

SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL
REPUBLICA DE CHILE

000659
503 cuantos
ENCUENTRO JUVENES

Santiago, uno de octubre del año dos mil trece.

VISTOS:

El 22 de febrero de 2012, Consorcio Energético Nacional S.A. - en ejercicio del derecho conferido en el inciso 1° del artículo 20 de la Ley N° 19.300, Sobre Bases Generales del Medio Ambiente- interpuso Reclamación administrativa ante el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), respecto de la Resolución Exenta N° 13 de 16 de enero de 2012 dictada por la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región Libertador Bernardo O'Higgins, que calificó desfavorablemente el Proyecto "Central de Energía Renovable No Convencional Tagua Tagua".

El Director Ejecutivo del SEA rechazó, mediante Resolución Exenta N° 0201 de 5 de marzo de 2013, la Reclamación singularizada en el párrafo anterior. El 22 de abril de este año, Consorcio Energético Nacional S.A. (en adelante, el Reclamante) - en ejercicio del derecho conferido en el inciso 4° del artículo 20 de la Ley N° 19.300- interpuso, dentro de plazo, ante este Tribunal, Reclamación en contra de dicha Resolución, la que fue admitida a trámite el 29 de abril de 2013 (fojas 162).

El Informe del Director Ejecutivo del SEA fue evacuado dentro de plazo el 20 de mayo de este año (fojas 209), quedando la causa en relación y fijándose fecha para la vista de la causa.

La "Central de Energía Renovable No Convencional Tagua Tagua" (en adelante, Central ERNC Tagua Tagua), según información entregada por las partes y disponible en el sitio web del SEA, es un Proyecto consistente en la instalación de una Central de ERNC en la comuna de Pichidegua, Provincia de Cachapoal, Región Libertador Bernardo O'Higgins, con una capacidad de generación de 35MW, utilizando como combustible principal Fibromix, que consiste en una mezcla de virutas de madera seca y guano de

ave y, como combustible secundario, biomasa forestal y/o agrícola no tratada, en una proporción no mayor a 90% y 10%, respectivamente, siendo una clara alternativa a las quemas agrícolas del sector.

El Proyecto Central ERNC Tagua Tagua ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) en agosto de 2010 a través de una Declaración de Impacto Ambiental (DIA). Luego que el proyecto superara el test de admisibilidad, las observaciones recibidas por los servicios públicos que participaron del proceso de evaluación fueron reunidas en los Informes Consolidados de Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones y/o Ampliaciones (ICSARA) N° 1 y N° 2 de 13 de octubre de 2010 y 10 de junio de 2011, respectivamente. Las respuestas formuladas por el titular del Proyecto mediante las respectivas Adendas a los ICSARAS recién señalados, son de 18 de mayo y 28 de octubre de 2011, respectivamente. El 9 de enero de 2012, la Directora Regional (S) del SEA procedió a dictar el Informe Consolidado de Evaluación (ICE) el que, entre otras cosas y junto con cumplir formalmente con los requisitos del artículo 32 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (RSEIA), recomienda a la Comisión de Evaluación -de conformidad, en lo que corresponde, al artículo 9 bis de la Ley N° 19.300- aprobar la DIA y por ende el Proyecto Central ERNC Tagua Tagua.

Sin embargo, y no obstante la posición favorable de la Directora Regional (S) en orden a aprobar el Proyecto, la Comisión de Evaluación de la Región Libertador Bernardo O'Higgins, el 16 de enero de 2012, es decir, una semana después del ICE, dictó -por cinco votos contra siete- la respectiva Resolución de Calificación Ambiental (-RCA- Resolución Exenta N° 13/2012), que calificó desfavorablemente el Proyecto Central ERNC Tagua Tagua pues, a su entender, el Proyecto debió ser presentado como un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) atendido lo dispuesto en los artículos 5, 6 y 8 del RSEIA.

SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL
REPUBLICA DE CHILE

000661

Seiscientos Seenta
y uno

El Director Ejecutivo del SEA, conociendo de la reclamación interpuesta por el titular del proyecto en contra de la RCA desfavorable, decide, mediante Resolución Exenta N° 0201/2013, rechazarla en base a lo expresado en la consideración n° 6 de la Resolución, en particular: i) porque faltaron antecedentes necesarios que justifiquen la inexistencia de los efectos de la letra a) del artículo 11 de la Ley N° 19.300; y ii) porque se verificó la existencia de efectos, características y circunstancias del artículo 11 letra b) de la misma ley.

Cabe señalar que durante el transcurso del procedimiento ante este Tribunal, hubo tres interesados en hacerse parte como terceros coadyuvantes. El primero en hacerlo fue la Ilustre Municipalidad de Pichidegua, solicitud hecha el 20 de mayo de este año y a la que se dio lugar (fojas 286) en atención a lo dispuesto en el inciso final del artículo 18 de la Ley N° 20.600 que crea los Tribunales Ambientales. La Municipalidad, en dicha oportunidad, acompañó sendos documentos que dan cuenta, el primero de ellos, de la preocupación que mostró en su oportunidad la Municipalidad en relación a los efectos ambientales y sociales del Proyecto, plasmada en un "téngase presente" presentado el 3 de abril de 2012 al Director Ejecutivo del SEA. El segundo de ellos, por su parte, presentado el 27 de enero de 2012 ante la Contraloría General de la República (CGR), consiste en una solicitud de declaración de falta de probidad administrativa de quien fuera Directora Regional del SEA, Sra. Marlene Sepúlveda Cancino. Según dicho documento de denuncia presentado a la CGR, la Directora Regional del SEA habría cometido una serie de irregularidades consistentes, fundamentalmente, en que no obstante haberse abstenido de intervenir en la evaluación del Proyecto ERNC Tagua Tagua y luego que el Director Ejecutivo del SEA le ordenara hacerlo, continuó ejerciendo facultades en su calidad de Directora cuando aparentemente no lo era para ese proyecto en concreto. Junto a lo anterior, la Municipalidad denuncia que la Sra. Marlene Sepúlveda Cancino habría formado parte del equipo profesional de la consultora Golder Associates S.A.,

entidad que habría asesorado técnicamente en la presentación del Proyecto ERNC Tagua Tagua.

Asimismo, el 28 de mayo de 2013, el Comité de Defensa del Medio Ambiente Pichidegua solicitó que se le tuviera como tercero coadyuvante en atención al interés actual en los resultados del juicio, a lo que este Tribunal dio lugar (fojas 317). En su escrito, el Comité de Defensa -organización ciudadana de base comunal- da cuenta de las acciones llevadas a cabo por el Comité durante el procedimiento de evaluación, acciones que se encuentran en línea con las realizadas por la Municipalidad de Pichidegua.

Por último, el 4 de junio de 2013, Inversiones las Flores Limitada, dueña del 33% de las acciones de la sociedad Consorcio Energético Nacional S.A., titular del Proyecto ERNC Tagua Tagua, solicitó se le tuviera como tercero coadyuvante a lo que este Tribunal se negó de conformidad a los argumentos que constan en la resoluciones de 5 y 11 de junio de este año que rolan a fojas 527 y 540, respectivamente, y que dicen relación, en lo medular, con la inexistencia de un interés actual sino más bien de una mera expectativa relacionada con la eventual rentabilidad de su inversión y porque los intereses invocados son idénticos que los del titular del Proyecto y se encuentran en la realidad subsumidos. De la misma forma, resolviendo el incidente planteado por el titular del Proyecto en cuanto a la necesidad de procurador común para el Director Ejecutivo del SEA y los coadyuvantes del mismo, este Tribunal finalmente decidió negar lugar por las razones expuestas en la resolución de fojas 540 y 541.

Previo a la vista de la causa, el Reclamante acompañó al Tribunal tres diferentes informes técnicos, todos hechos con posterioridad al proceso de evaluación. El primero se titula "Modelación Calidad del Aire" (fojas 184 y siguientes), el segundo, denominado "Análisis de las Emisiones de Compuestos Orgánicos Clorados" (fojas 361 y siguientes) y, el tercero,

"Revisión en la Evaluación de Impactos en la Calidad del Aire del Proyecto Central ERNC Tagua Tagua" (fojas 498 y siguientes). Por su parte, el Director Ejecutivo respondió al primero y segundo de dichos informes, mediante escritos de "téngase presente", criticando aquellos puntos que estimó prudente al tiempo de señalar que respecto a otros aspectos este Tribunal no debía siquiera pronunciarse por no haber sido objeto de evaluación.

La vista de la causa finalmente se llevó a cabo el 3 de julio de este año, a las 15:00 horas, en las dependencias del Tribunal, alegando por parte del Reclamante el abogado Sr. Eduardo Correa Martínez y, en representación del Director Ejecutivo del SEA, el abogado Sr. José Adolfo Moreno Correa, además de los abogados de la Ilustre Municipalidad de Pichidegua y del Comité de Defensa del Medio Ambiente Pichidegua, Sres., Juan Alberto Molina Tapia y Álvaro Toro Vega, respectivamente.

Dado los nuevos antecedentes aparecidos durante los alegatos orales, reiterados a través de la presentación de fojas 568, este Tribunal decidió, como medida para mejor resolver, oficiar al Director Ejecutivo del SEA que acompañe el expediente en el que consta el recurso de invalidación planteado por la I. Municipalidad de Pichidegua de fecha 6 de diciembre de 2011, así como cualquier otro documento o presentación relacionada con el Proyecto cuestionado, a lo que el Director Ejecutivo cumple con fecha 22 de julio de 2013 (fojas 560).

Terminada la etapa de estudio, el Tribunal resolvió, el 2 de septiembre del año en curso, dejar la causa en acuerdo.

Argumentos de las Partes

1) Argumentos del Reclamante

El Reclamante estructura su alegación afirmando que la Resolución recurrida fue arbitraria e ilegal. Habría sido arbitraria la Resolución del Director Ejecutivo del SEA por carecer de fundamentos técnicos y jurídicos y, en particular:

i) porque el proyecto no genera riesgos para la salud de las personas; ii) porque se acreditó la inexistencia de efectos, características o circunstancias que de acuerdo a Ley N° 19.300 deben ser evaluados mediante un EIA; iii) porque el proyecto modeló sus emisiones de acuerdo a la forma exigida; y iv) porque hubo falta de fundamento y trato discriminatorio por parte del Director Ejecutivo del SEA.

Por su parte, la Resolución habría sido ilegal por infracción a los artículos, 19 inciso 3°, 11 inciso final, 9 bis, 9 inciso final, 20, y 18 bis, todos de la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente.

Los argumentos del Reclamante en torno a la arbitrariedad, resumidamente expuestos, señalan lo siguiente:

A.- Que la afirmación relativa a que el Proyecto podría generar riesgos para la salud de las personas, se basaría en la supuesta incertidumbre existente respecto de las emisiones atmosféricas a generarse por la actividad. Sin embargo, el SEREMI de Salud finalmente habría declarado su conformidad con el Proyecto mediante el Ordinario 1094 de 30 de mayo de 2011, lo que a su turno habría motivado la recomendación aprobatoria contenida en el ICE. No hubo, además, de acuerdo con el Reclamante, ningún informe, antecedente o fundamento que le permitiera al Director Ejecutivo justificar su afirmación y que las modelaciones de las emisiones atmosféricas hechas durante la evaluación ambiental del Proyecto acreditarían lo anterior.

B.- Que el Director Ejecutivo del SEA desconoce que el ICE - en su Capítulo III.2- habría acreditado la inexistencia de efectos, características o circunstancias que de acuerdo a Ley N° 19.300 deben ser evaluados mediante un EIA. Siendo así, según el Reclamante, la decisión de la Comisión de Evaluación Ambiental contenida en la RCA, guarda una absoluta discordancia con lo que habría concluido SEA regional, organismo técnico que llevó a cabo la totalidad del proceso de evaluación.

C.- Que respecto de las observaciones hechas por el Director Ejecutivo del SEA que cuestionaban la validez de la modelación de la calidad del aire del Proyecto, en verdad todas ellas fueron -según el Reclamante- analizadas y resueltas por el titular del Proyecto en su oportunidad. Dichas observaciones apuntaban a la utilización de una sola estación de medición, a la falta de mediciones en superficie y de meteorología en altura, a no considerar el efecto de la inversión térmica en la zona y a la falta de representatividad de los datos usados en relación al ozono.

En términos generales, el titular afirma que el modelo utilizado - CALMET/CALPUFF- se alimentó con tecnología de altura y superficie (sic), y que dicho modelo es el reconocido por la Agencia Ambiental de EE.UU. para realizar modelaciones de calidad de aire para proyectos en evaluación ambiental. Además, alega el Reclamante, el Director Ejecutivo del SEA obró de manera arbitraria al utilizar una Guía Metodológica para la evaluación de los impactos del aire, guía que por lo demás no es obligatoria y respecto de la cual el titular no tuvo oportunidad de controvertir pues no habría estado incorporada durante el proceso de evaluación ambiental.

D.- Por último, el Reclamante alega arbitrariedad y discriminación en relación al Proyecto, porque a pesar que el Director Ejecutivo del SEA estimó que el rechazo de la Comisión de Evaluación fue mal motivado y fundamentado, igualmente negó lugar a la reclamación por las razones dichas más arriba, a saber: i) porque habrían faltado antecedentes necesarios que justifiquen la inexistencia de los efectos de la letra a) del artículo 11 de la Ley N° 19.300; y ii) porque se habría verificado la existencia de los efectos, características y circunstancias del artículo 11 letra b) de la misma ley.

Además, el Reclamante alega que ha existido un evidente trato desigual respecto de otros proyectos sometidos a evaluación

por parte de la Comisión de Evaluación Regional, vulnerándose de esa manera la garantía constitucional de igualdad ante la ley y los derechos fundamentales que de ello se derivan.

Por su parte, los argumentos del Reclamante que acusan ilegalidad de la resolución del Director Ejecutivo del SEA, son los siguientes:

A.- En relación a la violación del artículo 19 inciso 3° de la Ley N° 19.300, se alega que la forma en que la resolución del Director Ejecutivo entiende esta causal ("Se rechazarán las DIA cuando [...] el respectivo proyecto o actividad requiere de un Estudio de Impacto Ambiental...") se aparta del texto expreso de la ley. El argumento central es que el Director Ejecutivo habría rechazado el Proyecto por cuanto el titular del mismo no habría justificado la inexistencia de los impactos del artículo 11, cuando la exigencia legal, según reza el mismo artículo, es que dichos impactos efectivamente se generen o presenten, lo que implicaría una inversión de la carga de la prueba, traspasando íntegramente al titular de la DIA el peso de acreditar que el proyecto no genera o presenta determinados impactos.

B.- El Reclamante discrepa de la aplicación por referencia realizada por el Director Ejecutivo del SEA de la Norma de Emisión para Centrales Termoeléctricas (D.S. 13/2011 Ministerio del Medio Ambiente) y la de Incineración y Coincineración (D.S. 45/2007 MINSEGPRES), pues ellas habían sido descartadas como legislación ambiental aplicable por el propio Director Ejecutivo, lo que no solo constituiría una "aberración lógica" sino una infracción al artículo 11 inciso final de la Ley N° 19.300 que señala: "Para los efectos de evaluar el riesgo indicado en la letra a) y los efectos adversos señalados en la letra b), se considerará lo establecido en las normas de calidad ambiental y de emisión vigentes", aplicación normativa que evidentemente debe ser en función de su aplicabilidad al proyecto evaluado.

C.- En tercer lugar, el Reclamante alega violación del artículo 9 bis de la Ley N° 19.300, el que consagraría el denominado efecto vinculante del ICE en relación a los aspectos normados del mismo, carácter que habría sido obviado tanto por la Comisión de Evaluación como por el Director Ejecutivo del SEA, pues una vez que el ICE declara que la normativa ambiental aplicable era satisfactoriamente cumplida, no era ya posible para el Director Ejecutivo que se pronunciara al respecto contradiciendo el ICE mismo. *"Concluir en sentido contrario, significaría que la Comisión, a través de una sesión es capaz de identificar aspectos que el Servicio de Evaluación Ambiental no controló durante toda la duración del proceso de evaluación los aspectos normados, lo que ciertamente no es permitido por la ley"* (sic).

D.- También habría habido violación de lo dispuesto en el artículo 9 inciso final de la Ley N° 19.300, según el cual, *"Los pronunciamientos de los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental, deberán ser fundados y formulados dentro de las esferas de sus respectivas competencias"*. Y lo habría hecho porque a pesar de reconocer que algunos servicios se pronunciaron sobre materias para las cuales no tienen competencia, persistió en pronunciarse sobre la Norma de Incineración y Coincineración, en circunstancias que, como se ha dicho más arriba, con anterioridad y durante el proceso de evaluación, los riesgos a la salud fueron analizados por el SEREMI de Salud en la esfera de sus competencias.

E. En quinto lugar, la resolución del Director Ejecutivo del SEA habría innovado al citar la Guía Metodológica para la Estimación de Emisiones Atmosféricas de Fuentes Fijas y Móviles de la CONAMA, guía que no fue objeto del proceso de evaluación ambiental, excediendo de esta manera el ámbito de competencia que le otorga el artículo 20 de la Ley N° 19.300 al resolver de conformidad a antecedentes que no formaron parte del proceso de evaluación. Añade que, no obstante la amplia competencia

que entrega el artículo 20 al Comité de Ministros y al Director Ejecutivo, no les autorizaría a incorporar a este respecto nuevos antecedentes, desconocidos del titular del Proyecto y respecto de los cuales no pudo formular defensas o alegaciones.

F.- Por último, el Reclamante afirma infracción al artículo 18 bis de la Ley N° 19.300 por cuanto la oportunidad legal para rechazar una DIA por carecer de información relevante o esencial para su evaluación que no pudiese ser subsanada mediante ICSARAS, ocurre dentro de los treinta días siguientes a la presentación de la Declaración. La dictación del ICSARA N° 1 habría significado, entonces, que la posibilidad legal de rechazar la DIA por la causal contemplada en dicha disposición habría terminado, y que el Director Ejecutivo, con su razonamiento, habría de este modo infringido dicho artículo de la ley.

2) Argumentos del Director Ejecutivo del SEA

El Director Ejecutivo del SEA evacuó su informe dentro de plazo y rola en el expediente a fojas 209.

A lo largo de la primera parte del informe, el Director Ejecutivo destaca en reiteradas oportunidades que la competencia de este Tribunal se limita al conocimiento de la impugnación de la Resolución Exenta N° 0201/2013 y que la posibilidad de cuestionar el mérito o la legalidad de otras actuaciones previas -en particular la RCA que calificó negativamente el proyecto- estaría por consiguiente ajena a la competencia del Tribunal.

Sin perjuicio de la limitante recién dicha, el Director Ejecutivo destaca que el proyecto fue rechazado por dos órganos distintos, la Comisión de Evaluación (órgano colegiado), y el Director Ejecutivo (órgano unipersonal), y por razones y consideraciones también distintas.

En el caso de la Comisión de Evaluación, por incumplimiento a la normativa ambiental aplicable -en particular respecto del permiso ambiental sectorial (PAS) 96 y de lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 45/2007 que establece la Norma de Emisión para la Incineración y Coincineración-, y porque se generaban o presentaban los efectos, características o circunstancias del artículo 11, en sus letras a), b), c) y e).

En cambio, el Director Ejecutivo rechazó la reclamación contra la RCA pues estimó que i) no se había acreditado por parte del titular del Proyecto la inexistencia de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 letra a), y ii) por generarse los efectos, características o circunstancias del artículo 11 letra b).

En relación a las supuestas arbitrariedades alegadas por el Reclamante, el Director Ejecutivo del SEA se defiende argumentando como se resume a continuación.

A.- En cuanto a la supuesta falta de argumentos técnicos y jurídicos relativos a riesgo para la salud de las personas, el Director Ejecutivo responde que no fue posible descartar la inexistencia de los efectos de la letra a) del artículo 11 porque a pesar que la caracterización fisicoquímica del Fibromix fue parte del proceso de evaluación, el titular no abordó adecuadamente la materia y esto se estimó como particularmente grave en atención a que dentro de los compuesto generados a partir de la incineración de elementos clorados, como el Fibromix, se identifican furanos y dioxinas.

Argumenta el Director Ejecutivo, entre otras cosas, que la dioxina fue declarada un cancerígeno de Clase 1 por la Agencia Internacional para la Investigación sobre el Cáncer, institución dependiente de la Organización Mundial para la Salud. Asimismo, señala que el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, del cual Chile es parte desde 2005, considera precisamente a las dioxinas y a los

furanos y que es deber del Estado requerir el empleo de las mejores técnicas disponibles.

Por otro lado, que no exista norma expresa en la legislación nacional no sería en todo caso excusa para no haber informado, máxime si existen guías metodológicas de amplia difusión y reconocimiento como las de la *Environmental Protection Agency* (EPA) y la del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), además de la Guía Metodológica para la Estimación de Emisiones Atmosféricas de Fuentes Fijas y Móviles (CONAMA, 2009).

B.- En cuanto a que no se acreditó la inexistencia de efectos, características o circunstancias que de acuerdo a Ley N° 19.300 deben ser evaluados mediante un EIA, el Director Ejecutivo afirma que existen elementos suficientes para sostener que la liberación de contaminantes como las dioxinas y los furanos generarán un efecto adverso significativo sobre el recurso natural aire, requiriéndose por tanto la evaluación a través de un EIA que contenga las medidas que se adoptarán para eliminar o minimizar los efectos del proyecto y las acciones de reparación que se realizarán si ello es procedente, además de un plan de seguimiento de las variables ambientales relevantes asociadas a la calidad del aire.

C.- Respondiendo, ahora, a la afirmación del titular acerca que el proyecto modeló las emisiones de acuerdo a la forma exigida, el Director Ejecutivo se limita en su informe a señalar que la modelación adoleció de graves falencias que provocaron que nunca se tuviera certeza respecto de la cantidad y calidad de las emisiones, remitiéndose en lo substantivo a lo argumentado en la resolución impugnada.

D.- Por último, en cuanto al trato discriminatorio, el Director Ejecutivo del SEA afirma que no hubo trato desigual ni vulneración a la igualdad ante la ley si se compara la evaluación del Proyecto Central ERNC Tagua Tagua en relación a otros proyectos sometidos a evaluación, para lo cual cita como

ejemplo el proyecto "Reemplazo de Caldera de Petróleo por Generación de Energía Térmica por Biomasa".

Respondidas las alegaciones sobre supuesta falta de argumentación y arbitrariedad, el Director Ejecutivo se hace cargo de las ilegalidades imputadas a la resolución alegadas por el titular del Proyecto. Previo, sin embargo, a responder de las supuestas ilegalidades, el Director introduce su defensa indicando cuál es la finalidad del proceso de evaluación ambiental y los principios que la informan, desarrollando para tal efecto el contenido de los principios preventivo y precautorio, para luego afirmar que el rechazo se basó en este último.

A.- De acuerdo con el Director Ejecutivo del SEA, el hecho de afirmar que no existieron los antecedentes necesarios que justifiquen la inexistencia de los efectos, características o circunstancias, cuando el artículo 11 de la Ley N° 19.300 dispone que dichos efectos, características o circunstancias se generen, lo que a su turno es lo que permite -de acuerdo con el artículo 19 inciso 3°- rechazar una DIA porque debió ingresar por Estudio, no es inventar una causal donde no existe si no aplicar derechamente la ley. Cualquier lectura al contrario es, según el Director Ejecutivo, literal, torcida y aislada.

B.- En relación a la supuesta infracción al artículo 11 inciso final de la Ley N° 19.300, el Director Ejecutivo aclara que si bien la Norma de Emisión para Centrales Termoeléctricas y la Norma de Incineración y Coincineración no eran aplicables al proyecto en cuanto tales, sí debieron ser tenidas en cuenta de manera referencial, como un parámetro. Lo anterior, debido a que el combustible utilizado (Fibromix) no es reconocido jurídicamente como combustible tradicional y sin embargo en el proceso de incineración se identifican Dioxinas y Furanos que sí son compuestos recogidos por aquellas normas y que por lo mismo se justifica su invocación a modo de referencia.

C.- En relación a la infracción al artículo 9 bis de la ley N° 19.300, el Director Ejecutivo afirma que la modificación introducida por la Ley N° 20.417 de 2010 estableció que el Informe Consolidado de Evaluación (ICE) es vinculante para la Comisión de Evaluación o para él mismo, según sea el caso, en los aspectos normados en la legislación ambiental vigente.

Sin embargo no sería vinculante el ICE en aquellos aspectos que permitan determinar si el proyecto genera aquellos efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley N° 19.300. En otras palabras, el Director Ejecutivo asegura que el rechazo no obedece a aspectos normados en la legislación ambiental vigente, sino que a aspectos técnicos que dicen relación con la evaluación de la significancia de los impactos del proyecto y que, por lo tanto, respecto de dichos aspectos no normados la autoridad gozaría de un margen de apreciación ajeno al carácter vinculante del ICE.

D.- Por otra parte, el Reclamante afirma que el Director Ejecutivo cuando se pronuncia sobre aspectos introducidos por organismos incompetentes, sin considerar lo que ya había señalado quien fuera competente -en particular, el SEREMI de Salud- habría infringido el inciso final del artículo 9 que señala que los pronunciamientos de los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental, deberán ser fundados y formulados dentro de las esferas de sus respectivas competencias.

A lo anterior, el Director Ejecutivo replica afirmando que, a diferencia de lo que ocurre con el ICE, donde se haya vinculado en relación a los aspectos normados, en este caso los informes de los servicios son facultativos y no vinculantes de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (LBPA). Un problema distinto es cómo se recogerían o desechan dichos

informes, cuestión que tiene que ver con la motivación y no con la competencia. Y dado que lo dicho por el SEREMI de Salud era deficiente, la obligación del Director, a su juicio, era precisamente enmendar ese error.

E.- En relación a la acusación del Reclamante en cuanto a que se desconoció el mérito de los antecedentes del proceso de evolución a la hora de fundar la resolución, el Director Ejecutivo responde que, por el contrario, incorporar un nuevo antecedente para resolver, como fue el caso de la Guía Metodológica para la Estimación de Emisiones Atmosféricas de Fuentes Fijas y Móviles hecha por la CONAMA en 2009, es una prerrogativa de la que goza para resolver adecuadamente en el contexto de un recurso especial como el de reclamación que da origen a un nuevo procedimiento administrativo que permite conocer de la evaluación de forma global, por lo que no se infringiría lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley N° 19.300.

F.- Por último, el Director Ejecutivo afirma que no se habría infringido lo dispuesto en el artículo 18 bis de la Ley N° 19.300 porque dicho artículo no está dirigido a él y que en rigor mal podría estarlo si se considera cuál es la función que cumple su rol en sede de recurso de reclamación. Argumenta que no es posible reprochar su actuación al rechazar el recurso, cuando el ejercicio de la facultad discrecional de poner término anticipado al procedimiento de evaluación depende exclusivamente del Director Regional del SEA.

CONSIDERANDO:

Primero: Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 inciso 4° y 60 de la Ley N° 19.300, son los Tribunales Ambientales los llamados a conocer de las reclamaciones que se presenten en contra de las resoluciones del Director Ejecutivo del SEA, dentro del plazo de 30 días contados desde la notificación de dicha resolución.

Segundo: Que, por su parte, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 número 5) de la Ley N° 20.600, los Tribunales Ambientales serán competentes para conocer de las reclamaciones que se interpongan en contra de la resolución del Director Ejecutivo, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 20 y 25 quinquies de la Ley N° 19.300, y que será competente el Tribunal del lugar en que haya sido evaluado el proyecto por la correspondiente Comisión de Evaluación. Correlativamente, el artículo 18 número 5) de la misma ley, dispone que los legitimados activos para reclamar en los casos del número 5) del artículo 17 recién citado, son las personas naturales y jurídicas que presentaron sus reclamaciones de conformidad a la ley.

Tercero: Que teniendo presente que la reclamación se hizo dentro de plazo; que el titular del Proyecto es sin duda legitimado activo por ser el afectado directo de la RCA desfavorable; y que el proyecto fue evaluado por la Comisión de Evaluación de la Región Libertador Bernardo O'Higgins, se concluye que se cumplen todas las disposiciones exigidas en los artículos citados en las consideraciones precedentes para determinar la competencia de este Tribunal.

Cuarto: Que este Tribunal, luego de estudiado los antecedentes aportados por las partes, considera que el problema fundamental del caso de autos consiste en la inadvertencia, tanto de parte del Reclamante, pero en particular de parte del Servicio de Evaluación Ambiental, acerca de la no aplicación directa de normas totalmente atingentes para evaluar ambientalmente el Proyecto del titular, lo que constituye un vicio esencial insanable en cuanto la evaluación no se ciñó al marco regulatorio al cual se encuentra sometido, pues se omitió legislación ambiental aplicable. Lo anterior, según se explicará en los razonamientos posteriores, tiene su causa en una presentación incompleta del Proyecto por parte del Titular del mismo, lo que a su turno redundó, aunque de manera inexplicable, en una evaluación imperfecta. En resumen, la Central ERNC Tagua Tagua fue un proyecto presentado, evaluado

y revisado de forma defectuosa, lo que implica un grado de responsabilidad (técnica) compartida entre el titular y la Administración.

Quinto: Que a pesar que ambas partes del juicio han argumentado en torno a lo dispuesto en el artículo 9 bis de la Ley N° 19.300, artículo que contendría el denominado "efecto vinculante" del Informe Consolidado de Evaluación (ICE), lo han hecho, a juicio de este Tribunal, equivocadamente. Por lo tanto, la aplicación por referencia de normativa ambiental atingente no es, en rigor -según se fundamenta más adelante-, una infracción al efecto vinculante del ICE sino un vicio esencial del procedimiento de evaluación. El artículo 9 bis dispone, en lo relevante para el caso, lo siguiente: "*La Comisión a la cual se refiere el artículo 86 o el Director Ejecutivo, en su caso, deberán aprobar o rechazar un proyecto o actividad sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental sólo en virtud del Informe Consolidado de Evaluación en lo que dice relación con los aspectos normados en la legislación ambiental vigente*". Y es al tenor de este artículo que las partes construyen lo esencial de sus argumentos. Así, mientras el Reclamante alega infracción de lo dispuesto en dicho artículo, el Director Ejecutivo niega haber desconocido el efecto vinculante y haber simplemente hecho uso de su facultad discrecional y del margen de apreciación del que efectivamente goza.

Sexto: Que es necesario explicar por qué, a juicio de este Tribunal, los argumentos de ambas partes, en relación al artículo 9 bis y sus consecuencias, son errados. Como se señaló en la parte expositiva de esta sentencia, las supuestas arbitrariedades e ilegalidades alegadas por el Reclamante, dicen relación, entre otras, con la aplicación, por referencia, del Decreto Supremo N° 45/2007 que establece la Norma de Emisión para la Incineración y Coincineración, así como del Decreto Supremo N° 13/2011 que establece la Norma de Emisión para Centrales Termoeléctricas, en circunstancias que ambas

normas fueron expresamente consideradas en el ICE como normas ambientales no aplicables, lo que supondría, a juicio del titular del Proyecto, una infracción al carácter vinculante del mismo.

Séptimo: Que no obstante este Tribunal es consiente que la inclusión del artículo 9 bis en la reforma a la Ley N° 19.300 en el año 2010 (Ley N° 20.417) respondió a la necesidad de despolitizar las decisiones adoptadas por las Comisiones de Evaluación (Ex Coremas), estima que el error cometido no dice relación con si se violó o no lo dispuesto por este nuevo artículo, ni tampoco que se hayan exorbitado las potestades discrecionales de las que goza el Director Ejecutivo del SEA, sino más bien -como ya se adelantó en la consideración cuarta y quinta- el problema en realidad consistió en no considerar como impacto a evaluar la posible emisión de "compuestos tóxicos y, en algunos casos cancerígenos" (consideración tercera del D.S. MINSEGPRES N° 45/2007), y no aplicar la norma de Incineración y Coincineración que lo regula y, por consiguiente, regir sustantivamente todo el proceso de evaluación en torno a dicha norma, según se explica más adelante. No existe, como se dijo recién, infracción al artículo 9 bis sino un vicio sustantivo ocurrido durante la evaluación del proyecto, consistente en no ajustarse al marco regulatorio aplicable. En consecuencia, es claro para este Tribunal que el efecto vinculante del ICE no opera ante omisiones normativas. Es forzada por consiguiente la argumentación del Director Ejecutivo cuando, junto con descartar las normas citadas, las aplica igualmente por referencia en lugar de admitirlas como normas directamente aplicables respecto de los efectos relativos a la contaminación atmosférica y a la generación de dioxinas y furanos.

Octavo: Que sin entrar a establecer el sentido sobre lo que deba entenderse por normado y no normado, igualmente cabe hacer un par de consideraciones al respecto. En lo relativo a los aspectos no normados, este Tribunal coincide con el Director

Ejecutivo del SEA acerca de que la autoridad ambiental goza de discrecionalidad administrativa y que sus decisiones, siempre y cuando estén motivadas y no impliquen una discriminación arbitraria, están efectivamente ajenas al denominado carácter vinculante del ICE, como ocurre con los aspectos técnicos que dicen relación con la evaluación de la significancia de los impactos del proyecto, es decir, con todos aquellos aspectos técnicos que permiten decidir si se configura alguna de las hipótesis contempladas en el artículo 11 de la Ley N° 19.300. Por otro lado, y sin perjuicio de lo anterior, es importante hacer la prevención que el problema acerca de la determinación de lo normado y no normado es una cuestión que, en ocasiones, deberá resolverse caso a caso, por ejemplo cuando la misma norma contenga elementos discrecionales.

Noveno: Que el Decreto Supremo N° 45/2007 que establece la Norma de Emisión para la Incineración y Coincineración si bien fue considerado en el proceso de evaluación, fue injustificadamente descartado en cuanto a su aplicación directa. El ICSARA N° 1, en su párrafo 67, en efecto, pregunta al titula del Proyecto sobre la aplicación del D.S. 45/2007 en los siguientes términos: *"Se solicita analizar el cumplimiento del D.S 45/2007 MINSEGPRES Norma de emisión, Incineración, coincineración, en base a que, si bien la caldera califica como parte de una planta termoeléctrica, el uso de biomasa compuesto por elementos orgánicos de animales y vegetales, transforma la caldera en una planta incineradora a la que le aplica la norma de la tabla 1 del artículo 3°, título 2° del citado decreto. Indicar la evidencia objetiva del proyecto para acreditar el cumplimiento de la norma"*. La respuesta, por su parte, contenida en la ADENDA N° 1, párrafo 67, señala lo siguiente: *"La norma de incineración tiene por objeto que la **ELIMINACIÓN** de sustancias y materiales de distinto origen y tipo, no genere impactos negativos en el medio ambiente. Al respecto cabe señalar que el presente Proyecto no tiene como fin la eliminación de Fibromix, sino que la **GENERACIÓN DE ENERGÍA** con este material"* (énfasis en el original). Sin embargo, en este

procedimiento de reclamación, el titular del proyecto acompañó antecedentes (que rolan a fojas 395 y siguientes) proporcionados por el fabricante de la caldera, que le habrían permitido estimar que ésta cumpliría con la norma del D.S. N° 45/2007.

Décimo: Que, para este Tribunal, la respuesta del titular del Proyecto no es suficiente para omitir la evaluación del posible impacto y la aplicación de la norma citada pues no basta afirmar que el fin del proyecto (generación de energía) implica que desaparezca la obligación de cumplir con el objeto de la norma ("destrucción térmica de sustancias o materiales distintos a los combustibles tradicionales"). En otras palabras, la naturaleza del proyecto es la que orienta la legislación ambiental que debe aplicarse, y no lo que el titular afirme como fin u objeto del mismo. El proyecto de la Central ERNC Tagua Tagua consistía, efectivamente, en generar energía eléctrica, pero lo haría mediante la incineración de Fibromix, sustancia que durante la quema podría generar furanos y dioxinas, compuestos que están regulados por el D.S. 45/2007. Pero incluso admitiendo el argumento del Reclamante, existe una evidente contradicción cuando se revisa el proceso de evaluación en su conjunto, pues el titular del Proyecto afirma que el mismo tiene por fin, entre otros, la eliminación del Fibromix, y se presenta entonces como un proyecto ambientalmente amigable, pues reduciría los impactos ambientales de la actividad agroindustrial. En la Reclamación, el titular del Proyecto señala: *"De esta manera, el proyecto provocará una reducción muy importante del residuo remanente generado en el proceso de crianza de aves, transformándolo en cenizas inertes que tendrán calidad de abono agrícola..."*, mientras que en la DIA se afirma: *"Consortio Energético Nacional S.A., (CEN) contempla la instalación de una Central de Energía Renovable No Convencional en la comuna de Pichidegua, con una capacidad de generación de 35 MW, utilizando Fibromix (mezcla de virutas de madera seca y guano de ave) como combustible principal, y biomasa forestal y/o*

agrícola como combustible secundario (en proporciones que podrán variar entre un 90 a un 100% de Fibromix y un máximo de un 10% de biomasa forestal y/o agrícola), siendo una clara alternativa a las quemas agrícolas del sector", admitiendo que el Proyecto eliminaría sustancias y materiales de distinto origen y tipo, lo que implicaría menores impactos negativos en el medio ambiente.

Décimo primero: Que a pesar de todo, la Administración habría descartado la aplicación del D.S. N° 45/2007 porque el Proyecto no estaría comprendido en la definición de instalaciones de coincineración, según la cual, por dichas instalaciones se entiende *"Hornos de cementos, hornos de rotación de cal e instalaciones forestales que utilicen biomasa forestal tratada, cuya finalidad principal sea la fabricación de productos, y que utilicen combustibles distintos a los combustibles tradicionales, bajo condiciones de operación controladas"*. Los evaluadores habrían entendido que la Central ERNC Tagua Tagua se asimilaría a una instalación de coincineración, que el D.S. N° 45/2007 se aplica sólo a las instalaciones de coincineración antes descritas, por lo que la norma no aplicaba para la Central ERNC Tagua Tagua. Sin embargo, para este Tribunal es evidente que el D.S. N° 45/2007 establece una norma específica para coincineradores y una norma general de incineración, respecto de la cual solo se eximen las actividades taxativamente definidas en el artículo 1 de la norma. Al respecto, cabe tener presente que el artículo 2 letra h) del D.S. N° 45/2007 define incinerador o instalación de incineración de la siguiente manera: *"Toda construcción donde se realiza un tratamiento de destrucción térmica de sustancias o materiales distintos a los combustibles tradicionales y bajo condiciones de operación controladas. Incluye la incineración de gases generados en procesos de pirolisis y gasificación"*.

Décimo segundo: Que la Central ERNC Tagua Tagua, efectivamente, para el objeto de generar energía eléctrica, destruiría térmicamente sustancias o materiales distintos a los

combustibles tradicionales y bajo condiciones de operación controladas. Esto es, quemaría Fibromix, un combustible no tradicional constituido en su mayoría (90%) por una mezcla de guano de pollo con virutas de madera, destruyendo entonces residuos de la agro-industria productora de pollos que de otra manera serían integrados a los suelos en forma indiscriminada, tal como lo indica el titular al justificar los aportes ambientales del proyecto Central ERNC Tagua Tagua. Esta acción es la que genera la necesidad de controlar su operación a través de la aplicación y cumplimiento de la norma de incineración y coincineración, no el propósito u objetivo de generar energía eléctrica de la instalación, tema sobre el cual la norma no se pronuncia.

Décimo tercero: Que son precisamente aquellos elementos o sustancias contaminantes, como las dioxinas y los furanos, de preocupación tanto para la comunidad de Pichidegua como para el Director Ejecutivo del SEA, cuya emisión ha puesto en duda la utilización de esta tecnología para el descarte de estos residuos en el mundo desarrollado, los que se encuentran regulados por la Norma de Emisión para Incineración y Coincineración (D.S. N° 45/2007), por lo que no se entiende que sea precisamente esta norma la que arguye el titular no aplicaría a su proyecto. Mucho menos se entiende que la autoridad no haya hecho lo mismo en este caso, dada la preocupación por las emisiones de estos contaminantes según consta en el informe evacuado por ésta, ejemplificada en la referencia a otra central ERNC a base de un combustible similar (guano de pavo mezclado con viruta de madera) a la cual sí se le exigió el cumplimiento de dicha norma (como consta a fojas 226), y la calificación del proyecto en cuestión, que hace la misma autoridad, como una "planta incineradora" para relevar sus riesgos al medio ambiente y la salud de las personas.

Décimo cuarto: Que a mayor abundamiento, en dicho informe, respondiendo a la acusación de discriminación que le hace el titular del Proyecto, el Director Ejecutivo del SEA compara a

la Central ERNC Tagua Tagua con un proyecto similar del año 2010, titulado "Reemplazo de Caldera de Petróleo por Generación de Energía Térmica por Biomasa", el cual concluye: "En virtud de todo lo expuesto, es totalmente presumible que la introducción de contaminantes en las zonas próximas a las plantas incineradoras constituye un riesgo inherente para localidades que sostienen los recursos alimentarios como es el caso de Pichidegua" (el destacado es del Tribunal). Es más, se admite que el Proyecto rechazado es una planta incineradora. Tanto es así, que revisado el proyecto con el que se compara para probar que no hubo discriminación, es posible advertir que se trata de una planta termoeléctrica que incinera Fibromix de pavo como combustible, y a la que en su evaluación sí se aplicó el D.S. N° 45/2007 que establece la Norma de Emisión para la Incineración y Coincineración. Al efecto, véase el punto 5.19 de la RCA del proyecto citado (fojas 228).

Décimo quinto: Que, por consiguiente, este Tribunal no puede si no advertir que, injustificadamente, se omitió considerar una norma que debió aplicarse, lo que constituye un vicio sustantivo e insanable, aunque las razones del rechazo de la reclamación administrativa esgrimidas por el Director Ejecutivo del SEA hayan sido otras.

Décimo sexto: Que respecto a la supuesta infracción al artículo 19 inciso 3° de la Ley N° 19.300, en relación con el encabezado del artículo 11, alegada por el Reclamante, porque el Director Ejecutivo no habría establecido que el proyecto genera efectos, características o circunstancias indicadas en el artículo 11 de dicha Ley. Este Tribunal considera que no hubo de parte del Director Ejecutivo transgresión alguna a dichas disposiciones, por cuanto el nivel de exigencia legal para la aprobación de una Declaración de Impacto Ambiental es, como afirma el reclamado, que el Proyecto debe justificar la *inexistencia* de (y no que se *generan*) los impactos atribuidos. Al Director Ejecutivo le habría bastado, para rechazar el proyecto en cuestión, con comprobar que no se cumplía con la letra b) del

artículo 12 bis de la Ley N° 19.300, que dispone: "Las Declaraciones de Impacto Ambiental considerarán las siguientes materias: letra b): Los antecedentes necesarios que justifiquen la inexistencia de aquellos efectos, características o circunstancias del artículo 11 que pueden dar origen a la necesidad de efectuar un Estudio de Impacto Ambiental". Resulta por tanto irrelevante que, adicionalmente, el Director Ejecutivo consideró que el proyecto sí generaba los efectos de la letra b) del artículo 11 citado.

Décimo séptimo: Que en cuanto a la infracción del inciso final del artículo 11 de la Ley N° 19.300 alegada por el Reclamante, artículo que dispone "Para los efectos de evaluar el riesgo indicado en la letra a) y los efectos adversos señalados en la letra b), se considerará lo establecido en las normas de calidad ambiental y de emisión vigentes. A falta de tales normas, se utilizarán como referencia las vigentes en los Estados que señale el reglamento", este Tribunal estima que, si bien nuestro ordenamiento solo permite la aplicación por referencia en el específico caso descrito en el inciso recién transcrito, en la resolución reclamada, en particular, no se utiliza en tal sentido, sino solo en forma ilustrativa sobre los riesgos para la salud de las personas que se podrían desprender de una planta de similares características.

Décimo octavo: Que en relación a la alegación del Reclamante de haberse vulnerado lo dispuesto en el inciso final del artículo 9 de la Ley N° 19.300, este Tribunal no está de acuerdo con los razonamientos esgrimidos. El inciso final del artículo citado dispone que "Los pronunciamientos de los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental, deberán ser fundados y formulados dentro de las esferas de sus competencias". La infracción al mismo habría ocurrido, según el Reclamante, por cuanto el Director Ejecutivo del SEA reprodujo los supuestos vicios en los que habrían incurrido los servicios sectoriales y la Comisión de Evaluación durante el proceso de evaluación, al pronunciarse, en particular, sobre

la aplicación por referencia de la norma de incineración, teniendo en cuenta que el SEREMI de Salud se había inclinado por su no aplicación y que, luego en el ICE se afirmara que se cumplía con la normativa ambiental aplicable excluyendo el D.S. N° 45/2007. Esto debe ser rechazado por los mismos argumentos indicados en la consideración anterior.

Décimo noveno: Que la alegación del Reclamante relativa a la aplicación de reglas o normas no vinculantes contenidas en guías metodológicas que no están dirigidas a los regulados, en particular la Guía Metodológica para la Estimación de Emisiones Atmosféricas de Fuentes Fijas y Móviles de la CONAMA del año 2009, habría implicado una indefensión y una violación al artículo 20 de la Ley N° 19.300, no convence a este Tribunal. Dicha Guía no se utilizó en ejercicio de las facultades que dicho artículo le confiere, sino que se utilizó como herramienta de análisis para evaluar la información de emisiones disponible.

Vigésimo: Que, en relación a la última de las alegaciones del Reclamante, en cuanto a que se habría infringido el artículo 18 bis de la Ley N° 19.300, relativo al término anticipado del procedimiento, este Tribunal debe desestimarla, pues no solo existe la posibilidad de rechazar un proyecto -porque el mismo requiere de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) en vez de una DIA- durante los primeros 30 días contados desde la presentación de la respectiva DIA, sino también procede esta causal al término del procedimiento de evaluación, como dispone el artículo 19 inciso tercero y, en consecuencia, ésta puede ser aplicada por el Director Ejecutivo del SEA cuando se encuentra conociendo de un recurso de reclamación administrativo.

Vigésimo primero: Que sin perjuicio de todo lo anterior, es preciso advertir y recordar que, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso final del artículo 9 de la Ley N° 19.300, la Administración tiene la obligación de fundamentar

correctamente los actos que emanan de ella y, tal como lo dispone el artículo 14 ter de la misma ley, el procedimiento de evaluación de impacto ambiental se debe iniciar con una verificación rigurosa del tipo de proyecto y la vía de evaluación que debe seguir, con el objetivo de que no existan errores administrativos en el proceso de admisión a trámite de un proyecto. Esto significa que el SEA y la Comisión respectiva, no sólo deben realizar una verificación formalista, un simple chequeo, de los proyectos sometidos a su evaluación, sino analizar con rigurosidad, en función tanto de los principios de eficiencia y eficacia que deben regir el actuar de la Administración, con el fin de otorgar certeza y seguridad jurídicas en los asuntos entregados a su resolución, así como los principios ambientales, precautorio y preventivo.

Vigésimo segundo: Que, asimismo, al titular o proponente le asiste también la responsabilidad de presentar adecuadamente su proyecto al SEIA, de manera de colaborar no solo de buena fe, sino que de forma eficiente con la evaluación que del proyecto deba hacer el SEA. Un proyecto mal presentado corre el riesgo de ser defectuosamente evaluado y, eventualmente, mal revisado por la autoridad respectiva. Por lo tanto, es menester que los titulares de proyectos, tanto públicos como privados, presenten estudios o declaraciones de impacto ambiental rigurosas, lo que implica, como medida inicial, no omitir la legislación que clara o presumiblemente se aplica al proyecto concreto y, cuando corresponda, responder de manera directa y fundamentada las observaciones que la autoridad -y la ciudadanía, en su caso- le hagan durante el proceso de evaluación ambiental.

Vigésimo tercero: Que, como ilustración de lo anterior, la calidad predictiva de un modelo es tan buena o tan mala como la información que lo alimenta, así como lo son los supuestos de modelamiento, siendo efectivamente determinantes en la incertidumbre de los resultados de un proceso de modelación de la calidad del aire, la calidad de los datos meteorológicos

utilizados. En este caso, de acuerdo a lo informado durante el proceso de evaluación, la información meteorológica empleada provendría de solo una estación de monitoreo (Pataguas Cerro 1), aunque en informes entregados durante el presente proceso (a fojas 498) se da a entender que también se habría usado información meteorológica de otras dos estaciones instaladas en el área de influencia del proyecto (Pataguas Cerro 2 y Peumo). Esta situación, sin embargo, nunca fue suficientemente aclarada en ninguno de estos procesos.

Vigésimo cuarto: Que, adicionalmente, el titular del proyecto afirma que se utilizó información de pronóstico meteorológico de superficie y de altura, obtenida a través del modelo MM5, como suplemento a la información meteorológica observada. Luego, esta información fue refinada por el modelo CALMET que, a la vez, sirve de insumo para el modelo CALPUFF de modelación de la dispersión de los contaminantes. Esta forma híbrida de utilización de la información meteorológica se encuentra contemplada en las instrucciones de uso de la *Environmental Protection Agency* (EPA) de los Estados Unidos, la que recomienda el uso regulatorio del sistema de modelación CALMET-CALPUFF. De hecho, el desarrollo de los campos de viento, que se incorporan posteriormente como insumos al modelo de dispersión (CALPUFF) puede hacerse, según la EPA, tanto sobre la base de información meteorológica observada en terreno más pronósticos meteorológicos, como sobre observaciones en terreno solamente o a través sólo de pronósticos.

Vigésimo quinto: Que ni en la evaluación ni en la reclamación se aclaró cómo fue incorporada esta información en el modelo CALMET. Por lo tanto, la utilización de datos proveniente de una sola estación meteorológica genera incertidumbre suficiente como para poner en duda los resultados del sistema de modelación. De hecho, en la práctica del SEIA se observa que, en general, en las modelaciones presentadas, los proponentes hacen esfuerzos por cubrir con la mayor amplitud posible el dominio espacial de los proyectos, de manera de

agregar precisión en la determinación de la información meteorológica que se utilizará para modelar la dispersión de los contaminantes de interés. Especialmente, en terrenos y meteorología complejos como los del caso en reclamación, es dable esperar de parte de los proponentes que se intente reducir la incertidumbre cuando se busca demostrar el cumplimiento de la normativa ambiental aplicable utilizando la mejor información, no sólo disponible sino que obtenible. Sin embargo, en este caso se ha reducido ese esfuerzo al mínimo, quitándole robustez a lo que se intenta demostrar. En efecto, en este caso, tanto la presentación como el uso de la información y la descripción del proceso de modelación, son poco claras y conducen a resultados dudosos. Los informes complementarios posteriores tampoco son los suficientemente explícitos para despejar estas dudas. En particular, porque no muestran claramente qué información específica se usó en los procesos de modelación, ni cómo esto se hizo.

Vigésimo sexto: Que, adicionalmente, durante la explicación del proceso de modelación, no se observan intentos por validar sucesivamente los resultados de los pronósticos meteorológicos que el modelo híbrido (CALMET con MM5 y una estación meteorológica) fue obteniendo durante su aplicación. Este proceso de calibración o evaluación de desempeño es encarecidamente recomendado por la EPA para reducir los grados de incertidumbre y mejorar la robustez de la estimación de los impactos sobre la salud de las personas y el medio ambiente. Por lo tanto, los resultados de la modelación utilizada presentan un nivel de incertidumbre significativo.

Vigésimo séptimo: Que para este Tribunal es claro que durante el proceso de evaluación ambiental del proyecto no se realizaron suficientes esfuerzos por demostrar el cumplimiento de la legislación ambiental aplicable en cuanto a los posibles impactos sobre la calidad del aire de sus emisiones. Los sistemas de modelación recomendados por la EPA (y también por el SEIA) fueron utilizados de manera estandarizada, sin

autocrítica ni cuestionamiento suficiente respecto de su aplicabilidad en el caso en cuestión y sin posterior reflexión sobre sus resultados.

Vigésimo octavo: Que habiendo resuelto cada una de las alegaciones hechas por el Reclamante, a este Tribunal le parece igualmente necesario hacerse cargo de la afirmación hecha por el Director Ejecutivo del SEA, tanto en su informe evacuado como en los alegatos orales, que dice relación con que el rechazo del proyecto se fundamentó en los principios preventivo y precautorio. A este respecto, cabe citar los pasajes del informe de la autoridad ambiental que resultan necesario aclarar. Afirma el Director Ejecutivo que "La diferencia entre ambos principios, como es dable observar, radica en el grado de certeza de un riesgo. Así por ejemplo, el principio de prevención opera cuando existe la certeza científica de un riesgo, mientras que el principio de precaución puede invocarse aun cuando no exista certeza científica" (lo destacado es original). A renglón seguido, se afirma: "Cuando el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental establece en la resolución reclamada que no se acreditó la inexistencia de los efectos, características y circunstancias del artículo 11, letra a) está aplicando el principio precautorio" (lo destacado es original).

Vigésimo noveno: Que sin pretender aquí describir la naturaleza y contenido de ambos principios ambientales, sin embargo es necesario aclarar los siguientes aspectos: i) el principio preventivo está positivamente reconocido en nuestro ordenamiento jurídico y el SEIA es su expresión jurídica y material; ii) en cambio, el principio precautorio no se encuentra recogido explícitamente en nuestro ordenamiento jurídico; el Principio 15 de la Declaración de Río de 1992, que lo contiene, es una norma no vinculante que no puede aplicarse, sin más, de forma directa ante evaluaciones de proyectos concretos; iii) en cualquier caso, si bien la noción de riesgo es efectivamente la que inspira a ambos principios,

en el caso del preventivo nos enfrentamos ante riesgos ciertos y previstos, mientras que en el caso del principio precautorio, los riesgos son más bien inciertos e imprevistos; por lo tanto, la "falta de certeza científica absoluta" de la que reza el Principio 15 recién citado, es un problema que atañe sólo al principio precautorio y no al preventivo, como confunde la autoridad ambiental; iv) que por todo lo dicho, no es posible afirmar que el rechazo de un proyecto concreto se basa en el principio precautorio simplemente porque se confunde la naturaleza y efectos del mismo, pues es el principio preventivo el que podría fundar el rechazo.

Trigésimo: Que en virtud de los razonamientos anteriores, la reclamación de autos será rechazada y así se declarará;

Y TENIENDO PRESENTE además, lo dispuesto en los artículos 20 y 60 de la Ley N° 19.300, y 17 y 18 de la Ley N° 20.600 y las demás disposiciones pertinentes;

SE RESUELVE: rechazar la Reclamación deducida por Consorcio Energético Nacional S.A. en contra de la Resolución Exenta N° 0201 de 5 de marzo de 2013, dictada por el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, sin costas.

Notifíquese, regístrese y archívese en su oportunidad.

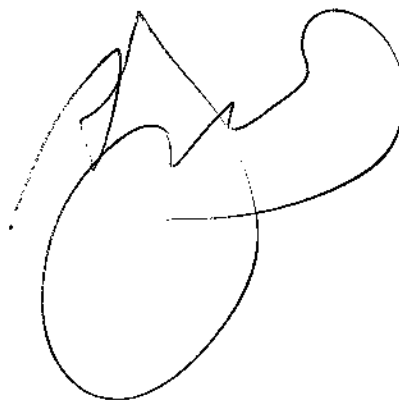
Rol R N° 02-2013.



Pronunciado por el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, integrado por su Presidente, Ministro señor José Ignacio Vásquez Márquez, y por los Ministros señores Rafael Asenjo Zegers y Sebastián Valdés de Ferrari.

Redactó la sentencia el Ministro señor Sebastián Valdés de Ferrari.

Autoriza el Secretario del Tribunal, señor Alejandro Domic Segulich.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'A. Domic Segulich', written in a cursive style.