

Santiago, seis de noviembre de dos mil catorce.

Vistos:

Se reproduce el fallo en alzada con las siguientes modificaciones:

A) En el fundamento cuarto:

i.- En el numeral 4, se suprime lo que sigue a continuación de la frase "Estudio de Impacto Ambiental" hasta el punto final.

ii.- Se suprimen los numerales 7 y 8.

B) En el considerando séptimo:

i.- En su párrafo segundo se reemplaza la frase "debemos realizar una primera precisión, ya" por "cabe precisar".

ii.- Se eliminan los párrafos tercero y cuarto.

C) Asimismo se eliminan los fundamentos sexto, octavo, noveno, décimo y undécimo.

Y se tiene en su lugar y además presente:

Primero: Que en estos autos se acumularon dos recursos de protección deducidos en contra de Endesa S.A impugnando el acto que se califica como ilegal y arbitrario consistente en la operación del proyecto "Optimización Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad" sin contar con una Resolución de Calificación Ambiental que lo autorice.

trabajadores relacionados con actividades pesqueras y de recolección de Caleta Lo Rojas, VIII Región, esgrimiendo que la actuación de la recurrida vulnera las garantías establecidas en el artículo 19 N°s 2, 3 y 8 de la Constitución Política de la República, toda vez que los recurrentes desarrollan sus actividades en el área de influencia de la Central Termoeléctrica Bocamina de propiedad de la recurrida. Solicitan la paralización del proyecto "Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad", en especial lo relacionado con las modificaciones correspondientes al proyecto "Optimización Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad", en adelante: "Optimización", mientras no se otorguen las debidas garantías ambientales mediante la evaluación de impacto ambiental del mismo a través de un Estudio de Impacto Ambiental, como lo ordenó esta Corte Suprema en los autos N° 3141-2012.

En el mismo recurso y evidenciando los aspectos más sensibles de los derechos afectados, los recurrentes solicitaron orden de no innovar, que fue concedida por resolución de fojas 119, de 16 de diciembre de 2013, la que se mantiene hasta esta fecha, y por ella se dispuso la paralización de las siguientes obras y faenas del proyecto "Optimización": a) termogenerador de 370 mw instalado en la

planta, en especial lo que se refiere a la aducción de agua desde el mar.

A su turno, por el segundo arbitrio, de fojas 202 y siguientes, interpuesto el 24 de diciembre de 2013, en representación de 118 personas que se identifican como pescadores artesanales, algueros y mariscadores, refiriendo que ejercen sus actividades en la comuna de Coronel, se denuncia que el acto recurrido, ya indicado inicialmente, vulnera su derecho a la igualdad ante la ley, a la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, por cuanto la recurrida opera su proyecto al margen la institucionalidad. A través de este medio, se acusa la existencia de riesgos concretos para los recurrentes lo que es posible extraer de un informe de fiscalización ambiental de la Superintendencia del Medio Ambiente en el que se señala que: a) La turbina instalada en la Unidad II posee una capacidad de generación de 370 MW, que es mayor a la indicada en la RCA 206/2007; b) Los caudales utilizados en la Unidad II también son mayores a los establecidos por la aludida RCA; c) La ubicación de la chimenea de la Unidad II no corresponde a lo presentado en el plano de ubicación del proyecto, ni en la evaluación de calidad de aire, situación que puede generar desplazamiento

éstos; d) La obra de descarga se emplaza en una zona intermareal, en un punto ubicado aproximadamente a 7 metros hacia el mar, distinta de la señalada en la aludida RCA; e) Se constató una modificación en el sistema de descarga de Riles de la Unidad I, con signos de data reciente, correspondiente al abovedamiento y cierre perimetral del mismo; f) Se determinó que no estaba operativo el sistema de desulfurizador de la Unidad I.

Sobre la base de los hechos denunciados y ante la incertidumbre respecto de los impactos de estas modificaciones, solicitan la paralización inmediata del complejo Termoeléctrico Bocamina Unidades I y II, por tiempo indefinido y mientras éste no se someta a una nueva y completa evaluación, que contemple los efectos del proyecto como un solo todo, o, las medidas que la Corte determine.

Segundo: Que en ambos recursos de que da cuenta esta causa se hace mención sintetizada de las obras y actividades no discutidas que se modifican a través del proyecto de Optimización de la Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad y a las que se alude en los antecedentes aparejados a estos autos en particular en el Oficio 976 de fs 7 a 10, mismas que se clasifican en tres grupos, a saber:

necesarias desde el punto de vista del diseño de ingeniería. Con el fin de optimizar la generación de energía, se realizó el cambio del tipo de generador de vapor (caldera), lo cual, a la vez, requirió de la modificación del sistema de refrigeración con agua de mar y del turbogenerador.

Segundo grupo: manejo de insumos y residuos:

Carbón: Modificación del sistema de transporte, almacenamiento y manejo en cancha de carbón;

Caliza: Optimización en el sistema de almacenamiento de caliza;

Agua industrial: Modificación de los estanques de almacenamiento de agua industrial;

Petróleo diésel: Modificación de los estanques de almacenamiento de petróleo diésel N°2;

Otros insumos: Modificación en la capacidad de las bodegas de almacenamiento de insumos;

Cenizas: Optimización del sistema de abatimiento de material particulado y sistema de almacenamiento de cenizas volantes y de fondo; y

Residuos líquidos: Integración del sistema de tratamiento de Riles.

Tercer grupo: adecuaciones de seguridad y respaldo, necesarias para asegurar la operación de la Segunda Unidad.

de emergencia; y Medidas de mitigación de ruido.

Estos tres grupos de modificaciones tienen efecto en la disposición general de los equipos de la Segunda Unidad (layout).

Existen además **obras nuevas** respecto del proyecto aprobado: Sistema de colección y tratamiento de aguas lluvias para el sistema de manejo de carbón.

Obras que se eliminan respecto del proyecto aprobado: Estanque de almacenamiento de petróleo ASTM N° 6 de 1000 m3.

Tercero: Que previo a cualquier otro análisis conviene precisar que esta Corte conoció del recurso de protección, Ingreso N° 3141-2012, por el que se impugnó el examen de admisibilidad realizado por el Servicio de Evaluación Ambiental de la VIII Región del Bío Bío, respecto de la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto "Optimización Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad" presentado por Endesa S.A., acción fundada en que el referido proyecto debía ingresar al Sistema de Evaluación Ambiental por la vía de un Estudio de Impacto Ambiental, toda vez que el proyecto "Ampliación Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad" había sido evaluado por esa vía, siendo calificado favorablemente a través de la RCA N° 206 del año 2007; en consecuencia, la modificación introducida a este

junio de 2012, revocando el fallo de primer grado, se acogió el recurso mencionado y se dispuso que el proyecto "Optimización Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad", fuera sometido a un Estudio de Impacto Ambiental, toda vez que contempla un conjunto de obras y actividades que tienen efecto en el "Proyecto Central Termoeléctrica Segunda Unidad" el que a su turno fue evaluado a través de ese instrumento ambiental, cuyo procedimiento culminó con la dictación de la RCA N° 206 del año 2007. Se concluyó entonces que en el caso concreto, lo establecido en el artículo 11 ter de la Ley N° 19.300 sólo se satisfacía por medio de un Estudio de Impacto Ambiental y no de una Declaración de Impacto Ambiental, pues sólo de ese modo sería posible determinar si las modificaciones introducidas a la planta generadora importarán realmente un mejoramiento ambiental y no un riesgo de esta clase, y/o peligro o daño para el entorno en que se ubica.

Cuarto: Que en los antecedentes antes referidos Endesa S.A. expresó ser la titular de la Central Termoeléctrica Bocamina I y II, ubicada la primera unidad en el sector Lo Rojas, comuna de Coronel, aproximadamente a 30 kilómetros de Concepción. Añadió que obtuvo la aprobación ambiental mediante Estudio de Impacto Ambiental del proyecto "Ampliación Central Bocamina Segunda Unidad", a través de

MW de potencia, aledaña a la Primera Unidad mencionada, y finalmente también del proyecto "Optimización Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad".

Respecto del último proyecto mencionado esgrimió que a raíz de estudios de ingeniería realizados a partir del año 2008, Endesa S. A. decidió optimizar el diseño de la Segunda Unidad, circunstancia que le permitiría mejorar su funcionamiento en términos ambientales y de seguridad, sin modificar las características esenciales del proyecto aprobado, lo que, a la vez, podría permitir un aumento de potencia en 20 MW, detallando pormenorizadamente en que consiste la optimización.

Quinto: Que, informando ambos recursos acumulados en esta causa, y en lo que dice relación con el fondo del asunto, la recurrida desarrolló una defensa similar a la expuesta en el considerando precedente, puesto que su eje central radicó en argumentar que los ajustes de diseño introducidos por el proyecto de "optimización" al proyecto "Ampliación Central Bocamina Segunda Unidad" resultan ser beneficiosos desde el punto de vista medioambiental, sin que los mismos alteren las características esenciales de aquel aprobado por la RCA N° 206/2007. Sin perjuicio de lo anterior, esgrimió que la operación de la Segunda Unidad, en sus elementos centrales, se ha sujetado a las

generación, pues desde su entrada en operación, a la fecha, no ha excedido la potencia máxima autorizada, esto es, de 350 MW. En lo que toca a las emisiones atmosféricas refiere que ha cumplido con las tasas de emisión comprometidas, así como los límites establecidos en el DS. N° 13/2011. Explica también que se han mantenido los valores medios ponderados de caudal de agua de refrigeración inferiores a los 45.000 m³/h. que es el autorizado; y en cuanto a la descarga de aguas de refrigeración, se cumple con los parámetros establecidos en el DS N° 90/2000.

En lo que concierne a la demora en ingresar el proyecto "Optimización" al Sistema de Evaluación, hace presente que era necesario contar con un instrumento eficaz, esto es, un Estudio de Impacto Ambiental, de calidad.

Esgrimió además la recurrida la improcedencia de traer a esta sede de protección los hechos fundantes de los recursos en examen, toda vez que la Superintendencia del Medio Ambiente instruyó un procedimiento sancionatorio dirigido en contra de su representada, formulándole cargos, entre los que se encuentran el incumplimiento de la RCA N° 206 del año 2007 y además el de operar el proyecto "Optimización Central Bocamina Segunda Unidad" sin contar con aprobación ambiental, de modo que el asunto se

aplicar sanciones sino que se contempla también la facultad de adoptar medidas cautelares, entre las que se encuentra la paralización solicitada en estos autos, medida que debe estar sujeta al control jurisdiccional de los tribunales ambientales.

En relación a esta materia, el abogado de la empresa recurrida expuso en estrados que el campo de acción del recurso de protección, desde la entrada en vigencia de la nueva institucionalidad en materia ambiental, quedó reducido a dos supuestos: a) cuando la autoridad administrativa no inicia el procedimiento sancionatorio; y b) cuando aquélla se niega a incoar el referido procedimiento. Enfatiza que ninguna de esas hipótesis se configura en la especie desde que existe un procedimiento sancionatorio en curso dirigido en contra de su representada.

Sexto: Que respecto de la petición del recurso de fojas 3, de requerir que el proyecto "Optimización Central Bocamina Segunda Unidad", sea objeto de un Estudio de Impacto Ambiental cabe precisar que a la fecha de presentación de este arbitrio, el día 3 de diciembre de 2013 no había sido presentado aún al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el proyecto en referencia, el que fue ingresado formalmente, como Estudio, el día 18 de diciembre

en orden a que se disponga el ingreso a Estudio de Impacto Ambiental del Complejo Termoeléctrico Bocamina Unidades I y II, como un solo todo, con el fundamento de haberse incumplido lo ordenado por esta Corte Suprema en los autos Ingreso Corte N° 3141-2012, deberá estarse a lo que con esta misma fecha se decide por este Tribunal en los autos Ingreso N° 11713-2014, cuya vista tuvo lugar en una misma audiencia con esta causa.

Séptimo: Que es del caso destacar que la recurrida no ha negado que incorporó anticipadamente los cambios que se buscaba implementar en la Central Bocamina Segunda Unidad por la vía del Proyecto de "Optimización" de la misma Central. Por lo demás, y según obra de los antecedentes allegados en autos -en particular de la reformulación de cargos de que da cuenta el Oficio N° 976, de 26 de noviembre de 2013-, que en el procedimiento administrativo sancionatorio seguido contra Endesa S.A. se constató entre los hechos u omisiones constitutivos de infracción (pág. 13) letra D.1. el siguiente: "La operación por parte de Endesa, de todo o parte, del proyecto "Optimización Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad", sin contar con una Resolución de Calificación Ambiental. Dicha infracción (pág. 22 del Oficio) fue calificada en esa instancia y sin perjuicio de la calificación definitiva, como gravísima con

proyecto, fuera del sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de conformidad a lo resuelto por la Excma. Corte Suprema". Cabe añadir que en la Resolución Sancionatoria N° 421 de fecha 11 de agosto del presente año, dictada por el Superintendente del Medio Ambiente, agregada a estos autos a fojas 508 en cumplimiento de la medida para mejor resolver decretada a fojas 505, tal calificación se mantuvo.

Octavo: Que en relación a lo precedentemente consignado es necesario advertir que con arreglo a lo que expresamente preceptúa el artículo 8 de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente: "Los proyectos o actividades señaladas en el artículo 10 sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido en la presente ley".

La disposición transcrita responde a una materialización concreta del principio preventivo que se consagró normativamente en distintas disposiciones de la Ley N° 19.300, cuyo texto fue enviado al Congreso Nacional precedido de un mensaje presidencial que expresamente alude a aquel. Este principio, debe siempre inspirar las decisiones que adopte la autoridad respecto de las acciones que pueden impactar de manera negativa en el patrimonio ambiental del país, toda vez que por su intermedio se busca

Noveno: Que es necesario además hacer constar que de los autos Ingreso Corte N° 3141-2012, que se han traído a la vista, aparece que si bien Endesa S.A. no figuró en ellos como recurrida, le fue requerido informe, de modo que no pudo menos que conocer oportunamente los términos del fallo allí dictado con fecha 15 de junio de 2012, por esta Corte, máxime si con fecha 12 de julio de 2012 el Servicio de Evaluación Ambiental puso en conocimiento de su representante legal la Resolución 154 de ese servicio, por lo que, en cumplimiento a lo ordenado por la Corte Suprema se puso término al procedimiento de evaluación ambiental del proyecto Optimización Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad ingresado por vía de declaración , extractándose además considerandos de ese fallo que motivaron la dictación del acto administrativo de que se daba noticia.

Décimo: Que lo antes expuesto deja en evidencia, para los efectos que interesa a estos autos, el actuar ilegal de la recurrida, por cuanto, según lo dispone el artículo 8 de la Ley N° 19.300, las modificaciones de un proyecto relacionado con las actividades del artículo 10 del mismo cuerpo normativo, sólo pueden ejecutarse una vez que hayan sido evaluados sus impactos ambientales, lo que en la especie no aconteció, pues, como se señaló, la Central

incorporados los ajustes contenidos en el proyecto de "Optimización", que sólo fue ingresado a Estudio de Impacto Ambiental el 18 de diciembre de 2013 , esto es, un año más tarde desde el inicio de las operaciones.

Undécimo: Que establecido lo anterior y frente a la alegación de la recurrida de estar siendo sustanciada esta materia en un procedimiento administrativo seguido por la autoridad ambiental pertinente y por ende, bajo el imperio del derecho, perentorio resulta precisar que ello, siendo efectivo, no es óbice para el ejercicio por parte de esta Corte, de las facultades conservadoras de que está investida la jurisdicción para que, frente a la perturbación o amenaza de perturbación, de alguna de las garantías consagradas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, en razón de alguna acción u omisión ilegal y/o arbitraria, se dispongan la o las medidas de cautela urgentes que la situación denunciada aconseje y amerite -con la cobertura y prontitud que esta sede proporciona- y todo ello, entre tanto se substancian y afinan los procedimientos seguidos ante las autoridades, o los tribunales ordinarios, o especiales, que deban resolver sobre el fondo del conflicto planteado.

Duodécimo: Que esta Corte, en fallos anteriores, ha reconocido que si bien la parte final del inciso 1° del

de los demás derechos que se puedan hacer valer ante la autoridad o los tribunales competentes, no cabe duda que a contar de la dictación de la Ley N° 20.600, de 28 de junio de 2012, que crea los tribunales ambientales, son éstos los llamados a conocer de las controversias medioambientales puestas en la órbita de sus competencias, y entre ellas, por cierto, se hallan distintas aristas de entre las materias propuestas a través de estos recursos. Desde luego, es el Superintendente quien tiene la facultad para sancionar a la recurrida por un eventual incumplimiento de la Resolución de Calificación Ambiental, como también por la operación de un proyecto sin contar con el instrumento de evaluación ambiental que la autorice. En este aspecto, es en el procedimiento administrativo respectivo que ha debido determinarse si la operación del proyecto de "Optimización Central Bocamina Segunda Unidad", está o no incluido en el incumplimiento de la RCA N° 206/2007, y determinar además, específicamente, cuales son los incumplimientos de este instrumento ambiental, estableciendo la sanción pertinente. Esta resolución que pone término al procedimiento sancionatorio puede ser impugnada por quien o quienes revisten el carácter de interesado, a través de una reclamación ante el respectivo Tribunal Ambiental, conforme lo establece el artículo 17 N°

se persigue ni corresponde la sanción de la recurrida, sino que cautelar los derechos fundamentales que se estiman conculcados por aquélla. Conviene reiterar que la presente acción constituye una medida de tutela urgente de modo que, si en el curso de su substanciación se detectan riesgos o amenazas graves en relación a las garantías antes aludidas cuyo acaecimiento sea verosímil, corresponderá adoptar las medidas que se estimen conducentes para otorgar la debida protección.

Décimo Tercero: Que, bajo el prisma expuesto en el considerando precedente, corresponde analizar si la actuación ilegal de la recurrida, -quien no ha negado, como se indicó, que incorporó en la construcción del proyecto "Ampliación Central Bocamina Segunda Unidad" las modificaciones introducidas por el proyecto "Optimización Central Bocamina Segunda Unidad", sin haber obtenido previamente la resolución de calificación ambiental que las apruebe, -constituye una perturbación, o amenaza de vulneración, de las garantías constitucionales esgrimidas por los recurrentes, puesto que para que un recurso de protección pueda prosperar, no es suficiente que el acto impugnado sea ilegal, sino que el mismo debe conculcar las garantías constitucionales del artículo 19 de la Constitución Política de la República que específicamente

Décimo Cuarto: Que puestas en operación anticipadamente las obras mencionadas en el Proyecto Optimización Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad, con las especificaciones ya indicadas en el fundamento segundo, sin contar con Evaluación de Impacto Ambiental, tal circunstancia significó en los hechos llevar a cabo la puesta en marcha de la Central Bocamina Segunda Unidad, a partir del 29 de octubre de 2012 sobre bases distintas a las aprobadas por la RCA 206/2007, y ello en aspectos de suyo relevantes.

Dentro de los hechos más destacados en ambos recursos acumulados en esta causa, y sobre el que ha recaído -entre otros- orden de no innovar, está aquél relacionado con el manejo de aguas de refrigeración mediante la aducción de agua de mar.

Es así como, según aparece de los antecedentes allegados en autos -y en particular del Oficio 976 de 26 de noviembre de 2013 sobre reformulación de cargos que da cuenta de las inspecciones realizadas por disposición de la Superintendencia del Medio Ambiente a la Central Termoeléctrica Bocamina, cuanto de lo que fluye de los informes evacuados a raíz del fenómeno natural de varazones de langostinos y otras especies que significó el ingreso de organismos hidrobiológicos a los sistemas de captación de

Bocamina Segunda Unidad)- que, en el hecho, y para los efectos que interesa, operaron cambios en el sistema de refrigeración con agua de mar con un caudal superior al considerado en la RCA mencionada, y con una potencia instalada de 370 MW, en lugar de los 350 MW indicada en el proyecto original aprobado, todo lo cual llevó a consignar, entre los hechos constitutivos de infracción grave, en el punto A6 de los cargos, la siguiente conclusión: "Se constató que Empresa Nacional de Electricidad S.A. no cuenta con unidades implementadas para hacerse cargo de la succión masiva de recursos hidrobiológicos a través del sifón de captación de aguas de refrigeración de la Unidad II.

Décimo Quinto: Que en presencia de estos antecedentes y de los informes técnicos evacuados por organismos sectoriales, como Sernapesca, que entregó su parecer en informe de 15 de junio de 2012 y 20 de julio del mismo año -dando cuenta de alteraciones en el medio acuático marino en razón del significativo caudal de agua de mar succionada por la Central Termoeléctrica para sus procesos de enfriamiento, incorporándose en la succión la biota, a lo que cabe añadir el uso de cloro y otros componentes químicos utilizados como anti incrustantes, a todo lo que cabe agregar el aumento de temperatura de los efluentes-,

ello, hacer constar que, con fecha 1 de abril de 2013 se dedujo recurso de protección en contra de Endesa S.A. acción que culminó con el fallo dictado por esta Corte Suprema en los autos Ingreso Corte N° 9852-2013, con fecha 9 de enero de 2014. Por esta decisión, se acogió la acción constitucional incoada por no existir, a esa fecha, certeza de haberse adoptado las medidas necesarias para impedir que hechos como los expresados siguieran produciéndose, no obstante haberse reformulado los cargos a la Empresa, con fecha 26 de noviembre de 2013, como ya se ha indicado.

En el citado fallo, se consideraron todos los informes evacuados por los organismos sectoriales y técnicos, la investigación llevada a cabo por la PDI, la Fiscalía Local, etc., y además de la reformulación de cargos ya mencionada en este fallo, Oficio 976, haciéndose mención expresa y especial del Informe evacuado en la causa tenida a la vista Rol N° 408-2013, por el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura de la Región del Bío-Bío, en el que se sugiere analizar el problema producido en el contexto de los puntos 7.9 y 7.11 de la respectiva RCA "en cuanto a la implementación de medidas de mitigación y compensación frente a eventuales efectos ambientales no previstos". En conclusión, y acogándose el recurso por la sentencia ya aludida, se dispuso que: "la recurrida deberá realizar las

succión de las aguas amenazadas un daño a especies y recursos hidrobiológicos y cumple estrictamente con la correspondiente Resolución de Calificación Ambiental, debiendo en consecuencia la autoridad ambiental fiscalizar ese funcionamiento de manera periódica para así evitar el ingreso de biota en la bocatoma de agua de mar; y, en caso contrario, adoptar todas las medidas que las circunstancias determinen, entre ellas, la paralización del funcionamiento de la central hasta que se subsane su incorrecta operación”.

Décimo Sexto: Que en esta etapa del razonamiento es necesario puntualizar que a la época de dictarse el fallo antes aludido, la Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad estaba paralizada en virtud de la orden de no innovar dictada en el primer recurso de protección incoado en estos autos, el 3 de diciembre de 2013 y que la sentencia referida en el fundamento que precede, sólo dio cuenta de los hechos de los que hasta esa fecha se tenía conocimiento.

Décimo Séptimo: Que para los efectos de resolver las peticiones planteadas en los recursos de que trata esta causa, en relación a la implementación en el sistema de refrigeración de modificaciones en el proceso de aducción de agua de mar, es necesario revisar y constatar si los

hechos que importan a lo menos una amenaza a la garantía consagrada en el número 8 del artículo 19 de la Constitución Política de la República lo que se estimó necesario cautelar por la vía del recurso de protección, han sido o no, revertidos o subsanados con las medidas entonces dispuestas por este Tribunal.

Décimo Octavo: Que para una mayor comprensión sobre la secuencia de los hechos se hace necesario explicar que en el cuerpo de la Resolución N° 39 de 28 de enero de 2014, por la que la autoridad administrativa dispuso medidas provisionales se expuso que, con posterioridad a los eventos de febrero y marzo de 2013 que significaron el ingreso de biota en la bocatoma de agua de mar de la Central Termoeléctrica ya mencionada, Endesa S.A ingresó al sistema de Evaluación de Impacto Ambiental una consulta de pertinencia relativa a la ejecución de una prueba piloto en los sifones de la Primera y Segunda Unidad, consistente en la instalación y operación de barreras tecnológicas para evitar dicho ingreso, específicamente por la vía del sistema primario de burbujas y una red de retención secundaria (sistema de mallas) alrededor de la captación de agua de los sifones, lo que fue aceptado por el Servicio de Evaluación Ambiental mediante Resolución Exenta N° 241/2013, de fecha 27 de septiembre de 2013, autorizándose

ambientales no previstos y constatados.

Décimo Noveno: Que en la misma Resolución precedentemente indicada se señaló que con posterioridad y con ocasión del fallo dictado por esta Corte en los autos N° 9852-2013 con fecha 9 de enero 2014, personal de la Superintendencia del Medio Ambiente, de la Gobernación Marítima de Talcahuano, del Sernapesca de la Región del Bío-Bío y de la Seremi de Salud, realizó a la Central Termoeléctrica, en ambas Unidades, actividades de fiscalización, verificando que sólo la primera Unidad se encontraba en actividad, condiciones en las que se pudo constatar que el sistema de protección instalado en torno a la campana de succión se encuentra colapsado y roto (red anchovetera perimetral), y que la cortina de burbujas implementada para controlar el acercamiento de peces y otros vertebrados a la red perimetral, se encuentra funcionando en forma irregular. En concordancia con lo recién expresado se hizo constar además en la Resolución en comento, que el 21 de enero de 2014, Endesa S.A comunicó que el sistema de succión de agua de enfriamiento succionó peces (posiblemente sardinas o anchovetas) de talla y cantidad desconocida, y luego, el 28 de enero del año en curso, se produjo un segundo evento de succión de peces, esta vez de un cardumen de sardinas que pasó por alto la red de protección; en esta oportunidad la

Frente a estos hechos, en el punto 13 de la Resolución, la Superintendencia concluye que las medidas de la Prueba Piloto no están funcionando y por ende el impacto ambiental consistente en la succión de biomasa no cuenta con ninguna medida asociada, "lo que trae como consecuencia la existencia de un riesgo inminente de que dichos eventos sigan produciéndose".

En las circunstancias antes descritas y previa autorización del Tribunal Ambiental, se dispuso como medida provisional la clausura total y temporal del proyecto Central Termoeléctrica Bocamina Primera Unidad, por el termino de 15 días corridos, impartiendo a Endesa S.A. una serie de instrucciones de prevención, control y reparación, específicamente en la letra d) de lo resolutive se indica que: "Adicionalmente el titular deberá evaluar la eficacia de las medidas aprobadas mediante la Resolución Exenta N° 241/2013", y se le instó a que, de ser necesario, propusiera nuevas medidas que logren dar una respuesta efectiva al impacto ambiental relacionado, de manera de evitar un incidente de succión de biomasa.

Vigésimo: Que con posterioridad a las actuaciones especificadas, Endesa S.A. solicitó el alzamiento de la medida de suspensión en atención a las nuevas medidas adoptadas de acuerdo a los antecedentes que acompañó y que

Sánchez Sepúlveda, que inspeccionó el lugar con un monitor con pantalla, dando cuenta de haber señales de haberse reparado la red perimetral y sistema de burbujas; y luego de una visita inspectiva de la fiscal instructora del procedimiento administrativo, que no realizó observaciones, se hizo lugar a lo pedido, y con ello se reanudó la actividad de la Primera Unidad de la Central.

En lo que respecta a la Segunda Unidad, paralizada en virtud de la orden de no innovar dispuesta en esta causa, en el Oficio N° 100 de 23 de enero de 2014, remitido a esta Corte Suprema por el Superintendente del Medio Ambiente, se señaló que en la actividad de inspección de fecha 16 de ese mes, se constató que pese a que no está en funcionamiento se pudo advertir el ingreso de microalgas al área próxima de la campana de succión; se advirtió además que la red anchovetera perimetral destinada como prueba piloto no ha sido efectiva, por lo que se dejó constancia en el acta de la exigencia al titular en orden a asegurar inmediatamente la correcta operación y control para evitar el ingreso de biomasa a los sistemas de succión de operación.

Vigésimo primero: Que en el escenario precedentemente descrito, no es posible soslayar el tenor de los oficios que corren a fojas 294 y 299 de esta causa, ambos dirigidos al Director del Servicio de Evaluación Ambiental, VIII

Estudio de Impacto Ambiental del proyecto "Optimización Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad", aquellos dan cuenta de antecedentes que resultan de cualquier manera útiles a los acotados efectos de decidir sobre las medidas cautelares de urgencia aquí impetradas. En este contexto, revelador aparece el informe del Gobernador Marítimo de Talcahuano de fojas 299 de fecha 4 de febrero de 2014, en lo que dice relación con las obras nuevas implementadas para obtener la reducción de ingreso de biomasa, ya instaladas desde mediados de octubre de 2013, en cuanto concluye que este sistema no logra evitar el ingreso de biota por lo que sugiere que el titular presente una alternativa con las "mejores tecnologías disponibles para tal efecto".

A su turno, en el informe de Sernapesca de fojas 294 de fecha 7 de febrero de 2014, se solicita al titular del proyecto reevaluar, replantear y realizar las modificaciones correspondientes al sistema de filtros piloto en la bocatoma de succión de agua de mar que eviten el ingreso de biomasa al proceso, como ha estado ocurriendo en forma sucesiva en el proyecto actual con ingreso de algas y peces. Puntualiza el informe que el sector en que se ubica la bocatoma es de alta productividad de huevos, larvas y juveniles de especies hidrobiológicas y de zonas

necesidad de analizar la disminución de la abundancia y riqueza planctónica y de la macrobiótica, toda vez que la succión de agua de mar causa alteración o disminución en la biota, especialmente planctónica que ingresa a los procesos y que sufre shock de temperatura, cloro y fuerza física por succión y choque en las mallas (macrobiota). Se alude al impacto que realiza el titular por el aumento de la succión en 5000 m³/h adicionales, sin tomar en cuenta el efecto recién descrito. Se reitera que no se han presentado medidas mitigatorias adecuadas por lo que se le solicita evaluar "el uso de tecnologías innovadoras que minimicen el ingreso de biota acuática por la bocatoma de succión a los procesos de enfriamiento...". En idéntico sentido se ha vertido, en este aspecto, la Resolución N° 421 del Superintendente del Medio Ambiente, que pone término al procedimiento sancionatorio incoado en contra de Endesa S.A y que se agregó en estos autos a fojas 508 como medida para mejor resolver.

Vigésimo segundo: Que, en consecuencia, por aparecer del mérito de los antecedentes analizados, que en lo que concierne al problema planteado respecto del sistema de refrigeración ligado al proceso de succión de agua de mar, una vez puesto en práctica el proyecto de "Optimización de la Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad", con la

por esta Corte en los autos rol N° 9852-2013 de fecha 9 de enero de 2014, se constató la insuficiencia de las nuevas medidas propuestas e implementadas por Endesa S.A. para evitar el ingreso de biomasa, no cabe sino concluir que persisten, en este aspecto, las amenazas graves a la garantía prevista por el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República que afectan a los recurrentes y en general a los ciudadanos que habitan y laboran en la zona de influencia de la Central Termoeléctrica tantas veces mencionada, vulnerando su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y por todo ello, a raíz de actos que han significado infracción de la legislación medioambiental, calificada como grave, tanto preliminarmente en la reformulación de cargos a Endesa S.A., según consta en el Oficio Ord. N° 976 de 26 de noviembre de 2013, como en la Resolución Sancionatoria N° 421, allegada en fojas 508.

Vigésimo tercero: Que, además de lo anterior y como quiera que, tanto en estos antecedentes como en la sede administrativa, la recurrida ha reconocido que al entrar en operaciones la Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad no se encontraba instalado el desulfurizador de la Primera Unidad, condición específica prevista en el punto 4.2.1 de la RCA N° 206/2007, en tanto el mismo tiene por

Vigésimo cuarto: Que lo anteriormente asentado justifica que esta Corte adopte las medidas de cautela indispensables para la protección impetrada, entre tanto se sustancia y decide, por las vías correspondientes, de acuerdo a lo ya indicado en los motivos undécimo y duodécimo, el conflicto integral que afecta a la Central Termoeléctrica Bocamina.

Por estos fundamentos y lo dispuesto por el artículo 20 de la Carta Fundamental y el Auto Acordado de esta Corte Suprema aplicable en la especie, **se confirma** la sentencia apelada de fecha veintinueve de mayo último, escrita a fojas 395 con las siguientes declaraciones:

A) Que no obstante que cesa con esta fecha la orden de no innovar dispuesta en esta causa, la Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad no podrá reanudar sus operaciones hasta tanto no ofrezca suficiente garantía -que calificará el Superintendente del Medio Ambiente previo informe de los organismos sectoriales Sernapesca de la Región del Bio- Bío y la Dirección de Territorio Marítimo- que implementará a la brevedad nuevas medidas específicas de real y efectiva solución al problema relativo a la succión de agua de mar e ingreso de biota a causa de este proceso, y ello, de acuerdo a las mejores tecnologías disponibles al efecto, de las que se hizo

Superintendente del Medio Ambiente de fecha 11 de agosto de 2014, agregada fojas 508 y siguientes.

B) La Central Termoeléctrica Bocamina deberá tener afinada la instalación del desulfurizador de la Primera Unidad, comprometido en la RCA N° 206/07, en el más breve plazo, cuyo cumplimiento supervigilará de modo particular la autoridad medioambiental.

C) Que en relación a los demás aspectos denunciados como vulneraciones, a cuyos efectos se ha impetrado protección, regirán las medidas dispuestas en la letra b) de lo resolutivo del fallo en revisión.

Se deja constancia que para resolver como se hizo, esta Corte dio aplicación a las reglas pertinentes sobre los acuerdos. Así al existir discordia de votos, se procedió conforme lo dispone el artículo 86 del Código Orgánico de Tribunales, por lo que cada opinión particular fue sometida a votación separada. En este contexto la opinión del Ministro señor Brito de confirmar la sentencia de primer grado ordenando, además, la paralización del funcionamiento del proyecto "Optimización de la Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad" por carecer de Resolución de Calificación Ambiental -lo que evidencia una actividad al margen de la legalidad (motivo décimo)- no fue compartida por ningún otro miembro del Tribunal, por lo que

expuesto en el considerando duodécimo del fallo que antecede toda vez que a su juicio la circunstancia de haberse dictado las leyes N° 20.417 y N° 20.600, que consagran la nueva institucionalidad en materia medioambiental, no incide en la procedencia de la acción de protección de garantías constitucionales, toda vez que es nuestra Carta Fundamental la que expresamente establece en su artículo 20 que su ejercicio es "sin perjuicio los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes". En consecuencia, la dictación de los cuerpos legales antes aludidos, en forma alguna merman o disminuyen la competencia cautelar de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema para analizar las materias que son propuestas a través del arbitrio en estudio, siendo relevante poner de manifiesto que en relación a la vulneración de la garantía prevista en el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República se deben analizar todas aquellas materias que puedan configurar un acto ilegal que atente en contra de tal garantía.

Acordado con el **voto en contra** de los Ministros señor Ballesteros y señora Sandoval, quienes estuvieron por revocar el fallo en alzada y rechazar la acción de protección, fundados en las siguientes consideraciones:

que la interposición del recurso de protección lo es sin perjuicio de los demás derechos que puedan hacerse valer ante la autoridad o los tribunales competentes, no puede perderse de vista que a contar de la dictación de la Ley N° 20.600 de 28 de junio de 2012, que crea los tribunales ambientales, son éstos los llamados a conocer de las controversias medioambientales que se encuentren sometidas a su competencia.

En el Mensaje de la Presidenta de la República con el que se inicia el proyecto de ley que crea el Tribunal Ambiental, N°1419-357 de 28 de octubre de 2009, se expresa que: "el Ejecutivo ha accedido a la creación de un Tribunal Ambiental, pero en el contexto de un acceso a una tutela judicial efectiva por parte de los ciudadanos en estas materias, de modo de no restringir su competencia sólo al control de las decisiones de la Superintendencia, sino que también ampliarlo a todo el contencioso de la Ley N° 19.300, permitiendo de ese modo, el igual acceso a la jurisdicción a todos los ciudadanos".

Segundo: Que, resulta imprescindible consignar además que quienes disienten no pueden abstraerse del hecho que con posterioridad a la vista de este recurso el Superintendente del Medio Ambiente dictó la Resolución N° 421 de 19 de agosto de 2014, la que puso término al

en estos autos a fojas 508 en virtud de la medida para mejor resolver dictada a fojas 505- sancionando a la empresa Endesa S.A. por haber incurrido en distintas infracciones, entre las que se encuentra ejecutar el proyecto de "Optimización" sin contar con resolución de calificación ambiental, la que es calificada como gravísima por el ente administrativo imponiendo una multa de 977 U.T.A, disponiendo a continuación del numeral (ix) del resuelvo "Primero" que "en relación a la elusión sancionada, se hace la prevención que, de acuerdo al inciso primero del artículo 8 de la Ley N° 19.300, los proyectos o actividades señaladas en el artículo 10 de la misma ley, sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a la normativa vigente".

En contra de la referida resolución, según informó a esta Corte el Tercer Tribunal del Medio Ambiente, se interpusieron tres reclamaciones conforme lo establece el artículo 17 N° 2 de la Ley N° 20.600, las que se encuentran actualmente en tramitación.

Tercero: Que en esta materia cabe destacar que la referida Resolución N° 421, sustentándose en informes de fiscalización, analizó los eventuales riesgos medioambientales derivados de la infracción constatada. Además realizó un análisis de las medidas provisionales que

que en los autos Ingreso Corte Suprema N° 9852-2013 se dicta sentencia definitiva que acoge el recurso de protección, el 9 de enero del presente año, la autoridad administrativa llevó a cabo una fiscalización el día 16 del mismo mes, concurriendo personal de la Superintendencia del Medio Ambiente, de la Gobernación Marítima de Talcahuano, del Sernapesca de la Región del Bío-Bío y de la Seremi de Salud, verificando que sólo la Primera Unidad se encontraba en actividad, ya que la Segunda Unidad estaba paralizada producto de la orden de no innovar decretada en estos autos por la Corte de Apelaciones de Concepción el 3 de diciembre de 2013.

Luego de la referida fiscalización la autoridad administrativa dictó la Resolución N° 39 de 28 de enero de 2014, por la que dispuso medidas provisionales fundadas en la constatación de las condiciones deficientes en las que funcionaba el sistema diseñado por la empresa -contenidos en la Prueba Piloto aprobada por la Superintendencia mediante Resolución N° 241/2013, de fecha 27 de septiembre de 2013- para enfrentar el impacto ambiental no previsto en la RCA N° 206/2007 consistente en la succión de biomasa y, en el hecho que con posterioridad a tal fiscalización se produjeron dos eventos de succión de biota informados por Endesa S.A. En las circunstancias antes descritas, previa

Central Termoeléctrica Bocamina primera Unidad, por el termino de 15 días corridos, impartíéndose a Endesa S.A. una serie de instrucciones de prevención, control y reparación, las que posteriormente fueron reevaluadas y sustituidas por la autoridad conforme a las facultades que le son otorgadas en el artículo 48 de la Ley N° 20.417.

Cuarto: Que en este punto del análisis se debe señalar que conforme al artículo 2° de la Ley N° 20.417 la Superintendencia del Medio Ambiente es el organismo que tiene por objeto ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental. Entre las funciones entregadas por la ley destacan -en lo que interesa al recurso- aquellas contenidas en la letra a) del artículo 3°: "Fiscalizar el permanente cumplimiento de las normas, condiciones y medidas establecidas en las Resoluciones de Calificación Ambiental, sobre la base de las inspecciones, controles, mediciones y análisis que se realicen, de conformidad a lo establecido en esta ley"; en la letra g): "Suspender transitoriamente las autorizaciones de funcionamiento contenidas en las Resoluciones de Calificación Ambiental o adoptar otras medidas urgentes y transitorias para el resguardo del medio ambiente, cuando la ejecución u operación de un proyecto o actividad genere un daño grave e

previstas en dichas resoluciones”; y en la letra h): “Suspender transitoriamente las autorizaciones de funcionamiento contenidas en las Resoluciones de Calificación Ambiental o adoptar otras medidas urgentes y transitorias, para el resguardo del medio ambiente, cuando la ejecución u operación de los proyectos o actividades, genere efectos no previstos en la evaluación y como consecuencia de ello se pueda generar un daño inminente y grave para el medio ambiente”.

En este mismo orden de ideas, se debe consignar que conforme al artículo 48 de la ley antes referida una vez iniciado el procedimiento sancionador, el instructor del procedimiento, con el objeto de evitar daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, podrá solicitar al Superintendente la adopción de alguna de las medidas provisionales señaladas en la norma, estableciéndose distintos requisitos dependiendo de la intensidad de la medida que se pretenda decretar.

Quinto: Que de lo expuesto fluye que, tal como lo establece el fallo impugnado, la materia objeto de la acción de protección se encuentra sometida al imperio del derecho, puesto que la Superintendencia del Medio Ambiente inició un proceso administrativo para investigar eventuales incumplimientos de la RCA N° 206/2007. Una vez iniciado el

resolución de calificación ambiental. Luego, la referida autoridad administrativa dictó la Resolución N° 421 que puso término al procedimiento sancionatorio, la que, según certificó el Tercer Tribunal del Medio Ambiente a fojas 619 fue reclamada por Endesa S.A y por Marisol Ortega y otros, reclamaciones que generaron dos procesos jurisdiccionales que se tramitan actualmente con los roles N° 6-2014 y 7-2014.

En este punto es imprescindible retomar la idea expuesta en el fundamento primero de esta disidencia del fallo, esto es, que desde la entrada en vigencia de la nueva institucionalidad en materia medioambiental consagrada en la Ley N° 20.417 y Ley N° 20.600, la acción de protección sólo puede prosperar si se detecta la existencia de riesgos inminentes a las garantías constitucionales que requieran una cautela inmediata y urgente, requisitos que no se cumplen en la especie desde que la autoridad administrativa adoptó, dentro de la órbita de su competencia, las medidas provisionales para cautelar los riesgos generados por la operación de la Primera Unidad, quedando consignado que si no se adoptaron medidas respecto de la Segunda Unidad, ello se debió a que ésta se encontraba paralizada producto de la orden de no innovar decretada en estos autos.

sin contar con resolución de calificación ambiental, así como las demás materias que se denuncian en autos por los recurrentes, se encuentren sometidas al imperio del derecho, cuyo conocimiento se encuentra pendiente ante el tribunal que establece la ley, determina que esta Corte no tenga que otorgar la cautela urgente e inmediata que se solicita respecto de las garantías que se denuncian como vulneradas.

Séptimo: Que como corolario de lo anterior resulta que es improcedente acoger la acción impetrada, menos aún para ordenar que, como lo hace el fallo en alzada, los organismos sectoriales y la Superintendencia del Medio Ambiente realicen fiscalizaciones, toda vez que ello es una obligación que les impone la ley, por lo que es innecesario que por la presente vía se reitere su ejercicio.

En este aspecto, se debe puntualizar que una vez que cese la orden de no innovar decretada en estos autos, es la autoridad administrativa encargada de la fiscalización en materia medioambiental -Superintendencia del Medio Ambiente- la que deberá velar por dar íntegro cumplimiento al fallo dictado en la causa rol ingreso Corte Suprema N° 9852-13, debiendo adoptar las medidas provisionales que estime pertinente en relación a la operación de la Segunda Unidad de la Central Termoeléctrica Segunda Unidad, como

Resolución N° 421, descrito en el fundamento segundo precedente.

Redacción a cargo de la Ministro señora Egnem y de la prevención y disidencia, sus autores.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Rol N° 15.737-2014.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Rubén Ballesteros C., Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Haroldo Brito C., Sra. Rosa Egnem S., y Sra. María Eugenia Sandoval G. No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, la Ministro señora Egnem por estar con permiso. Santiago, 06 de noviembre de 2014.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a seis de noviembre de dos mil catorce, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.