la ley N° 20.417, pp. 131, 174 y 1651). En su versión sustancial, el principio consiste en la "*prohibición de sancionar simultanea o sucesivamente dos o más veces por un mismo hecho, cuando las normas sancionatorias posean un mismo fundamento o base racional*" (GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, 3ª ed., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, pp. 212), cerrando con ello la posibilidad de

Novena y mil

aplicar dos sanciones administrativas en las condiciones expresadas. Es decir, un mismo hecho no puede ser sancionado mediante la aplicación de dos normas que configuran más de una infracción, si éstas tienen un mismo fundamento. A contrario sensu, si los hechos o el fundamento son diferentes, no solo no hay impedimento para aplicar las dos sanciones, sino que necesariamente ellas deben ser aplicadas.

Noveno: Que, aclarado lo anterior, corresponde analizar la situación concreta. Se aprecia que en la Resolución Recurrida la situación de hecho en la que se sostiene el cargo A.1 es la omisión de contar con una obra de descarga que penetre en el mar 30 metros desde el borde la playa, como lo exige la RCA. En los hechos, se constató un cambio en la localización de la descarga, la que se realizaba a orilla de playa, dando lugar a los efectos que se describen en el punto 48.2 de la Resolución Recurrida (fs. 110 vta.), lo que ameritó un aumento de la sanción debido al incremento de su gravedad, al estimar que producía un efecto adverso significativo.

La situación fáctica recién descrita es la que permite a la SMA configurar la infracción base contenida en la letra a) del artículo 35 de la LOSMA; al mismo tiempo que en conjunto con las otras situaciones de hecho que considera la SMA, es incluida en la formulación del cargo D.1, consistente en la operación del Proyecto de Optimización sin contar con resolución de calificación ambiental favorable exigida por la ley, configurando el tipo infraccional de la letra b) del mismo artículo de la LOSMA.

Como se aprecia, se trata de una misma situación fáctica, que permite configurar dos infracciones diferentes, según se aprecie

Mil

en relación con la RCA existente (artículo 35, letra a de la LOSMA) o con la operación del Proyecto de Optimización, para el que la ley exige la autorización expresa (artículo 35, letra b de la LOSMA), en atención a que se trata de modificaciones sustantivas a lo originalmente aprobado.

Por otro lado, se aprecia que en ambos casos, el fundamento jurídico de las infracciones creadas por el legislador en las letra a) y b) del artículo 35, es evitar la ejecución de proyectos o actividades al margen de la condición establecida por la correspondiente resolución de calificación ambiental, o al margen del SEIA, toda vez que obtener una resolución de calificación ambiental favorable, tiene por objeto determinar la normativa ambiental aplicable y predecir los impactos ambientales que el proyecto o actividad generará, mitigándolos, compensándolos y/o reparándolos.

Décimo: Que por lo expresado en los considerandos que anteceden, este Tribunal estimará que la aplicación del principio *non bis in idem* por la SMA al no imponer la sanción prevista por el ordenamiento jurídico para el cargo A.1, por estimar que el hecho que le da origen se encuentra subsumido en la infracción prevista en relación con el cargo D.1, se ajusta a lo previsto en el artículo 60 inciso segundo de la LOSMA, en tanto que, en la situación concreta presentada a conocimiento de este Tribunal, una misma situación fáctica puede dar origen a dos infracciones.

2. Controversia acerca de la calificación jurídica relativa al cargo D.1

Undécimo: Que la LOSMA, en su artículo 35, otorga potestad sancionadora exclusiva a la SMA, entre otras, respecto de las dos

Mil mo

siguientes infracciones "a) El incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental" y "b) La ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella".

Duodécimo: Que, a fs. 79 y ss., y 153 vta., en relación con la infracción D.1, la SMA considera que se configura una elusión al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en adelante "SEIA", conforme a la letra b) del artículo 35, debido a que la operación de todo o parte del Proyecto de Optimización que modifica el Proyecto de Ampliación, no cuenta con una resolución de calificación ambiental.

Decimotercero: Que, a fs. 6 y ss., ENDESA controvierte que se le aplique la sanción de la letra b) del artículo 35 de la LOSMA, toda vez que, a su juicio, se le debería sancionar con base a la letra a) de dicho artículo, esto es por "El incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental".

Decimocuarto: Que, ENDESA a fs. 6 señala, "Aun cuando es evidente que el proyecto de mi representada cuenta con una RCA vigente, al punto que a mi representada se la sanciona por su incumplimiento, la resolución N° 421 también sanciona la incorporación de ajustes a la Central Bocamina Unidad II, como la ejecución de un proyecto al margen del sistema de evaluación de impacto ambiental...". Por lo cual, esta empresa alega discordancia entre los hechos en que se

Muel dor

funda el reproche de la SMA y la calificación jurídica de la sanción aplicada.

Decimoquinto: Que, la argumentación de ENDESA y de la SMA discurren por vías diversas. Por una parte, ENDESA sostiene que existiendo RCA para el Proyecto de Ampliación, todas sus acciones al margen de ésta -incluidas las amparadas en su Proyecto de Optimización-, deben ser consideradas como incumplimientos a la misma. Mientras, la SMA afirma que los mismos hechos deben ser entendidos como elusión al SEIA. En esencia, las partes no coinciden y disputan sobre la calificación jurídica de los hechos.

Decimosexto: Que para resolver la controversia de si los hechos constatados por la SMA constituyen incumplimientos a las condiciones establecidas en la RCA como plantea ENDESA, o significan la ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los cuales la ley exige resolución de calificación ambiental sin contar con ella -como plantea la SMA-, preciso es hacer referencia al artículo 8 de la ley 19.300, "*Los proyectos o actividades señalados en el artículo 10 solo podrán ejecutarse o **modificarse** previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido en la presente ley*" (destacado nuestro).

Decimoséptimo: Que, por lo tanto, y como se desprende del articulado, no solo proyectos nuevos, sino que además modificaciones a proyectos existentes, requieren una evaluación ambiental previa a su implementación.

Decimooctavo: Que, al tiempo de la formulación de cargos llevada a cabo por la SMA, se encontraba vigente el D.S. N° 95/2001, que establecía el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto

Artículo tres

Ambiental, que en su artículo 2° señalaba que para efectos de ese reglamento se entendería como modificación de proyecto o actividad la "realización de obras, acciones o medidas tendientes a intervenir o complementar un proyecto o actividad ya ejecutado, de modo tal que este sufra cambios de consideración." Sin ahondar en qué se entiende por "cambio de consideración".

Decimonoveno: Que el artículo 3° del mismo Reglamento establecía los tipos de proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental en cualesquiera de sus fases, y que debían someterse al SEIA.

Vigésimo: Que, de acuerdo a la letra c) del artículo mencionado en el párrafo anterior, entre los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualquiera de sus fases, que deberán someterse al SEIA, se encuentran las centrales generadoras de energía mayores a 3 MW.

Vigésimo primero: Que, existe una diferencia de 20 MW de potencia entre la central autorizada según la RCA (350 MW) y lo que efectivamente terminó construyendo ENDESA (370 MW). Por lo que no someter este incremento al SEIA previo a su construcción, configura la infracción de la letra b) del artículo 35 de la LOSMA, al constituir este incremento por sí mismo, la ejecución de un proyecto o actividad para los que la ley exige resolución de calificación ambiental.

Vigésimo segundo: Que, a mayor abundamiento, según consta en la Declaración de Impacto Ambiental del Proyecto de Optimización, presentada por ENDESA con fecha 25 de noviembre de 2011 ante la Dirección Regional del SEA de la Región del Biobío, la tipología

de proyecto por la cual se ingresa al SEIA es la letra c) del artículo 3° del Reglamento del SEIA (D.S. 95/2011). La misma situación se observa en el EIA del Proyecto de Optimización presentado con fecha 3 de diciembre de 2013, posteriormente desistido.

Vigésimo tercero: Que ENDESA plantea una serie de alegaciones adicionales, que desde su punto de vista respaldarían su posición en relación con que las desviaciones observadas respecto a la RCA constituyen incumplimientos de acuerdo al artículo 35 letra a), y no elusión del SEIA, conforme al artículo 35 letra b) como plantea la SMA. Entre estas alegaciones se encuentran: (i) la ausencia de clandestinidad en el actuar de ENDESA; (ii) que el artículo 35 letra b) no incluiría las modificaciones; (iii) que debería hacerse una interpretación útil del régimen sancionatorio; y (iv) que existiría un conjunto de casos en los cuales desviaciones de la resolución de calificación ambiental son tratadas por parte de la SMA como infracciones a la letra a), del artículo 35 de la LOSMA. Estas alegaciones serán desechadas pues desde el punto de vista de este Tribunal, no alteran en nada la decisión expresada en el considerando siguiente.

Vigésimo cuarto: Que se concluye la correcta calificación de los hechos en el tipo infraccional del artículo 35 letra b), lo que determina la existencia de una elusión al SEIA con base a los antecedentes aportados por las partes, por la ejecución de un

Mil Aldo

proyecto o actividad para el cual la ley exige resolución de calificación ambiental, sin contar con ella.

3. Controversia relativa a la competencia de la SMA para determinar los efectos adversos significativos del artículo 11 de la Ley 19300

Vigésimo quinto: Que ENDESA plantea que la SMA es incompetente para determinar por sí sola la existencia de efectos, características y circunstancias establecidas en el artículo 11 de la Ley 19.300.

Vigésimo sexto: Que lo que la Empresa alega, es que al no tener la SMA competencia para determinar los efectos características o circunstancias previstos en el artículo 11 de la ley 19.300, necesariamente se debe concluir que la SMA no está en condiciones de clasificar una infracción como gravísima de acuerdo a lo establecido en el artículo 36 N° 1 letra f) de la LOSMA.

Vigésimo séptimo: Que, a fs. 21, ENDESA en su escrito plantea que "el hecho de que la Ley le haya entregado el ejercicio de la potestad sancionadora a la Superintendencia, y que esta incluya la determinación de las infracciones sometidas a su conocimiento para efectos de determinar las sanciones aplicables, no implica que pueda invadir las atribuciones de otros organismos y prescindir en absoluto de ellos".

ENDESA fundamenta lo anterior, en que "la determinación de los efectos características y circunstancias contemplados en el artículo 11 de la Ley 19.300 constituye un aspecto de carácter técnico que la ley entregó a una autoridad precisa (El Servicio de Evaluación Ambiental o el Director Ejecutivo de dicho Servicio),

en el marco de un procedimiento reglado (el procedimiento de evaluación de impacto ambiental), diverso del procedimiento administrativo sancionatorio".

Vigésimo octavo: Que, a mayor abundamiento, ENDESA plantea que en la actualidad el proceso de identificación de impactos se lleva a cabo a través de la revisión del EIA del Proyecto de Optimización, el cual se encuentra actualmente en tramitación, y por lo tanto reforzaría la posición de la empresa en el sentido de que la evaluación de los impactos se lleva a cabo por un organismo distinto a la SMA.

Vigésimo noveno: Que a fs. 161 vta., 162, 162 vta. y 163, la SMA controvierte lo planteado por ENDESA, argumentando que sí tiene la competencia para determinar efectos del artículo 11 de la Ley N° 19.300 en su potestad sancionatoria. Esta potestad estaría contenida en los artículos 3° letra o) de la LOSMA según el cual la SMA tiene entre sus funciones y atribuciones la de "Imponer sanciones de conformidad a lo señalado en la presente ley", y el artículo 35 de la misma Ley que dispone, "Corresponderá **exclusivamente** a la Superintendencia del Medio Ambiente el ejercicio de la potestad sancionadora (...)" (énfasis agregado por la SMA).

Trigésimo: Que, en el escenario descrito precedentemente, lo que corresponde es ponderar si la SMA posee las facultades, dentro del proceso sancionador, para determinar por sí misma (sin consulta

al SEA), la presencia de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley 19.300.

Trigésimo primero: Que en su alegación, ENDESA argumenta que el SEA y la SMA tienen ámbitos de acción distintos y diferenciados. ENDESA afirma que las facultades del SEA fueron contempladas por el legislador para ejercerse "...en el marco de un procedimiento reglado (el procedimiento de evaluación de impacto ambiental), del todo diverso del procedimiento administrativo sancionatorio", (fs. 21).

Trigésimo segundo: Que, para este Tribunal, precisamente esta clara diferenciación entre el procedimiento de evaluación ambiental (eminentemente preventivo) y el procedimiento sancionatorio (eminentemente correctivo), es lo que separa las atribuciones del SEA, por una parte, y de la SMA, por otra.

Trigésimo tercero: Que, corresponde al SEA determinar los efectos, características y circunstancias citados en el artículo 11 de la LGBMA en un enfoque preventivo, en el cual se deberán anticipar medidas que permitan mitigar, compensar o reparar adecuadamente los efectos identificados.

Trigésimo cuarto: Que, a la SMA, por su parte, corresponde determinar la existencia de los efectos, características y circunstancias para establecer la gravedad de una infracción y así poder clasificarla como grave o gravísima. De lo anterior se desprende que, mientras el SEA debe realizar un ejercicio de previsión, la SMA debe realizar un ejercicio de constatación.

Trigésimo quinto: Que, desde el punto de vista de estos sentenciadores, y disintiendo de la apreciación de ENDESA, la

Mel odo

facultad de constatar la presencia de alguno de los efectos, características o circunstancias considerados en el artículo 11 de la Ley 19.300 ha sido entregada expresamente a la SMA, y así está claramente establecido en la ley cuando señala "...involucren la ejecución de proyectos o actividades del artículo 10 de la ley 19300 al margen del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y **se constate** en ellos alguno de los efectos características o circunstancias previstos en el artículo 11 de dicha ley." (Art. 36 letra f, LOSMA; el destacado es nuestro).

Trigésimo sexto: Que ante el tenor literal del texto antes citado, y siguiendo la regla de interpretación de la ley, consagrada en la primera parte del artículo 20 del Código Civil, que es una norma de aplicación general para todo nuestro ordenamiento jurídico, entiende este Tribunal que el sentido natural y obvio de la palabra "constatar", tal y como la define el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española es: "Comprobar un hecho, establecer su veracidad, dar constancia de él". Además, de acuerdo a la misma fuente, comprobar es: "Verificar, confirmar la veracidad o exactitud de algo".

Trigésimo séptimo: Que, en tales términos, resulta evidente para este Tribunal, que esta norma faculta expresamente a la SMA para ponderar, dentro de la esfera de sus atribuciones y para los fines propios de su acción fiscalizadora, todos los medios de prueba que estime necesarios y que sean conducentes para llegar a la convicción de que en los asuntos sometidos a su conocimiento en el contexto de la instrucción de un procedimiento de fiscalización o sancionatorio, se haya verificado o no la existencia de impactos

ambientales de aquellos previstos en el artículo 11 de la ley N° 19.300.

Trigésimo octavo: Que por todo lo anteriormente expuesto, la alegación planteada por la recurrente ENDESA en el sentido de que la SMA seria incompetente para determinar por si sola la existencia de efectos, características y circunstancias establecidas en el artículo 11 de la ley N° 19.300 no puede prosperar y deberá ser rechazada.

4. Controversia acerca de la generación de efectos adversos significativos del artículo 11 de la Ley 19.300

Trigésimo noveno: Que, entre sus alegaciones ENDESA plantea que, aun cuando se configure la infracción relativa a la ejecución de obras y acciones para los que la ley exige resolución de calificación ambiental y se decida que la SMA tiene competencia para constatar alguno de los efectos, características o circunstancias previstas en el artículo 11 de la ley 19.300 que permitan clasificar dicha infracción como gravísima, esta clasificación ha sido establecida sin que existan antecedentes suficientes que permitan concluir, sobre una base concreta y rigurosa, la existencia de efectos adversos significativos sobre

Mal diez

el medio marino. En torno a esta controversia, ENDESA proporciona los siguientes argumentos:

1. La cantidad y calidad de la información, así como la calidad del análisis no permiten afirmar la existencia de efectos adversos significativos.
2. El análisis de la SMA no se sustenta, es poco riguroso y se basó en datos erróneos, ya que las mediciones se vieron afectadas por el fenómeno de deriva de la sonda, y por cambios en la batimetría de la zona de estudio.
3. No es posible constatar la modificación de la permeabilidad de la zona de rompiente, ya que éste no es un atributo medible y no se replicaron los estudios necesarios para llegar a tal conclusión.
4. Los datos biológicos demuestran que no hay efectos estadísticamente significativos en las comunidades bentónicas y que no es posible, con esta información, advertir en estos organismos los efectos de los cambios en la permeabilidad de la zona de rompiente.

Cuadragésimo: Que, a fs. 164 a 167, en el informe correspondiente, la SMA contraargumenta la posición de ENDESA señalando, principalmente, que:

1. Los datos utilizados en el análisis de la SMA no son erróneos, toda vez que han sido proporcionados por ENDESA en sus Programas de Vigilancia Ambiental, en adelante "PVA"; que la SMA no ha eliminado datos, sino que ha sido ENDESA quien, unilateralmente, descartó información, aludiendo fallas en la misma, aclarando además que el análisis de la termoclina no se hace en la zona

Mal one

de rompiente, sino en zonas con profundidad adecuada y que para este análisis no se cuentan con valores de referencia, toda vez que la termoclina es un concepto, no un parámetro.

2. El uso del término permeabilidad de la zona de rompiente de acuerdo a Rilov y colaboradores, (Rilov, G., S.E. Dudas, B.A. Menge, B.A. Grantham, J. Lubchenko y D.R Schiel 2008. The surf zone: a semi-permeable barrier to onshore recruitment of invertebrate larvae? Journal of Experimental Marine Biology and Ecology 361: 59-74) sólo implica una referencia, toda vez que la citada publicación permite inferir que una menor permeabilidad en el sistema de corrientes en la zona de rompiente podría afectar el asentamiento de larvas y juveniles de organismos bentónicos.

3. El análisis de los recursos bentónicos de la zona intermareal no forma parte de las conclusiones en la resolución sancionatoria, ya que tras los argumentos previamente expuestos por ENDESA sobre la significancia estadística de los datos biológicos, éste fue descartado.

Cuadragésimo primero: Que en relación con la reclamación formulada por ENDESA respecto de la inexistencia de antecedentes suficientes para determinar los efectos del art. 11 de la Ley 19.300, el Tribunal es de la opinión que ésta no puede ser aceptada, atendiendo el volumen de información contenida en los informes aportados por ENDESA no sólo en los PVA, sino que además en los reportes adicionales generados, tanto para la presente reclamación,

Nil dou

como en las sucesivas evaluaciones ambientales a las cuales el Proyecto de Optimización se ha debido someter.

Cuadragésimo segundo: Que la eliminación unilateral de los datos de calidad físico-química de la columna de agua, no constituye una circunstancia que impida sustentar las conclusiones a las que arriba la SMA, y menos considerando que los datos faltantes no fueron proporcionados en el transcurso de la reclamación, como prueba del real efecto del aludido fenómeno de deriva en el comportamiento de los datos. La eliminación de datos correspondió sólo a aquellos de los estratos más profundos, y al ser el instrumento de medición una sonda multiparamétrica de tipo CTDO, el cual desciende en la columna de agua registrando las mediciones, no es posible interpretar que los cambios detectados en la batimetría del sector impliquen error en la lectura de un instrumento que mide desde la superficie.

Cuadragésimo tercero: Que no se detectaron pruebas o análisis en forma aportadas por ENDESA que permitan demostrar la falta de rigurosidad, sustentación o profundidad en el análisis que realiza la SMA de los datos disponibles. No obstante ello, al analizar en detalle los datos disponibles de 13 meses de monitoreo de la columna de agua en la Bahía de Coronel y en una estación control, todos datos extractados de los Informes del PVA (disponibles a fs. 3585, Anexo Medio Marino del expediente de sanción D-15-2013), no se aprecia que en todas las estaciones afectadas por la descarga exista un descenso de la termoclina propiamente tal (en las estaciones y períodos donde ésta ha quedado registrada), sino que más bien un ensanchamiento o aumento de amplitud de la misma. Además se detectó que en los meses en que la estación control presenta mezcla completa (es decir que la temperatura del agua es homogénea en toda la

Nil bre

columna), las estaciones cercanas a la descarga presentan estratificación térmica en superficie.

Cuadragésimo cuarto: Que, tanto el aumento en la amplitud de la termoclina, como el calentamiento de los estratos superficiales de la columna de agua en condiciones de mezcla completa, respaldan consistentemente la afirmación de que la descarga del efluente térmico aumenta la estratificación en la columna de agua, lo cual a su vez, tiene un efecto directo en la capacidad de mezcla, ya que ésta se reduce cuando los sistemas acuáticos permanecen fuertemente estratificados debido a un amplio desarrollo de la termoclina. Esta estratificación mayor y permanente reduce la capacidad de dilución y autodepuración del cuerpo receptor, toda vez que, al no producirse la mezcla completa, existe una suerte de disminución del volumen disponible para diluir las descargas puntuales.

Cuadragésimo quinto: Que, al considerar en el análisis otra de las variables reportadas para la columna de agua, se constató la existencia de otro efecto asociado a las alteraciones térmicas ya descritas, toda vez que, tanto en períodos de mezcla como de estratificación y a lo largo de prácticamente toda la columna de agua, la concentración de oxígeno es menor en las estaciones ubicadas en la zona de influencia de la descarga que en la estación control.

Cuadragésimo sexto: Que, respecto a la constatación de la modificación de la permeabilidad de las corrientes, ninguna de las partes logró aportar pruebas respecto a si ésta se produce o no debido a las descargas del efluente térmico de la Segunda Unidad. Tal como expone ENDESA, el fenómeno de permeabilidad no es un parámetro medible, y obedece al comportamiento de varios factores,

tales como el oleaje, la hidrodinámica costera, el tipo y disponibilidad del sustrato, la geomorfología de la costa y el nivel de estrés ambiental (Rilov, G., S.E. Dudas, B.A. Menge, B.A. Grantham, J. Lubchenko y D.R Schiel 2008. The surf zone: a semi-permeable barrier to onshore recruitment of invertebrate larvae? Journal of Experimental Marine Biology and Ecology 361: 59-74). No obstante ello, y tal como indica la empresa con base a la publicación ya citada, es posible constatar la existencia de cierto nivel de estrés ambiental producto de los cambios en la columna de agua mencionados en los considerandos anteriores. Por todo ello, ante la existencia de antecedentes plausibles de que los factores físicos de la zona costera pueden condicionar el asentamiento de la fauna bentónica, y habiéndose constatado efectos de la descarga en las estaciones de monitoreo en relación con la estación control, particularmente en la estructura térmica y nivel de oxigenación de la columna de agua, no sólo se concluye que es posible aplicar el concepto de permeabilidad de la zona de rompiente, sino que se constata la evidencia de que la descarga de efluentes térmicos alteran la calidad físico-química del agua, modificando con ello la capacidad de dilución, dispersión y autodepuración del cuerpo de agua receptor.

Cuadragésimo séptimo: Que, en lo tocante a que las diferencias detectadas en la abundancia y biomasa de la fauna intermareal y el nivel de significancia de estas diferencias, no existe una controversia real, toda vez que la SMA establece en la Resolución Recurrida que no es posible acreditar efectos sobre estas comunidades a partir del análisis de los PVA. Sin perjuicio de lo anterior, cabe observar que los datos biológicos corresponden tan solo a un período de un año, por lo que en el análisis que de ellos

Mil quin

se practica, se encuentran representadas todas las fuentes de variación, tales como la intervención antrópica, la variabilidad estacional, la variabilidad interanual y las interacciones biológicas *in situ* tales como competencia, depredación, interferencia, etc. Con esto se busca expresar que la falta de significancia estadística del análisis puede deberse a la dispersión de los datos en cada estación de monitoreo, a un bajo número de datos (baja representatividad) y no sólo a la homogeneidad de las comunidades bentónicas aludida por las partes.

Cuadragésimo octavo: Que, finalmente, atendidos los argumentos ya expuestos, este Tribunal concluye que existen datos suficientes para determinar la gravedad de la infracción, que los datos disponibles no resultan erróneos, que mediante el análisis de estos datos es posible constatar cambios físico-químicos en la columna de agua, particularmente en lo relativo a la estructura térmica y oxigenación, y que estos cambios pueden alterar los procesos de reclutamiento de la fauna bentónica. Por todo ello, es correcta la clasificación de la infracción D.1, clasificada en este proceso como gravísima, al haberse constatado la generación de los efectos adversos del artículo 11 de la ley 19.300, a saber, modificación de la capacidad de dilución, dispersión y autodepuración del cuerpo de agua receptor (de acuerdo al art. 6, letra j) del D.S. 95/2001), y alteración de las condiciones que hacen posible la presencia y

Mil del Real

desarrollo de las especies y ecosistemas (de acuerdo al art. 6 del D.S. 40/2013).

5. Controversia en relación a la succión masiva de recursos hidrobiológicos

Cuadragésimo noveno: Que, en relación con esta controversia, a fs. 28 y ss., ENDESA alega lo siguiente:

1. Que esa empresa sí se hizo cargo de la succión de biomasa ante los eventos de varazón debidos a la surgencia, toda vez que implementó, adicionalmente a lo evaluado y aprobado en su RCA, un sistema de burbujas y una red de retención en torno a los sifones de aducción.
2. Que la SMA sobrepasa sus atribuciones al calificar la idoneidad de la medida.
3. Que no se respetan principios de legalidad y tipicidad, ya que las características de la medida adicional no se encuentran en la RCA, que es el instrumento que revisa la SMA.
4. Que la SMA impone criterios de última tecnología disponible, al margen de sus potestades, amparándose en el principio precautorio, el cual no está reconocido en el ordenamiento jurídico ambiental.
5. Que la SMA configura la situación de riesgo ambiental sólo por la succión de importantes cantidades de recursos

Mil dicado

hidrobiológicos, pero no cuantifica este riesgo ni establece las bases metodológicas para calcularlo.

Quincuagésimo: Que, la SMA, por su parte, al hacerse cargo de los argumentos presentados por ENDESA indica, en resumen que:

1. Las medidas para precaver impactos no previstos tienen como objetivo evitar o disminuir un efecto ambiental adverso, en este caso la succión masiva de biomasa, no bastando cualquier despliegue de acciones, sino que éstas deben ser oportunas e idóneas.
2. El artículo 36 numero 2 letra e) de la LOSMA, no hace distinción entre medidas descritas en la RCA y medidas adicionales por impactos no previstos, y que para calificar la gravedad del incumplimiento de éstas corresponde la aplicación del principio precautorio, el cual sí está reconocido (cita Ley de Pesca, Ley N° 20.657), por lo que compara la solución implementada con otras de mayor desarrollo tecnológico, señalando que la medida "Piloto" implementada por ENDESA no cuenta con ninguna evaluación de su idoneidad.
3. La medida adoptada por ENDESA no fue oportuna, ya que habían antecedentes de varazones desde mayo del año 2012, y sólo se implementó la medida tras los eventos de febrero de 2013; y que, aún con la implementación del "Piloto", se registró constante succión de biomasa (ORD VIII 9444, Sernapesca), ergo, tampoco fue idónea.

Quincuagésimo primero: Que, para este Tribunal, no basta con que se haga una aclaración de que una medida ante eventos imprevistos fue implementada debido a una exigencia expresa contenida en una resolución de calificación ambiental, sino que esta medida debe ser

Mil delgado

idónea en el sentido de que evite en un grado aceptable estos eventos o sus impactos. De ello se deducen, entonces, las características de idoneidad de las medidas aludidas, no siendo suficiente en este caso la acreditación de una determinada actuación, sino también la acreditación de su eficacia.

Quincuagésimo segundo: Que, para este Tribunal, la medida adicional, independientemente si corresponde o no a la mejor tecnología disponible, no resultó idónea, ya que existen reportes de succión de biomasa tras su implementación en cantidades importantes (promedios de 4 K/h, máximos de 18 K/h). Tampoco fue idónea porque ENDESA no pudo mantenerla funcionando en condiciones óptimas, resultando esto en un colapso de la red y discontinuidad en la cortina de burbujas, lo que motivó finalmente la aplicación de una medida cautelar.

Quincuagésimo tercero: Que, respecto del principio precautorio, efectivamente no fue incorporado en Ley N° 19.300, a pesar de haber sido requerido durante la discusión de la ley. No obstante ello, sí es posible aplicar medidas provisionales y cautelares, las cuales se condicen en su esencia con el principio precautorio. A juicio de estos sentenciadores, la medida adicional implementada por ENDESA no fue suficiente para hacerse cargo de los impactos no previstos, por lo que efectivamente hay incumplimiento del considerando 7.9. de la RCA.

Quincuagésimo cuarto: Que, respecto de la gravedad, las varazones de langostinos en la zona no son atribuibles a ENDESA, ya que se ha reportado que es un fenómeno natural que ocurre con cierta regularidad. Es por esto mismo que la Empresa debió haber implementado un sistema de retención, pensado precisamente en la

Med. delimitada

posibilidad de succionar biomasa mediante el proceso de filtrado y devolución.

Quincuagésimo quinto: Que, los antecedentes que dan origen a la Resolución Recurrida muestran que las medidas adoptadas por ENDESA, fueron pensadas para evitar el ingreso de peces y no de langostinos, organismos cuya presencia en la bahía era conocida. El argumento de que el riesgo se habría medido solo por la succión de biomasa, lo cual no está cuantificado ni argumentado, técnicamente no corresponde, ya que no se está clasificando la infracción como grave según la letra a) del número 2 del artículo 36 (haber causado daño ambiental susceptible de reparación), sino que según la letra e) mismo número y artículo de la LOSMA (incumplir gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva resolución de calificación ambiental).

Quincuagésimo sexto: Que finalmente, con relación al alegato de ENDESA de que la SMA no tendría la competencia para determinar si una medida es idónea, la LOSMA, en su artículo 35, letra a), entrega de manera expresa la competencia exclusiva a la SMA para ejercer la potestad sancionadora respecto del incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en la resolución de calificación ambiental.

Quincuagésimo séptimo: Que, sobre la competencia de la SMA para determinar impactos del artículo 11 de la Ley 19.300, ya se ha dicho que el ejercicio de la potestad sancionadora comprende la facultad para determinar si hay o no incumplimiento respecto de los deberes cuya fiscalización la ley entrega al órgano respectivo. Por tanto, en concepto de este Tribunal, no cabe cuestionar la competencia de

Milante

la SMA para calificar si una determinada acción u omisión importa o no el incumplimiento que la ley le encomienda sancionar. En concepto de este Tribunal, es del todo razonable entonces que la SMA puede hacer un análisis contrafactual que le permita constatar los impactos producidos -para lo cual tiene la competencia como ya latamente se ha dicho- tanto en la situación sin la medida a implementar como con la medida ya implementada, y ver si estos impactos evolucionan de manera favorable -esto es contrastar la idoneidad de la medida-; por lo tanto, se rechazará la alegación de ENDESA en orden a que la SMA no tendría la competencia para calificar una medida como idónea.

Quincuagésimo octavo: Que por todo lo anteriormente expuesto, este Tribunal concluye que esta infracción está correctamente tipificada por la SMA, tanto en su calificación como en su clasificación de grave.

6. Controversia acerca de la calificación y clasificación de la gravedad de las infracciones A.4 y A.5

Quincuagésimo noveno: Que, ENDESA plantea a fs. 57 que la infracción A.4 (el cierre acústico perimetral de la Central Bocamina presentó fallas y aperturas entre paneles al momento de la inspección) es una causa o precedente para la infracción A.5 (superación de norma de emisión de ruido), por lo que se estaría sancionando doblemente un mismo comportamiento.

Sexagésimo: Que, la empresa plantea además a fs. 54, que el reconocimiento de los hechos constatados por la SMA se realizó bajo el supuesto de que se aplicaría una única sanción por los

Mil vintuno

considerandos 3.3 y 6.1 de la RCA, bajo el supuesto de la aplicación del denominado "concurso infraccional".

Sexagésimo primero: Que, la SMA por su parte, plantea a fs. 177 que el hecho de que la presentación de descargos se haya hecho "*bajo la expectativa que conducirían a una única infracción*", no puede ser considerado un argumento jurídico para conceder su pretensión de recibir una única sanción. Agrega la SMA que ambas infracciones tienen un fundamento normativo distinto y que se desprenden de distintos numerales de la RCA.

Sexagésimo segundo: Que, ENDESA plantea el principio de *non bis in idem* en sus alegaciones de fs. 55 y ss., como una forma de sostener que se le debe aplicar una sola sanción, ya que la omisión parcial en la implementación de una medida de mitigación que dé lugar a la infracción A.4, constituye la causa o antecedente necesario para incurrir en la superación de la norma.

Sexagésimo tercero: Que, ENDESA sostiene a fs. 57 como argumento la aplicación del test de evitabilidad conjunta, el cual lleva necesariamente a concluir que si se hubiese implementado totalmente la medida de mitigación implementada parcialmente, entonces no se habría superado la norma.

Sexagésimo cuarto: Que, según la SMA, a fs. 177 vta., ambas infracciones arrancan de supuestos distintos y no tienen la identidad que el reclamo de ENDESA les atribuye. Para la SMA el cerco perimetral constituye solo una medida, entre otras, para evitar el ruido excesivo, entre las cuales se cuentan cabinas para los ventiladores, barrera acústica para planta de tratamiento de agua, obras de atenuación de ruido para la Primera Unidad y

Mél Ventidos

encapsulamiento de equipos. Se entiende entonces, a juicio de la SMA, que la barrera acústica perimetral es una de las medidas incluidas en un grupo mayor destinadas a evitar la generación de ruidos molestos y a dar cumplimiento a las normas de ruido.

Sexagésimo quinto: Que este Tribunal coincide en el punto planteado por la SMA, en el sentido que la barrera acústica perimetral al ser solo una de las medidas de un grupo mayor destinadas a evitar sobrepasar la norma de ruido, implica que no existe una relación unívoca entre causa (fallas en el cierre acústico perimetral) y efecto (incumplimiento de la norma de emisión de ruidos molestos); y, por lo tanto, los resultados del test de evitabilidad conjunta no se pueden aceptar como indicio de que fue equivocado el rechazo en la aplicación del principio *non bis in idem*.

Sexagésimo sexto: Que, a mayor abundamiento, lo anteriormente planteado acerca de la no exclusividad del cierre perimetral como una medida para evitar sobrepasar la norma por ruidos molestos, lo muestra ENDESA al plantear a fs. 57 que el resultado del test de evitabilidad conjunta le lleva a concluir que si la medida de mitigación (la correcta implementación del cierre perimetral) se hubiera implementado plenamente, se habría evitado la superación ocasional de la norma de emisión de ruidos molestos. A reglón seguido, y para ratificar lo anterior, hace referencia al considerando 4.2.2. de la RCA, la cual efectivamente expresa "*Dicha barrera acústica permitirá cumplir con la normativa aplicable*". Sin embargo -y esto no lo destaca la empresa aun cuando aparece en el mismo párrafo seleccionado-, el considerando 4.2.2. de la misma resolución expresa "*la barrera acústica **es una** de las medidas*

Paul Lavatres

incluidas en un grupo mayor que considera encapsulamiento de los equipos más ruidosos de las dos unidades" (el destacado es nuestro). Además, en las mismas fojas ENDESA plantea "*De manera que la emisión ocasional de ruidos por sobre lo estipulado en el Decreto Supremo 146/97, se produce **en gran medida*** [es decir en una medida alta pero no totalmente] *por las fallas y aperturas de paneles constatados en el cierre acústico perimetral"* (el destacado y aquello entre paréntesis es nuestro). Naturalmente, existe una contradicción por parte de la empresa al plantear que el test de evitabilidad conjunta le lleva a necesariamente concluir que si la barrera hubiera estado correctamente instalada, la norma por ruidos molestos no se hubiera sobrepasado, para luego plantear que la norma se sobrepasa **en gran medida** por las fallas en el cerco perimetral.

Finalmente, el que la sola implementación de la barrera acústica vinculada al cerco perimetral, no garantiza el cumplimiento de la norma de ruido queda demostrado con los datos de las mediciones de presión sonora realizadas en octubre de 2013, y en abril de 2014, constatándose que persisten los incumplimientos a la norma de ruido (D.S. 146/1997) una vez reparado el cierre perimetral, tal como consta en el informe de la SMA, reporte técnico del componente ambiental atmosférico a fs. 3411, anexo 40 del expediente de sanción.

Sexagésimo séptimo: Que, ENDESA alega a fs. 58, que con base a la concurrencia de los factores que agravan la infracción (existencia de un riesgo significativo para la salud de la población producto de la emisión de ruidos molestos, el número de personas cuya salud pudo afectarse, el beneficio económico, y la conducta anterior del infractor), la sanción le parece desproporcionada y alega cada uno

Mal Venturoso

de estos hechos mencionados (lo relacionado a la proporcionalidad de la sanción aplicada, lo abordará este Tribunal en la sección (9) de estos considerandos donde se aborda la determinación de las sanciones específicas). A continuación, este Tribunal se abocará a analizar aquellos aspectos que guardan relación con impactos en la salud de la población, ya que este es uno de los elementos que permiten clasificar la infracción en gravísima, grave o leve (artículo 36 de la LOSMA).

Sexagésimo octavo: Que, en relación con los impactos en la salud de la población, ENDESA argumenta a fs. 59: a) la determinación de riesgo en la salud es un aspecto que se tiene en consideración al determinar la norma, por lo tanto no correspondería considerar como factor agravante de su incumplimiento el riesgo para la salud de las personas; b) la SMA se atribuye competencias del SEA al determinar efectos o riesgos materia de evaluación de impacto ambiental; c) requería contar con un informe de organismo competente; d) al determinar el riesgo para la salud así como la población afectada no basta una revisión bibliográfica acerca de los efectos en la salud debido al ruido sino que debería contar con antecedentes concretos en relación con tales circunstancias (estadísticas de atención de salud, informes médicos, e idealmente estudios epidemiológicos).

Sexagésimo noveno: Que, la reclamada SMA argumenta en su escrito de respuesta a la reclamación, a fs. 179, que asumir la generación de riesgo a la salud de la población, que ENDESA ha calificado como arbitraria, no puede serlo, debido a la cantidad de estudios que muestran el efecto del ruido sobre la salud de las personas. Respecto a que no hace sentido, según ENDESA, apreciar los riesgos

Mel Vaintano

de la salud debido a que ya fueron considerados al establecerse la norma; la SMA encuentra una contradicción en la base del reclamo de ENDESA, pues por una parte plantea que no se ha demostrado el impacto en la salud de las personas debido a la superación de la norma, mientras que por otro lado plantea que el riesgo de la salud ya está considerado al establecerse los límites de la norma, lo cual es una contradicción desde el punto de vista de la SMA.

Septuagésimo: Que, este Tribunal, requiere precisar que la norma de ruido contenida en la Norma de Emisión de Ruidos del Decreto Supremo N°146/1997, modificado por el Decreto Supremo N°38/2011, como cualquier otra norma ambiental, se establece a través de un proceso reglado, que debe tener en consideración los efectos que tiene el contaminante, en este caso el ruido, sobre la salud de las personas (artículo 34 letra d del D.S. 93/1995, vigente al momento de elaborarse la norma de emisión de ruido), entre otros aspectos. El pretender, como parece inferirse a partir de lo expresado por ENDESA, que una vez determinada la norma, y detectado un incumplimiento, no podría considerarse el riesgo en la salud como un agravante, implicaría la imposibilidad de, una vez calificada una infracción, proceder a determinar su gravedad y concomitantemente con ello, la sanción correspondiente. Este Tribunal es de la opinión que una vez que se establece la configuración de la falta (sobrepasar una norma que fue construida teniendo consideraciones sobre riesgo a la salud de las personas) para la clasificación de su gravedad, e incluso para la determinación de eventuales sanciones, se deben tener en consideración nuevos antecedentes sobre el riesgo a la salud de la población, más allá de la mera constatación del incumplimiento de la norma, de modo de dirimir si existe riesgo o daño a la salud,

Mil v. Antizar

la magnitud de los eventuales daños producidos (letales, sub-letales, clínicos o subclínicos) y el número de personas afectadas, entre otras consideraciones (arts. 36 y 40 LOSMA).

Septuagésimo primero: Que, en mérito de lo anteriormente expuesto, este Tribunal concluye, que no corresponde aplicación del principio *non bis in idem*, y que las infracciones A.4 y A.5 han sido correctamente configuradas y clasificadas por la SMA. Que con relación al cuestionamiento acerca de la falta de proporcionalidad en la determinación de las sanciones por las infracciones A.4 y A.5, esto será analizado más adelante en esta sentencia en la sección correspondiente a la determinación de sanciones específicas (sección 9 de estos considerandos).

7. Controversia relativa a la exigibilidad de un límite máximo de emisiones de CO para la Primera Unidad

Septuagésimo segundo: Que, en esta alegación, ENDESA plantea a fs. 64, que si bien la RCA regula la Segunda Unidad, también existen algunos aspectos en que esa RCA regula la Primera Unidad. Esto último respecto de elementos específicos y acotados, que dicen relación con: (i) la instalación de un filtro de mangas destinado a captar las emisiones de material particulado; (ii) la instalación de un desulfurizador para captar las emisiones de SO₂ (dióxido de sulfuro) presentes en los gases de combustión de la caldera; (iii) obras de adaptación del sistema de manejo de cenizas, y (iv) obras de atenuación de ruido.

Septuagésimo tercero: Que, por lo tanto, según ENDESA, el alcance de la RCA con respecto a Bocamina I es restringido; por lo que de acuerdo a la empresa "No puede pretenderse la aplicación de

límites o tasas de emisiones a la unidad I, preexistente a la evaluación ambiental de la Segunda Unidad" (fs. 64).

Septuagésimo cuarto: Que, respecto de lo anterior, a fs. 64, ENDESA además señala que las emisiones asociadas a la Primera Unidad fueron consideradas como situación de línea de base para efectos de evaluar el aporte de la Segunda Unidad, pero en ningún momento se comprometieron como exigencia aplicable a la Primera Unidad. A mayor abundamiento, ENDESA señala que la Tabla N° 11 de la RCA da cuenta, en materia de emisiones atmosféricas, que los valores que emite la Primera Unidad respecto de los parámetros SO₂, NO_x (óxido de nitrógeno) y CO (monóxido de carbono), fueron incorporados en la línea de base de la zona en que se emplaza el Proyecto de Ampliación para efectos de realizar modelaciones de calidad del aire, y sobre dicha base se establecieron los límites de las emisiones para la Segunda Unidad.

Septuagésimo quinto: Que, por su parte, a fs. 182, la SMA plantea que la RCA es clara en exigir la aplicación de la Tabla N° 11 a la Primera Unidad, y pasa a mencionar el considerando de la resolución que así lo señala.

Septuagésimo sexto: Que, mediante ordinario U.I.P.S. N° 483 de 23 de abril de 2014, la Fiscal Instructora de la SMA, para efectos de la confección del dictamen correspondiente, estimó necesario solicitar al SEA la interpretación del alcance y aplicación de la RCA en relación con las tasas máximas de emisiones. ENDESA ha planteado a fs. 65, que dicha solicitud es evidencia de que, para el órgano instructor del proceso sancionatorio, existían dudas razonables sobre el verdadero sentido y alcance del valor referido

Mil Vautour

para el parámetro CO, como tasa de emisión máxima para la Primera Unidad.

Septuagésimo séptimo: Que, mediante Oficio Ord. DE N° 140897 de 3 de junio de 2014, la Dirección Ejecutiva del SEA emite un pronunciamiento en relación con la solicitud de interpretación de la SMA. Sin embargo, en aquel oficio se indica que "no **existen imprecisiones ni contradicciones respecto de la materia consultada**, no siendo necesario precisar su sentido y alcance, por lo que no procedería que dicha Dirección Ejecutiva interprete la RCA" (el destacado es nuestro).

Septuagésimo octavo: Que, ENDESA a fs. 66, señala que la respuesta de la Dirección Ejecutiva del SEA careció de la suficiente fundamentación, lo que conllevaría, a su parecer, el incumplimiento de la obligación que recae sobre la administración de dictar resolución expresa en todo procedimiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 19.880.

Lo anterior, por cuanto si bien existe un pronunciamiento de la Dirección Ejecutiva asociado al requerimiento de interpretación, ésta en ningún caso se hace cargo de todos los elementos que fueron sometidos a su conocimiento, sino que se remite a la revisión de las menciones contenidas en la RCA y el informe consolidado de evaluación (ICE), excluyendo sin justificación alguna a su juicio, la revisión de los antecedentes contenidos en las adendas que también forman parte del proceso de evaluación en cuestión, y así como de la RCA que pone término del mismo.

ENDESA alega que la SMA se ha ceñido a un pronunciamiento infundado del SEA, a diferencia de lo que ocurre en otras materias revisadas

Mil continuas

en el marco de esta reclamación, pues mientras la SMA estima que sus atribuciones le permiten evaluar la concurrencia de efectos, características y circunstancias del artículo 11 de la Ley N° 19.300, aquí se limita a respetar estrictamente la decisión del SEA.

Septuagésimo noveno: Que, a fs. 182 vta., la SMA argumenta que fue debido al bajo nivel de emisión de CO2 exigida a la Primera Unidad lo que la llevó a realizar una solicitud de interpretación al SEA.

Octogésimo: Que, en estos términos, y en vista de lo expuesto, sobre el particular este Tribunal considera que en su respuesta a la consulta de la SMA, el SEA hizo lo que correspondía; siendo la RCA clara -en Tabla N° 11- en establecer el límite máximo al cual debe sujetarse la Primera Unidad, no dejando lugar a interpretación, debiendo entonces cumplirse expresamente lo allí establecido. Esto no requiere, desde el punto de vista de este Tribunal, mayor grado de fundamentación, ya que lo que se está haciendo es simplemente constatar un hecho. Lo anterior es además consistente con lo dispuesto en el capítulo VII del ICE, relativo a las condiciones o exigencias adicionales para la ejecución del Proyecto, donde se indica que "El comité evaluador estima que debe existir el compromiso de mantener los niveles de emisión presentados en la Tabla Resumen de las emisiones (que incluye emisiones de las unidades I y II), dado que sobre esta base se realizaron todas las evaluaciones de los impactos agregados" (fs. 182 vta).

Octogésimo primero: Que, entonces lo que el SEA hace, es contestar un hecho; estando el requerimiento en la RCA, y siendo clara su

Mil treinta

redacción, no cabe interpretación, y el requerimiento debe cumplirse como cualquier otro de la RCA.

Octogésimo segundo: Que, con base a la misma línea de argumentación es necesario concluir que para este Tribunal la reclamación de ENDESA en este punto no tiene fundamento por las siguientes razones:

(i) consta en el proceso de evaluación de impacto ambiental que este requerimiento fue un acuerdo aceptado por ENDESA y formalizado en la RCA, y (ii) no se puede aceptar el punto traído a colación por la empresa en el sentido que su conducta no constituiría una infracción, ya que la ley expresamente considera como tal el incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental (artículo 35, letra a) de la LOSMA).

Octogésimo tercero: Que, a mayor abundamiento, el planteamiento de ENDESA es errado de acuerdo al artículo 36 de la LOSMA, que clasifica las infracciones en leves, graves y gravísimas. Una lectura atenta permite notar que en todas ellas se configura la infracción por los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes, y en el caso particular de infracciones leves "*Son infracciones leves los hechos, actos u omisiones que contravengan cualquier precepto o medida obligatorios y que no constituyan infracción gravísima o grave, de acuerdo a lo previsto en los números anteriores*"; por lo tanto, la contravención a una

Mil treinta y uno

medida obligatoria es constitutiva de infracción, y por lo tanto, se configura la infracción.

8. Controversia sobre el estándar de motivación para la determinación de sanciones por parte de la SMA

Octogésimo cuarto: Que, a fs. 47 y siguientes, ENDESA afirma que la Resolución Recurrida adolece, en términos generales, de ausencia de justificación o fundamentación. De esta forma, la empresa reclama de la falta de fundamentación suficiente o de desproporcionalidad en relación con la aplicación de las sanciones de que fue objeto; sosteniendo, de esta manera, que la SMA no cumple con el estándar mínimo de motivación, que debe garantizar el procedimiento sancionatorio, al imponer las sanciones.

A mayor abundamiento, ENDESA sostiene que la Resolución Recurrida es infundada tanto respecto de la valoración del beneficio económico derivado de cada infracción, como a la incidencia de los factores atenuantes y agravantes en el cálculo de las sanciones. Agrega la empresa, que la Resolución Recurrida no aclara de qué manera concurren en la determinación del monto de cada sanción, las circunstancias y criterios señalados en el artículo 40 de la LOSMA o elementos del componente disuasivo asociado a ellas, los que, a su juicio, se encontrarían erróneamente estimados o no considerados. En consecuencia, ENDESA estima que en la Resolución Recurrida no existirían los antecedentes suficientes para entender el razonamiento de la autoridad al establecer las cifras, ni para evaluar la proporcionalidad de las sanciones respecto de la naturaleza o las circunstancias concretas de cada infracción, pues

Mil treinta y dos

no se expresa la ponderación del monto preciso que correspondería aplicar.

Octogésimo quinto: Que, de otro lado, la SMA sostiene, en su presentación de fs. 140 y siguientes -especialmente a partir de fs. 183-, el correcto ejercicio de la potestad sancionatoria en relación con las infracciones cometidas por ENDESA. Advierte que en el procedimiento administrativo seguido en su contra, ha quedado acreditada la comisión de una serie de infracciones por parte de esa empresa, ante lo que ésta pretende eximirse por la vía de alegaciones meramente formales en estos autos. Agrega, que ENDESA pretende la revisión de la legalidad de las sanciones aplicadas, porque no se entregó una fórmula única y definitiva para la determinación de las multas; obviando, la empresa, completamente y de esta manera la apreciación que realiza el Superintendente de los antecedentes del caso concreto.

Octogésimo sexto: Que, la conclusión a la que arriba ENDESA, según la SMA, no procedería; pues, en su concepto, las multas no son el único tipo de sanciones que puede aplicar la institución fiscalizadora. Así las cosas, la determinación de las sanciones obedece a la aplicación de criterios o circunstancias, y no a mecanismos exactos que puedan reemplazar el juicio de mérito que realiza esa repartición. La SMA afirma este argumento señalando que el artículo 40 de la LOSMA establece criterios a considerar en la aplicación de sanciones, y no un mecanismo de tarifa o fórmula exacta, entendiéndose, en consecuencia, que la ley da al Superintendente una facultad discrecional, por la vía de otorgarle un margen de apreciación al definir la multa aplicable a cada infracción en el caso concreto. Más aún, la SMA sostiene que ninguna

Mil treinta y tres

norma le exige contar con una fórmula única y definitiva para determinar las sanciones; porque, al aplicar sanciones, ella vela tanto por el cumplimiento del fin disuasivo de sus sanciones, como por el respeto a las garantías del debido proceso, lo que se traduce en la debida explicación de los factores que se consideran en la aplicación de la sanción específica. Además, la Recurrida indica que conforme el artículo 30 de la ley N° 20.600, este Tribunal Ambiental no puede definir el contenido discrecional de los actos anulados, lo que haría inviable la argumentación de ENDESA.

Tras lo anterior, agrega la SMA que una garantía del procedimiento es la especificación de la cuantía exacta de la sanción aplicada a cada infracción, lo que habría incorporado en la parte resolutive de la Resolución Recurrida. Agrega, además, que a lo largo del contenido de la Resolución Recurrida se da cuenta de los dos componentes que dan lugar a cada sanción, esto es el disuasivo y el beneficio económico; indicando que el cálculo de este último se encuentra expresamente señalado en cada infracción, y que el componente disuasivo se obtiene de la resta del componente económico a la multa final. Expresa la SMA que la Resolución Recurrida hace el ejercicio de aplicar un mayor componente disuasivo a las infracciones que causan un mayor perjuicio social, por lo que sostiene la coherencia interna de la resolución sancionatoria, la que materializa la idea de que este componente disuasivo deje en peor posición al sujeto que incumple, respecto de aquellos que cumplen con la normativa ambiental, de tal modo de disuadir futuros

incumplimientos tanto de ese mismo sujeto infractor como de los demás que estén en similar situación. *Por lo tanto y unido*

Octogésimo séptimo: Que, ENDESA plantea una serie de problemas de derecho administrativo de los que adolecería la Resolución Recurrída. Primero, denuncia la falta de motivación del acto; y, segundo, alega la desproporcionalidad del mismo. La empresa acusa tales defectos en general respecto de toda la Resolución Recurrída, como también pormenorizadamente respecto de cada una de las sanciones. A efectos de análisis, a esta altura el Tribunal se hará cargo de la acusación genérica, para luego, en la sección (9) siguiente, entrar a analizar en detalle las alegaciones de ENDESA.

Octogésimo octavo: Que los defectos de falta de motivación y de proporcionalidad se predicen respecto de un acto administrativo discrecional, en particular respecto de la Resolución Recurrída.

Octogésimo noveno: Que, en el ejercicio de la discrecionalidad, la SMA —o la administración— tiene cierta libertad en la determinación específica de los montos de la sanción que aplicó, ajustándose los parámetros reglados que le señala el legislador. Como indica la doctrina administrativa, en este tipo de apoderamientos, "la ley no anuda al supuesto de hecho una consecuencia jurídica (como en el caso de la actividad administrativa reglada), sino que autoriza a la Administración a determinar, ella misma, la consecuencia jurídica, ofreciéndole a tal efecto dos o más posibilidades o un cierto ámbito de actuación" (Maurer, H. Derecho Administrativo. Parte General. Madrid, Marcial Pons, 2011, pág. 167).

La discrecionalidad administrativa se trata, como señala la doctrina alemana, de una "facultad específica de concreción

jurídica para la consecución de un fin predeterminado" (Schmidt-Assmann, E. La teoría General del Derecho Administrativo como Sistema, Madrid, INAP/Marcial Pons, 2003, pág. 220); concreción que no es anticipada normativamente en todos o alguno de sus aspectos, sino que, como indica la doctrina española, "remite la toma de la decisión pertinente (en grado variable) al juicio o a la voluntad de la propia Administración pública" (Parejo, L., Derecho Administrativo, Barcelona, Ariel Derecho, 2003, pág. 622).

Nonagésimo: Que, las técnicas de control del ejercicio de las facultades administrativas discrecionales son tradicionalmente dos. La primera verifica los **elementos reglados del acto discrecional**, estos son, la potestad, su extensión, las formas, procedimientos, y competencia. En tanto, la segunda busca advertir la **desviación de poder**, esto es, si en el ejercicio de las potestades discrecionales la administración se ha apartado del fin de la ley (*ratio legis*), siendo este último elemento considerado como uno reglado de estas facultades (Marín H. A., Discrecionalidad Administrativa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 291).

Refiriéndose la controversia a aspectos formales y de fondo de un acto discrecional de la SMA, este Tribunal efectuará ambos análisis, así como también controlará los **hechos determinantes del acto recurrido** —que es una tercera técnica—, toda vez que el ejercicio discrecional del poder por la administración se origina, fundamenta y justifica en presupuestos fácticos; así como también controlará

la **proporcionalidad** de la Resolución Recurrida -que es una cuarta técnica-.

Nonagésimo primero: Que, en lo que dice relación con la verificación de los elementos reglados del acto discrecional, ENDESA se centra únicamente en la falta de motivación del acto recurrido. De los elementos reglados del acto administrativo ENDESA no cuestiona ni los causales, ni su finalidad, denunciando solo el aspecto objetivo y formal del mismo. De aquí que el Tribunal solo se pronunciará por el defecto controvertido entre las partes.

Nonagésimo segundo: Que, de las alegaciones de las partes se desprende que corresponde dilucidar si la SMA, al determinar los montos de las sanciones concretas a aplicar frente a cada infracción, omitiendo la entrega de una fórmula única y definitiva para su especificación, ha dado o no cumplimiento al deber que le corresponde de fundamentar y motivar la resolución sancionatoria. De esta forma procede que este Tribunal revise si la Resolución Recurrida presenta suficiente motivación o, por el contrario, si no lo hace.

Nonagésimo tercero: Que, la motivación es lo que, en el ámbito normativo nacional, exige el artículo 41 inciso cuarto de la ley N° 19.880 -aplicable supletoriamente en todo procedimiento administrativo sancionador, por disposición de su artículo 1°, y por expresa disposición del artículo 62 de la LOSMA -, al disponer que "las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada"; en consonancia con lo dispuesto en el artículo 11 inciso segundo de la misma ley, que señala que, "los hechos y fundamentos de

derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares".

Adicionalmente, el artículo 16 de la misma ley, al regular el principio de transparencia y publicidad, dispone que "el procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él". Agrega el mismo artículo, en su inciso segundo, que "son públicos los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, así como sus fundamentos y documentos en que éstos se contengan...". En esta última norma se concretiza y reitera para la Administración estatal, lo que el texto constitucional dispone para todos los órganos estatales en su artículo 8, al señalar que "son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y procedimientos que utilicen".

Nonagésimo cuarto: Que, lo anterior se traduce en el deber de motivación que la legislación procedimental, con base constitucional, impone a la Administración del Estado. Este deber, implica -primeramente- que los actos y resoluciones administrativos deben responder a una motivación racional que los sostenga; excluyéndose así la mera voluntad, arbitrio o capricho de la autoridad que adopta la decisión, tal como exige el inciso segundo del artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, al prescribir que "ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias". Es lo que la doctrina citada identifica con el "motivo del acto administrativo", como uno de sus elementos tanto objetivos como de forma, que siempre debe estar presente en todo acto (García de Enterría, E. y Fernández, T.R. Curso de Derecho

Nil treinta y ocho

Administrativo, Tomo I, 15° Ed., Cizur Menor, Thompson Reuters/Aranzadi, 2011, pág. 581). Esta motivación, con mayor propiedad, se exige de las actuaciones discrecionales de la Administración, las que deben responder a este mandato de racionalidad.

Pero, más precisamente, el deber de motivación no se agota en la existencia de un fundamento racional de la actuación, sino que, además, se extiende a su expresión en el respectivo acto o resolución, a través de la consignación de los fundamentos de hecho y de derecho que motivan y sostienen la decisión; especialmente, cuando aquellos comportan una afectación de los derechos del destinatario del acto -como exige el citado artículo 11 de la ley N° 19.880, aplicable al acto sancionatorio de la SMA- de manera que, además, permita comprobar la razonabilidad de la decisión administrativa.

Nonagésimo quinto: Que, lo expresado en los considerandos anteriores, se ha visto ratificado por la jurisprudencia nacional en variadas causas en las que han sido cuestionados actos administrativos en razón de su falta de fundamentación (Entre otras, Excma. Corte Suprema, sentencia de 7 de octubre de 2014, Rol 11.299-2014; I. Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 19 de marzo de 2014, Rol N° 953-2014, reiterada por la misma Corte en sentencia de 5 septiembre 2014, Rol N° 2868-2014; I. Corte de Apelaciones de Concepción, 5 septiembre 2014, Rol N° 2868-2014; I. Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 3 de junio de 2014, Rol 1604-2014).

Nonagésimo sexto: Que, al mismo tiempo, por otra parte, dicha exigencia de justificación permite comprobar, en sede de control

Mil treinta y nueve

judicial, tanto la existencia de motivación -como elemento formal de todo acto administrativo-, como su debida adecuación a la concurrencia de las razones de hecho esgrimidas por la Administración-como elemento de fondo o sustancial de dicho acto-, es decir, permite la comprobación por el órgano de control del ejercicio racional y razonable del poder discrecional conferido por el ordenamiento jurídico, tanto en sus aspectos de forma como de fondo.

En este punto, conviene destacar ciertas modulaciones jurisprudenciales provenientes del Derecho comparado y acogidas por la doctrina administrativista, que este Tribunal estima plenamente aplicables a la situación en análisis, a la luz de lo dispuesto en el artículo 30 de la ley N° 20.600. En este sentido, como sostiene Parejo, las técnicas de control judicial de la discrecionalidad son diferentes a aquellas empleadas frente a las potestades regladas, y se caracterizan por estar orientadas a asegurar el respeto del umbral legítimo de la discrecionalidad, de manera que no habilitan *"a los Tribunales para sustituir, por una propia, las decisiones administrativas de este último carácter"* (Parejo, L. Op. Cit., pág. 630). En otras palabras, tratándose de una potestad discrecional, en materia de sanciones, es a la Administración a la que corresponde ponderar las circunstancias concurrentes para satisfacer la debida proporcionalidad entre los hechos constitutivos de la infracción y la responsabilidad exigida.

Nonagésimo séptimo: Que en relación con la motivación, lo primero que se debe establecer es que la SMA en su Resolución Recurrida, y a lo largo de 110 páginas, hace una enumeración pormenorizada de las circunstancias de hecho y de derecho que justifican su decisión.

Mil. Ureña

Así las cosas, en principio, la SMA actúa correctamente en la medida que la determinación específica de los montos de cada multa se encuentra dentro de los parámetros máximos y mínimos fijados por el legislador en el artículo 39 de la LOSMA, en relación con la calificación que al efecto efectuó la misma institución conforme las probanzas rendidas en el procedimiento sancionatorio. Esta circunstancia, en concepto de este Tribunal, se aprecia de la simple contrastación de la cuantía de las multas concretas aplicadas a cada infracción y de lo dispuesto por la norma que habilita el poder sancionatorio (art. 35, LOSMA).

Nonagésimo octavo: Que, todo lo anteriormente razonado respecto del punto que ahora nos ocupa, permite a este Tribunal concluir que la Administración goza de un grado de libertad de apreciación y de decisión conferido por los artículos 38, 39 y 40 de la LOSMA, al atribuir la potestad de determinar discrecionalmente la sanción y su monto o cuantía, tratándose de una sanción pecuniaria, dentro de lo posible y permitido por los artículos 38 y 39 de la LOSMA. En principio, la sanción específica a aplicar al infractor, no corresponde que sea sustituida judicialmente, pero aquella -la Administración del Estado- no está exenta de mantenerse dentro de los límites de lo jurídico. Estos límites imponen un ejercicio de las atribuciones conferidas en términos razonables y justificables, debiendo, para ello considerar o ponderar los criterios que el legislador ha establecido en el artículo 40 de la LOSMA. La ley reconoce a la Administración un abanico de posibilidades legítimas de decisión, las que deben ser respetadas por el juez, siempre que sean motivadas racionalmente y justificadas suficientemente en

Mil Cuarenta y uno

términos razonables, mediante la expresión de los criterios tenidos en consideración y su ponderación al adoptar la decisión.

Nonagésimo noveno: Que, no obstante, este Tribunal estima que el deber de motivar o fundar las decisiones discrecionales debe ser entendido en relación con los principios de legalidad y de competencia, propios del Estado de Derecho. Es decir, la Administración, en este caso la SMA, puede actuar discrecionalmente en la medida que el ordenamiento jurídico, a través del legislador, la ha apoderado expresamente para ello. En efecto, de acuerdo al artículo 65 inciso cuarto N° 2 de la Constitución Política de la República, corresponde a la ley -en este caso, de iniciativa exclusiva del Presidente de la República- la determinación de las funciones o atribuciones de los órganos administrativos. Por lo tanto, dentro de sus competencias normativas otorgadas constitucionalmente, es el legislador quien ha apoderado a la SMA de un poder discrecional al regular sus poderes sancionatorios, habiendo -el legislador- evaluado y ponderado previamente tanto el interés particular de quienes son fiscalizados y, eventualmente, sancionados por la SMA, como el interés general inserto en el respeto a las normas que regulan la protección y conservación del medioambiente.

En este contexto, en el que es el legislador el que ha efectuado la ponderación entre el interés particular entre el fiscalizado y sancionado, de un lado, y el general insito en el cumplimiento de las normas que autorizan la operación de actividades con impacto ambiental, otorgando un poder de apreciación discrecional a la

Mil noventa y dos

Administración sancionadora, siempre que fundamente debida y suficientemente sus decisiones sancionatorias.

Por lo tanto, si bien, es el cumplimiento del principio de legalidad -unido al de no arbitrariedad- el que lleva a sostener que no es posible entender la discrecionalidad sin la fundamentación suficientemente, es el mismo principio -unido al de competencia- el que lleva a sostener que la exigencia de fundamentación suficiente no puede afectar la discrecionalidad que el legislador ha otorgado a la Administración, haciendo uso de sus potestades constitucionalmente reservadas de conferir funciones y atribuciones administrativas.

De lo anterior se sigue que este Tribunal, al analizar las sanciones cuestionadas por ENDESA, ha de exigir, en este caso concreto, y para cada una de ellas, que se encuentren motivadas y justificadas suficientemente en términos razonables, esto es mediante la expresión suficiente y necesaria de los criterios considerados y ponderados al adoptar la decisión; entendiendo que lo suficiente y necesario es aquello que es bastante para lo que se necesita, es decir que es apto e idóneo para justificar una decisión sancionatoria.

Centésimo: Que, aun cuando se observa que la Resolución Recurrida contiene razonamientos relativos a los fundamentos con que se basa la decisión, a juicio de la empresa hay ausencia de fundamentación (fs. 47). A juicio de este Tribunal, la controversia que plantea ENDESA se refiere a la trascendencia o intrascendencia de la no incorporación de las fórmulas de cálculo de las sanciones, y si esto es de la entidad suficiente para tornar la Resolución Recurrida en "*absoluta arbitrariedad y por consiguiente en ilegal*

por incumplimiento al deber de fundamentación de los actos administrativos" (fs. 47) como lo sostiene la empresa.

Centésimo primero: Que un polinomio es una expresión matemática consistente en la suma de varios términos (Borowski E. J. y Borwein J. M., Unwin Hyman Dictionary of Mathematics, Leicester, 1999). En términos conceptuales es la ordenación de factores del que se obtiene un resultado.

Que, para el caso que nos ocupa, él o los polinomios faltantes representan la ordenación que la SMA hace de los elementos del artículo 40 de la LOSMA, respetando de suyo las leyes de cálculo. De consiguiente, la revelación de las fórmulas sirve para entender cómo fueron ordenados y ponderados los elementos fácticos, y si la SMA respetó las normas de la ciencia matemática e hizo bien la aritmética.

Mirado de otra forma, el polinomio muestra la forma de calcular la multa conforme al orden discrecional entregado por el legislador a la SMA de acuerdo a la LOSMA. Así, la fórmula es la expresión irreductible de la discrecionalidad de la SMA, al no especificarse en la LOSMA la manera de calcular la multa. Ciertamente que es posible que la SMA cambie la fórmula cada vez que determine una multa, o que cambie la ponderación de los factores, lo que no es más que el ejercicio de su discrecionalidad, toda vez que la LOSMA ni siquiera le impone la obligación de expresar su decisión a través de una fórmula matemática. Incluso más, la SMA podría no contar con una fórmula, e igualmente aplicar una multa.

Este tribunal no puede objetar el ejercicio discrecional de la SMA al determinar cómo pondera los elementos fácticos 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 el caso que el costo de pagar la multa sea menor al de contaminar, entonces la legislación ambiental encontraría su objetivo derrotado. De admitirse la alegación de ENDESA, esta sede judicial se transformaría en una instancia de revisión tarifaria, función que es ajena a la judicatura.

La circunstancia de que el legislador le haya entregado a la SMA la facultad discrecional de calcular la multa sin entregarle una fórmula, responde a que el posible infractor no pueda saber con antelación el beneficio de su conducta, aumentando de esta forma el poder disuasivo del sistema de protección ambiental. La no entrega de la fórmula, desde esta perspectiva, protege un interés general.

Entonces, a la pregunta de si el nivel de motivación de la Resolución Recurrida es suficiente para que la empresa no sufra indefensión, hay que responder que ésta aparece como adecuada, lógica y suficiente, a tal nivel que ENDESA ha podido cuestionar extensamente la Resolución Recurrida, por cuanto se le han puesto en conocimiento todos los antecedentes fácticos por los que se le

Mil Lora y Arlo

sanciona, tornando intrascendente la inexistencia de fórmulas de cálculo.

En consecuencia, el Tribunal desechará la alegación de ENDESA sobre falta de motivación de la Resolución Recurrída, por cuanto existe expresión suficiente y necesaria de los criterios considerados y ponderados al adoptar la decisión.

Centésimo segundo: Que las partes recurrentes no denuncian desviación de poder por parte de la SMA, por lo que esta hipótesis de control no será evaluada.

Centésimo tercero: Que, en cuanto a la denuncia de ENDESA sobre desproporcionalidad general de las sanciones aplicadas, su análisis solo procede en particular respecto de cada una de ellas. Por lo que este aspecto será evaluado en la siguiente sección.

9. Controversia en cuanto a la determinación de sanciones específicas

Centésimo cuarto: Que, tal como se señaló supra, corresponde controlar la existencia y valoración de los hechos determinantes de las decisiones de la Resolución Recurrída, puesto que la "...potestad discrecional...exige como presupuesto fáctico la existencia de una realidad de hecho que dé lugar a la actividad y

María Lorena y Ases

a la decisión administrativa de que se trate" (Marín, Op. Cit. pág. 329).

Centésimo quinto: Que, es preciso entender la forma en la que la SMA considera las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA al momento de determinar una sanción.

Por la información proporcionada por la SMA a fs. 112 vta., la metodología utilizada consiste en evaluar dos componentes, (a) "beneficio económico" obtenido con motivo de la infracción (letra c), art. 40, LOSMA), y (b) "disuasión", el cual se determina a partir del resto de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA. Para la determinación de este "componente disuasivo", la SMA determina un "valor de gravedad", basado en las circunstancias (i) importancia del daño causado o del peligro ocasionado; (ii) número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción; y, (iii) detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado; además de un "criterio de importancia" de la infracción en el marco de la letra i) ("todo otros criterio que, a juicio fundado de la SMA, sea relevante para la determinación de la sanción") del art. 40 en referencia. Una vez determinado el "valor de gravedad", este se ajusta hacia arriba o hacia abajo dependiendo de la concurrencia de agravantes y atenuantes, de acuerdo a la intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción, u omisión constitutiva de la misma (letra d, art. 40); la conducta anterior del infractor (letra e, art. 40); la capacidad económica del infractor (letra f, art. 40); el cumplimiento del programa señalado en la letra r) del art. 3º (LOSMA); y finalmente, "otros criterios" que de acuerdo al juicio fundado de la SMA son relevantes para la determinación de la sanción, en concordancia con

Marisol Ortega y otro

la letra i) del art. 40, tales como, el nivel de cooperación durante el procedimiento, la adopción de medidas correctivas, y el tratarse de un sujeto calificado en relación con sus exigencias ambientales contenidas en el art. 40 de la LOSMA.

Para la determinación del componente "beneficio económico", la SMA lleva a cabo una estimación de los beneficios (o ganancias) ilícitamente obtenidos por la empresa en incumplimiento. Esto se hace con base en los costos retrasados (costos que se ejecutan en una fecha posterior al período exigido por el fiscalizador) o costos evitados (costos que en definitiva no se incurren).

Centésimo sexto: Que, tanto ENDESA como los reclamantes Marisol Ortega y otro alegan sobre la legalidad en la determinación de sanciones específicas con base en la consideración de las circunstancias contenidas en el artículo 40 de la LOSMA.

A este respecto, los aspectos que controvierte ENDESA se pueden resumir en los siguientes, (i) la configuración que hace la SMA de las circunstancias del artículo 40, desde la letra a) hasta la letra i); (ii) la falta de fundamentación acerca de la ponderación que lleva a cabo la SMA de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, y de cómo éstas se traducen en un monto determinado de sanción; y (iii) la falta de proporcionalidad resultante en las sanciones específicas.

Los reclamantes Marisol Ortega y otro, por su parte, controvierten la configuración de algunas de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA tenidas en cuenta por la SMA al momento de determinar sanciones específicas a ENDESA, mientras que es silente en relación al grado de fundamentación y proporcionalidad. Cada una de las

Mil Marente y otro

alegaciones planteadas por los reclamantes, serán revisadas a continuación.

a) Falta de fundamentación en la determinación de sanciones específicas

Centésimo séptimo: Que, ENDESA alega la falta de fundamentación – o motivación– acerca de la ponderación que lleva a cabo la SMA de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA que se deben considerar para la determinación de sanciones específicas, en particular en relación con los cargos A.2, A.3, A.4, A.5, A.6, B.1, y C.1.

Centésimo octavo: Que, ENDESA denuncia este vicio en varias secciones de su escrito de reclamación, a saber:

1. Infracción A.2 (la Primera Unidad en el mes de enero de 2013 emitió 0,35 ton/día, en promedio para el parámetro CO, superando el límite de emisiones atmosféricas establecido en la RCA para la etapa de operación), la empresa alega que *"En efecto, tampoco existen costos evitados o retrasados asociados a este supuesto incumplimiento, tal como lo reconoce la SMA, no existe por tanto una base monetaria a partir de la cual se pueda comprender la sanción aplicada, tampoco otras consideraciones que permita, al menos aproximar el entendimiento respecto de la multa de 58,6 UTA)"*, y continua la empresa, *"Adicionalmente, la Superintendencia reconoce la conducta posterior desplegada por mi representada, que se traduce en la incorporación de la aclaración respecto del límite exigible para el parámetro CO, en el marco de la evaluación del proyecto "Optimización". No obstante reconocerse tal factor atenuante, no existe ninguna*

Mil cuatrocientos y nueve

referencia que permita conocer cómo se ajustó la multa en razón de dicho factor atenuante" (fs. 67 y 68).

2. Infracción A.3 (consistente en que, al momento de la inspección, el sistema de desulfurización de la Primera Unidad no estaba operativo), la empresa alega, "La revisión de la Resolución N° 421 permite apreciar una notable falta de fundamentación en cuanto a la valoración del beneficio económico y la incidencia de los factores atenuantes y agravantes en el cálculo de las sanciones, los que se denomina factores de ajuste" (fs. 47), y continua, "En el presente caso, la SMA al aplicar las sanciones no cumple con un estándar mínimo de motivación, en atención a que en los considerandos que se refieren a la estimación pecuniaria de la respuesta sancionatoria no se aclara de qué manera concurren en la determinación del monto de las sanciones, las circunstancias y criterios señalados en el artículo 40 de la Ley Orgánica de la SMA (tales como la importancia del daño causado o del peligro ocasionado, la conducta anterior del infractor) vinculadas a cada infracción, careciendo evidentemente de fundamento suficiente que justifiquen su imposición" (fs. 48 y 49).

3. Infracciones A.4 y A.5 (consistente en la existencia de fallas y aperturas entre los paneles del cierre acústico perimetral del complejo Bocamina, y en relación al cumplimiento de la Norma de Emisión de Ruidos respectivamente), la empresa plantea, "Finalmente, la resolución impugnada considera como conducta positiva posterior las acciones adoptadas por ENDESA conducentes a volver al estado de cumplimiento exigido por la RCA, no obstante, nuevamente, se omite toda referencia al peso que esta circunstancia atenuante tendría en el monto final de la sanción

Mil cinnenta

aplicada, de manera que la entidad fiscalizadora se limita a enunciar la concurrencia de la circunstancia, sin que mi representada pueda tomar conocimiento del valor que se le asigna en la determinación de la sanción aplicable" (fs. 63).

4. Infracción A.6 (consistente en la omisión de contar con medidas implementadas para hacerse cargo de la succión masiva de recursos hidrobiológicos), la empresa alega que "Es en materia de determinación del monto de la multa a aplicar donde la Resolución N° 421 alcanza niveles considerables de arbitrariedad, en cuanto la autoridad reclamada se limita a enunciar determinadas reglas o principios, sin justificar en forma transparente los motivos que justifican la imposición de una multa de 624 UTA y no otra" (fs. 44 y 45).
5. Infracciones B.1 y C.1 (por incumplimiento a requerimientos de información efectuados por la SMA), ENDESA plantea, "Finalmente, a partir de un exhaustivo análisis de la Resolución Exenta N° 421, no se encuentran antecedentes que fundamenten el monto de multas aplicadas a las sanciones B.1 y C.1, por lo que la vulneración al principio de proporcionalidad se detecta en forma patente" (fs. 70).

Centésimo noveno: Que, lo que ENDESA alega en definitiva es la falta de antecedentes que le permita valorizar las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, para luego calcular el monto de las multas -dosimetría- a las que arriba la SMA. En suma, la empresa considera que las multas son infundadas. Es decir, según ENDESA, la SMA no hace explícita la fórmula utilizada para determinar la sanción específica. Este Tribunal no acogerá esta alegación de la

Por minuta y mo

empresa, con base al estándar de motivación de las decisiones de la SMA establecido en los considerandos de la sección (8) anterior.

b) Configuración de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA

i. Alegación de los reclamantes Marisol Ortega y otro en relación con la configuración de la circunstancia de la letra d) del artículo 40 de la LOSMA (intencionalidad en la comisión de la infracción)

Centésimo décimo: Que, a fs. 10 y 11 del Expediente acumulado a estos autos, sostienen los reclamantes Marisol Ortega y otro, en la causa Rol R-7-2014 acumulada a estos autos, que *"la decisión del Superintendente omite al momento de aplicar la multa el criterio establecido por el artículo 40 letra d) de la LOSMA"*; agregando, al efecto que, *"existen antecedentes concretos que permiten tener por acreditada su concurrencia"*, refiriéndose (i) al contrato ACB-003.06, de julio de 2007, sobre construcción de la planta Bocamina II, entre las empresas Tecnimont y ENDESA, por 370 MW, (ii) a la correspondencia intercambiada entre esas empresas con ocasión del contrato indicado, y (iii) a las declaraciones del Gerente General de Tecnimont; todo lo que demostraría -sostienen los citados reclamantes- que *"ENDESA siempre ha actuado con conocimiento cierto del hecho consistente en la construcción y operación de un proyecto termoeléctrico para el cual no contaba con RCA"*, por lo que se debió aplicar el criterio de intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en la misma.

Centésimo undécimo: Que, por su parte, a fs. 56 y 57 del mismo tomo II, la SMA sostiene que los antecedentes enumerados por el Reclamante en causa R-7 agregada, *"...no permiten tener por acreditada*

la circunstancia del artículo 40 letra d) de la LOSMA, de acuerdo al modo en que fue comprendida en la Resolución Sancionatoria". Al efecto, la SMA hace presente que la faz subjetiva de la conducta de ENDESA fue ponderada en tres momentos distintos; esto es, primero, al configurar la infracción, como un supuesto infraccional, luego, al momento de clasificar la infracción de acuerdo a su gravedad según los criterios del artículo 36 de la LOSMA y, finalmente, al momento de aplicar la referida circunstancia del artículo 40, letra d) de la LOSMA (fs. 56, Tomo II agregado) por lo que -sostiene la SMA- al ser esta última "...una circunstancia adicional y de una ponderación excepcional para efectos de aumentar el monto de la sanción, obliga a este servicio a hacer un análisis más restrictivo del concepto, considerando los antecedentes del caso específico, dado que dicho "conocimiento" señalado por la contraparte, fue ponderado al momento de configurar la elusión, y también, al momento de clasificarla como gravísima" (fs. 56, Tomo II, agregado).

Centésimo duodécimo: Que, el análisis más restrictivo -y que lleva la SMA a descartar la aplicación de la norma- se manifiesta en la Resolución Recurrida, la que indica que, "sobre la intencionalidad en la comisión de la infracción, resulta útil señalar que el Diccionario de Real Academia Española la define como "la determinación de la voluntad en orden a un fin". Asimismo, en lo referente a la intencionalidad en la comisión de la infracción, es necesario manifestar que ésta implica el haber actuado con la intención positiva de generar un daño, lo que conlleva necesariamente la existencia de un elemento antijurídico en la conducta del titular que va más allá de la mera negligencia o culpa infraccional. A esta conclusión se arriba tras la interpretación

Mil ciento y tres

literal de lo dispuesto en la norma, que señala, de manera clara que se trata de "intencionalidad". En el presente caso no existen antecedentes que permitan considerar aplicable el presente criterio, por lo que no se incluirá en el análisis" (fs. 114 vta.). Por lo tanto -se insiste después en el informe (fs. 57, del tomo II)-, "no basta el "conocimiento" para configurar esta circunstancia, sino que es necesario que los antecedentes del expediente prueben que ENDESA ha actuado **"con la intención positiva de generar un daño".**" (destacado en el original).

Centésimo decimotercero: Que, de lo anterior se desprende que las partes no controvierten la existencia de antecedentes en el procedimiento sancionatorio que dan cuenta del conocimiento que ENDESA habría tenido de la comisión de los hechos constitutivos de la infracción. Tampoco es un hecho controvertido el conocimiento que ENDESA habría tenido respecto de que estaba encargando construir una central con capacidad superior a aquella cuya autorización solicitaría. De hecho, la Resolución Recurrida da por establecido que ENDESA aceptó el hecho que funda la infracción imputada, en cuanto que se había iniciado la construcción de una parte de las obras del Proyecto de Optimización, sosteniéndose respecto del aumento de la potencia nominal del turbogenerador de 350 MW a 370 MW, que se encontraba la espera de contar con una resolución de calificación ambiental que le autorice su operación, y que por lo tanto, nunca excedió la potencia máxima de 350 MW como media horaria, lo que acreditó con certificados del Director de Operaciones del CDEC-SIC (fs. 85).

Centésimo decimocuarto: Que, por lo tanto, la discusión está centrada en el alcance que se debe dar al conocimiento que tenía

Mil cincuenta y cuatro

ENDESA de haber contratado la construcción de una central por 370 MW, y de haber presentado un EIA por 350 MW, en relación con la configuración o no de la circunstancia establecida en la letra d) del artículo 40 de la LOSMA. Dicho en otros términos, cuál es el alcance que se debe dar a la *intencionalidad* que exige el artículo 40 letra d) para determinar la sanción aplicable en el caso concreto.

Centésimo decimoquinto: Que, al respecto, la Resolución Recurrida, en su considerando 8.5, número IV, segundo párrafo, señala que "...el contrato mencionado, si bien constituye un antecedente que aporta a la comprensión de la situación general, no será considerado para la configuración o gravedad de las infracciones, ni para la determinación específica de las sanciones en la presente resolución, por no resultar gravitante para la resolución del presente caso" (fs. 75); lo que fue reiterado en el considerando 38 de la resolución (fs. 100 vta.). De lo expresado por la SMA en su informe, debe entenderse que para ella, la intencionalidad necesariamente va dirigida a la generación de un daño, aunque no sea al medioambiente -como expresa la SMA en su informe- (fs. 57, Tomo II, agregado).

Centésimo decimosexto: Que, este Tribunal estima que para resolver el punto es necesario precisar lo que dice relación con el tenor literal de lo dispuesto en la letra d) del artículo 40, esto es "para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerarán las siguientes circunstancias: d) la intencionalidad en la comisión de la

Mil minutos y algo

infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma".

Respecto de la segunda parte de la norma, esto es el grado de participación en el hecho, acción u omisión, no se hará cuestionamiento, pues, como señala la SMA en la Resolución Recurrida -lo que no es cuestión de controversia- "*corresponde al único titular y responsable del proyecto*" (fs. 114 vta.). Por consiguiente debe ser considerado como autor.

No obstante, respecto la primera parte de la norma, de su transcripción literal, queda claro que el elemento intencionalidad es exigido por la ley respecto de la "*comisión de la infracción*", y no respecto de la generación de daño alguno, como entiende y exige la SMA.

En efecto, tal como indica la SMA, el Diccionario de la Real Academia Española, define a la *intención* como la "*determinación de la voluntad en orden a un fin*"; pero hay que advertir que esta definición no dota de contenido alguno a dicho fin, por tanto, tampoco a la *intención* en sí misma.

Esta aclaración es pertinente, pues la SMA al dar contenido a la expresión *intencionalidad* utilizada en la norma legal, la orienta hacia la generación de un daño, y no como hace la ley -la que se mueve soberanamente en torno al significado de la expresión para determinar el fin hacia el que se debe orientar la voluntad para configurar la causal a considerar en la determinación de la sanción- a la *comisión de la infracción*. Es decir -siempre siguiendo el Diccionario de la RAE- a la *transgresión de la norma* que, en este caso concreto, impide la ejecución de proyectos y el desarrollo de

Mil cimientos y se

actividades para los que la ley exige resolución de calificación ambiental, sin contar con ella.

Centésimo decimoséptimo: Que lo expresado es coherente con la distinción entre incumplimiento y resultados, la que se ve reflejada en la legislación chilena al momento de tipificar las infracciones ambientales. Así, el artículo 35 de la LOSMA, opta por dar una mayor preponderancia al incumplimiento frente al resultado, lo que es coherente con el carácter preventivo del Derecho Administrativo Sancionador. En términos de la doctrina comparada, *"la infracción administrativa está conectada con un mero incumplimiento, con independencia de la lesión que con él pueda eventualmente producirse y basta por lo común con la producción de un peligro abstracto. Y tanto es así que semánticamente es ese dato del incumplimiento - literalmente infracción- el que da el nombre a la figura, con la que se identifica"* (NIETO, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador, pp. 343). Esto, sin perjuicio de la consideración legal de los resultados dañosos al momento de graduar la gravedad de la infracción, como hacen los números 1 y 2 del artículo 36 de la LOSMA. Y, en fin, de la consideración de la intencionalidad en la comisión de la infracción, como se hace en el artículo 40 letra d) en cuestión.

Centésimo decimoctavo: Que, en este sentido, existiendo conocimiento de la ejecución o desarrollo de proyectos o actividades para los que la ley exige resolución de calificación ambiental y no siendo esto evitado, pudiendo haberlo sido -como acontece con la construcción de una planta de capacidad mayor que la autorizada-, como da cuenta el contrato a que se ha hecho referencia, debe entenderse que existe una determinación de la voluntad en el sentido

de realizar dicho proyecto o actividad aun no contando con una resolución de calificación ambiental; por tanto, que existe intencionalidad en la comisión de la infracción.

Centésimo decimonoveno: Que una segunda precisión que corresponde efectuar es respecto de la consideración del elemento subjetivo en la comisión de la infracción que al efecto habría efectuado la SMA. De acuerdo a lo que ésta señala en su informe, ello habría sido considerado en dos momentos anteriores a la determinación de la sanción específica, lo que llevaría a dar al artículo 40, letra d), una interpretación restrictiva. Dichos momentos, de acuerdo al informe de la SMA citado, son como un supuesto infraccional y como un elemento para calificar la gravedad de la infracción.

No obstante, de la lectura de la Resolución Recurrida, lo que aparece claro es que la SMA habría considerado la importancia del daño causado o del peligro ocasionado, en relación con lo dispuesto en el artículo 36 de la LOSMA (fs. 109 vta. y 122), y no un supuesto elemento subjetivo asociado a la intencionalidad. Tampoco aparece que se haya considerado un elemento subjetivo al momento de dar por concurrente la infracción.

Centésimo vigésimo: Que, en este mismo sentido, conviene precisar que el elemento intencionalidad en la comisión de la infracción fue considerado por el legislador, precisamente, para determinar la sanción específica que corresponde aplicar en cada caso concreto y una vez que se haya establecido la gravedad de la infracción. Por lo que, incluso entendido como lo entendió la SMA, no podría haber

Mail anexa y do

sido aplicado más allá de los casos en los que lo indica el legislador.

Esto no significa que se prescinda del elemento subjetivo en la tipificación de la infracción, pero este es distinto de la intencionalidad que exige el art. 40 de la LOSMA para determinar el monto de la sanción, dando un efecto útil a las normas respectivas, no es posible entender que si el legislador indica en el artículo 40 que es necesario atender a la intencionalidad, dicho elemento ya se encuentre considerado en la tipificación o configuración del supuesto infraccional.

Centésimo vigésimo primero: Que, por lo expresado, no hay razón para excluir la aplicación del elemento intencionalidad al determinar la sanción concreta, pues, en concepto de este Tribunal, dicho elemento no se encuentra considerado al tipificar la sanción ni al graduar su gravedad; y tampoco, en tanto elemento subjetivo, habría sido considerado por la SMA en la aplicación de la sanción de la infracción contenida en la letra b) del artículo 35.

Por lo tanto, en concepto de este Tribunal, la SMA yerra al excluir la aplicación de lo dispuesto en el artículo 40 letra d) de la LOSMA.

Centésimo vigésimo segundo: Que, por lo expresado, existiendo antecedentes en el procedimiento administrativo sancionador que dan cuenta del conocimiento que tenía ENDESA respecto de la comisión de la infracción contenida en la letra b) del artículo 35, esto es que estaba ejecutando un proyecto y desarrollando actividades para los que no tenía resolución de calificación ambiental, y que no hizo nada por evitarlo, sino que así fue contratado por la empresa,

añal aumenta y muere

se deberá aplicar lo dispuesto en la letra d) del artículo 40 al determinar la sanción específica que corresponda imponer por haber cometido la infracción con intencionalidad.

ii. Alegación de los reclamantes Marisol Ortega y otro en relación con la configuración de la circunstancia de la letra i del artículo 40 de la LOSMA (cooperación eficaz)

Centésimo vigésimo tercero: Que, a fs. 9, los reclamantes Marisol Ortega y otro controvierten la aplicación de la atenuante de cooperación eficaz, cuando desde su punto de vista, la SMA no debió hacerlo. Principalmente plantean esta alegación basándose en el hecho no controvertido de que ENDESA ha sido sancionada por dos cargos consistentes en retraso en la entrega de información. En efecto consta en autos que mediante el Oficio Ordinario UIPS N° 976/2013, de fecha 26 de noviembre de 2013, que reformuló cargos a ENDESA en el procedimiento administrativo sancionatorio D-015-2013 -previamente iniciado mediante ordinario UIPS 603/2013-, incluyó los cargos B.1 y C.1, que tenían relación con el retraso en la entrega de información.

Centésimo vigésimo cuarto: Que a fs. 54, la SMA expone que la Resolución Recurrida fue clara al señalar, *"...que se consideró como circunstancia para disminuir el monto de la sanción, la cooperación eficaz de la empresa en el procedimiento administrativo sancionatorio, es decir con posterioridad a la formulación de cargos"* (destacado es de la recurrida).

Centésimo vigésimo quinto: Que para resolver la presente controversia, preciso es detenerse en el contenido de la letra i) del artículo 40 de la LOSMA, el cual, en relación con las circunstancias que debe tener en consideración la SMA para

Mal cuenta
determinar las sanciones específicas señala "Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción".

De la lectura de este articulado fluye que (a) la SMA tiene potestad para determinar cualquier otro criterio relevante para la determinación de la sanción, y (b) que esta determinación debe ser fundada.

Centésimo vigésimo sexto: Que en la Resolución Recurrida, fs. 115 vta., la SMA expone que en virtud de la letra i) del artículo 40 de la LOSMA, estimó relevante aplicar los siguientes criterios, (i) cooperación eficaz en el procedimiento, (ii) conducta posterior a la infracción, (iii) carácter calificado del sujeto infractor.

Centésimo vigésimo séptimo: Que de una lectura atenta de la Resolución Recurrida, en relación con este punto, se desprende que cuando la SMA se refiere a "cooperación eficaz en el procedimiento", lo hace respecto del sancionatorio; esto es, con posterioridad a la formulación de cargos.

Centésimo vigésimo octavo: Que en la Resolución, a fs. 115 vta. la SMA da razones fundadas de por qué considera la cooperación eficaz en el procedimiento, justifica la inclusión de esta circunstancia, entre otros aspectos, "El reconocimiento de esta circunstancia en la determinación de las sanciones se vincula al principio de eficiencia que debe observar la Administración en la utilización de los medio públicos, más que a la respuesta que merece la infracción en el caso concreto. En este sentido, esta colaboración debe ser eficaz, esto es, que la información o antecedentes proporcionados por el infractor debe permitir

Mil sesenta y uno

esclarecer la existencia, circunstancias o efectos de la infracción, así como la identidad de los responsables, su grado de participación y el beneficio obtenido con la infracción, si corresponde. La eficacia de esta cooperación, por tanto, se relaciona íntimamente con la utilidad real de la información o antecedentes, y no con la mera intención colaborativa del infractor".

Centésimo vigésimo noveno: Que los reclamantes Marisol Ortega y otro funda su alegato en que ENDESA ha sido sancionada con dos cargos por retraso en la entrega de la información solicitada por la SMA, por lo cual la institución de la cooperación eficaz es absurda en este caso.

Centésimo trigésimo: Que no existe controversia acerca de que los hechos constitutivos de infracciones en relación con la demora en la entrega de información ocurren con anterioridad a la formulación de cargos.

Centésimo trigésimo primero: Que los reclamantes Marisol Ortega y otro no aportan antecedentes probatorios de que con posterioridad a la formulación de cargos la cooperación de ENDESA no ha sido eficaz.

Centésimo trigésimo segundo: Que con base a que la SMA tiene la potestad para determinar todo otro criterio relevante para la determinación de sanciones, que la SMA ha determinado que uno de estos criterios es la colaboración eficaz con posterioridad a la formulación de cargos, que esta decisión ha sido fundada, que los reclamantes Marisol Ortega y otro basan sus alegaciones en dos infracciones que se fundan en hechos previos a la formulación de

cargos, y que los mismos reclamantes no ha aportado pruebas que con posterioridad a la formulación de cargos dejen de manifiesto que la cooperación de ENDESA no ha sido eficaz, es necesario concluir que esta alegación será desechada por falta de mérito.

iii. Alegación de ENDESA en relación con la configuración de la circunstancia de la letra i del artículo 40 de la LOSMA (conducta posterior del infractor)

Centésimo trigésimo tercero: Que, ENDESA alega que en relación con la infracción D.1 (relativa al desarrollo de actividades para las que la ley exige una resolución de calificación ambiental sin contar con ella), al momento de determinar la sanción, la SMA ha descartado arbitraria e infundadamente las acciones llevadas a cabo por ENDESA para regularizar su situación a través del sometimiento al SEIA. Esta alegación, se inserta en el contexto de la letra i) del artículo 40 que permite considerar de manera fundada cualquier otro criterio relevante para la determinación de la sanción. Como se mencionó previamente, uno de estos criterios es la "conducta posterior del infractor". Esta circunstancia se encuentra fundamentada a fs. 116 de la Resolución Recurrida. Este criterio apunta "a la consideración de las medidas que adopte el infractor tras la infracción o detección de esta en orden a corregir los hechos que la configuran, así como a reducir o eliminar sus efectos, o a evitar que se produzcan nuevos daños o efectos".

Centésimo trigésimo cuarto: Que es importante destacar que la forma en que la SMA consideró la conducta posterior a la infracción es un aspecto que alega ENDESA no solo en relación con la infracción D.1, sino también respecto de la infracción A.3 y A.6; sin embargo, en estos dos últimos casos lo plantea en el sentido que no se

entiende la forma en que esta circunstancia fue ponderada para arribar a la sanción final. Dado que las controversias en relación al estándar de motivación que debe tener la SMA ya han sido zanjadas en los considerandos previos, estas dos últimas alegaciones serán rechazadas.

Centésimo trigésimo quinto: Que con relación a la falta de consideración de la conducta posterior al momento de determinar la sanción por la infracción D.1, la SMA plantea a fs. 193, que para considerar de forma positiva una conducta posterior, debe tratarse de esfuerzos serios, tendientes a poner fin de inmediato a la situación de incumplimiento, cuestión que no ocurrió con la primera presentación de la DIA de ENDESA, ni con el primer EIA presentado ya que fue desistido, motivo por el cual no han sido acciones útiles al cumplimiento. Por lo demás, ha sido la propia Corte Suprema quién ordenó el ingreso del "Proyecto Optimización" mediante EIA, por lo que no se puede considerar la conducta posterior, como un efecto que disminuya el componente disuasivo de la sanción aplicada a la infracción D.1.

Centésimo trigésimo sexto: Que, atendida la razón por la cual la SMA decide considerar la circunstancia de la conducta posterior, en el sentido de que estas medidas deben estar encaminadas a corregir los hechos que configuran la infracción, así como también a reducir o eliminar sus efectos, o a evitar que se produzcan nuevos daños o efectos, este Tribunal concuerda en que estos objetivos no

Mil sesenta y cuatro

se consiguieron ni con la DIA ni con el primer EIA presentado, por lo cual esta alegación debe ser rechazada.

iv. Alegación de ENDESA en relación con la configuración de la circunstancia de la letra a) del artículo 40 de la LOSMA (la importancia del daño causado o del peligro ocasionado)

Centésimo trigésimo séptimo: Que a fs. 45, ENDESA alega la consideración de la circunstancia a) del artículo 40 de la LOSMA – la importancia del daño causado o del peligro ocasionado – por parte de la SMA al momento de determinar la sanción específica por la infracción A.6. Señala, que la SMA se limitó a sostener que la existencia de importantes cantidades de recursos hidrobiológicos succionados importa la generación de riesgo ambiental, sin entregar antecedentes que den cuenta de los fundamentos por los cuales arriba a tal conclusión.

Centésimo trigésimo octavo: Que consta en autos a fs. 121, que en el considerando 53.5 de la Resolución Recurrida, en lo que dice relación con la importancia del daño causado y el peligro ocasionado, la SMA señala, *"en virtud de lo expuesto en el considerando 42 ii) de esta resolución que dan cuenta de importantes cantidades de recursos hidrobiológicos que eran constantemente succionados, este Superintendente estima que se generó una situación de riesgo ambiental, por lo que esta circunstancia será considerada un factor que hace necesario un componente disuasivo relevante en la sanción"*.

Por su parte, el considerando 42 ii) de la misma resolución aludida plantea los siguientes aspectos, (i) que no es la ocurrencia del efecto no previsto, consistente en la succión masiva de recursos hidrobiológicos, lo que funda la infracción, sino que es el

presupuesto que gatilla la obligación de tomar medidas de acuerdo al considerando 7.9 de la RCA; (ii) define lo que se entiende por efecto no previsto; (iii) considera que en este caso particular, el efecto no previsto es la succión masiva de recursos hidrobiológicos, en cantidades mayores a las esperadas al evaluarse el proyecto original, BOCAMINA II.

Como mecanismo de prueba de lo anterior hace referencia a las campañas de monitoreo de succión llevadas a cabo en los meses de marzo y principios de junio de 2013, los que indican un promedio de succión de 4,1 kg/h, y con peaks de hasta 18 kg/h, en condiciones geográficas normales, es decir sin eventos de surgencia asociados. ENDESA, por su parte, en ninguna parte de su reclamación controvierte este hecho.

La SMA además entrega antecedentes en relación con un informe de SERNAPESCA de fecha 13 de junio de 2012, al cual se hace referencia en la Resolución Recurrida, el que señala, "...De acuerdo a lo observado en inspección realizada el 29 de mayo del presente, se pudo constatar el daño ambiental a especies hidrobiológicas, por la presencia de mortalidad de estas depositadas en 20 tambores producto de la succión y posterior retención en las rejillas de la bocatoma de agua...".

Centésimo trigésimo noveno: Que, la SMA, a fs. 104, expone que ha optado por desechar aquellos hechos constitutivos de infracción previos a la vigencia plena de los poderes sancionatorios de la

Amil Rivera y Rose

SMA, es decir previos al 28 de diciembre de 2012, al ponderar la configuración de la infracción.

Centésimo cuadragésimo: Que, hace mención también la SMA, a fs. 104, de un oficio (oficio Ord./VII/N° 9531 E, de 3 de abril de 2013), que forma parte del proceso sancionatorio, y que está contenido en el anexo 8 del informe de fiscalización DFZ-34-2013, que da lugar a la formulación de cargos a ENDESA, donde SERNAPESCA nuevamente comunica la ocurrencia del fenómeno, donde en su oficio concluye, *"Ambas situaciones concurren en un menoscabo a los recursos hidrobiológicos, lo que debiera analizarse en el contexto de los puntos 7.1.1 y 7.9 "*.

Centésimo cuadragésimo primero: Que, por todo lo anteriormente expuesto, este Tribunal no puede compartir la alegación planteada por ENDESA en el sentido de que la resolución carece de antecedentes que den cuenta de los fundamentos que llevan a sostener la existencia de una situación de riesgo ambiental y, por lo tanto, esta alegación será desechada.

v. **Alegación de ENDESA en relación con la configuración de la circunstancia de la letra b) del artículo 40 de la LOSMA (el número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción)**

Centésimo cuadragésimo segundo: Que, a fs. 60, de acuerdo a ENDESA, *"la superintendencia realiza un débil ejercicio de aproximación al número de personas cuya salud pudo afectarse"*. Su alegación la plantea con base en los siguientes argumentos, (a) constituye un ejercicio abstracto, sin recolectar información de interés acerca de la población afectada y presupone una afectación general; (b) está basado en estimaciones del CENSO 2012, siendo que actualmente la población habría disminuido y de eso darían cuenta

las actas de fiscalización; (c) considera la construcción de un buffer de 200 metros de radio desde los límites de la manzana censal representativa de la instalación de la central; (d) desconoce que los niveles de ruido medidos durante el 2013 solo presentaron excedencias en determinados puntos y en algunos de ellos no se presentaron receptores sensibles. En efecto, los puntos P4, P5, P5A, y p6 no presentaron receptores durante la mayor parte del año, siendo los puntos que concentran las excedencias de la norma en periodo nocturno; y (e) tampoco se justificaría el radio de 200 metros. Concluye ENDESA, que la determinación de un número de 2825 personas como factor que incrementa el componente disuasivo de la sanción es un ejercicio de pura arbitrariedad.

Centésimo cuadragésimo tercero: Que, la SMA por su parte, a fs. 181, realiza un análisis de la metodología aplicada para la determinación del buffer de 200 metros, el cual responde a la proyección de una barrera acústica natural (el Cerro Obligado), y de la estimación de la población afectada, indicando que corresponde a los datos oficiales disponibles al momento del análisis.

Centésimo cuadragésimo cuarto: Que, respecto de la estimación de personas afectadas o en riesgo, este Tribunal entiende la preocupación de ENDESA respecto de la actualización de la información en torno al número de personas que residirían en el sector y los cambios en el entorno producto de los programas de relocalización; no obstante ello, en el diámetro de los 200 m establecidos por la SMA, se encuentran instalaciones públicas (retén de Carabineros), instalaciones comerciales (quioscos), viviendas con residentes, y existen vías públicas para el tránsito peatonal y vehicular, tal y como fue apreciado por este Tribunal

mil remita y edis

durante la inspección personal llevada a cabo en la localidad de Coronel, y que fue decretada como medida para mejor resolver a fs. 933 de autos, por lo que la estimación de la SMA podría estar incluso por debajo del número real de personas que pudiesen ser catalogadas como receptores de ruido. Por todo lo anteriormente considerado, esta alegación será desechada.

vi. Alegación de ENDESA en relación con la configuración de la circunstancia de la letra e) del artículo 40 de la LOSMA (la conducta anterior del infractor)

Centésimo cuadragésimo quinto: Que, ENDESA, a fs. 62, alega el hecho de que la SMA considerara la conducta anterior con base a, (i) procedimientos administrativos cuyo alcance y contenido no forman parte del procedimiento sancionatorio, y (ii) cuyos procesos han sido reclamados ante la justicia ordinaria.

Centésimo cuadragésimo sexto: Que, la SMA por su parte en su informe de respuesta a fs. 179 vta., destaca que el considerando "conducta anterior" está contenido en la letra e) artículo 40 de la LOSMA. Que ella verifica las sanciones aplicadas al infractor por parte de la Comisión de Evaluación Ambiental, o la misma SMA, y adicionalmente, sanciones aplicadas por organismos sectoriales por hechos similares a los constitutivos de infracción. Que en el caso en cuestión, se trata de infracciones a la Norma de Emisión de Ruidos contenida en el Decreto Supremo N°146/1997, modificada por el Decreto Supremo N°38/2011, y que fueron considerados y ponderados en la determinación de la sanción específica. En relación con que las sanciones habrían sido reclamadas y se encuentran en sede judicial y no ejecutoriadas, la SMA contraargumenta lo siguiente: (a) las sanciones previas se consideraron como indicios

acerca del incumplimiento reiterativo por parte de ENDESA en materia de emisiones de ruido; (b) se trata de resoluciones administrativas que gozan de presunción de legalidad hasta que en sede judicial se indique lo contrario; (c) los procedimientos se basan en actuaciones de fiscalizadores y funcionarios que actúan como ministros de fe y cuya actuación goza de presunción de legalidad hasta que un tribunal diga lo contrario.

Centésimo cuadragésimo séptimo: Que, en opinión de este Tribunal, el considerar el historial de cumplimiento como un aspecto a evaluar al determinar sanciones específicas, tiene por objeto crear un incentivo adicional a cumplir con la regulación, ya que por un lado el incumplimiento llevará a enfrentar una sanción en el presente, pero además impondrá una sanción incrementada para futuras infracciones, con lo cual la sanción percibida para la infracción presente será mayor que la sanción efectiva generando un incentivo adicional al cumplimiento (*Harrington Winston 1988, Enforcement leverage when penalties are restricted, Journal of Public Economics 27, 39-73*). Adicionalmente, el historial de incumplimientos entrega una ventaja informativa para la SMA al determinar cuáles son aquellos regulados con mayor probabilidad de reiterar las infracciones, un elemento valioso al diseñar los programas de fiscalización. Estas ventajas se perderían si el conjunto de sanciones a considerar se restringiera, lo cual ocurriría bajo la propuesta de la empresa de considerar solo aquellos aspectos que dicen relación con el proceso sancionatorio particular.

Centésimo cuadragésimo octavo: Que tampoco se comparte la segunda parte de la alegación de ENDESA, en el sentido que no se

Miel retenta

podrían hacer valer las sanciones anteriores por no encontrarse a firmes, pues habrían sido objeto de impugnación judicial. En opinión de este Tribunal, dicha interpretación contraría el espíritu y el texto de los artículos 3 y 51 de la LBPA.

En efecto, respecto de los atributos de los actos administrativos, el artículo 51 de la citada ley dispone la regla general respecto de la obligatoriedad y producción de efectos de los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo, señalando expresamente que éstos "causan inmediata ejecutoriedad", y producen efectos jurídicos desde su notificación o publicación, según corresponda, lo que es concordante con lo dispuesto en el artículo 3 de la misma ley, el que dispone que dichos actos "gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa". Sólo excepcionalmente, de acuerdo al primero de los artículos citados, no producirán inmediata ejecutoriedad "en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior" o no podrán ser llevados a ejecución de oficio por la autoridad administrativa, de acuerdo al citado artículo 3, en aquellas situaciones en "que mediere una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional".

De acuerdo a las normas transcritas, es evidente que, siguiendo el modelo clásico de configuración de la actuación administrativa, el legislador chileno ha optado por la regla general que articula la autotutela administrativa con la heterotutela judicial posterior y

definitiva, cuyo ejercicio eventual, cuando es solicitada por el particular, no impide que el acto comience a producir los efectos que le son propios desde que entra en vigencia y es notificado. En otros términos, salvo las excepciones expresamente consideradas por el legislador, el acto no requiere aprobación judicial para su incorporación a la vida jurídica y para la producción de los efectos que le son propios, entre los que se encuentran los que mencionan los artículos 3 y 51 de la LBPA.

Por tanto, para los efectos de la presente causa, este Tribunal entiende que los actos administrativos sancionatorios anteriores que pesan sobre ENDESA se encuentran firmes una vez que se han agotado los recursos administrativos o han transcurrido los plazos para su interposición sin que se hayan interpuesto, independientemente de las acciones jurisdiccionales que al efecto pueda intentar el afectado, lo que, de por sí, ya es suficiente para estimar cierto grado de contumacia del titular del proyecto para cumplir los deberes y obligaciones que impone el ordenamiento jurídico ambiental.

Centésimo cuadragésimo noveno: Que, por todo lo considerado se concluye que la circunstancia de la "conducta anterior" letra e), artículo 40 de la LOSMA, ha sido correctamente configurada por parte de la SMA.

c) Configuración y determinación del componente beneficio económico

Centésimo quincuagésimo: Que, en relación con la configuración y determinación del beneficio económico, los hechos controvertidos por las partes en esta causa se pueden clasificar en cuatro grupos.

En primer lugar, ENDESA reclama la ausencia de fundamentación en la Resolución Recurrida respecto de una fórmula específica de cálculo de beneficio económico. En segundo lugar, tanto ENDESA como Marisol Ortega y otro, las dos partes reclamantes, controvierten aspectos relacionados con la determinación de los montos de costos retrasados y costos evitados utilizados por la SMA para calcular el beneficio económico. En tercer lugar, ENDESA plantea controversias en relación con la determinación del periodo de incumplimiento. Y, finalmente, ENDESA plantea controversias acerca de la falta de fundamentación sobre la tasa de descuento utilizada para calcular el beneficio económico. Todas estas controversias son resueltas a continuación por este Tribunal, las cuales se analizan en relación específica con las infracciones cuyo beneficio económico asociado ha sido cuestionado en las dos reclamaciones interpuestas en esta causa.

i. Ausencia de fundamentación respecto de una fórmula específica de cálculo de beneficio económico

Centésimo quincuagésimo primero: Que en lo que concierne a la fundamentación sobre la metodología de cálculo, la SMA entrega varios antecedentes que permiten a este Tribunal obtener una aproximación acerca de una fórmula de cálculo de beneficio económico. Estos antecedentes se presentan en la Resolución Recurrida a fojas 112-114, incluyendo referencias a metodologías de cálculo recomendadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y utilizada por la Agencia de

Protección Ambiental de Estados Unidos (EPA por sus siglas en inglés).

Centésimo quincuagésimo segundo: Que, estos antecedentes han sido considerados por este Tribunal como consistentes con la literatura acerca de cumplimiento y beneficio económico asociado al incumplimiento.

Desde el punto de vista de sujetos racionales tomadores de decisiones, y reconociendo que las motivaciones para cumplir con la regulación pueden ir más allá de un enfoque utilitarista, la forma más simple de pensar acerca de la decisión de una empresa entre cumplir o no cumplir con la normativa ambiental es comparando cuánto gana (o pierde) en cada situación; esto es, comparando su beneficio si cumple con la ley en relación con su beneficio si no cumple con ella. Este es un simple análisis costo-beneficio y tiene una larga tradición que comienza con el premio Nobel de economía Gary Becker (*Becker Gary 1968, "Crime and punishment: An economic approach" Journal of Political Economy, 76, 169*), y que ha estado presente en el diseño legislativo en la regulación de las áreas de libre competencia, recaudación impositiva, cumplimiento ambiental y muchas otras.

Centésimo quincuagésimo tercero: Que, en general, y descrito de manera simple, el regulado optará por no cumplir con la normativa siempre que lo que gana debido a no cumplir sea mayor que lo que gana debido a que cumple con la regulación. En el caso más sencillo —sin consideraciones de inflación, impuestos, gastos periódicos etc.—, y solo como un ejemplo para ilustrar el punto, una empresa obtendrá beneficios económicos por demorar la implementación de

medidas exigidas por el regulador, en cuyo caso el beneficio económico vendrá dado por:

$$BE = C_M(1+r)^i - C_M \quad (1)$$

Donde C_M es el costo de la medida (de mitigación, restauración o compensación) exigida, r es la tasa descuento, e i es el periodo en que el regulado está en incumplimiento. La lógica detrás de esta fórmula simple, es que al retrasar la implementación de una medida por i periodos de tiempo, la empresa puede utilizar los fondos ahorrados en llevar a cabo inversiones que tiene una tasa de retorno de r (la tasa a la cual se invierten los fondos propios de la empresa) logrando una capitalización -un mayor valor de la empresa- que en términos simples está dado por la ecuación (1).

La rentabilidad asociada a retrasar la implementación de las medidas exigidas debe tener en consideración la posible sanción (denotada por M), debido al incumplimiento de una exigencia contenida en una resolución de calificación ambiental o debido a otra infracción de las contenidas en el artículo 35 de la LOSMA,; por lo tanto, el regulado evalúa los beneficios netos dados por la diferencia entre el beneficio económico del incumplimiento y la multa $C_M(1+r)^i - C_M - M$, y si este valor es positivo, el proyecto financiero de retrasar la implementación de una medida es rentable. En general los proyectos se evalúan observando su valor actual neto (VAN). Obtener el VAN en este caso es relativamente simple, se obtiene de dividir

Mil setenta y cinco

la expresión $C_M(1+r)^i - C_M - M$ por $(1+r)^i$, quedando la expresión para el VAN como sigue:

$$VAN = C_M - \frac{C_M}{(1+r)^i} - \frac{M}{(1+r)^i}$$

Si el fiscalizador pretende generar un desincentivo al incumplimiento, debe propiciar mecanismos para que el VAN (que mide la rentabilidad del "proyecto financiero de retrasar la implementación de una medida") sea negativo

$$VAN = C_M - \frac{C_M}{(1+r)^i} - \frac{M}{(1+r)^i} < 0$$

y esto lo conseguirá imponiendo una multa M de magnitud tal que:

$$M > C_M(1+r)^i - C_M = BE$$

Y por lo tanto la multa debe ser mayor que el beneficio económico el cual está dado por (1).

Este es un modelo sencillo, y este Tribunal no pretende aseverar que la expresión dada por la ecuación (1) es exactamente la fórmula utilizada por la SMA al estimar el beneficio económico. El análisis que lleva a cabo la SMA debe considerar aspectos complejos que le agregan nivel de detalle a la expresión (1) (costos evitados, tasa de inflación, depreciación, impuestos, costos de implementación recurrentes en el tiempo, casos en los cuales el beneficio económico es mayor que el tope de la sanción, etc.).

Lo que sí se puede decir, es que la ecuación (1) es el punto de partida a través del cual se van agregando detalles más realistas. Sin embargo, aun a pesar de su simpleza, esta ecuación nos permite

entender dónde están los puntos de controversias planteados por los reclamantes ENDESA y por Marisol Ortega y otros.

Centésimo quincuagésimo cuarto: Que ENDESA, en primer lugar plantea sus reclamos precisamente en que aquellos aspectos de detalle que alimentan el modelo anterior no están explicitados; es decir, ENDESA sostiene que la determinación del beneficio económico no se fundamenta adecuadamente; es decir, la SMA no hace explícita cuál es la ecuación final utilizada para determinar este componente de "beneficio económico". Este Tribunal, de acuerdo a lo ya planteado latamente, no acogerá esta alegación de la empresa, con base al estándar establecido de motivación de las decisiones de la SMA en considerandos contenidos en la sección (8) de esta sentencia.

Centésimo quincuagésimo quinto: Que, tomando en consideración la fórmula (simplificada) de cálculo que se explica en (1), se puede observar cómo influyen otros aspectos controvertidos respecto del cálculo final del beneficio económico. Así, la controversia planteada por los reclamantes acerca del cálculo de los costos retrasados y evitados está representada en la ecuación (1) por la influencia del componente C_M ; las controversias acerca de la tasa de descuento están dadas por la influencia en el cálculo del beneficio económico del componente r de la ecuación (1); y, finalmente, las controversias acerca de la determinación del periodo de incumplimiento están caracterizadas por el componente i en la fórmula (1). A continuación se analizarán estas controversias en relación directa y específica con las infracciones cuyo beneficio económico calculado por la SMA ha sido controvertido, a excepción de la controversia relacionada con la tasa de descuento que es analizada a posteriori, ya que influye de igual manera en el cálculo

del beneficio económico de todas las infracciones en que este componente fue calculado.

ii. Alegación de ENDESA en relación con la determinación del componente beneficio económico para la infracción A.3

Centésimo quincuagésimo sexto: Que, en primer lugar ENDESA controvierte la estimación del componente beneficio económico obtenido con motivo del atraso en la instalación del desulfurizador, en relación con esta infracción que tiene una sanción establecida de 5.000 UTA y para la cual se estima un beneficio económico obtenido por el uso alternativo del dinero asociado a costos evitados y retrasados, debido a la implementación tardía del desulfurizador, mayor que el monto límite al que asciende la multa aplicada para dicha sanción (BE = 13.625 UTA).

Centésimo quincuagésimo séptimo: Que aun cuando ENDESA reconoció los hechos por los cuales se configura la infracción, ésta cuestiona el cálculo del beneficio económico. ENDESA argumenta haber incurrido en costos relativos a desembolsos para la construcción del desulfurizador de la Central Bocamina Primera Unidad, la que se encontraba con retrasos imputables a un contrato incumplido con un tercero (Tecnimont). Además, señala que el cálculo de la multa se basa en una estimación de beneficios económicos fundada en supuestos erróneos.

Centésimo quincuagésimo octavo: Que, ante ello, la SMA argumenta la existencia de beneficios para ENDESA, resultado de los retrasos asociados a los costos de construcción del desulfurizador, considerando que la empresa en vez de incurrir en el costo el día 28 de diciembre de 2012, lo postergó para el día 31 de enero de

Mil setenta y dos

2015, fechas que señala la SMA habrían sido justificadas por el titular en presentación Gerencia General N° 28 ingresada a la SMA el 18 de febrero de 2014 con documentos anexos, en respuesta al Ordinario UIPS N° 137 de fecha 04 de febrero de 2014.

Centésimo quincuagésimo noveno: Que de acuerdo a lo anterior, según lo señalado por la SMA en escrito presentado al Tribunal del 17 de septiembre de 2014, a fojas 140, queda en evidencia para la SMA que a la fecha de inicio de operación de la segunda unidad (27 de octubre de 2012), solamente se habían desembolsado 6,26 millones de dólares norteamericanos, quedando un saldo insoluto no invertido de 46,508 millones de dólares, equivalentes a 51.188 UTA.

Centésimo sexagésimo: Que, además, la SMA complementa señalando que con fecha 27 de marzo de 2014 el titular presentó un cronograma de avance, por medio del cual informaba que la construcción no había concluido, faltando las obras de mayor complejidad. La SMA argumenta, además, la existencia de un ahorro en la mantención del equipo, que va desde la entrada en operación de la segunda unidad (tomando para ello el 28 de diciembre de 2013) hasta la fecha informada sobre inicio de actividades del equipo (31 de enero de 2015), lo que en términos conceptuales, añade la SMA, correspondió a un beneficio económico del titular, equivalente a lo menos a la suma de los costos evitados durante el primer año, capitalizados a la tasa de descuento, agregados a los costos evitados durante el segundo año de incumplimiento, cifra total capitalizada nuevamente según la tasa de descuento para obtener el beneficio económico total correspondiente a ambos años.

Lo anterior, añade la SMA, se ajustó en la Resolución Recurrida, para efectos del cálculo numérico, de 25 meses a 19 meses de

Mil retraso y multa

incumplimiento. Complementa la SMA que, por cada año retrasado en pagar el resto del saldo del precio del contrato (46,508 millones de dólares), ENDESA mantiene en su caja 51.188 UTA que puede destinar a generar un 11,97% de nuevos ingresos anuales, obteniendo por cada año de retraso un aumento en su patrimonio de 6.127,2 UTA., no existiendo constancia a juicio de la SMA de otros desembolsos por parte de ENDESA, mas solo algunos pagos parciales para el embarque de los equipos, por una fracción de todo el precio del contrato. De lo expuesto, la SMA señala que aun cuando no conste en el expediente administrativo la existencia de pagos parciales, éstos (de haberse realizado) no afectarían mayormente el remanente de saldo insoluto del contrato (46,508 millones de dólares).

Centésimo sexagésimo primero: Que para este Tribunal, este es un ejemplo claro de la necesidad de que el proceso sancionador considere la extracción del beneficio económico ilícitamente obtenido como una forma de desincentivar el incumplimiento por parte del infractor, y como una señal al resto de los regulados.

El costo del desulfurizador al ser relativamente alto (aproximadamente 46,508 millones de dólares) genera un gran incentivo para retardar su implementación. En términos sencillos, si la tasa a la cual se invierten los recursos propios es de un 11,97 % (la validez de este supuesto se discute en la sección relativa a la tasa de descuento), la inversión en proyectos internos de las 51.188 UTA (46,508 millones de dólares) por un año de retraso reeditarán a la empresa un total 6,127 UTA (aproximadamente 5,5 millones de dólares). Es decir, solo en un año, la empresa obtiene como retorno un valor que es mayor que el tope máximo de una infracción clasificada como grave. Si se considera que el retraso

Mil chuta

en la instalación del desulfurizador ha sido de aproximadamente 25 meses, una estimación simple muestra que éste supera incluso el tope máximo legal (10.000 UTA).

Este caso, en el cual el beneficio económico obtenido debido al incumplimiento es mayor que el límite superior de la multa, es un buen ejemplo del marco conceptual desarrollado al principio de esta discusión. Básicamente indica que es una decisión financiera rentable (y de bajo riesgo), desde el punto de vista de la empresa, retrasar la implementación de la medida solicitada.

Centésimo sexagésimo segundo: Que, con relación al periodo estimado de incumplimiento, la SMA explica que se debió trabajar sobre la base hipotética de que la empresa infractora daría cumplimiento a las obras inconclusas (costos de cumplimiento) de forma posterior y cercana a la fecha de notificación de la Resolución Recurrida.

La SMA justifica la hipótesis de cumplimiento futuro cercana a la Resolución Recurrida para la infracción A.3, ya que el componente de beneficio económico no permitiría sancionar incumplimientos futuros; es decir, aquellos que tengan lugar con posterioridad a la resolución sancionatoria en el caso de que el infractor continuara con una conducta de omisión, situación que además imposibilitaría el cálculo de flujos de caja que aún no existen (o no hay certeza de que se producirán), resultando esta hipótesis a favor de los infractores, quienes además podrían postergar el cumplimiento de obras, mediante interposición de recursos legales.

Agrega la SMA que el momento debido de cumplimiento de algunas medidas (incurrir en costos) debió darse con anterioridad a la fecha de inicio del procedimiento sancionatorio, pero que para efectos

Mil ochenta y uno

del cálculo del beneficio económico la fecha de inicio considerada es posterior a la de cumplimiento debido, con lo cual estaría aplicando un criterio que beneficia al infractor por considerar un período de retraso menor al efectivo.

Centésimo sexagésimo tercero: Que, esto es una discusión acerca de la fecha de cumplimiento, y en este caso este Tribunal concuerda con lo planteado por la SMA en la forma de establecer estas fechas, y que además la forma de determinación del periodo de cumplimiento favorece a la empresa.

Centésimo sexagésimo cuarto: Que, finalmente, si se estimara como pretende la empresa, que los costos retrasados fueran menores, el período de incumplimiento menor y/o la tasa de descuento menor, aun así debería haber una reducción dramática en los parámetros para que eso implicara una reducción de la sanción impuesta por la SMA de 5,000 UTA, debido a que el beneficio económico obtenido es más del doble de la sanción finalmente impuesta por esta infracción.

Centésimo sexagésimo quinto: Que, por todo lo considerado, se concluye que el componente beneficio económico asociado a esta infracción se encuentra correctamente determinado, y no se acogerá el planteamiento de ENDESA.

iii. Alegación de ENDESA en relación con la determinación del componente beneficio económico para la infracción A.6

Centésimo sexagésimo sexto: Que respecto a infracción A.6, consistente en no haber adoptado medidas para hacerse cargo de la succión masiva de recursos hidrobiológicos, a través del sifón de aguas de refrigeración de Bocamina II Unidad, esta infracción se clasificó como grave y se multó con 624 UTA. Como parte de la multa,

se determinó la concurrencia de un beneficio económico derivado del uso alternativo del dinero asociado a costos evitados y retrasados, el cual fue estimado con base en los costos de las medidas que fueron consideradas insuficientes, y a los gastos asociados a la implementación del protocolo de control de succión de biomasa (BE = 217 UTA).

Centésimo sexagésimo séptimo: Que, ENDESA afirma que la Resolución Recurrida no considera los gastos efectivamente incurridos para la adopción de medidas de mitigación de los efectos de succión masiva de biomasa, los que corresponderían a gastos efectivamente desembolsados para la implementación del Proyecto Prueba Piloto. Según ENDESA *"la determinación del beneficio económico obtenido por el infractor tiene sentido en aquellos casos en que se ha dejado de realizar o ejecutar determinada condición o medida, de manera tal que el responsable ha obtenido un ahorro para cumplir"* (fojas 45).

Centésimo sexagésimo octavo: Que ante dichos alegatos, la SMA argumenta nunca haber señalado la no realización de desembolsos de dinero, sino que el no haberse incurrido en gastos asociados a medidas idóneas y oportunas para hacerse cargo de los efectos no previstos. Señala, además, que no habiendo sido idóneas las medidas implementadas por ENDESA, para evitar la succión masiva de biomasa, no correspondía considerar los costos incurridos en la llamada Prueba Piloto, ni descontarlos del beneficio económico resultante para ENDESA. Agrega la SMA que no basta haber incurrido en cualquier costo, sino que se deben considerar sólo los asociados a aquellas

Mil Abata y Arce

actividades que sirvieron para alcanzar el cumplimiento, lo que nunca sucedió en relación con la Prueba Piloto.

Centésimo sexagésimo noveno: Que, el Tribunal no comparte los planteamientos de la empresa. Si ya se ha definido en esta sentencia, que esta infracción califica debido a que las medidas implementadas por ENDESA para enfrentar la succión masiva de recursos hidrobiológicos no fueron idóneas debiendo serlo, el beneficio económico estimado en este caso debería ser la diferencia entre el costo de implementación y operación de las medidas idóneas menos las medidas efectivamente implementadas por ENDESA. Esto es, en términos simples el beneficio económico será

$$\text{Beneficio económico} = C_I - C_P$$

Donde C_I es el costo de las medidas idóneas y oportunas y C_P es el costo de la prueba piloto. El componente C_I es un componente teórico, y su valor exacto es difícil de estimar, más aun si este Tribunal ha aceptado el punto de vista de la SMA en el sentido que dentro de su competencia está la constatación de si la medida implementada es idónea, no el determinar cuál es la medida más idónea. En definitiva, lo que la SMA hace implícitamente es estimar C_I como un valor que depende del costo de la prueba piloto $C_I = \beta C_P$, donde β es un parámetro mayor que 1, que representa la proporción de los costos de la prueba piloto que hubiese costado implementación de una medida

Mil ochenta y cuatro

idónea para alcanzar el cumplimiento. Por lo tanto, el beneficio económico estimado será:

$$\text{Beneficio Económico} = \beta C_p - C_p = (\beta - 1)C_p,$$

En el caso particular de $\beta = 2$ (cuando el costo de una medida idónea resulta el doble del costo de la prueba piloto), el beneficio económico resultante es: $\text{Beneficio Económico} = C_p$, con lo cual el beneficio económico determinado es igual al costo total de la prueba piloto, que es lo que ha determinado la SMA. En efecto, la SMA plantea, "Si bien, el referente, en términos de costos de la medida que ENDESA deberá implementar, no puede ser la tecnología implementada en la central Santa María, también es cierto que una medida de esta complejidad, no resultará nunca más económica que las inidóneas y extemporáneas medidas ya adoptadas por ENDESA. Es decir, se ha utilizado el supuesto de que la medida definitiva, tendrá un costo al menos equivalente a las medidas ya adoptadas (prueba piloto)".

Centésimo septuagésimo: Que, entonces desde nuestro punto de vista lo que la SMA hace es estimar los costos asociados a una medida "idónea" como el doble de los costos incurridos por ENDESA en la prueba piloto. El valor resultante del componente beneficio económico es precisamente el costo de estas medidas idóneas menos el costo de las medidas ya implementadas por ENDESA (las cuales fueron consideradas no idóneas por ENDESA), y por lo tanto, el beneficio económico resultante es el costo de las medidas consideradas no idóneas por la SMA (el costo de la prueba piloto).

Centésimo septuagésimo primero: Que la argumentación de la forma de arribar al beneficio económico de la SMA, es algo distinto de

Mil ochenta y cinco

lo desarrollado más arriba en este considerando. La SMA asume que el costo incurrido por la empresa (el costo de la prueba piloto) no se debe descontar al estimar el beneficio económico, debido a que las medidas aplicadas no fueron idóneas, pero que sí las ha considerado en su estimación del beneficio económico, debido a que, a juicio de la SMA, su valor conforma un piso por sobre el cual deberá estar el verdadero valor de las medidas idóneas no implementadas por ENDESA.

Centésimo septuagésimo segundo: Que la forma de argumentar de ENDESA y lo planteado por este Tribunal en considerandos previos arriban a la misma conclusión, que un buen estimador de los costos retrasados e incumplidos por ENDESA corresponde al costo de la medida piloto; sin embargo, este Tribunal considera que su propia descripción refleja mejor el marco conceptual en el cual se desarrolla el proceso de estimación del beneficio económico en este caso.

Centésimo septuagésimo tercero: Que, en definitiva en este punto, la controversia implícita es acerca de la validez de la determinación de un parámetro $\beta = 2$ por parte de la SMA. Es decir, la validez de considerar, que la medida idónea tiene un costo que es el doble de la medida efectivamente implementada por ENDESA (la cual no resultó idónea). Esto será aceptado con base a las siguientes razones, (i) debido a la discrecionalidad entregada al organismo sancionador, el cual cumple con el estándar establecido en el deber de fundamentación de las decisiones de la autoridad administrativa contenidos en considerandos de la sección (8) de esta sentencia; (ii) debido a que el monto estimado a este Tribunal le parece razonable y conservador; y (iii) la empresa no entrega

una alternativa metodológica a los estimados de beneficio económico desarrollados por la SMA.

Centésimo septuagésimo cuarto: Que, en conclusión, en este punto no se aceptará la alegación de ENDESA de que la estimación del componente beneficio económico ha sido errada. Se decide, además, que no corresponde descontar de los cálculos previos los costos o gastos incurridos por ENDESA en la prueba piloto, ya que de acuerdo a lo hasta aquí expresado, esto constituiría una deducción doble debido a que estos montos ya están considerados en la estimación anterior.

iv. Alegaciones de ENDESA y de los reclamantes Marisol Ortega y otro, en relación con la determinación del componente beneficio económico para la infracción D.1

Centésimo septuagésimo quinto: Que, respecto de la infracción D.1, relativa a la operación de todo o parte del Proyecto de Optimización sin contar con una resolución de calificación ambiental, se impuso una multa de 977 UTA., siendo clasificada como gravísima en virtud de producirse los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley 19.300. Se constata además, por parte de la SMA, beneficios económicos con relación al uso alternativo del dinero, asociado a costos efectuados con retraso de presentación y tramitación de un EIA no efectuado de manera oportuna, de 77,5 UTA.

Centésimo septuagésimo sexto: Que, ENDESA controvierte el hecho de que el cálculo del beneficio económico se basa en los costos de evaluación del Proyecto de Optimización, entre la fecha que debió presentarse y la fecha de la resolución impugnada, sin considerar

los costos en que incurrió ENDESA en la elaboración del estudio de Impacto Ambiental presentado en diciembre de 2013, ni tampoco los costos de la DIA realizada, ni tampoco el EIA presentado posteriormente y desistido, de acuerdo a la empresa, por consideraciones formales.

Centésimo septuagésimo séptimo: Que, por su parte, la SMA, a fojas 190, señala que la Resolución Recurrida, en el numeral 53.8, determinó el cálculo del beneficio económico para la infracción D.1, comprendiendo el período que va desde el 28 de diciembre de 2012 hasta el 18 de diciembre de 2013; siendo esta última fecha la correspondiente a la entrega del Estudio de Impacto Ambiental por parte de la empresa, por lo que resultaría carente de fundamento la alegación de que los costos de elaboración del EIA no fueron considerados.

Agrega la SMA que las ganancias de ENDESA, respecto de los costos retrasados, están dadas por las utilidades derivadas de haber dado un uso alternativo al dinero durante un determinado periodo de tiempo, lo que no implica que el gasto incurrido en el EIA, sea un costo evitado, sino que un costo retrasado, resultando inherente su determinación, pero con retraso. En relación con los otros gastos alegados por ENDESA, entre ellos el EIA desistido y la DIA rechazada, estos costos no fueron considerados porque no son costos o gastos útiles para alcanzar el cumplimiento. Por lo demás, señaló la SMA que nunca se explicó la razón jurídica o económica para considerarlos.

Centésimo septuagésimo octavo: Que, a fojas 11 del Expediente acumulado, y en relación con la estimación del beneficio económico obtenido por la infracción (D.1), los reclamante Marisol Ortega y

Mil ochenta y ocho

otro controvierten la forma de fijar el beneficio económico por parte de la SMA. Desde el punto de vista de estos reclamantes, y debido a que la infracción corresponde a la operación de un proyecto termoeléctrico sin contar con una resolución de calificación ambiental que lo habilite para hacerlo, todas las utilidades obtenidas por la empresa durante el lapso de operación ilícito (octubre 2012 a diciembre 2013) constituyen el beneficio económico percibido con ocasión de la infracción.

Los reclamantes Marisol Ortega y otro, estiman en US\$ 660.000 y US\$ 1.000.000 diarios producto del funcionamiento de la central, de acuerdo a la información pública entregada por la empresa. De acuerdo con los reclamantes, la empresa habría estado funcionando ilegalmente por 420 días aproximadamente, y aunque no presentan un cálculo explícito del beneficio económico, implícitamente de acuerdo a los datos otorgados por los reclamantes, su estimación da un beneficio económico total con motivo de la infracción es de entre 277 y 420 millones de dólares, cifra muy superior a las 77,5 UTA (aproximadamente 70,4 mil dólares) estimadas por la SMA como beneficio económico del incumplimiento para esta infracción.

Centésimo septuagésimo noveno: Que, en su informe de respuesta a esta alegación, la SMA plantea que la parte reclamante comete un error ya que lo que constató la SMA no es la elusión del proyecto completo, sino que de sus modificaciones, las cuales debían contar con resolución de calificación ambiental previo a su ejecución. A fojas 55 del Expediente acumulado expone la SMA "De este modo, correspondía calcular el beneficio económico asociado a la elusión de las "modificaciones" señaladas en la Resolución Sancionatoria y no el beneficio económico asociado a la elusión del "proyecto

Mil ochenta y nueve

termoeléctrico completo", y complementa, "por lo tanto esta Superintendencia para calcular las ganancias ilícitas, debía separar el beneficio económico total de la operación del proyecto, dividido por instalación, para luego sumar el beneficio económico asociado a solo a aquellas modificaciones que constituyeron la elusión sancionada. Hacer ese ejercicio financiero es imposible, toda vez que las ganancias obtenidas con la operación del proyecto son indivisibles en relación con sus instalaciones y, en caso de haber hecho un ejercicio meramente estimativo, evidentemente habría significado dicho cálculo una ilegalidad por no contar con la motivación exigida por la ley" (fojas 55 del Expediente acumulado).

Centésimo octogésimo: Que una modificación de proyecto que no es exigencia legal, implica un análisis, por parte de los titulares, en relación con su rentabilidad, y por lo tanto, un análisis tanto de los ingresos como de los costos incrementales debido a la modificación. Dados los antecedentes del caso de autos, el incremento en la capacidad de generación en 20 MW, que le otorga a la empresa la libertad de incrementar su producción bruta en 20 MW en el futuro, le permitirá obtener ingresos incrementales en relación a la situación en la cual este aumento en la capacidad de generación no se produce. Adicionalmente, los cambios en la configuración (layout), como lo ha expresado ENDESA, permiten un manejo más eficiente de las instalaciones, y por lo tanto una reducción de costos. Son estos beneficios económicos (ingresos totales menos costos totales) incrementales lo que en teoría debería haber considerado la SMA como beneficios asociados al incumplimiento de haber llevado a cabo un proyecto -el Proyecto de Optimización-, que supone cambios de consideración al proyecto Bocamina Segunda Unidad, sin contar con resolución de calificación.

Mil noventa

ambiental. Ciertamente, y como lo plantea la recurrida, esta estimación teórica es muy difícil y costosa de realizar en la práctica, ante lo cual, la SMA decide utilizar como aproximación los costos retrasados debido a la demora en el diseño del EIA.

Centésimo octogésimo primero: Que, ENDESA controvierte la estimación del componente de beneficio económico llevada a cabo por la SMA sin proponer ninguna metodología alternativa. Ciertamente, la no realización (o la demora) del EIA es uno de los ahorros de costos de la empresa por llevar a cabo un conjunto de modificaciones sin una resolución de calificación ambiental, pero es el piso en el ahorro de costos, es una visión conservadora que favorece a la empresa, cualquier metodología alternativa implicará un ahorro de costos debido al incumplimiento mayor. Por estas consideraciones, la alegación planteada por ENDESA acerca de una errónea estimación del componente beneficio económico será rechazada.

Centésimo octogésimo segundo: Que, la estimación llevada a cabo por los reclamantes Marisol Ortega y otro, también se considera errada. Lo que ellos solicitan es que se considere al total de beneficios económicos obtenido por el proyecto conjunto (Bocamina Segunda Unidad más el Proyecto de Optimización) como los beneficios económicos obtenidos por el incumplimiento. Sin embargo, como ya se ha señalado, son los beneficios económicos incrementales (debido a las modificaciones) y no los beneficios económicos conjuntos (obtenidos por Bocamina Segunda Unidad más el Proyecto de Optimización) lo que debe ser considerado. Por lo tanto, la

pretensión de los reclamantes Marisol Ortega y otro, también será rechazada.

v. Alegación de ENDESA en relación con la fundamentación de la tasa de descuento

Centésimo octogésimo tercero: Que en su reclamación, ENDESA alega que se habría aplicado una tasa de descuento del 11,97% de manera infundada y que esta tasa incidiría fuertemente en el monto final de la sanción aplicada.

Centésimo octogésimo cuarto: Que, ante este alegato, la SMA indica que en la Resolución Recurrida se señala que esta tasa se determinó tomando como supuesto la metodología de la tasa promedio ponderado del costo de capital (WACC, por sus siglas en inglés). Además, en escrito presentado por la SMA a este Tribunal el 17 de septiembre de 2014, la parte reclamada indica que la tasa de descuento se calculó como un promedio de las tasas WACC de otras firmas del mismo rubro que reportan información a la Superintendencia de Valores y Seguros.

Señala además que este cálculo correspondería a un supuesto conservador de rentabilidad, ya que mostraría el costo de financiamiento de un proyecto conforme a la tasa de costo de oportunidad de los accionistas y al costo de la deuda financiera, ponderadas entre sí por la relación entre capital propio y pasivo. Esto serviría en términos financieros para determinar si los flujos de caja de un proyecto, descontados por dicha tasa, tienen un valor actual neto positivo, es decir, evalúa si el proyecto genera más

Mil noventa y dos

utilidades que el retorno que solicitan los accionistas y acreedores combinados.

Complementa la Superintendencia señalando que estimar la tasa de descuento en función de la información financiera provista por la empresa ENDESA sería muy difícil sin realizar una auditoría detallada. Y en caso de realizar dicha auditoría, la SMA señala que se enfrentaría al problema de requerir información de manos de quien cuenta con toda ella, sumado al problema de los intereses contrapuestos, lo que radicaría en mermar la calidad y completitud de la información recibida de parte del infractor.

Desde el punto de vista de la SMA recurrir a la aproximación de la tasa de descuento asimilada al WACC, resulta ser la opción más viable. Como dato de relevancia, señala la SMA que ENDESA nunca ha acompañado antecedentes que indiquen que la rentabilidad proyectada, considerando los flujos de caja, sea menor a la tasa de descuento utilizada. La SMA finalmente indica que el estándar de las explicaciones contenidas en la Resolución Recurrida (sobre la tasa de descuento) sobrepasa la práctica de otras agencias fiscalizadoras en Chile, y que está a la altura de países más desarrollados.

Centésimo octogésimo quinto: Que cabe señalar que la tasa de descuento corresponde al costo al que ENDESA accedería a su capital (costo de deuda y patrimonio) y que la SMA estaría en lo correcto al señalar que la tasa WACC es una metodología conservadora para estimar la tasa de capitalización real de la empresa. La tasa de retorno a la inversión de una empresa debiera ser mayor que la tasa

a la cual ésta accede a su capital en el largo plazo. En caso contrario, la rentabilidad de la inversión sería negativa.

Centésimo octogésimo sexto: Que, de acuerdo a información pública contenida en la Memoria Anual y Estados Financieros de ENDESA Chile del año 2013, ENDESA señala que entre los objetivos de la sociedad está: "explotar la producción, transporte y distribución de energía eléctrica".

Centésimo octogésimo séptimo: Que en la página 194 de la Memoria mencionada, ENDESA Chile expone que para estimar el valor actual de los flujos de caja futuros asociados a la estimación del valor de recuperación de activos tales como propiedad, plantas, y equipos, utiliza tasas de descuento nominales, antes de impuestos por región geográfica. Que para el caso de Chile, en el año 2013, ENDESA estima una tasa de descuento mínima de 8,6 % y máxima de 16,3 %.

Centésimo octogésimo octavo: Que la tasa descuento propuesta por la SMA de un 11,97 %, está dentro del rango de tasas de descuento utilizada por ENDESA para sus proyectos de generación, transmisión y distribución en Chile.

Centésimo octogésimo noveno: Que, este Tribunal carece de antecedentes adicionales que respalden el alegato de ENDESA que pretende desvirtuar la tasa de descuento estimada por la SMA, debido a que la empresa no entregó alternativas metodológicas a la estimación de dicha tasa, ni información acerca de cuál es la tasa de descuento por ellos utilizada, información interna que la empresa poseía al momento de configurarse las sanciones y presentarse

Mil noventa y cuatro

recursos jurisdiccionales ante este Tribunal como se ha acreditado en los considerandos anteriores.

Centésimo nonagésimo: Que la alegación en relación con la estimación de la tasa de descuento, es planteada por ENDESA en el contexto de la controversia surgida por configurarse una infracción A.3 con motivo del retraso en la construcción del desulfurizador en la Unidad I de Bocamina. Esta infracción fue sancionada con 5.000 UTA, y se estimó un beneficio económico obtenido con motivo de la infracción de 13.625 UTA.

Centésimo nonagésimo primero: Que la tasa de descuento estimada por la SMA, tendría que ser excesivamente alta para que una reducción permitiera ajustar de tal forma el beneficio económico, que este quedara por debajo de la multa aplicada a ENDESA de 5000 UTA, y por lo tanto ENDESA fuera exitosa en su pretensión de reducir la sanción aplicada. Esto, debido a que la estimación de beneficio económico (13.625 UTA) supera en más de dos veces la sanción máxima aplicable, debido a la gravedad de la falta en este caso (5,000 UTA).

Centésimo nonagésimo segundo: Que, por todo lo anterior, esta alegación planteada por ENDESA será desechada.

d) En relación con la proporcionalidad de las sanciones

Centésimo nonagésimo tercero: Que, procede hacerse cargo de la denuncia de ENDESA sobre la desproporcionalidad de ciertas sanciones de la Resolución Recurrida. Esto obliga al Tribunal a utilizar una cuarta técnica de control del ejercicio de las facultades discrecionales de la administración, cual es el examen basado en los principios generales del derecho, dado que la proporcionalidad tiene esa naturaleza en materia de derecho

administrativo sancionador (ver Marín, Op. Cit. Págs. 367 y ss.; Bermúdez, J., Derecho Administrativo General, Tercera Edición, Santiago, Legal Publishing, 2014).

El profesor Jorge Bermúdez define el principio de proporcionalidad como aquel que *"...consiste en que la sanción que se va a aplicar como resultado de una infracción administrativa sea adecuada a la entidad o cuantía que ha tenido la infracción"* (Op. Cit., pág. 346). Esta definición se fundamenta en una premisa no explicitada, que es que el ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de la Administración ha sido legal. Ya lo menciona Sarmiento Ramírez-Escudero, *"El principio de proporcionalidad enjuicia una decisión lícita a la luz de unos fines lícitos, dentro de una variedad de soluciones posibles"* (El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Administrativo: Un Análisis Jurídico desde el Derecho Español, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 162). Esta circunstancia desvela una paradoja en la argumentación de ENDESA, cual es que por un lado denuncia la ilegalidad de la Resolución Recurrida por incumplimiento de la formalidad de motivación —ya analizado en considerandos anteriores—, para agregar seguidamente que esta es desproporcionada con relación a ciertas sanciones y, por tanto, es contraria a derecho (fs. 47).

No es posible afirmar que la Resolución Recurrida es simultáneamente ilícita (por falta de motivación) y lícita (porque es desproporcionada). Esta conclusión a la que arriba ENDESA, viola una de las leyes clásicas del pensamiento lógico, que es el de la no contradicción; esto es, que un argumento y su negación no pueden ser verdaderos al mismo tiempo. Esta contradicción argumentativa de la empresa recurrente ya ha sido resuelta por este Tribunal al

declarar como lícita la motivación de la Resolución Recurrida, con lo que resta analizar si esa actividad lícita —sanción o multa— de la SMA es adecuada a la entidad o cuantía de la infracción. Esta conclusión del Tribunal es posible al entender la denuncia de desproporcionalidad como subsidiaria de la ilegalidad (Sarmiento Ramírez-Escudero, Op. Cit., pág. 345), y es por eso que pasaremos a revisarla.

Centésimo nonagésimo cuarto: Que, el principio de proporcionalidad plantea tres interrogantes a resolver según la doctrina, (1) "*¿El acto jurídico administrativo es adecuado para cumplir los fines que lo justifican?*", (2) "*¿Existen medidas menos lesivas al interés individual que cumplan igualmente los fines que justifican el acto jurídico administrativo?*", y (3) "*¿Los resultados del acto jurídico administrativo son desproporcionados en comparación con los sacrificios sufridos por los destinatarios del mismo?*" (Sarmiento Ramírez-Escudero, Op. Cit., pág. 126). Bermúdez lo plantea como tres requisitos: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (Op. Cit., pág. 347).

Las tres interrogantes —o requisitos— se encuentran orientadas a, como ejercicio de extrema ratio —no aplicables a cualquier controversia de derecho administrativo ambiental—, dilucidar si la administración en su actuación se ajustó a fines y medios considerados en la LOSMA.

Centésimo nonagésimo quinto: Que la doctrina ha depurado diversos test de proporcionalidad (ver Marín, Op. Cit.; Sarmiento Ramírez-Escudero, Op. Cit.), y en el presente caso evaluaremos (i) la

adecuación, (ii) la necesidad o medida menos restrictiva, para terminar con (iii) un análisis estricto de proporcionalidad.

En cuanto a la adecuación del acto administrativo, el análisis busca determinar si éste corresponde a un medio coherente "...con el fin perseguido, y por tanto su adopción debe permitir alcanzar tal objetivo" (Sarmiento Ramírez-Escudero, Op. Cit., pág. 170). A esta altura, corresponde solo realizar un control sobre la totalidad de cada acto, sin detenerse en sus matices o dosimetría, toda vez que solo interesa saber si cada medio (multa) es necesario para conseguir el fin. Dicho de otro modo, lo que el Tribunal persigue es determinar si existe una manifiesta desproporción. Del mismo modo, el análisis no se refiere a comparar una decisión con respecto a otra, porque lo que se encuentra en juego es la adecuación de la medida con un fin (Sarmiento Ramírez-Escudero, Op. Cit.).

En tanto, el juicio de necesidad o la medida menos restrictiva, el recurrente debe indicar al tribunal la existencia de una alternativa menos restrictiva, que consiga el mismo resultado que la medida recurrida, que ésta no suponga imponer cargas u obligaciones a terceros, que la medida sea legal, y que pueda graduarse (Sarmiento Ramírez-Escudero, Op. Cit.). Aquí existe un ejercicio de comparación entre la medida recurrida y la alternativa menos restrictiva que pueda plantear la recurrente (Sarmiento Ramírez-Escudero, Op. Cit., pág. 193 y 194).

El último test es el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. En palabras de Sarmiento Ramírez-Escudero, "El acto jurídico impugnado, además de ser adecuado y necesario, debe encontrarse en una relación proporcionada con el fin al que se aspira, una vez

ponderados los fines públicos y los intereses sacrificados" (Op. Cit., pág. 206).

Este Tribunal, entonces, ponderará las magnitudes en conflicto de modo de encontrar un balance entre los fines públicos y los intereses sacrificados.

Centésimo nonagésimo sexto: Que, a través de su reclamación, ENDESA plantea un conjunto de alegaciones acerca de la falta de proporcionalidad resultante en algunas de las sanciones impuestas por la SMA.

i. Falta de proporcionalidad en la determinación de sanciones para las infracciones B.1 y C.1

Centésimo nonagésimo séptimo: Que, en el caso de la infracción B.1 y C.1, ENDESA plantea el desvalor asociado a la entrega con siete meses de retraso que se termina equiparando a la entrega con cinco días de retraso. En relación con las dos infracciones por demora en la entrega de información, la empresa alega la evidente desproporción de la sanción aplicada. Según ENDESA, el retraso en la entrega de la información en cinco días se sanciona con una multa equivalente a prácticamente la mitad de la sanción impuesta por el retraso en la entrega de información en siete meses, lo cual a todas luces constituiría una vulneración al principio de proporcionalidad. Si se es coherente con la proporcionalidad, señala ENDESA, en la medida que se aplica una multa de 8,6 UTA por el retraso en 7 meses, equivalentes aproximadamente a 210 días, el

Mil noventa y una

día de retraso tendría un valor de 0,04 UTA, de manera que 5 días de retraso debieran ser sancionados únicamente con 0,2 UTA.

Centésimo nonagésimo octavo: Que, el análisis llevado a cabo por ENDESA en términos de UTA por día de retraso, para justificar la desproporción señalada parte de la premisa de que ambas infracciones son absolutamente equiparables, y que solo se diferencian en la cantidad de días de retraso en la entrega de esta, no es correcto a juicio del Tribunal.

En efecto, como ya se indicó en considerandos anteriores, la alegación de desproporcionalidad se realiza respecto de la consistencia interna de cada sanción y no en comparación con otra. Esto debe ser así, puesto que nada obsta a que ambos tipos de información se requieran por razones distintas, o tengan el mismo valor para la administración. Bien podría ocurrir que el primer tipo de información (aquella que reporta un retraso de siete días) se requiera por parte del organismo sancionador de una forma más urgente que aquella que reporta un retraso de siete meses. Desde este punto de vista, los efectos en el retraso en la entrega del primer tipo de información podrían ser más graves que el retraso en la entrega del segundo tipo de información.

Del mismo modo, un juicio de adecuación respecto de cada sanción, a la luz de los argumentos de ENDESA y de la SMA, solo llevan al Tribunal a considerar que las mismas no aparecen ser groseramente desproporcionadas con las conductas reprendidas.

Con relación a la necesidad o medida menos restrictiva, el art. 39 letra c de la LOSMA, permite a la SMA aplicar en el caso de infracciones leves, ya sea (a) una amonestación por escrito o (b)

una multa de 1 a 1.000 UTA. El Tribunal considera que las sanciones aplicadas no tendrían el mismo efecto disuasivo que una amonestación por escrito, dados los antecedentes que constan en autos; así como no aprecia la imposición de cargas u obligaciones a terceros, y constata que la medida es legal y graduable.

En lo que se refiere a la proporcionalidad en estricto sentido, este Tribunal es de la opinión que la urgencia e importancia para la investigación persiguen un fin de interés público en este caso, por lo que la carga monetaria impuesta a ENDESA no puede ser considerada como desproporcionada.

Centésimo nonagésimo noveno: Por todo lo anterior, este Tribunal no encuentra bases que muestren que se ha violado el principio de proporcionalidad en este caso, y por lo tanto la alegación de la empresa será rechazada

ii. Falta de proporcionalidad en la determinación de sanciones para las infracciones A.5 y A.6.

Ducentésimo: Que, ENDESA también alega falta al principio de proporcionalidad en relación con las infracciones A.4 y A.5 en materia de ruidos molestos. En particular plantea que la infracción A.5 es desproporcionada en su entidad, por las siguientes consideraciones. La Resolución Recurrida impone una multa de 1950,1 UTA por la infracción A.5, basada en la concurrencia de factores que agravan la infracción, en particular, la existencia de un riesgo significativo para la salud de la población, producto de la emisión de ruidos molestos, el número de personas cuya salud pudo afectarse, el beneficio económico, y la conducta anterior del infractor. Se trataría de una sanción desproporcionada, según la empresa, que carece de toda relación con la entidad de la infracción y,

Mil auto uno

especialmente, con las acciones implementadas por ENDESA. En este punto la empresa critica la asunción de riesgo para la salud por parte de la SMA.

Ducentésimo primero: Que, en este punto alegado por ENDESA, este Tribunal entiende que más que plantear una controversia acerca del principio de proporcionalidad, lo que en definitiva ENDESA está alegando es una supuesta falta de justificación de cómo las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA (existencia de un riesgo significativo para la salud de la población, producto de la emisión de ruidos molestos, el número de personas cuya salud pudo afectarse, el beneficio económico y la conducta anterior del infractor) resultan en una multa de 1950,1 UTA. Este aspecto acerca de la motivación, la determinación de la ecuación a partir de la cual se obtiene la sanción específica ya ha sido latamente tratado por este Tribunal en considerandos anteriores contenidos en la sección (8), y por lo tanto corresponde rechazar esta alegación.

Ducentésimo segundo: Que, con respecto a la falta de proporcionalidad cuando la empresa plantea "En efecto, la sanción aplicada vulnera el principio de proporcionalidad que debe guiar la actuación de la Administración del Estado, en la medida que impone una multa de 1950,1 UTA por infracción a la norma de emisión de ruidos molestos en la zona de Coronel, en circunstancias que el propio ente sancionador impuso anteriormente una multa de 316 UTA por la misma infracción configurada en una zona urbana que presenta indudablemente un mayor número de población circundante".

Que ENDESA no especifica cuál es la infracción a la que se refiere, ni cuáles son las circunstancias de aquel caso que lo hacen análogo con el de autos. Este Tribunal reitera que la proporcionalidad se

predica respecto de cada sanción, y no en comparación a otras. El hecho que la empresa traiga a colación otra multa, y no indique cuáles son las circunstancias, reafirma el punto del análisis individual de proporcionalidad.

Por tanto, esta alegación también será desechada.

iii. Falta de proporcionalidad en la determinación de sanciones para la infracción A.2

Ducentésimo tercero: Que, en relación con la infracción A.2 (superación de la norma por CO), ENDESA plantea que la aplicación de una multa de 58,8 UTA resulta absolutamente desproporcionada respecto de un hecho que carece de efectos ambientales, que no tienen un beneficio económico asociado, y para el cual se ha reconocido la conducta posterior desplegada por ENDESA.

Ducentésimo cuarto: Que la infracción ha sido calificada como leve por la SMA, por no concurrir ninguna de las circunstancias de los números 1 y 2 del artículo 36 de la LOSMA. La SMA ha reconocido la falta de efectos ambientales asociados a este incumplimiento, lo que debería traducirse en una disminución considerable del componente disuasivo del valor de la sanción.

Ducentésimo quinto: En relación con este punto, el Tribunal estima que la alegación de ENDESA no se refiere a la proporcionalidad, sino a una falta de motivación de la Resolución Recurrída, por lo que reitera lo resuelto en considerandos relativos a la fundamentación de la sección (8), y, por lo tanto, rechaza la alegación de la empresa.

Ducentésimo sexto: Que, en lo relativo al incidente generado entre las partes con relación a la medida para mejor resolver dictada a

fs. 732, y que fuera propuesto por ENDESA a fs. 847, y dejado en autos para definitiva a fs. 932, se RESUELVE: A LO PRINCIPAL: en cuanto a tener presente lo solicitado, no ha lugar. En cuanto a la medida para mejor resolver, no ha lugar, teniéndose por cumplida en lo que dice relación a lo consultado por este Tribunal.

Por estas consideraciones, y **TENIENDO PRESENTE** además, lo dispuesto en los artículos 1°, 5° letra c), 17 número 3), 18, 21, 25, 27, 29, 30, y 47 de la Ley N° 20.600; 158, 161 inciso 2°, 160, 163, 164, 169 y 170, del Código de Procedimiento Civil, y demás disposiciones legales pertinentes,

EL TRIBUNAL RESUELVE:

1. **SE ACOGE PARCIALMENTE** la reclamación de la parte MARISOL ORTEGA Y OTRO, sólo en cuanto a la determinación de la sanción de la infracción D.1, por cuanto ésta no consideró la intencionalidad en la comisión de la infracción.
2. En virtud de lo anterior, **SE ANULA PARCIALMENTE** la Resolución Recurrida, sólo en cuanto a la sanción impuesta a la infracción D.1, la cual deberá ser modificada por la SMA, quien deberá considerar la circunstancia de la letra d) del artículo 40 de la LOSMA al momento de la determinación de la sanción específica.
3. **SE RECHAZA** en todas sus partes la reclamación de la reclamante ENDESA.
4. **NO SE CONDENA EN COSTAS** a los reclamantes, por estimar este Tribunal que tuvieron motivos plausibles para litigar.

Regístrese y notifíquese.

Mil ciento cuatro

ROL N° R-6-2014.

Redacción del Ministro Roberto Pastén Carrasco.

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke.

Pronunciado por el Tercer Tribunal Ambiental, integrado por los ministros Sr. Michael Hantke Domas, Sr. Jorge Retamal Valenzuela y Sr. Roberto Pastén Carrasco.

Autoriza el Secretario Abogado del Tribunal, don Felipe Riesco Eyzaguirre

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Felipe Riesco".