

Valdivia, treinta y uno de enero de dos mil veintitrés.

VISTOS:

1. A fs. 1 y ss., el 30 de junio de 2022, compareció el abogado Sr. RODRIGO HERNÁN MENESES TAPIA, con domicilio en calle Riquelme número 438, comuna y ciudad de Coyhaique, en representación del Sr. **CRISTÓBAL WEBER MCKAY**, ingeniero agrónomo, con domicilio en el Sector Los Maquis S/N, Comuna de Chile-Chico, y de la Sra. **FRANCES FENDALL PARKINSON**, traductora, con domicilio en el Sector Los Maquis S/N, Comuna de Chile-Chico, en adelante "los Reclamantes"; quien interpuso la reclamación del art. 17 N° 3 de la Ley N° 20.600 en contra de la Res. Ex. N° 850, de 6 de junio de 2022 ("la Resolución Reclamada"), dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente ("SMA"), la cual requirió bajo apercibimiento de sanción, a la Empresa Eléctrica de Aisén S.A., en su carácter de titular del proyecto "Rehabilitación Central Hidroeléctrica Los Maquis" ("el Proyecto"), el ingreso del mismo al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ("SEIA"), por verificarse lo establecido en el literal p) del artículo 10 de la Ley N° 19.300. Conforme se indica en la Resolución Reclamada a fs. 1434, la ejecución del Proyecto "es susceptible de afectar el objeto de protección de la ZOIT Chelenko, particularmente, el atractivo turístico de la Cascada Los Maquis y sus pozones".
2. Por sentencia de 8 de octubre de 2021, dictada en los autos Rol R-44-2020 de este Tribunal, se acogió reclamación judicial presentada por un conjunto de personas naturales, contra la Res. Ex. N° 2423, de 7 de diciembre de 2020, de la SMA, que había archivado una denuncia contra el Proyecto por su ejecución sin contar con la correspondiente resolución de calificación ambiental, resolviendo el Tribunal anular la decisión de archivo de la SMA por no conformarse con la normativa vigente, debiendo dictar la resolución que en derecho corresponda, según lo considerado en la sentencia del rol indicado.
3. El 6 de junio de 2022, la SMA, por medio de la Resolución Reclamada en estos autos, en el contexto del procedimiento



administrativo Rol REQ-5-2022, requirió el ingreso del Proyecto al SEIA, bajo apercibimiento de sanción.

4. Los Reclamantes de autos solicitaron tener por interpuesta la reclamación de fs. 1 sólo en cuanto la SMA decidió no iniciar un procedimiento sancionatorio contra el Titular del Proyecto, pidiendo en concreto dejar sin efecto la Resolución Reclamada en esa parte, y que se ordene a la SMA iniciar dicho procedimiento sancionatorio por la infracción contenida en el art. 35 letra b) de la Ley Orgánica de la SMA (contenida en el art. segundo de la Ley N° 20.417, en adelante LOSMA), con costas.

I. Antecedentes del acto administrativo reclamado

5. En el informe evacuado a fs. 117, la SMA acompañó copia digital del expediente administrativo REQ-5-2022, con certificado de autenticidad, donde consta:

- a) A fs. 138, Res. Ex. N° 223, de 15 de febrero de 2022, la cual (1) tuvo por incorporada la sentencia dictada por este Tribunal en autos Rol R-44-2020, con fecha 8 de octubre de 2021; (2) tuvo por anulada la Res. Ex. N° 2423, de 7 de diciembre de 2020, en virtud de la referida sentencia; (3) dio inicio al procedimiento administrativo de requerimiento de ingreso al SEIA; (4) confirió traslado por 15 días al Titular para que haga valer sus observaciones, alegaciones o pruebas frente a la hipótesis de elusión levantada; (5) rechazó solicitudes de medidas provisionales; (6) hizo presente lo indicado en la Ley N° 19.880 respecto a forma de notificación; (7) efectuó prevención del art. 8 y 10 de la Ley N° 19.300; (8) dispuso oficio a la Dirección Regional del SEA; y (9) tuvo presentes los documentos acompañados por denunciante y adherentes al escrito de denuncia, como así su forma especial de notificación.
- b) Entre fs. 155 a 1105, constan diversos antecedentes previos al inicio del procedimiento de requerimiento de ingreso al SEIA, tales como: denuncia contra el proyecto de 18 de marzo de 2020, incluyendo consulta de pertinencia de

ingreso al SEIA de marzo de 2019 y pronunciamiento del SEA (fs. 155, 185, 258); escrito del Titular respondiendo a requerimiento de información de la SMA de 3 de abril de 2020 (fs. 276); escrito de este último acompañando informe de evaluación de ruido (fs. 300); escrito de una colectividad de personas haciéndose parte de la denuncia presentada contra el Proyecto (fs. 351); resolución de archivo de la denuncia (fs. 437); Informe Técnico de Fiscalización DFZ-2020-2744-XI-SRCA Central Hidroeléctrica Los Maquis (fs. 451); antecedentes presentados por el Titular en respuesta a requerimiento de información (fs. 871); acta de inspección ambiental de 1 de julio de 2020 (fs. 970); presentación del titular con antecedentes requeridos por la SMA (fs. 976); pronunciamientos de Sernatur (fs. 1019 y 1024); resolución del SEA que rechaza solicitud de invalidación contra la respuesta a la consulta de pertinencia del Titular (fs. 1029); Plan de Acción ZOIT Chelenko (fs. 1051); a fs. 1106, Informe Técnico de Fiscalización DFZ-2021-1258-XI-SRCA, Central Hidroeléctrica Los Maquis, fiscalización ambiental realizada el 29 de abril de 2021, con sus anexos; a fs. 1186, Res. Ex. N° 15, de 2 de febrero de 2022, que requiere información que indica al Titular, relativa al estado de ejecución del Proyecto. La respuesta del titular consta a fs. 1233, en presentación de 7 de febrero de 2022.

- c) A fs. 1239, presentación del Sr. Patricio Segura Ortíz, interesado en el procedimiento, interponiendo un recurso de reposición contra la Res. Ex. N° 223 que inició el procedimiento administrativo, solicitando formulación de cargos contra el Titular y la adopción de medidas provisionales.
- d) A fs. 1257, Ord. N° 376, de 23 de febrero de 2022, que solicita pronunciamiento al SEA en el marco del art. 3 letra i) de la LOSMA.
- e) A fs. 1284, Res. Ex. N° 322, de 7 de marzo de 2022, que declaró inadmisibile el recurso de reposición del Sr. Segura.

- f) A fs. 1292, presentación del Titular evacuando traslado al inicio del procedimiento de requerimiento de ingreso, alegando, en síntesis, que no resulta aplicable la tipología del art. 10 letra p) de la Ley N° 19.300 y art. 3 letra p) del RSEIA.
- g) A fs. 1358, OF. ORD. SEA N°20221110237, emitiendo pronunciamiento, por el ingreso obligatorio del Proyecto al SEIA.
- h) A fs. 1380, presentación del Titular, de 20 de mayo de 2022, informando suspensión de marcha blanca del Proyecto.
- i) A fs. 1381, presentación del Sr. Patricio Segura Ortiz, solicitando formulación de cargos contra el Titular.
- j) A fs. 1404, Res. Ex. N° 850, de 6 de junio de 2022, reclamada en estos autos.
- k) A fs. 1439, presentación del Titular, de 14 de junio de 2022, informando plan de trabajo para el ingreso del Proyecto al SEIA y régimen de operación transitorio del mismo.
- l) A fs. 1474, escrito del Sr. Segura y de los reclamantes de autos, haciendo presente las consideraciones que indican, solicitando la corrección del cronograma de ingreso al SEIA presentado por el Titular y el rechazo del régimen de operación transitorio propuesto.
- m) A fs. 1483, certificado de autenticidad de copia digital del expediente administrativo REQ-005-2022.

II. Antecedentes del proceso de reclamación

- 6. En lo que respecta a la reclamación y el proceso jurisdiccional derivado de aquélla, consta en autos que:
 - a) A fs. 1 y ss., se inició el procedimiento mediante reclamación del art. 17 N° 3 presentada el 30 de junio de 2022, en la cual se acompañaron, en el primer otrosí, los documentos agregados a fs. 68-102. A fs. 107, el compareciente rectificó la suma del escrito de reclamación.

- b) A fs. 108, se dictó la resolución que admitió a trámite la reclamación. Se ordenó informar por parte de la autoridad reclamada en plazo legal, y se tuvieron por acompañados los documentos.
- c) A fs. 117, la SMA evacuó informe y acompañó copia digital del expediente administrativo de requerimiento de ingreso al SEIA Rol REQ-005-2022, con certificado de autenticidad. Acompañó además un video en archivo en formato comprimido.
- d) A fs. 1485, el Tribunal tuvo por evacuado el informe y ordenó pasar los autos al Sr. Relator.
- e) A fs. 1486, se hizo parte a los autos el Titular del Proyecto, Empresa Eléctrica de Aisén S.A., solicitando se le tenga como parte en calidad de tercero independiente o, en subsidio, como tercero coadyuvante de la parte reclamada. A fs. 1493 se hizo lugar la comparecencia, en calidad de tercero independiente.
- f) A fs. 1494, se certificó la causa en relación y, a fs. 1495, consta el decreto de autos en relación, fijándose audiencia de alegatos para el jueves 10 de noviembre de 2022, a las 09:30 horas, por medio de videoconferencia. Se tuvieron además por acompañados los documentos presentados por la SMA en otrosí del informe de fs. 117.
- g) A fs. 1497, 1564 y 1565, constan los anuncios de las partes, y su providencia, a fs. 1566.
- h) A fs. 1498, el tercero independiente presentó escrito solicitando se tengan presentes las consideraciones que indica, por el rechazo de la reclamación, y acompañó informe en derecho del profesor Eduardo Cordero Q., agregado a fs. 1527. A fs. 1566 se tuvo presente lo indicado por el tercero independiente, y por acompañado el informe en derecho.
- i) A fs. 1567, la parte reclamante presentó escrito por medio del cual solicita tener presente las consideraciones que indica, respecto del informe presentado en autos por la reclamada. De igual forma, por medio de escrito de fs. 1582, acompañó la Res. Ex. N° 1288, de 5 de agosto de 2022,

que aprueba cronograma de ingreso al SEIA presentado por el Titular. En subsidio, como medida para mejor resolver, solicitó se requiera a la SMA la actualización del expediente administrativo Rol REQ-005-2022. A fs. 1591, el Tribunal tuvo presente lo indicado por los Reclamantes en su escrito de fs. 1567, y rechazó la presentación de la Res. Ex. N° 1288 por extemporáneo, como asimismo rechazó la medida para mejor resolver.

- j) A fs. 1580, Acta de Instalación del Tribunal, a fs. 1581 certificación de prueba técnica, a fs. 1592 certificación de la realización de la audiencia, y a fs. 1593 certificación de causa en estudio. A fs. 1594, certificación del acuerdo.
- k) A fs. 1595, resolución que designa ministro redactor, y a fs. 1596, resolución que, como medida para mejor resolver, ordenó traer a la vista el expediente de este Tribunal de causa Rol R-44-2020, caratulado "Daisy del Pilar Güentian Quintana y Otros con Superintendencia del Medio Ambiente". A fs. 1597, el Sr. Secretario del Tribunal certificó el cumplimiento de la diligencia.
- l) A fs. 1598, certificación de entrega del proyecto de sentencia.

CONSIDERANDO:

I. Discusión de las partes

A. Argumentos de los Reclamantes

PRIMERO. Que, los Reclamantes pidieron tener por interpuesta la reclamación sólo en cuanto la SMA decidió no iniciar un procedimiento sancionatorio, anular dicha decisión y en definitiva ordenar a la SMA iniciar un procedimiento sancionatorio en contra de la Empresa Eléctrica de Aisén S.A., por la infracción contenida en el referido artículo 35 letra b) de la LOSMA, respecto del proyecto "Rehabilitación Central Hidroeléctrica Los Maquis".

SEGUNDO. Que, respecto de su legitimación activa, los Reclamantes indicaron que actuaron como denunciantes contra el Proyecto, por tanto, se consideran personas directamente afectadas. Explicaron

que durante el primer trimestre de 2020 la empresa inició las faenas de construcción del Proyecto, obras que por la pandemia Covid y la oposición de la comunidad se vieron paralizadas a fines de marzo de 2020, reiniciándose en enero de 2021. Reprodujeron diversos pasajes de la sentencia Rol R-44-2020 de este Tribunal, alegando que se dejó establecido que el Proyecto debió ingresar al SEIA al resultar aplicable lo prescrito en el artículo 10 letra p) de la Ley 19300 y 3 letra p) del Reglamento.

TERCERO. Que, los Reclamantes acusaron que el Titular, desoyendo la sentencia del Tribunal, inició una marcha blanca de la Central, que solo fue paralizada una vez conocido el pronunciamiento del SEA en el contexto del procedimiento de requerimiento de ingreso al SEIA. Puntualizaron que durante dicho procedimiento se solicitó la formulación de cargos contra la empresa y la aplicación de sanciones.

CUARTO. Que, a fs. 14, desarrollaron sus argumentos de derecho. En particular, alegaron una hipótesis de omisión ilegal del ejercicio de la potestad sancionatoria. Consideraron que requerir de ingreso al SEIA es correcto, pero no así no iniciar un procedimiento sancionatorio. Explicaron que la potestad de sanción y de requerimiento de ingreso al SEIA no son excluyentes entre sí pues tienen distintas finalidades.

QUINTO. Que, añadieron que el requerimiento permite corregir la conducta de elusión ordenando al Titular someter su proyecto a evaluación ambiental. Por el contrario, la potestad sancionadora tiene fines de prevención general y disuasivos a través de la entrega de un mensaje desfavorable para el infractor y para el resto de particulares que podrían llegar a cometer una infracción similar (fs. 16). Agregaron que la Resolución Reclamada omite infundadamente el análisis sobre la aplicación de una medida disuasiva y preventiva. Denunciaron a fs. 17 que la SMA no entrega fundamentos que justifiquen la decisión de considerar que el requerimiento de ingreso es la medida que mejor satisface el interés general, considerando la gravedad de los hechos constatados. Al respecto, acusaron que el Titular no solo eludió someter su proyecto a evaluación ambiental, sino también que lo construyó e incluso ejecutó. Estimaron que futuros titulares en una misma situación de elusión sabrán que a lo único que se

arriesgan es a someter su proyecto o actividad al SEIA, pudiendo incentivar conductas infractoras.

SEXTO. Que, prosiguieron a fs. 22 con argumentos adicionales sobre la motivación insuficiente de la Resolución Reclamada. Señalaron que este Tribunal Ambiental, el SEA y la SMA, están contestes en que existen obras permanentes que serían susceptibles de afectar el objeto de protección de la ZOIT Chelenko, esto es, la Cascada Los Maquis y los Pozones. Reiteraron que las obras del Proyecto fueron ejecutadas, y asimismo que conforme al art. 47 de la LOSMA la SMA tiene una potestad reglada para iniciar un procedimiento sancionatorio conforme a las denuncias contra el Proyecto según el art. 35 letra b) de la LOSMA, apoyando su argumentación en la sentencia de este Tribunal Rol R-18-2019. Hicieron referencia a una serie de dictámenes de la Contraloría General de la República relativos al deber de fundamentación de las decisiones de la autoridad en ejercicio de sus potestades, precisando que el único fundamento que la SMA entrega en la Resolución Reclamada para no iniciar un procedimiento sancionatorio dice relación con el principio de oportunidad.

SÉPTIMO. Que, según los Reclamantes, dicho principio no aplica en la función sancionatoria de la SMA, donde prima el principio de legalidad (fs. 29), teniendo además presente que el art. 47 inciso final de la LOSMA es claro en negar la discrecionalidad, lo cual es reafirmado en su parecer en la sentencia de causa R-18-2019 de este Tribunal, a lo que agregan la jurisprudencia del Segundo Tribunal Ambiental que indican, concluyendo, por tanto, que la SMA aplicó erróneamente el principio de oportunidad en la especie.

OCTAVO. Que, a fs. 33, alegaron la procedencia de formular cargos contra el Titular. Expusieron que en el expediente REQ-005-2022 obran antecedentes que no solo permiten concluir que ha existido una infracción meramente formal de la legislación ambiental, sino que constan los impactos ambientales que Edelaysén S.A. causó durante la etapa de construcción de su Proyecto, los que sin evaluación ambiental afectaron significativamente al objeto de protección de la ZOIT. Reafirmaron que el Titular cometió la infracción tipificada en el artículo 35 letra b) de la LOSMA, reiterando que la sentencia de este Tribunal Rol R-44-2020 estableció que el Proyecto debió ingresar al SEIA, por tanto, al

no haberse formulado cargos, se infringe según los Reclamantes el principio de legalidad y los artículos 47 y 35 letra b) de la LOSMA.

NOVENO. Que, los Reclamantes afirmaron que se habría zanjado por el Tribunal que la construcción y marcha blanca del proyecto considera obras y acciones de carácter permanente susceptibles de generar impactos ambientales significativos en un área puesta bajo protección oficial, en específico, la construcción de una nueva bocatoma y cámara de carga, los nuevos trazados de las tuberías a presión, la nueva Casa de Máquinas y camino en Zig-Zag. Ello también resulta a su juicio del mérito del Informe Técnico de Fiscalización Ambiental DFZ-2021-1258-XI-SRCA, con infraestructura que alterará el valor paisajístico y turístico del área, lo que para los Reclamantes motiva la calificación de la infracción como gravísima conforme con el art. 36 N° 1 letra f) de la LOSMA. Destacaron, a fs. 44, que del informe del Titular denominado "Análisis de antecedentes hidrológicos del Proyecto Hidroeléctrico Los Maquis" no es posible descartar impactos significativos producto de la marcha blanca de la Central (fs. 44).

DÉCIMO. Que, las Reclamantes alegaron una afectación al valor turístico y ambiental de la ZOIT Chelenko, producto de las emisiones de ruido y material particulado generado en la etapa de construcción del proyecto (fs. 45). Al efecto, cuestionaron que los informes acompañados por el Titular ante la SMA se limitan a evaluar la afectación por ruido y material particulado respecto de receptores sensibles, dentro de los cuales no se consideran a las personas que visitan y recorren el atractivo turístico, tampoco la biodiversidad que desarrolla sus procesos vitales en la zona. Puntualizaron que, según el propio informe del Titular sobre emisión de ruido, los niveles sonoros pueden alcanzar entre los 45 y 75 decibeles, sobrepasando la norma de referencia (fs. 48), y sin antecedentes que permitan evaluar los impactos de emisiones sobre la fauna. Alegaron que tampoco existe línea de base respecto del componente cultural y patrimonial (fs. 50).

UNDÉCIMO. Que, de manera subsidiaria, insistieron en que aun cuando la SMA se encuentre habilitada para aplicar el principio de oportunidad, la Resolución Reclamada carece de la motivación que la doctrina y jurisprudencia de la CGR (Dictamen 13758 de 23 de

mayo de 2019) exigen en los casos excepcionales en los cuales este principio podría ser aplicado, debiendo encontrarse dichos casos de excepción debida y racionalmente motivados.

DUODÉCIMO. Que, según los Reclamantes, resulta imposible conducir íntegramente la conducta de la empresa al estado de cumplimiento de la normativa infringida por medio del requerimiento de ingreso, toda vez que, atendido el carácter preventivo del SEIA, malamente podría entenderse que se puede corregir la infracción del artículo 35 letra b) de la LOSMA evaluando los impactos ambientales de la etapa de construcción de un Proyecto que ha sido íntegramente ejecutada (fs. 61). Afirmaron que la Resolución Reclamada es un "incentivo al incumplimiento de la normativa ambiental" (fs. 63) y concluyeron que no armoniza con el principio de oportunidad el hecho que la empresa de forma temeraria culminó la etapa de construcción, realizó las pruebas de su funcionamiento e, inclusive, comenzó la operación y la inyección de energía al sistema eléctrico General Carrera (fs. 64). Finalizaron a fs. 64 señalando que para el ejercicio de la discrecionalidad en el inicio del procedimiento se requiere que no exista denunciante, no siendo aquel el caso de autos, de manera que la SMA debió dar respuesta fundada a las alegaciones, no pudiendo dejar de ejercer su potestad sancionatoria.

B. Informe de la SMA

DECIMOTERCERO. Que, en su informe evacuado a fs. 117, la SMA comenzó refiriéndose a las denuncias contra el Proyecto, el archivo de éstas, la sentencia de este Tribunal en la causa Rol R-44-2020 y las fiscalizaciones posteriores a dicha decisión judicial.

DECIMOCUARTO. Que, en particular, señaló que conforme al mérito de la sentencia, mediante la Resolución Exenta N° 223, de 15 de febrero de 2022, procedió a dar inicio a un procedimiento de requerimiento de ingreso al SEIA, Rol REQ-005-2022, contra el Titular, al corresponder a un proyecto o actividad susceptible de causar impacto ambiental por cumplir con lo establecido en el literal p) del artículo 10 de la Ley N°19.300. La SMA hizo referencia al traslado que el Titular evacuó en el contexto del requerimiento de ingreso, el 15 de marzo de 2022; también al

pronunciamiento del SEA por el ingreso obligatorio del proyecto al SEIA. Agregó que la ejecución del Proyecto es susceptible de afectar el objeto de protección de la ZOIT Chelenko, particularmente, el atractivo turístico de la Cascada Los Maquis y sus pozones. Añadió que el 14 de junio de 2022, el Titular presentó a la SMA el cronograma solicitado en la Resolución Reclamada, con un plazo estimado para el ingreso del proyecto al SEIA de 9 meses, contado desde la validación del mismo por la SMA. Indicó que el titular propone un "Régimen de Operación Transitoria" conforme a la condición preexistente del Proyecto, mientras penda el inicio de su ejecución aprobada ambientalmente, una vez notificada la RCA respectiva. Finalizó su exposición de antecedentes señalando que contra el cronograma del Titular los reclamantes solicitaron su corrección y que no se autorice el régimen de operación transitorio.

DECIMOQUINTO. Que, informando respecto a las alegaciones formuladas en la reclamación, la SMA indicó que la Resolución Reclamada fue dictada conforme a la normativa vigente. De esta manera, solicitó el rechazó de la reclamación por los siguientes argumentos.

DECIMOSEXTO. Que, en primer lugar, a fs. 125, alegó ausencia de legitimación activa por parte de los Reclamantes. Al respecto, expuso que para impugnar las decisiones de la SMA debe tratarse de alguien directamente afectado como consecuencia de lo resuelto. Explicó que, desde una perspectiva amplia, el interés que detenta el denunciante consiste en el interés público del cumplimiento de la normativa ambiental (fs. 126). Alegó que, en tal caso, el interés del denunciante no puede verse afectado por un requerimiento de ingreso al SEIA, que precisamente permite cumplir con la normativa ambiental infringida en el caso de una infracción de elusión. Añadió que no puede considerarse legítimo el interés de obtener una sanción puramente retributiva, precisando que impedir el desarrollo de un negocio no puede considerarse como un interés ambiental legítimo.

DECIMOSÉPTIMO. Que, en segundo lugar, la SMA alegó que cuenta con un grado de discrecionalidad en el ejercicio de su potestad sancionatoria, de manera que no es posible iniciar un procedimiento sancionatorio en todos y cada uno de los casos denunciados. Es por

ello que, en su entender, debe reconocerse a la SMA un grado de discrecionalidad para poder cumplir con su labor, pudiendo efectuar prioritizaciones en base a criterios razonables, considerando, por ejemplo, la intensidad de los incumplimientos o el grado de afectación de bienes jurídicos, observando siempre una finalidad ambiental.

DECIMOCTAVO. Que, detallando, expuso que en virtud de los principios de eficiencia y eficacia, y teniendo en cuenta la gran cantidad de denuncias que tramita la Superintendencia, se opta por privilegiar la sanción cuando esta cumpla con todos los fines que persigue. Conforme a la doctrina que citó, afirmó que es materialmente imposible sancionar y aun expedientar a todos los infractores, reconociendo que la eventual arbitrariedad que pueda generarse a partir de una decisión basada en la eficacia y eficiencia tiene un límite entregado por la exigencia de fundamentación, que en el caso de autos se cumple. Apoyó su determinación en el Dictamen N° 13.758 de 23 de mayo de 2019 de la CGR, estimando que la SMA puede motivadamente no dar inicio a un procedimiento sancionatorio si existe un fundamento racional, como es la existencia de hallazgos que pueden constituir una desviación formal a las exigencias contenidas en un instrumento de carácter ambiental.

DECIMONOVENO. Que, añadió a fs. 130, que el artículo 47 de la LOSMA reconoce el carácter discrecional que tiene el ejercicio de la potestad sancionatoria. Según informó, la norma declara imperativamente que se originará un procedimiento sancionatorio si a juicio de la SMA la denuncia está revestida de seriedad y tiene mérito suficiente. Agregó que en caso contrario la SMA "podrá" disponer la realización de acciones de fiscalización. Reiteró que dicho juicio se verá siempre controlado por la exigencia de fundamentación impuesta por la norma, pero en virtud del principio de oportunidad, la SMA puede resolver no iniciar el procedimiento archivando la denuncia mediante resolución fundada.

VIGÉSIMO. Que, señaló que la LOSMA consagra expresamente el principio de oportunidad tratándose de una hipótesis de elusión al SEIA, en particular la adopción de una vía correctiva por sobre la acción punitiva en ciertos casos. Explicó que frente a una hipótesis de elusión, la SMA cuenta con la facultad discrecional,

consagrada en la LOSMA, para decidir si iniciar un procedimiento sancionatorio, o bien iniciar un procedimiento de requerimiento de ingreso al SEIA de conformidad a la letra i) del artículo 3 de la LOSMA. Agregó que la doctrina especializada ha reconocido esta posibilidad justamente tratándose de la infracción identificada en la letra b) del artículo 35 de la LOSMA. De esta forma, el procedimiento de requerimiento de ingreso al SEIA permite obtener la evaluación ambiental de un proyecto cuya elusión al SEIA ha sido confirmada por la SMA, en orden a evaluar los posibles impactos que pueda generar, y establecer las medidas idóneas para gestionar esos impactos.

VIGÉSIMO PRIMERO. Que, resaltó que dicha facultad con que cuenta la SMA fue confirmada en el fallo de causa Rol R-5-2021 y R-6-2021 de este Tribunal. Añadió que requerir el ingreso del proyecto al SEIA permite, en este caso, abarcar cabalmente la hipótesis de elusión constatada y los riesgos generados por la operación del Proyecto. A su juicio, el incumplimiento del requerimiento tiene mérito suficiente para dar inicio a un procedimiento sancionatorio, tanto por la elusión como por el incumplimiento del requerimiento de ingreso, no obstante optar por la vía del requerimiento era "a todas luces" (fs. 134) la decisión correcta teniendo en cuenta que, además de la elusión constatada, no existían otras infracciones que abordar en un eventual procedimiento sancionatorio. Así, esta vía permite corregir el único supuesto infraccional, abordando directamente la elusión mediante el ingreso al SEIA efectuado por la SMA. Asimismo, añadió que obtener la evaluación ambiental del Proyecto en el menor tiempo posible sólo era posible de asegurar mediante la aplicación de esta medida correctiva, resaltando que ella obliga al Titular a paralizar la ejecución del Proyecto mientras no obtenga una RCA favorable, medida que permitió además detener la generación de eventuales impactos adversos que se pudiesen generar. Puntualizó que el Titular detuvo la ejecución de su Proyecto una vez emitido el pronunciamiento del SEA, que confirma la hipótesis de elusión levantada.

VIGÉSIMO SEGUNDO. Que, explicó que otro aspecto a considerar es la entidad de la infracción constatada, y que no se trata de un Proyecto de gran envergadura que justifique la imposición de una sanción. Añadió que el carácter preventivo del SEIA no obsta a que

se puedan evaluar los impactos que se pudieron generar en la etapa de construcción del Proyecto, lo cual ha sido ratificado por la CGR en su Dictamen N° 1860, de 23 de mayo de 2017. Concluyó señalando que aun cuando la SMA haya requerido el ingreso del proyecto al SEIA, queda a salvo su potestad sancionatoria por la elusión constatada.

C. Presentación del tercero independiente

VIGÉSIMO TERCERO. Que, en su presentación de fs. 1498, el Titular del Proyecto formuló una serie de consideraciones por el rechazo de la reclamación. Expuso que ha actuado de buena fe y que en ningún caso pretendió adoptar un deliberado ánimo elusorio. En apoyo de su afirmación, cita el mérito de la respuesta del SEA a su consulta de pertinencia del año 2019, el rechazo de la solicitud de invalidación contra dicho pronunciamiento, la sentencia dictada por este Tribunal en causa Rol R-41-2020, el mérito del Informe de Fiscalización IFA-DFZ-2020-2744-XI-SRCA, el archivo de denuncia por parte de la SMA en diciembre de 2020, el Informe de Fiscalización IFA-DFZ-2021-1258-XI-SRCA, la sentencia Rol R-44-2020 de este Tribunal, el rechazo de petición de medida cautelar en autos y la paralización de su Proyecto antes de una resolución definitiva que requiera el ingreso al SEIA.

VIGÉSIMO CUARTO. Que, alegó que la Resolución Reclamada se encuentra debidamente fundada. En su escrito desarrolló las finalidades de la potestad sancionatoria a fs. 1513, apoyado en la doctrina que indica el informe en derecho presentado en autos. En síntesis, expuso que tal potestad no procede ante toda infracción y que conforme al art. 47 LOSMA se trata de una potestad discrecional. Añadió que la SMA debe aplicar el principio de oportunidad para definir cómo proteger el interés ambiental que subyace sus facultades y, en definitiva, definir qué hechos deben ser investigados y sancionados, o en qué casos se satisface dicha protección con un ingreso al SEIA. Lo anterior, además, se justifica en el principio de economía y en la imposibilidad de iniciar procedimientos sancionatorios por cualquier hecho.

VIGÉSIMO QUINTO. Que, a fs. 1520 expuso que el requerimiento de ingreso es un mecanismo para cumplir el objeto tutelado de manera

más eficiente que con la sustanciación de un procedimiento sancionatorio. Reiteró su actuar de buena fe en el sentido que contaba con el pronunciamiento favorable del SEA y de la SMA, en el cuál ambas autoridades estimaban que el Proyecto no debía ingresar al SEIA, lo que habilitó al Titular para ejecutar y operar el Proyecto.

VIGÉSIMO SEXTO. Que, añadió que la decisión de la SMA obedece también a un criterio de inmediatez, ya que es la vía más rápida para que el Titular pueda obtener una RCA que autorice el funcionamiento del Proyecto (cita las páginas 19 y 20 del informe en derecho relacionado a sentencia de este Tribunal Rol R-4-2019). Acotó a fs. 1523 que existe una debida fundamentación de la Resolución Recurrida considerando la información que consta en el expediente de requerimiento de ingreso y la historia previa del Proyecto. Destacó que no ha existido paralización alguna del Proyecto por decreto judicial, y que sólo una vez que el SEA, el 20 de mayo de 2022, cambió de criterio respecto de lo informado en la consulta de pertinencia previamente informada favorablemente, el Titular suspendió la marcha blanca, antes que el procedimiento de requerimiento de ingreso al SEIA culminara por decisión de término de la SMA. Finalizó señalando que los supuestos impactos ambientales alegados por los Reclamantes serán materia de la instancia de evaluación ambiental competente, y que una DIA será ingresada a evaluación la semana del 13 de marzo de 2023.

II. Controversias

- 1) Acerca de la legitimación activa de los Reclamantes;
- 2) Acerca del carácter reglado o discrecional del inicio del procedimiento sancionador.
- 3) Acerca de la motivación de la resolución de no iniciar el procedimiento administrativo sancionador.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. Que, las controversias están estructuradas de modo sucesivo y excluyente, de manera que la respuesta que se otorgue a cada una de ellas, definirá si el Tribunal debe analizar la siguiente. Así entonces, de carecer los Reclamantes de legitimación activa se omitirá pronunciamiento sobre las demás controversias. Pero de estimarse que los Reclamantes tienen legitimación, se abordarán las demás controversias.

1. Acerca de la legitimación de los Reclamantes

VIGÉSIMO OCTAVO. Que, la SMA alega que los Reclamantes carecen de legitimación activa para recurrir en contra de la resolución que requirió el ingreso del proyecto al SEIA (fs. 125). Agrega que el denunciante detenta un interés público en el cumplimiento de la normativa ambiental (fs. 126), y que este interés no puede verse afectado por un requerimiento de ingreso al SEIA, que precisamente permite cumplir con la normativa ambiental infringida. Añade que, en ningún caso el ejercicio de las facultades correctivas de la SMA, que permiten el restablecimiento de la legalidad, puede afectar el interés público ambiental. No puede considerarse legítimo el interés de obtener una sanción puramente retributiva e impedir u obstaculizar el desarrollo de un negocio. Por lo tanto, la SMA no pudo haber afectado el interés que tienen los denunciados.

VIGÉSIMO NOVENO. Que, los Reclamantes alegan que han manifestado su interés respecto de la ilegal construcción y operación del proyecto desde las primeras denuncias en el año 2020 (fs. 1568). Añaden que la denuncia ha sido clara en fundamentar y requerir que la reclamada formule cargos en contra de la titular del proyecto en cuestión, se sustancie el procedimiento sancionatorio respectivo y se sancione de conformidad a la Ley. Señalan a fs. 1569 que, si los denunciados son considerados interesados "para todos los efectos legales" iniciado el procedimiento sancionatorio, (se refiere al art. 21 LOSMA), con mayor razón tienen interés y legitimación activa para reclamar respecto del acto administrativo que, de un modo arbitrario e ilegal, ha resuelto no acceder a sus expresas y fundadas peticiones en sede administrativa. Por otro lado, alegan a fs. 1569 que residen precisamente en "Sector Los Maquis 5/N, comuna de Chile Chico"; esto es, en el kilómetro 14,6 de la ruta CH-265, dentro del área de influencia del proyecto. Añaden que los propios antecedentes aportados por el titular en sede administrativa reconocen que los reclamantes se encuentran dentro de su área de influencia y que han sido considerados como receptores sensibles respecto de las emisiones del proyecto Los Maquis (fs. 1570). En caso alguno el

acto reclamado puede ser tenido como una actuación que les resulte indiferente o respecto de la cual carezcan de todo interés (copian imagen de informe de evaluación de ruido). Citan el art. 21 de la Ley N° 19880, alegando a fs. 1571 que ostentan un interés del todo legítimo en la protección ambiental del lugar en que residen y con cuyos atributos y funciones ecosistémicas interactúan de manera directa. Igualmente solicitan tener presente el carácter preventivo de la sanción administrativa y su carácter de instrumento de protección ambiental. Concluyen señalando que el acto administrativo reclamado no expone motivo o fundamento alguno respecto de la satisfacción de los fines preventivos y disuasivos de la sanción administrativa (fs. 1579).

TRIGÉSIMO. Que, para efectos de resolver esta controversia se debe precisar que el art. 21 de la LOSMA le otorga al denunciante la calidad de interesado, para todos los efectos legales, siempre y cuando producto de su denuncia se iniciare un procedimiento administrativo sancionador. En la especie, no se ha cumplido dicho presupuesto legal, pues la autoridad administrativa ha decidido solo ejercer la potestad de requerir el ingreso al SEIA al proyecto. Lo anterior, sin embargo, no significa que no pueda justificarse el interés en la impugnación conforme al art. 21 de la Ley N° 19.880 en relación al art. 18 N°3, de la Ley N° 20.600, esto es, por la consideración de "directamente afectados" de los Reclamantes por la resolución de la SMA.

TRIGÉSIMO PRIMERO. Que, la legitimación para impugnar una decisión administrativa que decide no iniciar un procedimiento administrativo sancionador ha sido objeto de controversia en la doctrina y jurisprudencia comparada. En general, se acepta que terceros ajenos al destinatario de la sanción, puedan tener un interés en esta, lo que resulta particularmente aplicable cuando ha sido agraviado por la infracción o ha sufrido sus efectos (Trayter, Manuel, *El procedimiento administrativo sancionador*, en *Justicia. Revista de Derecho Administrativo, Infracciones, Sanciones y procedimiento administrativo sancionador*, número extraordinario, 2001, p. 79). Esto significa que es jurídicamente tutelable el interés de una persona natural o jurídica de que la SMA imponga una sanción, como un mecanismo para disuadir al titular a cumplir con la normativa ambiental que regula la ejecución de su

proyecto o actividad. Para ello, sin embargo, es necesario que ese particular vaya a verse potencialmente beneficiado por el cumplimiento normativo. No se trata, por tanto, del puro interés en el cumplimiento de la legalidad sino de la obtención de un provecho o beneficio, aunque sea mediato y futuro, por el cumplimiento de las normas ambientales.

TRIGÉSIMO SEGUNDO. Que, en la especie, cabe considerar los siguientes antecedentes:

a) Los Reclamantes alegan a fs. 1569 que residen en "Sector Los Maquis S/N, comuna de Chile Chico"; esto es, en el kilómetro 14,6 de la ruta CH-265, en las cercanías del proyecto, a 75 m de uno de los brazos del estero Los Maquis que utiliza la central hidroeléctrica. Además, la vivienda de los Reclamantes corresponde al receptor N°5 del estudio de cumplimiento de la norma de ruido (fs. 350), según se observa en la Figura 1.

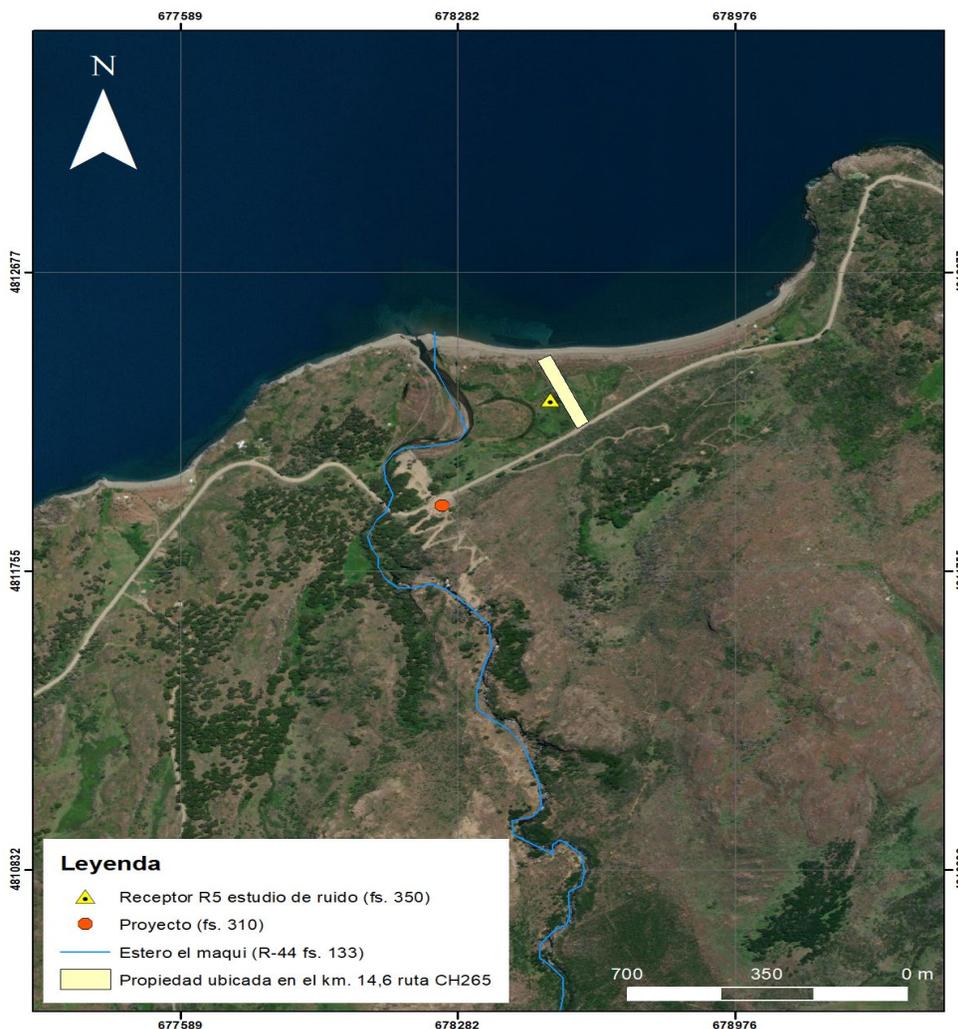


Figura 1: Presenta el terreno de los reclamantes, que corresponde al receptor R 5 del estudio de ruido y el proyecto (Elaboración propia del Tribunal)

b) Por su parte en el mapa de isoconcentraciones de MP10, percentil 98, 24 H, para la fase de construcción del proyecto (figura N°3 del informe de modelación de calidad de aire Central Hidroeléctrica Los Maquis fs. 648), es factible observar que el domicilio de los Reclamantes se encuentra dentro de la sección naranja, es decir, en el área que recibe la mayor concentración de contaminantes, según se indica en la Figura 2.

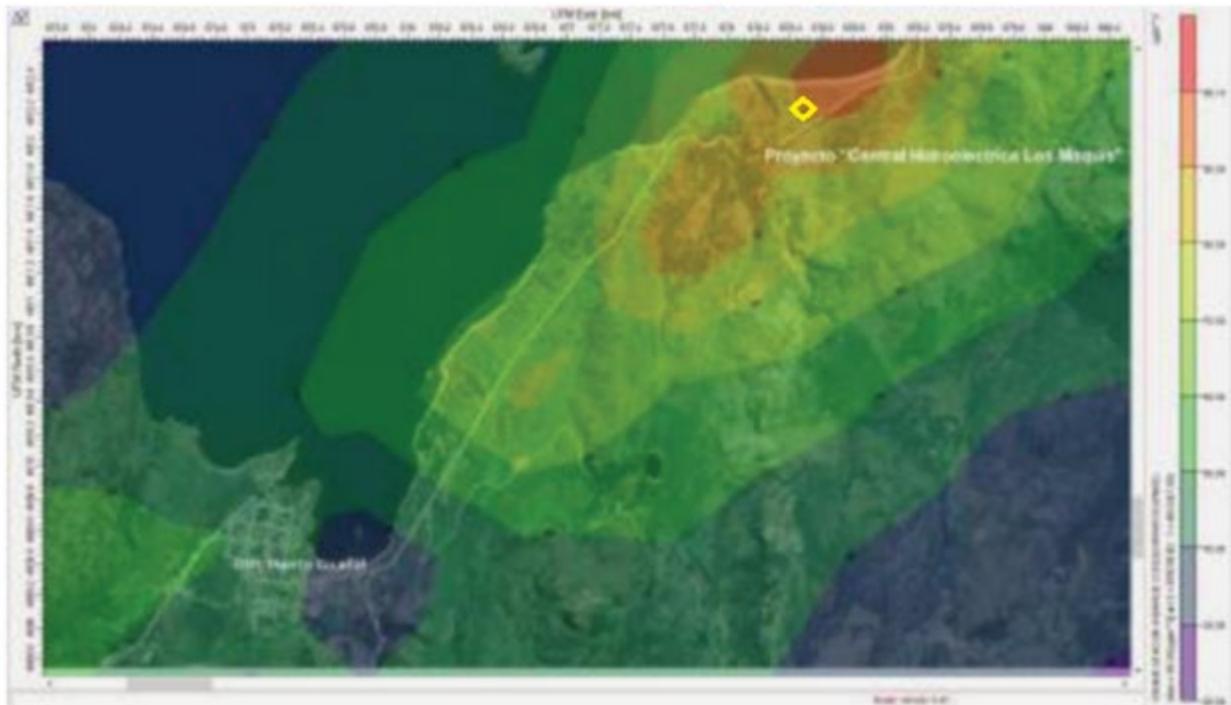


Figura 3. Mapa de isoconcentraciones MP₁₀, percentil 98, 24h.

Figura 2: Mapa de isoconcentraciones de MP10, percentil 98, 24 h para la fase de construcción del proyecto (fs. 648). El cuadrado amarillo representa la ubicación aproximada de la propiedad de los Reclamantes.

c) Por último, la propiedad de los Reclamantes se encuentra fuera del área de influencia de paisaje contenido en el "Informe de caracterización del Valor paisajístico Central Hidroeléctrica los Maquis" (fs. 748 y ss.). Sin embargo, a fs. 1569 consta una fotografía acompañada por los Reclamantes, la cual fue tomada desde su propiedad en la que se observan las obras del proyecto. En la Figura 3 se identifica el área de influencia del proyecto para el componente paisajístico y en la Figura 4 se aprecia la fotografía de fs. 1569.

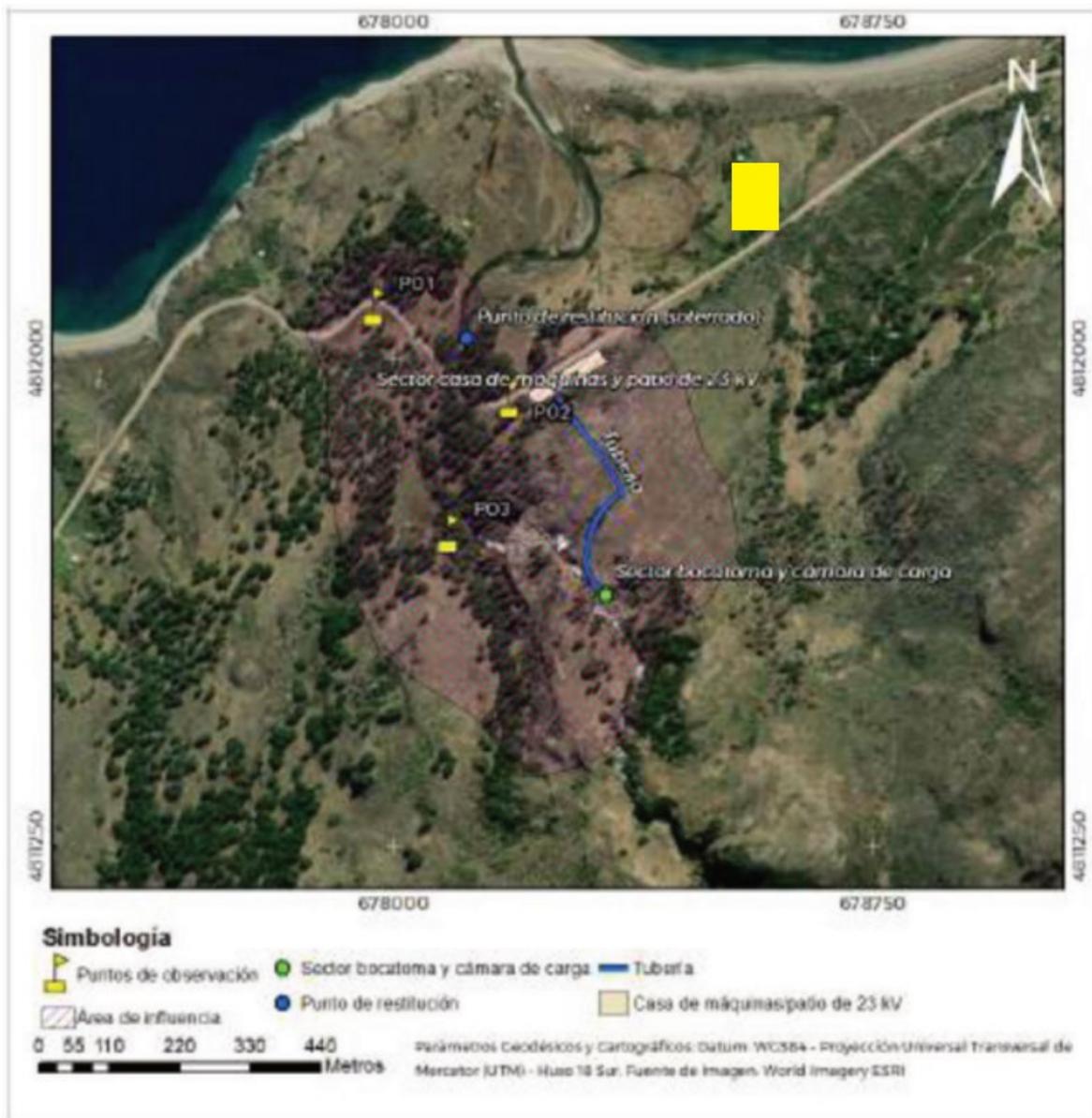


Figura 3. Área de influencia.

Figura 3: Área de influencia del componente paisajístico del proyecto contenida en la Figura 3 "Área de influencia" (fs. 761) del "Informe de caracterización del Valor paisajístico Central Hidroeléctrica los Maquis" (fs. 748 y ss.). El cuadrado amarillo representa la ubicación aproximada de la propiedad de los reclamantes.



Fuente: Fotografía tomada por don Cristóbal Weber Mckay, el 9 de noviembre de 2022.
Vista desde su domicilio a las obras del proyecto hidroeléctrico Los Maquis de Edelaysén S.A.

Figura 4: Fotografía acompañada por los Reclamantes en el escrito de fs. 1567 y ss. donde es factible observar las obras del proyecto

d) Consta además que en los autos R-44-2020, de este Tribunal, en los que se impugnó por otras personas naturales el archivo de la denuncia formulada -entre otros- por los Reclamantes de estos autos, ni la SMA ni el tercero titular del proyecto alegaron falta o ausencia de agravio, y por ende, de legitimación activa.

TRIGÉSIMO TERCERO. Que, el cúmulo de antecedentes indicados precedentemente son más que suficientes para entender que los Reclamantes habitan en las cercanías del proyecto y al menos se encuentran en el área de influencia para el contaminante MP10 y las emisiones de ruido. Esto significa que, de alguna manera,

tienen un interés en que el proyecto materia de este litigio cumpla con la normativa ambiental aplicable, desde que los futuros incumplimientos podrían generar efectos ambientales que los perjudiquen en su bienestar, salud o calidad de vida (intereses legítimos). Lo anterior implica asumir que en el procedimiento administrativo sancionador no solo subyace el interés público de la autoridad administrativa y el interés privado del infractor, sino también de terceros, para quienes el cumplimiento normativo es una garantía de inocuidad ambiental en la ejecución de actividades o proyectos. Bajo esa perspectiva, la aplicación de una sanción vendría ser instrumental a los fines de disuadir al titular del proyecto a no incumplir en el futuro las normas ambientales y, en consecuencia, evitar agravios o perjuicios en los intereses de los Reclamantes. Por tales motivaciones el Tribunal considera que los Reclamantes sí tienen legitimación para reclamar en contra de la decisión de la autoridad de no iniciar un procedimiento sancionatorio.

II. Acerca del carácter reglado o discrecional del inicio del procedimiento sancionador.

TRIGÉSIMO CUARTO. Que, los Reclamantes a fs. 16 señalan que existe una omisión ilegal en el ejercicio de la potestad sancionatoria, dado que requerir de ingreso al SEIA es correcto, pero no así no iniciar un procedimiento sancionatorio. El requerimiento permite corregir la conducta de elusión ordenando al titular someter su proyecto a evaluación del SEIA. Por el contrario, la potestad sancionadora tiene fines de prevención general y disuasivos. Agregan a fs. 27 que conforme al art. 47 de la LOSMA, la SMA tendría una potestad reglada de originar un procedimiento sancionatorio, apoyando su argumentación en sentencia de este Tribunal Rol R-18-2019. Estiman, en consecuencia, que el principio de oportunidad no aplica en esta materia, primando el principio de legalidad (fs. 29-31).

TRIGÉSIMO QUINTO. Que, a fs. 128, la SMA alega que no es posible iniciar un procedimiento sancionatorio en todos y cada uno de los casos denunciados en que descubre un hallazgo, puesto que, para

poder cumplir con su labor en un escenario de recursos limitados, debe reconocerse a la SMA un grado de discrecionalidad para considerar si amerita corregir la legalidad. Señala que esta posibilidad emana de los principios de eficiencia y eficacia en materia administrativa, por ello debe reconocerse a la SMA un grado de discrecionalidad para poder cumplir con su labor, pudiendo efectuar priorizaciones en base a criterios razonables, considerando, por ejemplo, la intensidad de los incumplimientos o el grado de afectación de bienes jurídicos, observando siempre una finalidad ambiental. Cita doctrina, jurisprudencia administrativa y judicial en apoyo de sus alegaciones. Señala que el art. 47 de la LOSMA al utilizar la expresión "a juicio de la Superintendencia" está permitiendo el ejercicio discrecional de la potestad sancionatoria, y a fs. 131 añade que la discrecionalidad está expresamente permitida respecto de la hipótesis de elusión al existir otras herramientas para cumplir con fines ambientales como es el requerimiento de ingreso.

TRIGÉSIMO SEXTO. Que, el primer aspecto de esta controversia consiste en determinar si efectivamente la SMA goza de algún margen de discrecionalidad para el ejercicio de la potestad sancionadora o, por el contrario, se trata de una potestad reglada dentro de la que no cabe espacio para una decisión autónoma del órgano que la detenta. Sobre este particular existe una ardua discusión doctrinal y jurisprudencial. Sin embargo, tal como se sustentó en los autos R-4-2021 y R-6-2021 de este Tribunal, es necesario reconocer a la SMA un margen para ejercer racionalmente su potestad sancionadora considerando los bienes jurídicos en juego y los límites de la discrecionalidad. Vale decir, que la LOSMA no reconozca expresamente la discrecionalidad de la potestad sancionadora, no significa que ésta se encuentre excluida. Por el contrario, es perfectamente posible sustentarla a partir de otras normas jurídicas que rigen el actuar de la SMA en tanto órgano de la Administración.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO. Que, en efecto, de acuerdo al art. 2° inciso 1° de la LOSMA, la SMA "tendrá por objeto ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental, de las medidas de los Planes de Prevención y, o de Descontaminación Ambiental, del contenido de las Normas de

Calidad Ambiental y Normas de Emisión, y de los Planes de Manejo, cuando corresponda, y de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley". Sobre este órgano recaen deberes de seguimiento y fiscalización de las actividades antrópicas que se encuentran sometidas a algún instrumento de gestión ambiental. Dicha actividad es organizada y dirigida a través de los programas y subprogramas de fiscalización (art. 16 LOSMA), sin perjuicio de la existencia de denuncias que colaboran con tal finalidad. El resultado de estas actividades de policía o de las denuncias puede advertir la existencia de "hallazgos", considerados como una "desviación" a las normativas ambientales aplicables. En ese contexto, una vez constatada la existencia de una infracción, la SMA puede optar por diferentes herramientas jurídicas para hacer cumplir las normas infringidas. En la especie, y tratándose de una elusión al SEIA, puede requerir de ingreso al titular (art. 3° letra j) de la LOSMA); iniciar un procedimiento sancionatorio y/o recurrir a ambas herramientas conjuntamente.

TRIGÉSIMO OCTAVO. Que, el fundamento para dicho margen de elección viene desde la exigencia de eficacia y eficiencia de la actividad administrativa. El ejercicio de la potestad sancionatoria de la SMA no se realiza de manera aislada y sin conexión a las normas que disciplinan la función pública. El interés general también exige que el órgano administrativo utilice eficaz y eficientemente los recursos, debiendo adoptar, en ese contexto, decisiones razonables. Esto significa, entre otras cosas, que su acción debe velar por la idónea administración de los medios y el debido cumplimiento de la función pública (art. 5° inciso 1° Ley N° 18.575). Estos principios no solo obligan a los órganos administrativos a cumplir sus funciones con afán y esmero, sino además a organizar su actividad de manera de hacer un uso socialmente óptimo de los recursos humanos y financieros.

TRIGÉSIMO NOVENO. Que, en este sentido, la eficacia y eficiencia son directrices que tienen la fuerza suficiente para condicionar jurídicamente las decisiones de la autoridad administrativa; estos permiten definir cuánto se debe satisfacer un objetivo de política pública (grado de eficacia) y cuántos recursos se pueden destinar a tal finalidad (grado de eficiencia). Esto quiere decir que los órganos de la Administración pueden focalizar los esfuerzos

institucionales en lograr una acción eficaz en aquellos casos que generen un mayor bienestar social. Esto supone reconocer al órgano sancionador un espacio para ponderar y decidir la forma en que satisface los intereses generales en el contexto de un uso más eficiente de los recursos públicos. Por ende, la SMA puede decidir no iniciar un procedimiento sancionatorio y no destinar recursos humanos y financieros para tal actividad, si entiende que los fines u objetivos de la normativa ambiental se pueden alcanzar de una manera diferente a la sancionatoria. Realizar un esfuerzo adicional para iniciar un procedimiento sancionatorio implicaría un esfuerzo institucional que evidentemente consume recursos económicos y humanos que se podrían destinar a sancionar incumplimientos cuyo desvalor o efectos ambientales pueden ser más relevantes o socialmente más sensibles.

CUADRAGÉSIMO. Que, consistente con lo dicho, es evidente que, si la Administración tiene que actuar su potestad sancionatoria en todos los casos que advierte un incumplimiento de una norma ambiental, las limitaciones de recursos humanos, organizativos, presupuestarios y técnicos, la harían ineficaz en aquellos supuestos en que realmente se necesita y requiere aplicar una sanción. Autorizada doctrina comparada ha dicho al respecto: *"Si no se quiere caer en la misma falta de realismo jurídico que provoca la situación patológica que estamos estudiando, hay que reconocer que no tendría sentido que la norma que otorga una potestad de gravamen a la Administración le obligase a actuarla en todos los casos posibles. Las insuficiencias organizativas privarían de eficacia a tal disposición en aquellos supuestos en que ésta sería más necesaria"* (Huergo, Alejandro, *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007, p. 190 y en similar sentido: Nieto, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 2012, p. 103). Tales motivaciones, hacen indispensable reconocer *espacios de ponderación* para materializar las estrategias que maximicen la satisfacción de un determinado bien jurídico, valor o interés público, sobre otros que puedan quedar desplazados frente al incumplimiento normativo. Por ello, es razonable permitir que los esfuerzos institucionales se centren en los casos que pueden ser socialmente más relevantes, ya sea por su gravedad, número de personas afectadas, riesgos producidos, medio ambiente

afectado, historial de incumplimientos del infractor, etc., permitiendo alcanzar el verdadero fin de las normas sancionadoras que es instar por el cumplimiento normativo por medio de la disuasión de su imposición. Dicho en otras palabras, cada vez que la SMA decide no ejercer su potestad sancionadora no necesariamente está dejando de satisfacer el interés público; pues hay situaciones en las que, simplemente realiza una priorización, fundada en criterios razonables (urgencia, grado de afectación, riesgos, intensidad de la infracción, etc.) acerca de dónde y con qué medios la organización puede satisfacer de mejor forma ese interés público, en un contexto de recursos limitados.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO. Que, la doctrina nacional se encuentra más o menos conteste en este punto. Al respecto señala Rosa Gómez González: "(...) de manera general es posible sustentar el principio de oportunidad, en los principios y normas generales que rigen a todos los órganos que integran la Administración del Estado y en aquellas disposiciones que integran la legislación administrativa general. En concreto, los artículos 3°, inciso segundo y 5°, inciso primero de la LOCBGAE, los cuales señalan que los órganos de la Administración del Estado deben actuar conforme a los principios de eficiencia y eficacia, teniendo tanto las autoridades como funcionarios públicos que velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública. Asimismo, cabe considerar los artículos 9° y 13° de la LBPA, conforme a los cuales la Administración debe responder a la máxima economía de medios con eficacia, evitando trámites dilatorios (principio de economía procesal), y debe desarrollar procedimientos administrativos con sencillez y eficacia (principio de la no formalización). Así, de la aplicación de estos principios es posible sostener que el principio de oportunidad constituye la regla general en materia de sanciones administrativas" (Gómez González, Rosa: *Discrecionalidad y potestad administrativa sancionadora. Límites y mecanismos de control*, Tirant lo Blanch, 2020, p. 218). Por su parte, Cordero Quinzacara señala que el principio de oportunidad puede tener cabida en relación a infracciones sin gravedad suficiente, atendida una ponderación de costos, así como la necesaria oportunidad que se requiere para adoptar las medidas que sean realmente eficaces.

Agrega que esa justificación positiva sería triple: a) determinar si se cumplió el fin previsto en la ley; b) la razonabilidad que se debe adoptar al momento de valorar y/o apreciar los hechos investigados, y; c) en la aplicación de los principios de eficacia y eficiencia de los artículos 3°, 5°, 11 y 53 LOCBGAE (Cordero, Eduardo, *Los principios y reglas comunes al procedimiento administrativo sancionador*, en *Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo. Asociación de Derecho Administrativo (ADA)*, Legalpublishing-Thomson Reuters, Santiago, 2014, p. 199).

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO. Que, por su parte, la Contraloría General de la República en Dictamen N° 13.758, de 23 de mayo de 2019, indicó: "en atención a la normativa antes citada, y considerando los principios de eficiencia y eficacia, así como el deber de la SMA de velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública - consagrados en los artículos 3° y siguientes de la ley N° 18.575-, es posible sostener que el legislador le ha conferido a aquella la atribución de fiscalizar el cumplimiento de las RCA y, en forma exclusiva la de ejercer la potestad sancionatoria, cuando, a su juicio, existe mérito suficiente para ello. Así y en concordancia con la jurisprudencia administrativa de este Organismo Contralor contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 6.190, de 2014, y 4.547, de 2015, debe entenderse que en el ejercicio de las atribuciones que el legislador ha entregado a la SMA, **debe existir cierto margen de apreciación para definir si desarrolla o no determinadas actividades fiscalizadoras, como asimismo, para discernir si da o no inicio a un procedimiento sancionatorio, decisión que, en todo caso, es exigible que tenga una motivación y un fundamento racional**" (Destacado es del Tribunal). Como se puede apreciar, el órgano Contralor otorga a la SMA la posibilidad de proceder discrecionalmente en relación al inicio de la potestad sancionadora sin más condiciones de que los motivos sean racionales y la decisión que así lo determine se encuentre justificada. En consecuencia, el ciudadano no tiene un derecho subjetivo para exigir a la autoridad administrativa que inicie un procedimiento administrativo sancionador, pero sí tiene el derecho a esperar de ésta una respuesta motivada y razonable.

CUADRAGÉSIMO TERCERO. Que, bajo ese contexto, como toda potestad discrecional, es necesario que su ejercicio sea racional, debiendo invocar y justificar los criterios de interés públicos utilizados por la Administración para no iniciar el procedimiento sancionatorio. Estos servirán, a su vez, al Tribunal, como parámetro de control (Huergo, Alejandro, *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007, p. 220), vale decir, para comprobar que no se hayan superado los límites de la discrecionalidad y, muy concretamente, que aquella no sea arbitraria ni suponga una inactividad del órgano difícilmente compatible con su función institucional. Al respecto señala la doctrina: "*la Administración tiene que justificar las razones que impulsan a perseguir una infracción concreta en un contexto de tolerancia (o, a la inversa, explicar las razones de una tolerancia singular en un caso de rigor generalizado)*" (Nieto, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 105). En otras palabras, "*discrecionalidad no es sinónimo de libertad y menos aún de arbitrariedad, que tiene límites y que son controlables por los jueces que, al menos pueden y deben condenar a la administración a tramitar los procedimientos sancionatorios cuando se hayan superado tales límites*" (Rebollo Puig, Manuel, Izquierdo, Manuel, Alarcón, Lucía y Bueno, Antonio, *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 133). Así también se reconoce en el Informe en Derecho evacuado a estos autos por el profesor Eduardo Cordero, quien a fs. 1550, señala: "*el hecho que dentro del contexto de la fase de fiscalización la SMA pueda aplicar el principio de oportunidad e imponer medidas correctivas, contando con un margen de discrecionalidad para su adopción, ello no significa que su ejercicio pueda ser arbitrario, es decir, expresión del mero capricho de la autoridad. Por tal razón, y como siempre se ha reconocido, esta facultad puede ser objeto de control, especialmente a través de los principios generales (vgr. igualdad, no discriminación, buena fe, proporcionalidad) y está sujeta a una estricta exigencia formal de fundamentación de la decisión*". En sencillas palabras, no es una discrecionalidad absoluta sino enmarcada en los fines de la SMA que le otorgan racionalidad a la decisión. En virtud de las razones expuestas, ampliamente compartidas por la doctrina, el Tribunal revisará la motivación

del acto reclamado para efectos de determinar si se encuentra debidamente justificada la decisión de no iniciar un procedimiento sancionador.

III. Acerca de la motivación de la resolución de no iniciar el procedimiento administrativo sancionador

CUADRAGÉSIMO CUARTO. Que, los Reclamantes a fs. 15 señalan que, no obstante haberse invocado antecedentes de hecho y de derecho suficientes para iniciar un procedimiento administrativo sancionador, la resolución reclamada muestra una motivación insuficiente respecto de la decisión de no formular cargos en contra del titular. Agrega a fs. 18, que la resolución no presenta motivación suficiente desde que no se hace cargo de la concurrencia de una medida disuasiva y preventiva, sobre todo considerando la gravedad de los hechos constatados y que el titular no solo eludió someter su proyecto a evaluación, sino también construyó e incluso lo ejecutó. A fs. 28 señala que la autoridad no expresa suficientemente los motivos por los cuales considera que no iniciar un procedimiento sancionatorio satisface el interés general que subyace a la protección ambiental.

CUADRAGÉSIMO QUINTO. Que, la Reclamada señala a fs. 133 que se indicó expresamente en la resolución reclamada que, siendo esta una medida correctiva considerada en la LOSMA, que la SMA puede ejercer discrecionalmente con el objetivo de lograr la satisfacción del interés general que subyace en la proyección ambiental y, en este caso, en consideración a la discusión de la configuración de la infracción, así como el interés ambiental en juego y su forma de abordarlo directamente (a través del ingreso al SEIA), la vía del requerimiento se estimó suficiente e idónea para cumplir dicho fin. Agrega a fs. 134 que no existían otras infracciones que abordar, que se podía obtener una evaluación ambiental en el menor tiempo posible, que el proyecto quedaría paralizado y la entidad de la infracción es menor.

CUADRAGÉSIMO SEXTO. Que, la Resolución Reclamada respecto del no inicio del procedimiento administrativo sancionador en contra de Empresa Eléctrica Aisén S.A., señala expresamente lo siguiente:

- a) En el considerando 5° a fs. 1405, expresa: "requerir el ingreso de un proyecto que ha eludido el SEIA, es una medida correctiva ordenada por la SMA en el marco de sus facultades de fiscalización, y que se adopta a través del inicio de un procedimiento administrativo especial, el cual no obsta ni impide el posterior inicio de un procedimiento sancionatorio ambiental, para efectos de imponer las sanciones que correspondan por los incumplimientos normativos incurridos por un titular, en atención al lapso de tiempo en que ejecutó irregularmente su actividad". En el considerando 6°, se indica que la potestad de elegir entre el requerimiento de ingreso y la sanción ha sido reconocida por la Contraloría y la jurisprudencia del Tercer Tribunal Ambiental.
- b) En el considerando 39 (conclusiones), a fs. 1434: "Finalmente, debe recordarse que, tal como se indicó al comienzo de este acto, el requerimiento de ingreso al SEIA es una medida correctiva que puede implementar la SMA al alero de la facultad del literal i) y j) del artículo 3° de la LOSMA, sin perjuicio de poder también imponer alternativa o conjuntamente una sanción de acuerdo al artículo 35 literal b) de la LOSMA sobre la base del principio de oportunidad. Así, este organismo ejerce discrecionalmente tal opción (requerir de ingreso y/o sancionar), con el objetivo de lograr la medida que mejor satisfaga el interés general que subyace a la protección ambiental. En este sentido, en el presente caso, **tomando en consideración la discusión que subyace a la configuración de la infracción**, así como el interés ambiental en juego y su forma de abordarlo directamente (a través del ingreso al SEIA), la vía del requerimiento se estima suficiente e idónea para tal fin". (Destacado es del Tribunal).

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO. Que, a juicio del Tribunal, la justificación contenida en el acto reclamado no resulta adecuada para permitir un uso racional de la potestad sancionadora de la SMA. Por un lado, es una justificación general y holística, perfectamente aplicable a todos los casos en que la autoridad administrativa decide no iniciar un procedimiento administrativo sancionador, sin que se haga cargo de los hechos particulares. Tal situación no cumple con el estándar mínimo de motivación de la razonabilidad de la decisión, la que exige que: "*(...) el acto administrativo en que se funda debe basarse en motivos que deben explicitarse (más allá de una mera cita de normas y hechos) mediante una relación circunstanciada de los fundamentos de la decisión, de manera que se acredite la racionalidad intrínseca, es decir, coherencia con los hechos determinantes y con el fin público que ha de perseguirse* (Cordero, Luis: *Lecciones de Derecho Administrativo*, Thomson Reuters, p. 90).

CUADRAGÉSIMO OCTAVO. Que, por otro lado, las razones para no iniciar un procedimiento sancionador parecen referirse exclusivamente a la mejor forma de satisfacer el interés general que está detrás de las normas ambientales infringidas, para lo cual la autoridad entiende que el requerimiento de ingreso es una herramienta suficiente e idónea para ello. Esta justificación, sin embargo, no explica por sí sola la ausencia de un procedimiento sancionatorio considerando que, al tratarse de una infracción que puede ser constitutiva de elusión conforme al art. 35 letra b) LOSMA, es evidente que la única forma de satisfacer directamente el interés general en la protección del medio ambiente -salvo algunas hipótesis excepcionales de desistimiento de proyectos u otras- es activando la potestad de corrección de la SMA, mediante el requerimiento de ingreso al SEIA al titular del proyecto o actividad.

CUADRAGÉSIMO NOVENO. Que, en este sentido, hay que precisar que la sanción no satisface directamente el interés público o general. Señala la doctrina que "en una sanción, lo que sirve para tutelar los intereses públicos es la amenaza de imponerla en caso de que se cometa la conducta ilegal, no el contenido mismo de la sanción (...) las medidas de restablecimiento de legalidad, aunque se dirijan inmediatamente contra el infractor (imponiéndole

obligaciones o privándole de bienes y derechos), afectan de forma directa a los intereses públicos, puesto que hacen que las normas se cumplan y que se logren los objetivos perseguidos por ellas, y también a intereses de terceros, cuando el incumplimiento de normas les perjudicaba (...)” (Huergo, Alejandro, *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007, p. 229). Así también, la doctrina nacional opina que las medidas de restablecimiento del orden legal buscan “restablecer el orden jurídico alterado para así evitar que el riesgo que se ha creado se concrete, que se siga produciendo la lesión al interés general o el perjuicio se mantenga de manera indefinida (...) De ahí que en estos supuestos el dolo, la culpa, la inimputabilidad del sujeto o la existencia de un procedimiento administrativo previo (con todas sus etapas y garantías) no son plenamente exigibles, como sí ocurre tratándose de sanciones, atentando los intereses generales cuya afectación se encuentra comprometida” (Gómez González, Rosa: *Infracciones y sanciones administrativas*, Der Ediciones, 2021, p. 140). En consecuencia, sustentar que una medida de corrección -como el requerimiento de ingreso al SEIA- es la que mejor satisface el interés general, no es sino una constatación jurídica que no permite descartar por sí sola la iniciación de un procedimiento para la aplicación de una sanción. Dichas razones deben elaborarse caso a caso, sin perjuicio de que la SMA pueda estructurar una política pública configurando criterios generales que le permitan decidir no iniciar un procedimiento sancionatorio.

QUINCUAGÉSIMO. Que, en cuanto a los motivos invocados en el informe de la SMA, se deben señalar dos cuestiones. La primera es que ellos dan cuenta de la existencia de algunos criterios que pueden ir configurando un ejercicio discrecional de la potestad sancionadora: a) inexistencia de otras infracciones que abordar en un eventual procedimiento sancionatorio; b) el requerimiento de ingreso genera la paralización del proyecto e impide que se sigan generando eventuales impactos adversos (fs. 134); c) la naturaleza específica del proyecto, vale decir, no se trata de un proyecto de gran envergadura (fs. 134); d) impactos que se pudieren generar en la etapa de construcción se pueden evaluar ingresando al SEIA (fs. 134). Sin embargo, estos criterios -sin entrar a revisar su

razonabilidad- no dan cuenta de los hechos particulares del caso, entre los que se pueden señalar:

- a) El **8 de octubre de 2021**, a fs. 1840 de los autos R-44-2020, traídos a la vista como medida para mejor resolver a fs. 1597, consta sentencia de este Tribunal, en la cual se ordena a la SMA dictar la resolución que en derecho corresponda, por entender que el proyecto denominado "Rehabilitación Central Hidroeléctrica Los Maquis" cumple con los requisitos establecidos en el art. 10 letra p) de la Ley N° 19.300 para ingresar al SEIA (Considerando Cuadragésimo).
- b) La elusión al SEIA corresponde a una infracción clasificada como gravísima o grave según genere o no efectos del art. 11 de la Ley N° 19.300 (art. 36 N°1, letra f) y N°2 letra d) LOSMA), por lo que no se trata de una infracción de menor intensidad dentro del sistema de protección ambiental.
- c) Según se desprende de la respuesta al requerimiento de información formulada por la SMA mediante Res. Ex. AYS N°15/2022, la etapa de construcción finalizó el **5 de diciembre de 2021** (fs. 1234), es decir, después que la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental había establecido que el proyecto cumpliría los supuestos para ingresar al SEIA.
- d) También se desprende de la respuesta al requerimiento de información, que entre el **30 de noviembre y el 17 de diciembre de 2021**, se efectuaron pruebas inyectando energía al Sistema General Carrera (fs. 1234). Nuevamente existió operación de la central después que la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental había establecido que el proyecto cumpliría los supuestos para ingresar al SEIA.
- e) Por último, la marcha blanca finalizó de forma posterior al pronunciamiento del SEA de requerimiento de ingreso (fs. 1380), el **20 de mayo de 2022**, esto es, la central operó a pesar de tener una expresa prohibición de hacerlo sin autorización conforme el art. 8° de la Ley N° 19.300.

f) Según consta a fs. 1358, en el Ord. del SEA de 20 de mayo de 2022, evacuando el informe de elusión solicitado por la SMA, el proyecto "Rehabilitación Central Hidroeléctrica Los Maquis", realizó obras y acciones distintas a las proyectadas originalmente en su respectiva consulta de pertinencia. Al respecto señaló: "las obras de la bocatoma, el nuevo trazado de tuberías y la nueva casa de máquinas **son totalmente distintas a las señaladas originalmente en la Consulta de Pertinencia**, toda vez que se refieren a obras permanentes y perceptibles por parte de los visitantes del atractivo, con más que la casa de máquinas, respecto de la cual se dijo que no se afectaría al presentar un valor cultural y paisajístico, la realidad nos dice que ella fue totalmente desmantelada y reconstruida con parámetros totalmente diversos" (Destacado es del Tribunal, fs. 1378 y 1379).

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO. Que, en segundo lugar, los criterios señalados en el considerando Cuadragésimo sexto no forman parte de la Resolución impugnada, y recién han sido invocados y sustentados en sede judicial, por lo que no pudieron ser impugnados ni sometidos a contradicción por los Reclamantes. Al respecto, la Corte Suprema ha reconocido "el derecho del afectado por el acto administrativo, de conocer en su integridad las razones por las cuales se adoptó una determinada decisión en su contra, porque sólo así podrá desarrollar de manera eficiente su defensa, por lo tanto, como bien se resolvió en la sentencia que se analiza, las nuevas alegaciones formuladas por la reclamada, no pueden ser consideradas para los efectos de la determinación de la legalidad del acto que se impugna" (SCS Rol N° 13.774-2019, de 23 de agosto de 2019). Esta sentencia es consistente con el tenor del art. 29 de la Ley N° 20.600, que dispone que el informe que evacúa el órgano requerido o reclamado solo puede versar sobre los fundamentos del acto impugnado.

QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO. Que, a lo anterior se suma el criterio que ha sustentado este Tribunal en los autos R-19-2020 y R-69-209, al señalar que, "de acuerdo al art. 29 de la Ley N° 20.600 en su inciso 1° segunda parte, el informe del órgano reclamado se limitará a consignar los fundamentos y motivos en los que el acto administrativo se basa. La Resolución Reclamada a fs. 2799

únicamente señala que las condiciones anaeróbicas pueden deberse a variaciones de temperaturas corrientes, radiación UV, entre otras, por lo que no se puede afirmar que ésta se produzca per se por incumplimiento de la normativa. No obstante, en el informe evacuado a los autos a fs. 1757 y 1758 desarrolla en extenso una serie de argumentos de carácter técnico-científico que no están consignados en los fundamentos del acto reclamado" (Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, R-19-2020). En consecuencia, no es posible aceptar en sede judicial fundamentos o justificaciones que escapan a aquellas que están contenidas en el acto reclamado, sin perjuicio que la autoridad pueda en el informe complementar o singularizar dichas razones.

QUINCUAGÉSIMO TERCERO. Que, en razón a las consideraciones anteriores, el Tribunal acogerá la Reclamación pero solo en el sentido de reenviar los antecedentes a la autoridad administrativa para que proceda a dictar un nuevo acto en los que consigne de modo expreso y razonadamente los motivos que la llevan a no iniciar el procedimiento sancionatorio respecto de la Empresa Eléctrica Aisén S.A., tomando en consideración los hechos del presente caso.

POR TANTO Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en los arts. 17 N°3, 18 N°3, 20, 25, 27, 29, 30 y 47 de la Ley N° 20.600; arts. 2°, 3°, 35, 56 y demás aplicables de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, contenida en la Ley N° 20.417; art. 5° inciso 1° Ley N° 18.575; arts. 8° y 10 de la Ley N° 19.300 y art. 3 del D.S. N° 40/2012, del Ministerio del Medio Ambiente, en lo que resulten aplicables; arts. 15 y demás aplicables de la Ley N° 19.880; arts. 158, 160, 164, 169, 170 y demás aplicables del Código de Procedimiento Civil; el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema de Justicia sobre la forma de las sentencias, de 30 de septiembre de 1920; y demás disposiciones pertinentes.

SE RESUELVE:

I. Acoger la reclamación de fs. 1 y ss. solo en cuanto se declara que la Res. Ex. N° 850, de 6 de junio de 2022, dictada por la SMA no se ajusta a derecho solo en la parte que decide no iniciar un procedimiento sancionatorio, y se la anula

parcialmente, conservándose en lo demás, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

II. Se ordena a la SMA dictar nueva resolución debidamente motivada, y que considere los hechos del presente caso, para efectos de decidir si inicia o no un procedimiento sancionatorio.

III. No se condena en costas a la Reclamada, por entender que existieron motivos plausibles para litigar.

Notifíquese y regístrese.

Rol N° R-47-2022

Pronunciada por el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros, Sr. Javier Millar Silva, Sr. Iván Hunter Ampuero y Sr. Carlos Valdovinos Jeldes.

Redactó la sentencia el Ministro, Sr. Iván Hunter Ampuero.

Autoriza el Secretario Abogado (S) del Tribunal, Sr. José Hernández Riera.

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