

Valdivia, veinticinco de octubre de dos mil veintitrés.

VISTOS:

- 1) A fs. 1 y ss., en la causa R-19-2021, **Nova Austral S.A.** interpuso reclamación del art. 17 N°3 de la Ley N° 20.600 y del art. 56 de Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (LOSMA) contra la **Res. Ex. N° 1968, de 6 de septiembre de 2021, de la Superintendencia de Medio Ambiente (SMA)**, que le impuso cinco multas por un total de 1.941,2 UTA.
- 2) A fs. 1 y ss., en la causa R-20-2021, **Comunidad Indígena Atap, Comunidad Indígena Kawésqar Grupos Familiares Nómades del Mar** y Fundación Greenpeace Pacífico Sur, también interpusieron reclamación contra el mismo acto administrativo.
- 3) La reclamación de la causa R-19-2021 se admitió a trámite por resolución de fs. 216 de autos, la que además ordenó a la SMA informar y remitir copia autenticada del expediente administrativo según dispone el art. 29 de la Ley N° 20.600. A su turno, la reclamación de la causa R-20-2021 se acumuló a la presente causa y se admitió a trámite por resolución de fs. 233 de autos, teniéndose por no presentada respecto de Fundación Greenpeace Pacífico Sur. A fs. 6904, esta última solicitó hacerse parte como tercero coadyuvante de las reclamantes de la causa R-20-2021, a lo que se accedió por resolución de fs. 6993.
- 4) A fs. 259, la SMA evacuó informe y acompañó la copia requerida. A fs. 6883 se tuvo por evacuado el informe y se pasaron los autos al relator. A fs. 6904, Fundación Greenpeace Pacífico Sur solicitó tener por acompañados un informe sobre el estado de la acuicultura intensiva en la Región de Magallanes y un informe de inspección del Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura (SERNAPESCA), a lo que se accedió por resolución de fs. 6993. A fs. 6999, esta fundación solicitó tener por acompañados un dictamen de Contraloría General de la República (CGR) y dos respuestas a solicitudes de acceso a información pública de la Tesorería General de la República (TGR), a lo que se accedió



por resolución de fs. 7139. Por su parte, a fs. 7012, Nova Austral S.A. solicitó se tuvieran presentes ciertas consideraciones sobre su reclamación y tener por acompañados los documentos de su reposición contra la resolución de la SMA que rechazó su programa de cumplimiento (PdC), a lo que se accedió por resolución de fs. 7139.

- 5) Consta a fs. 6890 que se trajeron los autos en relación, a fs. 7141 que se celebró audiencia de alegatos, y a fs. 7144 que la causa quedó en acuerdo.

CONSIDERANDO:

PRIMERO. La reclamación de autos se relaciona con la fiscalización del centro de engorda de salmónidos Aracena 19 (CES). Revisados los antecedentes administrativos de autos, consta lo siguiente:

- a) A fs. 337 y ss., la formulación de cargos hecha por la SMA, de 19 de agosto de 2019, en contra la empresa por las siguientes infracciones:

- N° 1: *"Inadecuado manejo de las mortalidades generadas en el CES en los ciclos productivos 2013-2015 y 2016-2018, manifestada en las discrepancias numéricas existentes entre la mortalidad extraída desde las jaulas del CES y las sometidas al sistema de ensilaje"*, en violación de su RCA, constituyendo una infracción leve según los arts. 35 letra a) y 36 núm. 3 de la LOSMA.
- N° 2: *"Inadecuado manejo de residuos sólidos, lo que se expresa en: 1. El acopio de basura asimilable a domiciliaria se acumula en maxisacos de transporte de alimento de salmones, 2. Maxisacos de transporte de alimento de salmones se mantiene en el CES luego de su uso, 3. Acopio de materiales en desuso (escombros) en plataforma, la cual no fue evaluada ni autorizada ambientalmente, y 4. Acopio de balsas dadas de baja desde otros CES, lo cual no fue evaluado ni autorizado ambientalmente"*, en violación de su RCA, constituyendo una infracción leve según los

arts. 35 letra a) y 36 núm. 3 de la LOSMA.

- N° 3: *"Pretil de plataforma de ensilaje presenta una abertura a nivel de base de 15 x 7 centímetros"*, en violación de su RCA, constituyendo una infracción leve según los arts. 35 letra a) y 36 núm. 3 de la LOSMA.
- N° 4: *"Incumplimiento de medidas preventivas (realización de actividades y contar con determinados equipos establecidos en los Planes de Contingencia, consistentes en: 1. No disponer en el CES del equipo necesario para la implementación del Plan de Contingencias de FAN, 2. No disponer en el CES de redes de enmalle necesarias para la implementación del Plan de Contingencia para escape masivo de peces, 3. No realizar verificación semestral del estado de los módulos del CES, y 4. No contar con certificados anuales sobre las condiciones de seguridad de los módulos de cultivo y de fondeos, del CES"*, en violación de su RCA, constituyendo una infracción leve según los arts. 35 letra a) y 36 núm. 3 de la LOSMA.
- N° 5: *"El titular no remitió copia digitalizada de bitácora de control diario de mortalidad sometida a ensilaje en el centro, correspondiente al ciclo productivo 2016-2018"*, en violación de un requerimiento de información de la SMA, constituyendo una infracción gravísima de acuerdo con los arts. 35 letra j) y 36 núm. 1 letras e) y d) de la LOSMA.

Además, relacionado con la formulación de cargos, constan a fs. 363 y ss., denuncia de Sernapesca, y a fs. 417 y ss., el Informe de Fiscalización Ambiental asociado, así como sus documentos anexos.

- b) A fs. 1969 y ss., escrito de la empresa, de 10 de septiembre de 2019, acompañando un PdC; a fs. 2160, resolución de la SMA, de 22 de noviembre de 2019, solicitando modificaciones a este programa. A fs. 2188 y ss., escrito de la empresa, de 6 de diciembre de 2019,

acompañando un PdC refundido; a fs. 4590, resolución de la SMA, de 27 de enero de 2020, solicitando modificaciones a este programa refundido. A fs. 4630 y ss., escrito de la empresa, de 18 de febrero de 2020, acompañando un nuevo PdC refundido. A fs. 4669, resolución de la SMA, de 20 de mayo de 2020, que rechaza PdC y que alza la suspensión del plazo para presentar descargos.

- c) A fs. 4701, escrito de 17 de junio de 2020, de la empresa, presentando descargos, solicitando rendir prueba testimonial, y tener por acompañado 25 documentos. A fs. 4953, resolución de la SMA, de 3 de agosto de 2021, que tiene por presentados descargos, deniega la solicitud de prueba testimonial, y tiene por acompañados los documentos; además solicitó una serie de antecedentes probatorios a la empresa. A fs. 4967, escrito de 1 de septiembre de 2021, de la empresa, respondiendo la solicitud de antecedentes. A fs. 6676, resolución de la SMA, de 1 de septiembre de 2021, que tuvo presente la información presentada por la empresa y decretó el cierre de la investigación.
- d) A fs. 6685, dictamen del fiscal instructor de la SMA, sin fecha, pero remitido al Superintendente, el 2 de septiembre de 2021.
- e) A fs. 6782, la resolución reclamada, de 6 de septiembre de 2021.

I. DISCUSIÓN ENTRE LAS PARTES

A. ARGUMENTOS DE LA RECLAMANTE R-19-2021

SEGUNDO. La empresa solicitó al Tribunal que declare la ilegalidad de la resolución reclamada, en todo o en parte, instruyendo a la SMA que la deje sin efecto y que, en su lugar, dicte una nueva resolución que la absuelva de todos o parte de los cargos formulados y, en subsidio, que revalorice las circunstancias del art. 40 de la LOSMA, para que determine la sanción proporcional que en derecho corresponda. Basó lo anterior en los siguientes argumentos:

- 1) Operó el decaimiento del procedimiento administrativo sancionador, pues éste se ha extendido más allá del tiempo establecido según la jurisprudencia de la Excmá. Corte Suprema, que es de 2 años. Esta demora ha sido excesiva e injustificada, pues desde presentados los descargos, el procedimiento estuvo paralizado injustificadamente, lo que hace que las sanciones se tornen ineficaces por perder su finalidad preventiva y represora. La empresa subsanó las malas prácticas de gestión detectadas en las fiscalizaciones.
- 2) Respecto del cargo N°1, la infracción no pudo estimarse configurada, de acuerdo con la argumentación y la prueba rendida sobre manejo de mortalidades. La SMA debió considerar acreditada que la totalidad de la mortalidad extraída durante los ciclos productivos 2013-2015 y 2016-2018 fue ensilada y retirada del CES. Agregó que las discrepancias numéricas son explicables por errores de tipeo al pasar los datos de las mortalidades desde las bitácoras al software Fishtalk, por estimación de la biomasa del software Fishtalk y por aproximaciones de valores decimales del software Fishtalk. Además, sostuvo que, en sus cálculos, la SMA comparó pesos de peces muertos con pesos de peces vivos, los que no son equiparables. Por último, sostuvo que, más allá de las discrepancias en los registros, en el CES no existió un inadecuado manejo de las mortalidades pues la totalidad de la mortalidad extraída de las jaulas en ambos ciclos productivos fue ensilada y retirada del CES, acreditado por las guías de despacho de retiro de mortalidades. En cuanto a la aplicación de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA, sostuvo que el presunto beneficio económico de 41 UTA es infundado, porque no se configuró la infracción y sí se incurrió en el costo de ensilaje y traslado a disposición final; por su parte, respecto de la falta de cooperación en el procedimiento, indicó que no puede considerarse la no entrega de la Bitácora 2016-2018 como falta de cooperación en el procedimiento, pues la empresa no cuenta con copia física ni digitalizada de esta, que se destruyó accidentalmente;

que tampoco puede considerarse la no presentación de parte de los documentos ofrecidos en los descargos, pues su recepción fue confirmada por la SMA por correo electrónico y tenidos por acompañados por resolución de 3 de agosto de 2021; y que, por tanto, la empresa cooperó en el procedimiento, circunstancia que debería operar plenamente a su favor. Por último, indicó que la multa carece de motivación suficiente pues no se justifica apropiadamente cómo se llega a las otras 225 UTA que conformaron la multa por este cargo.

- 3) Respecto del cargo N°4, la infracción tampoco pudo estimarse configurada en algunos sub-hechos. Respecto del sub-hecho 2, porque la empresa sí contaba con redes para evitar escape de peces, que, si bien se trataría de redes pajareras, estas son funcionalmente equivalentes. Respecto de los sub-hechos 3 y 4, porque las revisiones de los módulos del CES se efectuaron, lo que se demostró con los respectivos certificados, además que la resolución reclamada afirmó que estos certificados controvierten el cargo, pero luego excluyó dos de ellos por considerar que tenían problemas de trazabilidad, a pesar de que no hay exigencia normativa alguna sobre la forma de los certificados de revisión de módulos.

En cuanto a la aplicación de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA, sostuvo que todos los sub-hechos son de menor entidad y, en todo caso, no pudieron generar ningún efecto negativo; y que respecto del supuesto beneficio económico del sub-hecho 4 es infundado, porque se acreditó la realización de las revisiones anuales de las condiciones de seguridad de los módulos de cultivo y de fondeos, y que, si se excluyen los dos certificados, el beneficio económico debe ser de \$48.580.000.

- 4) Respecto del cargo N°5, la infracción no pudo estimarse configurada, porque la empresa presentó todos los antecedentes que podía entregar a la SMA, ya que la Bitácora 2016-2018 fue accidentalmente eliminada. Añadió que, a pesar de esto, la SMA negó recibir prueba

de testigos para acreditar dicha circunstancia; que la potestad de requerir información de la SMA tiene como límite la existencia material de tal información; que no se reconoce que esta imposibilidad material es un eximente de responsabilidad; que la empresa no tiene una obligación legal o reglamentaria de conservar estas bitácoras una vez terminado un ciclo productivo, porque dicha obligación es excepcional y debe constar de manera expresa, como ocurre con el art. 17 del Código Tributario, por lo que esta no puede inferirse a partir de las reglas de prescripción de infracciones de la LOSMA. Añadió también que la imposibilidad de entrega de dicha información no impide deliberadamente la fiscalización, ni encubre una infracción, ni ha evitado el ejercicio de las atribuciones de la SMA, pues dicho organismo no ha acreditado intencionalidad, y no se le puede imputar negligencia a la empresa respecto de la eliminación de documentos que no está obligada a conservar. Agregó que, en todo caso, la mayor parte de la bitácora de ese ciclo productivo fue entregada a la SMA en diciembre de 2017, por lo que la información no disponible es desde principios de diciembre de 2017 a principios de marzo de 2018. Además, indicó que la SMA se negó a efectuar una reconstrucción estadística de la parte faltante de la bitácora.

En cuanto a la aplicación de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA, sostuvo que la SMA reconoció que no hubo beneficio económico, por lo que la totalidad de la multa no está debidamente fundada, ya que carece de precisión. Además, para dicho cargo, la SMA reconoció que no concurren las circunstancias del art. 40 letras a), b), h), se descartó incremento por falta de cooperación, y no consta que, aunque se reconoció irreprochable conducta y cooperación eficaz, que estas hayan influido como factor de rebaja de la multa, y que no se tuvieron en cuenta las medidas correctivas implementadas para la digitalización de bitácoras, que fueron acreditadas.

**B. ARGUMENTOS DE LAS RECLAMANTES R-20-2021 Y SU TERCERO
COADYUVANTE**

TERCERO. Las reclamantes solicitaron que se declare la ilegalidad de la resolución reclamada, y se deje sin efecto, sólo en cuanto al tipo de calificación del cargo N°1 y de la sanción impuesta a los cargos N°1 y N°5; para que, en cuanto al cargo N°1 se incremente proporcionalmente su sanción, y respecto del cargo N°5, se revoque la RCA, o se incremente la sanción en lo que el Tribunal estime pertinente. Basó lo anterior en los siguientes argumentos:

- 1) Respecto del cargo N°1, éste debió clasificarse como grave, de acuerdo al art. 36.2 LOSMA. A su juicio, los hechos imputados son un incumplimiento grave de las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto, conforme a su RCA. En ese sentido, sostiene que las dudas sobre el sistema de tratamiento de mortalidad y ensilaje fueron el objeto principal de debate en la evaluación ambiental del Proyecto, y también en el procedimiento administrativo sancionador. Agrega que las medidas para el manejo de la mortalidad son transversales a la RCA, y que el titular tiene el deber de llevar una contabilización diaria, fehaciente y disponible para las labores de fiscalización, tanto de la mortalidad como del sistema de ensilaje, que dicho deber está contenido en la Adenda I de la evaluación, y se trata de una medida para prevenir por completo o minimizar los posibles efectos adversos del Proyecto. Indica, además, que la RCA asume que no existirá impacto sobre el medio marino, que el manejo y disposición de la mortalidad será adecuado para no producir impacto, pero la ejecución del proyecto es distinta, pues el titular ha alterado, omitido y ocultado información que demostraría que, al contrario de lo declarado en la DIA, el impacto sobre el medio marino sí se produce.
- 2) Respecto del cargo N°5, este debió considerar la aplicación de la circunstancia del art. 40 letra h) de la LOSMA. A su juicio, la vulneración a las áreas silvestres protegidas incluye también situaciones de

riesgo, y el ocultamiento de información materializa dicho riesgo, y que éste no puede asimilarse al riesgo que se considera en el art. 40 letra a) de la LOSMA. Añade que, según las Bases Metodológicas para la Aplicación de Sanciones, la vulneración de estas áreas se produce por la introducción de un riesgo ambiental que puede amenazarla; que transgrede la normativa que tiene por objeto la protección del área protegida; y, por último, que uno de los factores que se debe tener en especial consideración para el análisis es el objetivo de conservación del área protegida en específico. Para determinar este objetivo debió aplicar el Convenio para la Diversidad Biológica, particularmente los objetivos de conservación in-situ allí establecidos, y la Convención de Washington. Además, sostiene que una sanción pecuniaria, independiente del monto, no es congruente con la gravedad del riesgo producido y los objetivos disuasivos y de protección ambiental y de salud; a su juicio, la empresa sería un infractor contumaz -para lo cual lista las sanciones que esta habría recibido- que obstruyó la investigación de la SMA y cuyas consecuencias de la conducta ilícita se desconocen, debido a que la empresa no hace entrega de todos los antecedentes solicitados y que la SMA no agotó los medios necesarios para determinar la verdadera entidad del daño o riesgo causados, ya que no hubo diligencias para esclarecer la disposición final de las mortalidades no ensiladas.

C. ARGUMENTOS DE LA SMA

CUARTO. A su turno, la SMA solicitó que se rechacen ambas reclamaciones, con costas. Sobre la reclamación R-19-2021, adujo las siguientes razones:

- 1) Sobre el decaimiento del procedimiento administrativo sancionador, sostuvo que dicho procedimiento demoró poco más de 2 años en su tramitación, pero de forma justificada, pues se tramitó el PdC y tras su rechazo, se concluyó diligentemente. Además, no se perdió la

finalidad disuasiva de las sanciones, ya que la empresa no acreditó haber regresado por completo al cumplimiento normativo.

- 2) Respecto del cargo N°1, afirmó que efectivamente se verifica. En ese sentido, indicó que la empresa tiene aprobados dos procedimientos relacionados: "Extracción de mortalidad y ensilaje en centro de cultivo" y "Clasificación de mortalidad y ensilaje". De su análisis, concluyó que este proceso no se siguió por la empresa. En ese sentido, los descargos sobre discrepancia se refieren sólo al proceso de retiro de mortalidad por buzos, que hace transcripción de tablilla a bitácora. Según la empresa, la bitácora de ensilaje sería uno de los registros manuales previos, que alimenta al software Fishtalk, lo cual no sería factible ya que, de acuerdo a sus propios procesos, el ensilaje y su respectiva bitácora no pueden ser previos a la extracción y registro en dicho software, ya que la desnaturalización de mortalidad debe ocurrir necesariamente después de la extracción, y no en sentido contrario. En relación a los errores de transcripción de los datos alegado por la empresa, la SMA estimó que esto era probable ocasionalmente, pero su generalización ocurre por el mal diseño del sistema de registro de mortalidades, que causa discrepancias en la trazabilidad y fidelidad de la información que debe reportarse periódicamente a SERNAPESCA. Añadió que, en la Tabla N°4 del informe, se observa que existen casos donde la discrepancia no puede explicarse por errores de transcripción ya que todas las cifras presentadas en los distintos registros disponibles difieren entre ellas. Estos casos representan el 63,8% de la información presentada para las fechas seleccionadas por la empresa, correspondientes al ciclo productivo 2013-2015. Agregó que, conforme al orden lógico de las etapas del proceso de extracción de mortalidad y ensilaje, el error recaería en la anotación manual efectuada en la bitácora de ensilaje. Por otra parte, sobre las discrepancias a partir de la estimación de

biomasa del software Fishtalk, se concluyó que la empresa no presentó antecedentes ni identificó datos o periodos que hayan sido afectados por esta estimación y que hayan generado una discrepancia en el registro de mortalidad extraída en comparación con los registros de las bitácoras de ensilaje. En cuanto a los decimales, indicó que tuvo por acreditada que las discrepancias constatadas entre el 1 de abril de 2016 y el 15 de marzo de 2017 corresponden a aproximaciones computacionales de Fishtalk, pero las constatadas desde esa última fecha y hasta diciembre de 2017 no responden a esto. Por otra parte, sostuvo que las guías de despacho de retiro de mortalidades presentadas por la empresa no lograron explicar las discrepancias constatadas entre la mortalidad retirada y la sometida a ensilaje.

Sobre las circunstancias del art. 40, letra i) de la LOSMA, indicó que se configura la falta de cooperación en el procedimiento porque la empresa ofreció en el segundo otrosí de los descargos un total de 25 documentos, de los cuales solo 14 fueron efectivamente presentados; no obstante, tras un requerimiento de información, la empresa la entregó de forma oportuna e íntegra, y se consideró cooperación eficaz, como un factor de disminución. Esto, porque en un mismo procedimiento administrativo sancionador puede haber cooperación eficaz y falta de cooperación, y se ponderan para disminuir o incrementar según su grado de relevancia.

- 3) Respecto del cargo N°4, afirmó que efectivamente se verifica. En lo relacionado con el sub-hecho 4, indicó que consideró que dos certificados tienen problemas de trazabilidad, ya que no contienen una numeración que los identifiquen, no se encuentran firmados por quien dice que los expide, uno de ellos hace referencia a una actividad posterior a su fecha de emisión, no incluyen información respecto de la nave en la que se realizó la actividad, a la vez que existen dudas razonables sobre la existencia de la empresa. En lo relacionado con el sub-hecho 2, afirmó que, según el Plan de Contingencia

de escape de peces contenido en la RCA, las mallas que son intercambiables entre sí para estos efectos son las redes de enmalle y las redes peceras, y que las redes pajareras no son aptas porque tienen diferente ancho de trama.

Sobre las circunstancias del art. 40, letra a) de la LOSMA, afirmó que se verificó que es un caso de peligro ocasionado, porque no había todos los medios materiales para aplicar las medidas de contingencia para florecimientos algales nocivos (FAN), relacionado con el sub hecho 1; tampoco había redes de enmalle para casos de fugas de peces, relacionado con el sub-hecho 2; y las mantenciones tienen como objeto prevenir eventos negativos, relacionados con los sub- hechos 3 y 4. En cuanto a la circunstancia del art. 40 letra c) de la LOSMA, declaró que, siendo correcto el análisis efectuado sobre el beneficio económico del sub-hecho 4, que no lo controvierte la empresa, sino que esta se refiere al del sub-hecho N°3, respecto del cual se determinó que no hubo tal beneficio, se debe rechazar la alegación por improcedente.

- 4) Respecto del cargo N°5, afirmó que efectivamente se verifica. Sostuvo que el ejercicio de la facultad de requerir información a los regulados se puede extender a las informaciones y los datos necesarios para el debido cumplimiento de sus funciones. Agrega que, según obligaciones de la RCA, las bitácoras son medios de prueba del ensilaje, y que son antecedentes que permiten acreditar el cumplimiento de la RCA del proyecto y que constituyen registros básicos que la industria mantiene, que en el caso concreto se trató de información reciente, central en la operación del CES, que se refiere a la gestión básica y más relevante de su actividad, que más incide en su producción y en los efectos ambientales que se derivan como consecuencia de ella, por lo que debe ser resguardada y que la SMA puede requerir. Añadió que, justificar la negativa de entrega de las bitácoras basado en la inexistencia de una obligación de contar con la información resulta

inaceptable, tanto como fundamentarla en grave negligencia de la misma empresa. Agregó que, si bien la obligación de mantener las bitácoras deriva de la RCA, esto no significa que la obligación de conservarlas se extingue una vez finalizado el ciclo productivo, sino que es un deber de la empresa llevar el registro de todo el ciclo productivo, y no de solo una parte o porción de él. Añade que la prueba de testigos es innecesaria, por ser redundante y sobreabundante. Añadió, que, a pesar de su supuesta destrucción accidental, la empresa había entregado copia digitalizada de las bitácoras disponibles a SERNAPESCA, en diciembre de 2017 en formato digital, por lo que su destrucción material no obstaría la entrega de al menos dicha información, y su negativa sería entonces deliberada. En relación con esto último, en cuanto a su clasificación, indicó que en la formulación de cargos se clasificó como gravísima por el art. 36 letras d) y e) de la LOSMA. En el caso de la letra d), porque la SMA desconoce los motivos para negar la entrega de la información requerida, sin descartar que fuera el encubrimiento u ocultamiento de otros incumplimientos del CES que podrían ser calificados como gravísimos de conformidad a la LOSMA. En el caso de la letra e) porque impide el ejercicio de las atribuciones de la SMA atendido a que obsta el análisis global de los antecedentes correspondiente al segundo ciclo productivo. La aplicación de la letra d) se descartó porque requiere de una intencionalidad particular, dirigida a encubrir u ocultar una infracción gravísima, de lo cual no existen antecedentes en el presente procedimiento. En cambio, la letra e) se confirmó porque no resulta admisible como justificación para no entregar la información requerida, la excusa originada en un hecho de tal negligencia imputable a la misma empresa, como lo es la destrucción de los únicos antecedentes existentes para comprobar el manejo adecuado de mortalidad, cuando ella sabía que esto estaba siendo analizado por la SMA. Agregó que, en la letra e), la expresión "deliberadamente" hace referencia a la

primera de las hipótesis que plantea la norma, es decir, que se "haya impedido deliberadamente la fiscalización", pero que no aplica para las dos hipótesis restantes, que haya "encubierto una infracción" o que haya "evitado el ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia". De esa forma, indicó que estimó configurada esta clasificación para la primera y tercera de estas hipótesis. Para la primera hipótesis, se verificaría la intencionalidad, porque la extrema negligencia de la empresa impidió una debida fiscalización y control, lo que junto a la calidad de sujeto calificado de la empresa, hizo que su actuar sea de tal gravedad que lo vuelve asimilable al dolo eventual; mientras que, para la tercera hipótesis, la intencionalidad no es relevante.

Sobre las circunstancias del art. 40 letra d) de la LOSMA, reiteró que hubo intencionalidad, y que la empresa es sujeto calificado; que no aplicó la falta de cooperación como factor de incremento, por lo que es improcedente; que las medidas correctivas, fueron consideradas en el cargo N°1 como un factor de disminución, porque sólo ahí eran aplicables.

- 5) En general, respecto de la debida motivación de las multas, respecto del componente de afectación, sostuvo que forma parte del elemento discrecional del acto administrativo sancionador, y que tanto la doctrina como la jurisprudencia rechazan confinar dicha discrecionalidad a fórmulas matemáticas, ya que puede incentivar que se hagan análisis costo-beneficio para decidir incumplir la regulación.

QUINTO. Por su parte, sobre la reclamación R-20-2021, adujo las siguientes razones para su rechazo:

- 1) Respecto del cargo N°1, indicó que coincide en que consiste en un incumplimiento de una de las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto, pero estimó que no era de la magnitud suficiente como para consistir en un incumplimiento "grave" de la medida.
- 2) Respecto del cargo N°5, indicó que la revocación de la

RCA no resulta del todo disuasiva, pues el titular puede volver a obtenerla, y la clausura aparece como una opción totalmente desproporcionada. Añadió que, precisamente por no tener completa certeza del destino de la mortalidad, determinó el riesgo para el escenario más desfavorable, el cual corresponde a que la mortalidad haya sido vertida en el medio marino, que es lo alegado por las reclamantes. Por último, respecto de la aplicación de la circunstancia del art. 40 letra h) de la LOSMA, afirmó que el disvalor asociado al riesgo generado por la no entrega de información ya fue incorporado por el legislador al calificar dicha conducta como gravísima.

II. CONTROVERSIAS

SEXTO. Que, examinadas las alegaciones de las partes, el Tribunal considera que existen las siguientes controversias:

- a) Procedencia del decaimiento del procedimiento administrativo sancionador.
- b) Controversias vinculadas al cargo N°1, a saber:
 - La configuración del cargo;
 - La clasificación de su gravedad;
 - La aplicación de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA; y
 - La motivación del monto de la multa en el componente de afectación.
- c) Controversias vinculadas al cargo N°4, a saber:
 - La configuración del cargo; y
 - La aplicación de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA.
- d) Controversias vinculadas al cargo N°5, a saber:
 - La configuración del cargo;
 - La clasificación de su gravedad;
 - La aplicación de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA; y,
 - La naturaleza de la sanción misma.

A. PROCEDENCIA DEL DECAIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

SÉPTIMO. Que, a fs. 9 y ss., la empresa alegó que el procedimiento administrativo sancionador se extendió más allá del tiempo establecido en la ley, que es de dos años según jurisprudencia de la Corte Suprema. Agregó que se formularon cargos el 19 de agosto de 2019 y se sancionó a la empresa el 6 de septiembre de 2021, esto es, dos años y dos semanas después. A su juicio, la demora de la SMA ha sido excesiva e injustificada, dado que una vez presentados los descargos el 17 de junio de 2020, la SMA mantuvo paralizada la tramitación del procedimiento de manera injustificada e incomprensible hasta el 3 de agosto de 2021. La demora de la SMA ha hecho que las sanciones impuestas se hayan tornado ineficaces, por haberse perdido su finalidad preventiva y represora. De igual forma, añadió que la empresa ya subsanó todas las fallas de gestión.

OCTAVO. Que, a fs. 267 y ss., la SMA solicitó el rechazo de esta alegación, fundada en que el procedimiento administrativo demoró más de dos años en concluir, pero esa tardanza se encuentra debidamente justificada. Alegó que se realizaron diferentes diligencias destinadas, por un lado, a la tramitación y aprobación de un PdC, y por el otro, las propias para concluir el procedimiento sancionatorio una vez rechazado el PdC. Finalizó señalando que el transcurso del tiempo no hace perder la finalidad disuasiva de las sanciones.

NOVENO. Que, el denominado decaimiento o imposibilidad material de continuación del procedimiento administrativo sancionador es una institución de origen jurisprudencial que determina la ineficacia del procedimiento cuando la Administración ha tardado injustificadamente su conclusión en un plazo razonable. El plazo que la Corte Suprema consideraba -al momento de dictarse el acto terminal de este procedimiento-, es de dos años contados del inicio del procedimiento administrativo. Vale decir, que, desde el inicio al término del procedimiento no pueden transcurrir injustificadamente más de dos años, de manera que si la autoridad supera ese término la sanción pasa a ser ineficaz para el cumplimiento de sus fines.

DÉCIMO. Que, conforme lo indicado, para que concurra la imposibilidad de continuación del procedimiento administrativo es necesario que se cumplan tres requisitos: a) que entre el inicio y el término del procedimiento administrativo hayan transcurrido más de años; b) que esa tardanza o dilación sea injustificada; c) que opere petición del interesado en sede judicial alegando esta causal de ineficacia del acto administrativo. Este último requisito no se encuentra en discusión, por lo cual solo revisarán el primero y segundo.

UNDÉCIMO. Que, respecto al inicio y término del procedimiento, lo que primero que se debe clarificar es que la Corte Suprema ha resuelto reiteradamente que el inicio del procedimiento sancionador ambiental se produce con la formulación de cargos (Rol CS N° 34.496-2021, "Compañía Puerto de Coronel S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente"; Rol CS N°38.340-2016, "Exportadora Los Fiordos Ltda. con Superintendencia del Medio Ambiente"). En la especie, consta a fs. 337, que la formulación de cargos se realizó por Res. Ex. N°1/D-100-2019, de 19 de agosto de 2019. Por otro lado, según consta a fs. 6782 y ss., el procedimiento concluyó con la Resolución Sancionatoria, Res. Ex. N° 1968, de 6 de septiembre de 2021. Como se puede apreciar, entre el inicio del procedimiento y su conclusión, transcurrieron más de dos años, específicamente 25 meses aproximadamente. Por tal razón, se cumple con el primer supuesto de esta institución.

DUODÉCIMO. Que, en relación al segundo de los requisitos, esto es, que la tardanza o dilación sea injustificada, a juicio del Tribunal se debe ponderar la complejidad del asunto, la regulación específica del procedimiento y la naturaleza de las actuaciones realizadas por la autoridad administrativa en el contexto del procedimiento sancionatorio. Estos elementos deben ser considerados al momento de verificar la tardanza o demora en dictar el acto terminal, dado que, por una parte, el presunto infractor goza de facultades que puede ejercer el contexto del procedimiento y que pueden favorecer la dilación y, por otra parte, la autoridad administrativa goza de espacios para manejar la sustanciación del procedimiento conforme mejor le parezca al interés general.

DECIMOTERCERO. Que, tal como se ha decidido por este Tribunal

en causa R-29-2021: "el tiempo empleado en la tramitación del Programa de Cumplimiento (en adelante, PdC) no puede ser considerado, por regla general, para configurar la imposibilidad de continuación del procedimiento administrativo. Es aquí donde cobra relevancia la regulación específica del procedimiento sancionatorio. En efecto, el art. 42 de la LOSMA dispone que el infractor podrá presentar en el plazo de 10 días, contado desde el acto que lo incoa, un PdC. Este PdC es tramitado conforme lo dispone el art. 8 y siguientes del DS N°30, Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación. La presentación de un PdC es un derecho o facultad del presunto infractor, por lo que la autoridad administrativa está en el deber de efectuar todas las diligencias y actuaciones necesarias para definir si se cumplen los requisitos de aprobación, incluso asistir al regulado si este lo requiere".

DECIMOCUARTO. Que, sobre el particular, constan las siguientes actuaciones realizadas en el contexto del PdC:

- a) A fs. 1959, el 27 de agosto de 2019, se solicita ampliación de plazos para presentación de PdC y descargos por parte de Nova Austral S.A.;
- b) A fs. 1963, el 28 de agosto de 2019, consta la Res. Ex. N°2/2019 de la SMA mediante la cual se concede solicitud de ampliación de plazo;
- c) A fs. 1967, el 30 de agosto de 2019, consta reunión de asistencia al cumplimiento con Nova Austral;
- d) A fs. 1969 y ss., el 10 de septiembre de 2019, consta la presentación de la primera versión de PdC;
- e) A fs. 2160, el 22 de noviembre de 2019, consta la Res. Ex. N°3/2019, en la que se formulan observaciones por la SMA al PdC presentado por la empresa;
- f) A fs. 2183, el 29 de noviembre de 2019, consta la solicitud de reconsideración de plazo para presentar PdC;
- g) A fs. 2185, el 3 de diciembre de 2019, consta Res. Ex. N°4/2019, que resuelve la solicitud de ampliación de plazo.
- h) A fs. 2188, el 6 de diciembre de 2019, consta la presentación del PdC refundido acompañado por la empresa.
- i) A fs. 4590, el 27 de enero de 2020, consta la Res. Ex.

N°5/2020, mediante la cual la SMA formula observaciones al PdC presentado por la empresa.

- j) A fs. 4608, el 30 de enero de 2020, consta la solicitud de ampliación de plazo para la presentación del PdC refundido.
- k) A fs. 4609, el 4 de febrero de 2020, mediante Res. Ex. N°6/2019, la SMA concede ampliación de plazo.
- l) A fs. 4613, de 18 de febrero de 2020, se presenta PdC por parte de la empresa.
- m) A fs. 4653, mediante Res. Ex. N° 518, de 23 de marzo de 2020 consta la suspensión del procedimiento administrativo por COVID-19.
- n) A fs. 4657, mediante Res. Ex. N° 548, de 30 de marzo de 2020, consta la suspensión del procedimiento administrativo por COVID-19.
- o) A fs. 4661, mediante Res. Ex. N° 575, de 7 de abril de 2020, consta la suspensión del procedimiento administrativo por COVID-19.
- p) A fs. 4669, mediante Res. Ex. N° 7/Rol D-100-2019, de 20 de mayo de 2020, se rechaza el PdC presentado por la empresa.

DECIMOQUINTO. Que, se puede apreciar que, desde la formulación de cargos, el 19 de agosto de 2019, hasta el rechazo del PdC, el 20 de mayo de 2020, transcurrieron aproximadamente nueve meses, durante los cuales, tanto el regulado como la autoridad gestionaron diversos aspectos jurídicos y técnicos vinculados al PdC. En este tiempo no se mantuvo paralizado el procedimiento; más bien se realizaron gestiones compatibles con la complejidad y número de cargos imputados a la empresa.

DECIMOSEXTO. Que, desde la resolución que rechazó el PdC, el 20 de mayo de 2020 hasta el acto terminal, el 6 de septiembre de 2021, transcurrieron aproximadamente 16 meses. En este periodo de tiempo el procedimiento tampoco estuvo detenido o paralizado. En efecto, consta que con posterioridad al rechazo del PdC, se realizaron las siguientes actuaciones en el procedimiento sancionatorio:

- a) A fs. 4701, consta la presentación de los descargos por parte de Nova Austral efectuada el 17 de junio de 2020

(fs. 4955), escrito en que se acompañan documentos y se solicitan diligencias probatorias.

- b) A fs. 4853, consta la Res. Ex. N°9/2021, de 3 de agosto de 2021, mediante la cual se tiene por presentados los descargos, acompañados los documentos y requiere información a Nova Austral S.A.
- c) A fs. 4961, en presentación de 18 de agosto de 2021, la empresa solicita ampliación de plazo.
- d) A fs. 4962, consta la Res. Ex. N°10/2021, de 20 de agosto de 2021, mediante la cual se concede solicitud de ampliación de plazo.
- e) A fs. 4967, el 1 de septiembre de 2021, consta escrito de Nova Austral mediante la cual da cumplimiento al requerimiento de información.
- f) A fs. 6676, mediante Res. Ex. N°11, de 1 de septiembre de 2021, se tienen por agregados al expediente una serie de documentos acompañados por Nova Austral y se declara cerrada la investigación.
- g) A fs. 6685 y ss., consta el Dictamen del procedimiento sancionatorio con la propuesta de sanción.
- h) A fs. 6782 y ss., consta el acto terminal, esto es, la resolución reclamada.

DECIMOSEPTIMO. Que, de acuerdo a lo reseñado, se desprende que el periodo de inactividad más amplio ocurrió desde la presentación de los descargos el 17 de junio de 2020, hasta la Res. Ex. N°9/2021, de 3 de agosto de 2021, mediante la cual se tiene por presentados los descargos, acompañados los documentos y requiere información a Nova Austral S.A. Este espacio de tiempo si bien parece excesivo, tiene su explicación en la naturaleza y complejidad del asunto, la revisión de los antecedentes presentados por Nova Austral, y la necesidad de generar una diligencia probatoria con un nuevo requerimiento de información. Adicionalmente, es un hecho público y notorio que el año 2020 fue particularmente complejo para el manejo de la pandemia en nuestro país, lo que repercutió en la eficiencia con la que se desarrollaban muchas de las funciones públicas, máxime aún en el contexto de expedientes administrativos físicos como los que maneja la SMA. Por ende, por más que sea deseable que la autoridad administrativa realice sus

actuaciones con celeridad y premura, en la especie, se han realizado actuaciones y diligencias relevantes durante todo el tiempo en que duró el procedimiento sancionatorio. Por estas razones, la solicitud de que se declare el decaimiento o imposibilidad de continuar con el procedimiento será desestimada.

B. CONTROVERSIAS VINCULADAS AL CARGO N°1.

DECIMOCTAVO. Que, la empresa señaló que no se configuró la infracción imputada. Alegó que la SMA no consideró la argumentación y prueba rendida respecto del manejo de mortalidades (fs. 20 y 21). Tampoco habría considerado que la totalidad de la mortalidad extraída durante los ciclos productivos 2013-2015 y 2016-2018 fue ensilada y retirada del CES, a pesar de haberse acreditado tal circunstancia con las guías de despacho de retiro de mortalidades que se acompañaron a los Descargos. Agregó, que las discrepancias numéricas entre las mortalidades extraídas y las sometidas a ensilaje, se puede explicar por: a) errores de tipeo al pasar los datos de las mortalidades desde las bitácoras al software Fishtalk; b) estimación de la biomasa del software Fishtalk, y; c) aproximaciones de valores decimales del software Fishtalk. Además, la SMA comparó pesos de peces muertos con pesos de peces vivos, los que no son equiparables. Añadió que, si bien existieron discrepancias numéricas entre la mortalidad extraída desde el CES y las sometidas a ensilaje producto de las causas ya mencionadas, no existió un inadecuado manejo de las mortalidades por cuanto la totalidad de éstas fue extraída de las jaulas durante los ciclos productivos 2013-2015 y 2016-2018, ensilada y retirada del CES.

En relación a las circunstancias del art. 40 de la LOSMA, la empresa alegó que el beneficio económico determinado es completamente infundado ya que no cometió la infracción y sí incurrió en el costo de ensilaje y traslado a disposición final (fs. 22). Añadió, respecto de la falta de cooperación, que la no entrega de la bitácora del ciclo productivo 2016-2018 no significa una falta de cooperación en el procedimiento, pues la empresa no cuenta con copia física ni digitalizada de esta,

que se destruyó accidentalmente (fs. 23). Añadió que la SMA le imputa la no presentación de documentos cuya recepción fue confirmada por ella misma y que la empresa cooperó en el procedimiento por lo que dicha circunstancia debería operar a su favor y no en contra (fs. 23 y 24). Por último, señaló que la resolución reclamada carece de fundamentación dado que no se argumenta como de 41 UTA de beneficio económico se pasa a 266 UTA, es decir, no están justificadas 225 UTA de diferencia (fs. 24 y 25).

DECIMONOVENO. Que, el Reclamante en causa R-20-2021, señaló que esta infracción debió ser clasificada como grave de acuerdo al art. 36 N°2, letra e) de la LOSMA. Argumentó que la infracción incurre en un incumplimiento grave de las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos del Proyecto, conforme su RCA (fs. 31). Señaló que las dudas sobre el sistema de tratamiento de mortalidad y ensilaje fueron el objeto principal de debate en el SEIA, y también en el procedimiento administrativo sancionador (fs. 32). Añadió que las medidas para el manejo de la mortalidad son transversales a la RCA. El deber del titular de llevar una contabilización diaria, fehaciente y disponible para las labores de fiscalización, tanto de la mortalidad como del sistema de ensilaje, contenida en el Adenda I de la evaluación, son medidas para prevenir por completo o minimizar los posibles efectos adversos del Proyecto (fs. 33). Por último, agregó que los considerandos 252 y 253 de la Resolución Sancionatoria la SMA describe un riesgo asociado, que no se condice con la gravedad de la infracción (fs. 34).

VIGÉSIMO. Que, la SMA solicita el rechazo de estas alegaciones. En cuanto a la configuración de la infracción señala que la empresa tiene un procedimiento de "Extracción de mortalidad y ensilaje en centro de cultivo", y el procedimiento "Clasificación de mortalidad y ensilaje". Este procedimiento exige que, tras el proceso de extracción, y antes de trasladar la mortalidad a clasificación y ensilaje, se debe cuantificar y registrar el número de peces. Luego de la extracción, la mortalidad debe ser trasladada mediante tachos o *bins* cerrados a la plataforma de ensilaje donde será pesada, registrando el número de tacho que indica la balsa jaula, y el peso obtenido,

y luego clasificada según la causa de mortalidad. Posteriormente, tras el proceso de desnaturalización o ensilaje, se "deberá pesar la mortalidad extraída por cada balsa jaula, para registrar con exactitud el peso de la biomasa muerta a procesar". Este proceso no se siguió. Añade que la discrepancia se refiere sólo al proceso de retiro de mortalidad por buzos (transcripción de tablilla a bitácora, y no de los otros métodos como *lift-up* y peces moribundos). Advierte que, según la empresa, la bitácora de ensilaje sería uno de los registros "a mano" previos, que alimenta a Fishtalk, lo cual no es factible ya que, de acuerdo a sus propios procesos, el ensilaje y su respectiva bitácora no pueden ser previos a la extracción y registro en Fishtalk, ya que la desnaturalización de mortalidad debe ocurrir necesariamente después de la extracción, y no en sentido contrario. En relación a los errores de transcripción de los datos alegado por la empresa, la SMA estimó que era probable que en diversas ocasiones haya habido un intercambio de los valores de biomasa acumulada y N° de peces ensilados, con la biomasa acumulada y N° de peces retirados desde las balsas jaulas. Por último, indicó que las guías de despacho de retiro de mortalidades presentadas por la empresa no lograron explicar las discrepancias constatadas entre la mortalidad retirada y la sometida a ensilaje.

Por su parte, en relación a las circunstancias del art. 40 de la LOSMA, específicamente respecto de la letra i), esto es, la falta de cooperación en el procedimiento, señaló que la empresa ofreció en el segundo otrosí de los descargos un total de 25 documentos, de los cuales solo 14 fueron efectivamente presentados; pero tras un requerimiento de información, entregó la información de forma oportuna e íntegra, y se consideró la cooperación eficaz, como un factor de disminución. Agregó que en un procedimiento administrativo sancionador puede haber cooperación eficaz con la falta de cooperación a la vez, y se ponderan a la baja o al alza según grado de relevancia.

En relación a la clasificación de la gravedad de la infracción la SMA solicitó su rechazo. Señaló que efectivamente el cargo N°1 consiste en un incumplimiento de una de las medidas contempladas en la RCA para eliminar o minimizar los efectos

adversos del Proyecto; sin embargo, estimó que no concurre el supuesto de magnitud suficiente que permite configurar el incumplimiento "grave" de la medida.

VIGÉSIMO PRIMERO. Que, como se puede apreciar existen cuatro controversias asociadas a este cargo: a) La configuración del cargo; b) La clasificación de su gravedad; c) La aplicación de las circunstancias del art. 40 LOSMA, y; d) La motivación de la Resolución Sancionatoria en torno al monto de la multa. Por ende, el Tribunal abordará cada una de estas controversias por separado.

1) LA CONFIGURACIÓN DEL CARGO.

VIGÉSIMO SEGUNDO. Que, el Cargo N°1, imputado a la empresa es el siguiente: *"Inadecuado manejo de las mortalidades generadas en el CES en los ciclos productivos 2013-2015 y 2016-2018, manifestada en las discrepancias numéricas existentes entre la mortalidad extraída desde las jaulas del CES Aracena 19 y las sometidas al sistema de ensilaje"* (fs. 355). La Resolución Sancionatoria entiende configurado este cargo desde los considerandos 49 a 88, de fs. 6798 a 6815.

VIGÉSIMO TERCERO. Que, como primera cuestión, se debe indicar que el cargo imputado a la empresa se vincula a un inadecuado manejo de las mortalidades, lo que se manifiesta en la discrepancia observada entre los registros de mortalidad extraída desde las jaulas del CES Aracena 19 y las sometidas al sistema de ensilaje. El hecho imputado, sobre el que no existe discusión entre las partes, es la deficiencia detectada en los registros de la empresa que impiden explicar la diferencia numérica entre peces muertos y ensilados. En este sentido, a juicio del Tribunal, era obligación de la Reclamante llevar un sistema de registro y contabilidad de mortalidades y ensilaje que asegure su fiabilidad y trazabilidad, de manera que la autoridad pueda realizar su labor de control en el cumplimiento de la RCA y la normativa ambiental.

VIGÉSIMO CUARTO. Que, por otro lado, los errores en que habría incurrido la empresa y que le servirían para justificar la diferencia de 20 toneladas entre las mortalidades y los peces sometidos a ensilaje, demuestra su actuar descuidado

sobre un aspecto particularmente sensible en la industria acuícola (como es el manejo de mortalidades) y que son de su exclusiva responsabilidad. Al efecto, y como se expondrá en la próxima controversia, el manejo adecuado de las mortalidades es una tarea compleja sometida a obligaciones de registro, manejo, control y operación de residuo, por lo que su cumplimiento debe ser observado estrictamente por el titular. El no hacerlo, por causas que le son imputables exclusivamente, constituye un actuar descuidado en relación a los deberes impuestos en la RCA en torno a una adecuada trazabilidad de la gestión ambiental de las mortalidades del CES.

VIGÉSIMO QUINTO. Que, por otro lado, el titular argumenta que las guías de despacho y certificados de recepción, acompañadas al procedimiento sancionador permiten acreditar que la totalidad de las mortalidades fue efectivamente ensilada y retirada del CES. A continuación, se presenta una tabla con la información proporcionada por el titular, correspondiente a los ciclos productivos 2013-2016 y 2016-2018, la que se confecciona en colores según la siguiente leyenda:

- a) Verde: información concordante entre Guía de Despacho y Certificado de Recepción, que además tiene individualizado el aporte específico del CES.
- b) Amarillo: información individualizada para el CES en la Guía de despacho de Nova Austral, pero no individualizada en el Certificado de Recepción de Fiordo Austral.
- c) Anaranjado: información no individualizada en la Guía de Despacho ni en el Certificado de Recepción.
- d) Celeste: Información de Guías de Despacho que no presenta el correspondiente Certificado de Recepción.

Tabla N°1: Resumen de información disponible de Guías de Despacho y Certificados de Recepción de mortalidades ensiladas presentadas por el titular.

Fecha envío Nova Austral	N° Guía	Fs.	Cantidad	Rec.	Fecha recepción	Fs.	Ton guía	Ton romana	N° CES
30 dic 2014	804	2521	22*	FA	9 ene 2015	2520	22*	23,73*	6
2 feb 2015	828	2523	22*	FA	6 feb 2015	2522	22*	26,02*	6
4 feb 2015	2373	2528	22*	FA	13 feb 2015	2522	22*	25,43*	6
6 feb 2015	1447	2527	22*	FA	13 feb 2015	2522	22*	24,68*	6
16 feb 2015	836	2524	22	FA	20 feb 2015	2522	22	25,41	1
16 feb 2015	841	6331	23	FA	20 feb 2015	6328	23	23,2	1

Fecha envío Nova Austral	N° Guía	Fs.	Cantidad	Rec.	Fecha recepción	Fs.	Ton guía	Ton romana	N° CES
19 feb 2015	844	6332	23	FA	27 feb 2015	6328	23	25,56	1
22 feb 2015	853	2525	23	FA	27 feb 2015	2522	23	22,66	1
23 feb 2015	854	2526	23	FA	27 feb 2015	2522	23	23,41	1
28 feb 2015	868	2529	23	FA	7 mar 2015	6337	23	30,27	1
2 mar 2015	869	2530	23*	FA	7 mar 2015	6337	23*	21,75*	2
11 mar 2015	900	2531	23*	FA	17 mar 2015	6337	23*	22,28*	7
23 mar 2015	1965	2532	23*	FA	30 mar 2015	6337	23*	25,22*	5
24 mar 2015	1984	6342	23*	FA	23 mar 2015	6337	23*	24,73*	4
24 mar 2015	1988	6344	18						1
24 mar 2015	1990	6345	23*						2
26 mar 2015	3526	6343	23*	FA	30 mar 2015	6337	23*	23,79*	3
2 abr 2015	5215	6346	19*						6
20 abr 2015	5240	6347	23*						4
6 may 2015	5255	2535	23*	FA	15 mayo 2015	2534	23*	23*	6
27 may 2015	6755	2537	23*	FA	3 jun 2015	2536	23*	22,25*	7
8 jun 2015	6876	2538	23*	FA	16 jun 2015	2536	23*	23*	8
25 jun 2016	9949	2267	22,5*	FA	2 jul 2016	2266	22,5*	20,01*	7
31 oct 2016	4892	2269	20*	FA	8 nov 2016	2268	20*	19,78*	6
2 dic 2016	4937	5026	27*	FA	6 dic 2016	5025	27*	24,69*	6
12 dic 2016	4957	5027	20*	FA	17 dic 2016	5025	20*	18,42*	6
4 ene 2017	4995	5391	24*	FA	10 ene 2017	5390	24*	23,43*	6
5 ene 2017	4996	2271	24*	FA	10 ene 2017	5390	24*	25,33*	6
10 ene 2017	33001	2272	22*	FA	30 ene 2017	5390	22*	14,22*	6
16 ene 2017	33013	2273	20*	FA	30 ene 2017	5390	20*	22,73*	2
30 ene 2017	33099	5397	22*	FA	7 feb 2017	5395	22*	24,65*	6
6 feb 2017	34003	2275	24*	FA	15 feb 2017	5395	24*	23,4*	7
10 feb 2017	32457	2277	18*	FA	4 mar 2017	5399	18*	17,79*	7
13 feb 2017	32413	2274	24*	FA	17 feb 2017	5395	24*	27,16*	6
22 feb 2017	32449	2276	24*	FA	2 mar 2017	5399	24*	25,34*	6
28 feb 2017	32460	2278	22*	FA	9 mar 2017	5399	22*	24,67*	5
3 mar 2017	37068	2280	24*	FA	29 abr 2017	5404	24*	27,7*	8
9 mar 2017	32486	2279	22,5*	FA	20 mar 2017	5399	22,5*	25,23*	6
10 may 2017	39204	2282	24*	FA	17 may 2017	5406	24*	25,41*	6
13 may 2017	39214	2283	19*	FA	19 may 2017	5406	19*	17,42*	5
1 jun 2017	39239	2284	20*	FA	9 jun 2017	5409	20*	27,58*	4
8 jun 2017	39256	2285	3,5	FA	19 jun 2017	5409	24*	24,93*	1
27 jun 2017	39274	2287	5,5	FA	3 jul 2017	5412	22*	28,42*	1
27 jun 2017	39275	2288	4	FA	6 jul 2017	5412	22*	28,49*	1
6 jul 2017	39289	5416	6,2	FA	14 jul 2017	5412	23,4*	23,09*	1
7 jul 2017	39290	5417	5,5	FA	20 jul 2017	5412	22*	24,43*	1
14 jul 2017	31901	2286	12	FA	19 jul 2017	5412	23*	21,66*	1
2 ago 2017	31937	2289	5,8	FA	9 ago 2017	5418	23*	20,93*	1
3 ago 2017	31938	2290	6,3	FA	10 ago 2017	5418	23*	22,73*	1
11 ago 2017	31953	2291	6,3	FA	23 ago 2017	5418	6,3	6,97	1
25 ago 2017	31977	5424	8,7	FA	4 sep 2017	5422	8,7	8,67	1
25 ago 2017	31978	2294	6,8	FA	4 sep 2017	2292	6,8	7,37	1
22 sep 2017	45203	2295	17,02	FA	28 sep 2017	2292	17,02	20,99	1
30 sep 2017	45204	5430	7,5	FA	14 oct 2017	5427	7,5	7,48	1
30 sep 2017	45205	2296	13,8	FA	7 oct 2017	5427	13,8	15,44	1
6 oct 2017	45208	2297	3,4	FA	30 oct 2017	5428	3,4	3,38	1
17 oct 2017	45221	2298	3,01	FA	28 oct 2017	5428	3,01	3,61	1
24 oct 2017	45226	2299	3,4	FA	30 oct 2017	5428	3,4	3,65	1

Fecha envío Nova Austral	N° Guía	Fs.	Cantidad	Rec.	Fecha recepción	Fs.	Ton guía	Ton romana	N° CES
24 oct 2017	45227	2300	24,4	FA	30 oct 2017	5428	24,4	22,69	1
30 oct 2017	45229	5438	7,5	FA	20 nov 2017	5436	7,5	7,82	1
6 nov 2017	45236	2301	19	FA	10 nov 2017	5436	19	7,51	1
6 nov 2017	45237	2302	24	FA	22 nov 2017	5437	24	24,41	1
9 nov 2017	45238	5441	13,7	FA	14 nov 2017	5436	13,7	14,83	1
17 nov 2017	45246	5446	4,6	FA	5 dic 2017	5442	4,6	5,23	1
30 nov 2017	45250	2303	7,6	FA	6 dic 2017	5442	7,6	7,4	1
30 nov 2017	37731	5445	5,46	FA	6 dic 2017	5442	5,46	7,56	1
1 dic 2017	45252	2304	6,1	Fa	12 dic 2017	5443	6,1	5,48	1
5 dic 2017	45253	2305	7,7	FA	11 dic 2017	5443	7,7	9,26	1
11 dic 2017	45255	2306	14,4	FA	15 dic 2017	5443	14,4	16,36	1
15 dic 2017	45259	2307	12,2	FA	22 dic 2017	5443	12,2	18,44	1
29 dic 2017	45267	2308	10,4	FA	2 ene 2018	2058	10,4	11,21	1
05 ene 2018	45283	2054	7,7	FA	18 ene 2018	2058	7,7	7,29	1
05 ene 2018	45284	2055	4,7	FA	19 ene 2018	2059	4,7	5,02	1
09 ene 2018	45286	2056	5,5	FA	18 ene 2018	2058	5,5	6,65	1
15 ene 2018	45292	2057	4,7	FA	19 ene 2018	2059	4,7	5,09	1
22 ene 2018	56232	2064	4,8	FA	3 feb 2018	2061	4,8	5,33	1
24 ene 2018	56252	2065	3,5	FA	12 feb 2018	2062	3,5	3,97	1
26 ene 2018	56276	2066	4,7	FA	3 feb 2018	2061	4,7	4,9	1
26 ene 2018	57416	2069	4,2	FA	16 feb 2018	2062	4,2	4,44	1
26 ene 2018	57417	2070	7,7	FA	20 feb 2018	2062	7,7	8,14	1
02 feb 2018	57062	2067	3,7	FA	12 feb 2018	2061	3,7	3,84	1
06 feb 2018	57086	2068	1,2	FA	20 feb 2018	2062	1,2	1,23	1
10 feb 2018	57418	2071	6,3	FA	21 feb 2018	2063	6,3	6,91	1
14 feb 2018	57463	2072	2,6	FA	20 feb 2018	2062	2,6	3,01	1
15 feb 2018	57475	2073	7,6	FA	27 feb 2018	2063	7,6	8,67	1
23 feb 2018	58029	2074	7,7	FA	27 feb 2018	2063	7,7	7,55	1
28 feb 2018	58067	2078	0,9	FA	14 mar 2018	2075	0,9	1,05	1
15 mar 2018	59018	2079	6,4	FA	26 mar 2018	2076	6,4	6,65	1
20 mar 2018	59045	2080	0,9	FA	29 mar 2018	2076	0,9	1,07	1
23 mar 2018	59089	2084	0,7	FA	2 abr 2018	2081	0,7	0,76	1
10 may 2018	61566	2085	6,0						1
18 may 2018	62028	2089	8,8	FA	1 jun 2018	2086	8,8	10,04	1
24 oct 2018	70307	2587	30U 2323L						1
6 nov 2018	70340	2576	2U 1117L						1
15 nov 2018	71720	2044	2,3	FA	27 nov 2018	2045	2,1	2,33	1
17 nov 2018	71805	2582	20U 850L						1
22 nov 2018	71831	2586	20U 585L						1
30 nov 2018	73013	2591	20U 998L						1
6 dic 2018	73022	2577	20U 927L						1
07 dic 2018	73301	2048	3,2	FA	28 dic 2018	2051	3,2	3,42	1
07 dic 2018	73302	2049	2,3	FA	28 dic 2018	2051	2,3	2,41	1
9 dic 2018	73035	2579	20U 544L						1
13 dic 2018	73347	2050	1,4	FA	28 dic 2018	2051	1,4	1,43	1
19 dic 2018	73048	2583	40U 904L						1
21 dic 2018	73178	2585	5U 440L						1
29 dic 2018	73905	2590	20U 1454L						1
4 ene 2019	73975	2573	10U 1184L						1
16 ene 2019	75312	2571	20U 1898L						1
27 ene 2019	75245	2589	10U 2461L						1

Fecha envío Nova Austral	N° Guía	Fs.	Cantidad	Rec.	Fecha recepción	Fs.	Ton guía	Ton romana	N° CES
7 feb 2019	75918	2569	20U 536L						1
13 feb 2019	75931	2558	20U 831L						1
19 feb 2019	75949	2565	10U 860L						1
1 mar 2019	76654	2568	30U 1542L						1
7 mar 2019	76671	2570	20U 1055L						1
13 mar 2019	76687	2581	1000m ³ 1103L						1
25 mar 2019	77954	2588	4U 1899L						1
30 mar 2019	77913	2572	20U 1019L						1
5 abr 2019	77931	2560	50U 1486L						1
16 abr 2019	77935	2563	80U 3029L						1
20 abr 2019	77945	2584	20U 1268L						1
26 abr 2019	80009	2567	30U 1378L						1
3 may 2019	80039	2559	20U 909L						1
5 may 2019	80041	2574	20U 1024L						1
12 may 2019	80656	2580	20U 1449L						1
15 may 2019	80663	2562	40U 720L						1
25 may 2019	80694	2566	10U 2578L						1
31 may 2019	80636	2592	10U 1922L						1
5 jun 2019	82158	2575	100U 1929L						1
7 jun 2019	82161	2578	100U 639L						1
11 jun 2019	82165	2561	100U 1507L						1
16 jun 2019	82175	2564	2284L						1

Fs: foja; Cantidad: cantidad indicada en la Guía de Despacho expresada en toneladas, a menos que se indique unidad distinta; Rec: Recepcionado por; Ton guía: toneladas que señala el Certificado de Recepción al contrastar con la Guía de Despacho; Ton romana: toneladas que señala el Certificado de Recepción que fueron recepcionadas en planta; N° CES: número de centros que aportaron para el pesaje final, cuando el aporte de cada uno de ellos no se encuentre individualizado; *: valor que corresponde a más de un CES, sin que el aporte se encuentre individualizado para cada uno de ellos; FA: Fiordo Austral.

VIGÉSIMO SEXTO. Que, los antecedentes acompañados por Nova Austral son posibles de separar en tres grupos de documentos:

a) Guías de despacho con individualización del CES del cual proviene la mortalidad; b) Guías de despacho sin individualización del CES del cual proviene la mortalidad; c) Certificados de Recepción que no presentan las Guías descritas.

En cuanto al primer grupo de documentos, estos dan cuenta de la entrega y recepción de material biológico ensilado proveniente del CES Aracena 19; sin embargo, el peso y volumen que se indica no necesariamente dice relación con la masa efectiva de mortalidad. Esto es indicado expresamente por la SMA a fs. 4604, en la Res. Ex. N°5/Rol D-100-2019: *"En lo que respecta a la descripción de los efectos negativos producidos por la infracción o la fundamentación de su inexistencia, se hace presente a la empresa que el hecho infraccional se refiere*

principalmente a la remisión de información sobre la mortalidad sometida a ensilaje, por lo que la reconstrucción de dicha información en base a la mortalidad ya procesada y ensilada solo podría ser posible si es que para ello se considera también el volumen de ácido fórmico y agua utilizada, y la densidad de la mortalidad". De igual forma, según la Res. Ex. 1468, de 28 de junio de 2012, de Sernapesca, que aprueba el Programa Sanitario General de Manejo de Mortalidades y sistema de clasificación estandarizado a categorías preestablecidas, el "Ensilaje" es un "procedimiento de transformación de la mortalidad mediante una molienda y adición de ácido fórmico hasta alcanzar y mantener un pH 4 en una mezcla homogénea" (Punto III.5). El resultado del proceso de ensilaje, por tanto, incluye una fracción de ácido fórmico y agua que debe ser descontado del peso y volumen total, cálculo cuyos antecedentes no fueron agregados ni explicados por el Reclamante.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. Que, respecto del segundo y tercer grupo de documentos, éstos no son suficientes para acreditar que efectivamente las mortalidades del CES Aracena 19 fueron ensiladas y retiradas, al no ser fiables ni permitir la determinación de la cantidad precisa de mortalidades que fueron extraídas del centro. En primer lugar, algunos de los certificados vienen firmados por la "Gerencia de Sustentabilidad" del Departamento del Medio Ambiente, Fiordo Austral, sin que se pueda determinar la persona que los confeccionó, responsable por el contenido de dicho documento. En segundo lugar, las guías de despacho, aunque hacen referencia a las mortalidades ensiladas, no especifican la cantidad retirada por cada centro de cultivo, lo que imposibilita su trazabilidad. Por lo tanto, resulta imposible determinar la cantidad de mortalidad que se retiró del CES Aracena 19. Es más, de ser fiables estos documentos, sólo demuestran las mortalidades extraídas del CES pero en caso alguno que éstas correspondan a aquellas que efectivamente se produjeron. En consecuencia, esta alegación será rechazada por no ser factible determinar que la mortalidad del CES efectivamente fue ensilada y retirada.

2) LA CLASIFICACIÓN DE LA GRAVEDAD DE LA INFRACCIÓN.

VIGÉSIMO OCTAVO. Que, la clasificación de la gravedad de esta infracción se encuentra en los considerandos 188 a 190 de la Resolución Reclamada, a fs. 6839. En estos se observa que la SMA mantiene la clasificación de leve de la infracción constitutiva del Cargo N°1, dado que no existirían fundamentos que hagan variar la clasificación inicial efectuada en la formulación de cargos. En la formulación de cargos a fs. 359, consta que el Cargo N°1, fue calificado como leve en atención que "a la fecha no existen antecedentes respecto de la aplicabilidad de alguna de las circunstancias establecidas en los numerales 1 y 2 del artículo 36 LO-SMA".

VIGÉSIMO NOVENO. Que, en el informe evacuado a esta Reclamación, la SMA coincide con el Reclamante de la causa R-20-2021 de que la medida dispuesta en la RCA es para minimizar o eliminar los efectos adversos al medio ambiente, pero no se cumpliría con el requisito de gravedad del incumplimiento. Al respecto el art. 36 N°2, letra e) LOSMA establece que son infracciones graves aquellas que "*e) Incumplan gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva Resolución de Calificación Ambiental*".

TRIGÉSIMO. Que, efectivamente este Tribunal coincide en que las medidas dispuestas en la RCA relacionadas con el manejo de las mortalidades y que formaron parte del cargo imputado, tienen por finalidad evitar o impedir efectos ambientales adversos en los cuerpos de agua y lecho marino. De ahí la preocupación del regulador ambiental (RCA) y sectorial (RAMA) al establecer medidas concretas para un adecuado manejo de las mortalidades de los CES. Dicha circunstancia pudo ser prevista desde la misma formulación de cargos, sin embargo, la resolución reclamada no realiza una justificación específica acerca de por qué el incumplimiento no se consideró grave. Al respecto, a juicio del Tribunal, no es deber de la SMA realizar un razonamiento de exclusión de todas las hipótesis que configuran la gravedad de una infracción, dado que ese trabajo sería ineficiente y desproporcionado; sin embargo, sí se espera que al menos de aquellas clasificaciones de la gravedad que

puedan resultar razonablemente aplicables, la autoridad realice una justificación. En consecuencia, estando la autoridad administrativa conteste en que la medida incumplida elimina o minimiza los efectos adversos de un proyecto o actividad, le era exigible una justificación en el acto terminal que pudiera ser sometida a impugnación y revisión judicial. Por ello, el Tribunal acogerá esta alegación, pero sólo para efectos que la autoridad administrativa justifique adecuadamente o reclasifique la gravedad de la infracción, de estimarse procedente.

3) LA APLICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ART. 40 DE LA LOSMA.

TRIGÉSIMO PRIMERO. Que, en relación a este cargo la Resolución Sancionatoria estimó que concurrían las circunstancias de las letras c), a) e i) del art. 40. La primera relativa al beneficio económico (considerando 209 a 216, de fs. 6843 a 6844); la segunda relacionada con la importancia del peligro ocasionado (considerando 249 a 253, fs. 6849 y 6850); y la tercera vinculada con la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental (considerandos 302 a 306, fs. 6859) y a la falta de cooperación (considerandos 350 a 355, fs. 6868 y 6869). De estas circunstancias solo fueron cuestionadas las de beneficio económico y falta de cooperación.

i) Beneficio económico

TRIGÉSIMO SEGUNDO. Que, en relación al beneficio económico la empresa alegó que es completamente infundado ya que no cometió la infracción y sí incurrió en el costo de ensilaje y traslado a disposición final. Tal alegación será rechazada dado que, como lo estableció el Tribunal en los considerandos Vigésimo segundo a Vigésimo séptimo, no logró probar que efectivamente la totalidad de las mortalidades fueran ensiladas y extraídas del CES. Por ende, no puede estimarse que haya incurrido en los costos derivados del cumplimiento de la obligación que la autoridad y este Tribunal entiende infringida. Por estos motivos, se rechazará esta alegación.

ii) Falta de cooperación

TRIGÉSIMO TERCERO. Que, respecto de la falta de cooperación esta se encuentra desarrollada desde los considerandos 350 a 355, de fs. 6868 y 6869. Al efecto la Resolución Sancionatoria en el considerando 352, a fs. 6869, estima que la empresa cumplió parcialmente con el requerimiento de información al no remitir copia digitalizada de la bitácora del control diario de mortalidades correspondiente al ciclo productivo 2016-2018. Sin embargo, tal como señala el mismo considerando, dicha circunstancia no fue considerada como un factor de aumento de la sanción. Por ende, la impugnación de la concurrencia de esta circunstancia sólo tiene sentido en relación al Cargo N°5, cuestión que será analizada posteriormente.

TRIGÉSIMO CUARTO. Que, la empresa señala que la SMA le imputa la no presentación de documentos cuya recepción fue confirmada por ella misma y que la empresa cooperó en el procedimiento por lo que dicha circunstancia debería operar a su favor y no en contra. Al respecto constan en el expediente sancionatorio, lo siguiente:

- a) En el considerando 353, a fs. 6869, la SMA indica que en su escrito de descargos la empresa ofreció un total de 25 documentos de lo que solo presentó 14. Vale decir, que, a pesar de haber ofrecido algunos documentos, éstos no fueron acompañados. Agrega que estos documentos se asocian a los cargos 1, 2 y 4, y en atención que la información acompañada fue incompleta, esta circunstancia será ponderada como un factor de incremento del valor de seriedad.
- b) En el considerando 354, a fs. 6869, agrega que mediante Res. Ex. 9/Rol D-100 se efectuó un requerimiento de información como diligencia probatoria, oportunidad en la cual pudo tener acceso a los documentos omitidos en la presentación de los descargos.
- c) A fs. 4953 y siguientes, consta la Res. Ex. N° 9/Rol D-100-2019, de la SMA mediante la cual tiene presente los descargos formulados por el titular. A fs. 4957, en el resuelvo III de la misma resolución, la SMA "tiene por

acompañados los documentos individualizados en el segundo otrosí de la presentación". De igual forma, en esta misma resolución se solicita al titular presentar información adicional según consta a fs. 4957 y 4958.

d) A fs. 4967, el 1 de septiembre de 2021, consta la remisión por parte del titular de la información solicitada.

TRIGÉSIMO QUINTO. Que, conforme lo señalado en el considerando anterior, es efectivo que la SMA al momento de pronunciarse sobre el escrito de descargos presentado por el titular tuvo por acompañados los 25 documentos individualizados en el segundo otrosí de la referida presentación. En otras palabras, la SMA imputa un factor de incremento de la sanción por no acompañar los documentos ofrecidos en los descargos, a pesar que ella misma los tuvo por acompañados mediante una resolución. Además, la autoridad administrativa no ha proporcionado razones, ni en el expediente administrativo ni en el acto terminal, para sostener que la Res. Ex. 9/Rol D-100-2019, no se ajustaba a la realidad o que fue dictada por error del instructor del procedimiento administrativo.

TRIGÉSIMO SEXTO. Que, por otro lado, el considerando 351, a fs. 6868, establece que se tipifica como falta de cooperación el acto de proporcionar información incompleta, ya sea voluntariamente o en respuesta a un requerimiento de información o en el marco de una diligencia probatoria. Sin embargo, a juicio del Tribunal, esta circunstancia no se cumple, ya que los documentos proporcionados por el infractor en sus descargos eran íntegros, esto es, no les faltaba una parte que haya dificultado o inducido a error la investigación de los hechos. En este sentido, la "Guía Metodológica para la determinación de sanciones ambientales", establece que la falta de cooperación debe haber dificultado la clarificación de los hechos imputados, sus circunstancias o efectos. Así entonces es esperable que la Resolución Sancionatoria haya justificado cómo la no presentación de los documentos ofrecidos por parte del infractor generó una dificultad en la investigación. Nada de ello ocurrió. Por ende, esta alegación será acogida.

4) MOTIVACIÓN DEL MONTO DE LA MULTA EN EL COMPONENTE DE AFECTACIÓN.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO. Que, en relación a este punto, a fs. 6844, en el considerando 216 de la Resolución Sancionatoria se indica que el beneficio económico para el infractor por la comisión de esta infracción alcanza a 41 UTA. Por su parte, en el Resuelvo Primero, N°1, de la Resolución Sancionatoria se aplica respecto del Cargo N°1, la sanción de multa de 266 UTA. La reclamante señala que la resolución reclamada carece de fundamentación dado que no se argumenta como de 41 UTA de beneficio económico se pasa a 266 UTA en total, es decir, no están justificadas 225 UTA de diferencia que corresponden al componente de afectación (fs. 24 y 25).

TRIGÉSIMO OCTAVO. Por su parte, la SMA expuso que la determinación del valor o número específico de ponderación de cada circunstancia del art. 40 de la LOSMA no se relaciona con el control de los elementos reglados de la decisión, ya que no es una exigencia que se encuentre en ninguna norma, ya sea legal o reglamentaria; tampoco con el control de los hechos determinantes, ya que ello es independiente de los hechos por los cuales se pondera cada circunstancia del art. 40 de la LOSMA; tampoco con el control del fin de la decisión, ya que este se vincula con el cumplimiento del objetivo último de la LOSMA, que es garantizar el cumplimiento de los instrumentos de gestión ambiental; ni tampoco con el control de la razonabilidad de la decisión, ya que esta debe basarse en motivos que se deben explicitar mediante una relación circunstanciada de los fundamentos de la decisión, que sea coherente con los hechos determinantes y con el fin público perseguido; todo lo cual se ha desarrollado exhaustivamente en la resolución reclamada, permitiendo un control sobre dichas razones. Esto se hizo dentro de los rangos máximos y mínimos permitidos por la LOSMA y adecuándose estrictamente a la "Guía de Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales". En su respaldo, citó la sentencia de la Excm. Corte Suprema en la causa rol N° 17.736-2016, así como un trabajo del profesor Pablo Soto Delgado sobre la determinación de sanciones en el marco de la LOSMA.

TRIGÉSIMO NOVENO. Que, la SMA defiende la legalidad de la Resolución Reclamada en base a lo que considera es una interpretación correcta "de la LOSMA, en conjunto con la Guía de Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales" para lo cual cita el trabajo del profesor Pablo Soto Delgado (fs. 316). Sin embargo, el trabajo del referido autor, incluso en la misma cita que realiza la SMA y que destaca en el informe (fs. 317), señala que la citada guía adopta un modelo matemático que "se transforma en un equivalente funcional de la legalidad, que acaba habilitando al Tribunal Ambiental para que revise bajo este prisma una decisión que el legislador otorgó originalmente a la SMA en un entorno normativo discrecional, lo cual resulta excesivo tomando en cuenta que ni siquiera en el Derecho Penal, ámbito donde los bienes en juego son de mayor importancia, tiene vigencia una metodología matemática similar para la determinación de la pena". Es decir, para dicho autor, la adopción de la guía en cuestión habilita al Tribunal Ambiental para escrutar la legalidad de la sanción en su formulación matemática, agregando que esta guía materializa "un régimen más garantista que el existente en la determinación de la sanción penal" (fs. 317). Además, la otra cita del autor está descontextualizada, pues lo que la SMA presenta como un argumento a su favor, es una crítica directa a la adopción de la citada guía. En efecto, la guía declara que se inspira en una aproximación disuasiva de las sanciones, por lo que el autor señala que esta "permite identificar diversas dificultades" en torno a la misma, entre ellas, que "la sanción administrativa pecuniaria se transforma en un precio" (fs. 317). Para mayor claridad de la incompatibilidad entre lo argumentado por la SMA y lo señalado por dicho autor, el citado trabajo concluye que "Lamentablemente, el modelo que la agencia ha adoptado produce una limitación (confinamiento) de la discrecionalidad que el legislador le otorgó, con lo cual mejora la posición del agente racional dispuesto a pagar la tarifa por incumplir la normativa ambiental, incluso a niveles que el Derecho Penal no plantearía. Con ello, se eleva el escrutinio por parte del órgano jurisdiccional, sin que quede claro -por no existir una explicación al respecto- si para la

SMA esto es más eficiente, por ejemplo, porque la fundamentación de la aplicación de cada circunstancia del artículo 40 queda estandarizada según las BMDSA” (Soto Delgado, Pablo. Determinación de sanciones administrativas: disuasión óptima y confinamiento de la discrecionalidad del regulador ambiental, Anuario de Derecho Público 2016; p. 406). Por ende, los argumentos en que se sustenta la tesis de la SMA, debidamente analizados, no son correctos, ni abonan a la tesis que defienden en este juicio.

CUADRAGÉSIMO. Que, sin perjuicio de lo anterior, a juicio del Tribunal, la SMA cuenta con un amplio margen de discreción para determinar el monto específico de la multa, por lo que puede recorrer toda la extensión de la cuantía establecida para la infracción, debiendo ejercer dicha potestad de forma justificada y en base a criterios razonables y proporcionales. En este sentido, la sanción impuesta no aparece desproporcionada para los límites máximos establecidos en la LOSMA para las infracciones leves (hasta 1000 UTA), considerando además que la cuantía de la multa es un factor que puede utilizar la autoridad para la concreción de sus estrategias de cumplimiento de la normativa ambiental. Sin embargo, dado lo resuelto previamente sobre la aplicación de la circunstancia de falta de cooperación eficaz del infractor, que conllevan el reenvío de la decisión final a la autoridad administrativa, resulta evidente que ese factor debe ser descontado del monto total de la multa, sin perjuicio de lo que decida la SMA respecto de la clasificación de la infracción.

C. CONTROVERSIAS VINCULADAS AL CARGO N°4.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO. Que, en relación a esta infracción, en la causa R-19-2021, la empresa señaló que ésta no se configura. Alegó, en primer término, que contaba con redes para evitar escape de peces, y así se demostró. Señaló que las revisiones de los módulos del CES se efectuaron conforme a lo establecido en la RCA, lo que demostró en el procedimiento con los respectivos certificados. Por otro lado, alegó que la Resolución Reclamada adolece de imputaciones contradictorias

en el párrafo 148 (para excluir dos certificados de revisión de módulos), y que no hay exigencia normativa sobre forma de los certificados de revisión de módulos, sin que la SMA pueda establecer exigencias.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO. Que, en relación a las circunstancias del art. 40 de la LOSMA, la empresa alegó, respecto de la letra a), que los hechos infraccionales son de menor entidad y, en todo caso, no pudieron generar efecto negativo. Agregó que, en cuanto a la letra c) del art. 40 LOSMA, que el supuesto beneficio económico del sub hecho es errado, dado que se acreditaron las revisiones anuales sobre las condiciones de seguridad de los módulos de cultivo y de fondeos. Añadió que, si se excluyen los dos certificados, el beneficio económico debe ser de \$48.580.000, y no de \$242.900.000.

CUADRAGÉSIMO TERCERO. Que, respecto a la configuración de la infracción, la SMA solicitó el rechazo de la alegación. Señaló que consideró que dos certificados tienen problemas de trazabilidad, ya que no contienen una numeración que los identifique, no se encuentran firmados por quien dice que los expide; uno de ellos hace referencia a una actividad posterior a su fecha de emisión, no incluyen información respecto de la nave en la que se realizó la actividad, a la vez que existen dudas razonables de la existencia de la empresa. Respecto a las redes, la SMA informó que, según el Plan de Contingencia de escape de peces contenido en la RCA, las mallas que son intercambiables entre sí para estos efectos son las redes de enmalle y las redes peceras. Las redes pajareras no son aptas porque tienen diferente ancho de trama.

CUADRAGÉSIMO CUARTO. Que, en cuanto a las circunstancias del art. 40 LOSMA, la SMA señaló que la letra a) de la referida disposición, sí es procedente dado que se trata de un caso de peligro, porque no había todos los medios materiales para aplicar medidas de contingencias para FAN (sub hecho 1); tampoco había redes de enmalle para casos de fugas de peces (sub hecho 2), y que las mantenciones tienen como objeto prevenir eventos (sub hechos 3 y 4). Agregó que siendo correcto el análisis efectuado por la SMA relativo al beneficio económico (letra c) art. 40 de la LOSMA) del sub-hecho N°4, y no habiéndolo controvertido la empresa, sino aquel relativo al

sub-hecho N°3, respecto del cual se estimó que no existió beneficio económico, se debe rechazar esta alegación por improcedente.

CUADRAGÉSIMO QUINTO. Que, como se puede apreciar existen dos controversias asociadas a este cargo: a) La configuración de la infracción; b) La aplicación de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA. Por ende, el Tribunal abordará cada una de estas controversias por separado.

1) LA CONFIGURACIÓN DEL CARGO

CUADRAGÉSIMO SEXTO. Que, el Cargo N°4, imputado a la empresa es el siguiente: *"Incumplimiento de medidas preventivas (realización de actividades y contar con determinados equipos) establecidas en los Planes de Contingencia, consistentes en: 1. No disponer en el CES del equipo necesario para la implementación del Plan de Contingencia de Floraciones Algales Nocivas (FAN). 2. No disponer en el CES de redes de enmalle necesarias para la implementación del Plan de Contingencia para escape masivo de peces. 3. No realizar verificación semestral del estado de los módulos del CES Aracena 19. 4. No contar con certificados anuales sobre las condiciones de seguridad de los módulos de cultivos y de fondeos, del CES Aracena 19"*. En relación a este cargo, solo se reclama sobre los subhechos 2, 3 y 4.

- i) **No disponer en el CES de redes de enmalle necesarias para la implementación del Plan de Contingencia para escape masivo de peces.**

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO. Que, sobre este aspecto el infractor estima que sí contaba con las redes para evitar la fuga masiva de peces, y así se habría demostrado. Este sub-hecho se encuentra configurado desde fs. 6828 a 6830, en los considerandos 136 a 145 de la Resolución Sancionatoria. Es importante destacar que, en sus descargos, el infractor reconoce que no tenía disponibles las redes de enmalle. No obstante, sostiene que las mallas pajareras cumplen la misma

función al tener el mismo tamaño, y que, en caso de producirse una fuga de peces, se habrían podido contener de manera exitosa.

CUADRAGÉSIMO OCTAVO. Que, debe tenerse presente que los módulos de balsas-jaula de la industria salmonera, consideran tres tipos de mallas o redes. Primero, las peceras, que se ubican en contacto directo con los peces, van bajo el agua y envuelven el conjunto de peces en sus distintas etapas de desarrollo (desde *smolt* a adulto), que tienen una apertura de trama que va desde 9/16" a 2". Segundo, las loberas, que se ubican perimetralmente y por debajo de la red pecera y su objetivo es proteger la predación del lobo marino (*Otaria flavescens*) sobre los peces, que tienen una apertura de trama de 10". Y tercero, las pajareras, que van por sobre el agua y su función es evitar que aves ingresen a la balsa-jaula a preñar o lesionar a los salmones, las que tienen una apertura de trama cercana a 4". En efecto, según consta en la misma RCA del centro (RCA N°76/2010 considerando 3.3.1.6), las redes de cultivo para engorda o redes peceras tienen una apertura de malla de 1" y 2 ¼", y las redes pajareras tienen una apertura de 2" a 14", por lo que tienen gran diferencia en su tamaño de trama o apertura, y, en consecuencia, no pueden ser utilizadas para fines similares.

CUADRAGÉSIMO NOVENO. Que, conforme a lo indicado en el considerando precedente, las mallas pajareras tienen una finalidad específica que es evitar que aves afecten a los peces en cultivo, sin que se encuentren diseñadas con la trama adecuada para contener escape masivo de peces. En este sentido, la Resolución Reclamada en el considerando 278, a fs. 6855, señala que "*se observa que la finalidad de una red pajarera es distinta a la finalidad de una red de enmalle, y las mismas no son intercambiables entre sí, por lo que una red pajarera no puede ser utilizada como red de enmalle para los efectos del Plan de Contingencia de escape masivo de peces. Sumado a lo anterior, en la presentación del programa de cumplimiento la titular indica que durante el mes de agosto de 2019, adquirió las redes de enmalle de tipo red lancer, las cuales consisten en un sistema de red de enmalle o red de cerco confeccionado por una larga pared de red enmarcada por una línea superior de*

flotadores y una línea inferior de plomos y que en un eventual escape de salmones estos paños de redes son dispuestos de forma vertical en el agua, actuando como una gran barrera, lo que da cuenta una vez más de las diferencias entre unas y otras redes". Esta conclusión no ha sido refutada o cuestionada por el infractor. Al respecto se debe considerar:

- a) El infractor en los descargos (fs. 4701 a 4952) menciona que las redes de enmalle no se encontraban en el CES, pero que sí había disponibles de tipo "pajarera". No obstante, no indica dimensiones ni argumentos técnicos por los cuales éstas serían intercambiables (fs. 4724 y ss.), es decir, a pesar de tener una finalidad específica pueden cumplir otras adicionales.
- b) En la Reclamación, el titular argumenta que sí presentó antecedentes para argumentar esta línea de defensa, citando el informe técnico de la consultora WSP. Sin embargo, nuevamente, no hay información sobre el tamaño de la trama, que es un aspecto técnico relevante para evitar la fuga de salmones.
- c) En el mismo informe a que hace referencia el titular, se indica de modo expreso que las mallas peceras "*permiten contener a los salmones en las jaulas durante el proceso*"; mientras que las pajareras, son aquellas que "*se ubican por sobre las balsas con el fin de que los pájaros no pueden (sic) cazar a los salmones en etapa de smolt y prevención de heridas por picoteo en fase adulta*". Por último, las mallas loberas impiden los ataques de lobos marinos. Vale decir, se indican funciones diferentes para cada malla.

QUINCUAGÉSIMO. Que, de lo expuesto se entiende que la función directa de las mallas loberas y pajareras no es contener a los peces. Una adecuada contención de los peces se logra con mallas de tamaño de trama suficientemente pequeño para impedir que los peces la atraviesen. Es por esto que el análisis de la SMA es apropiado, puesto que se encarga de cuantificar las medidas mínimas que debe tener una malla para contener a los peces, esto es, ser idónea para hacerse cargo de la eventual contingencia. Por ende, esta alegación será íntegramente rechazada.

- ii) **No realizar verificación semestral del estado de los módulos del CES y no contar con certificados anuales sobre las condiciones de seguridad de los módulos de cultivos y de fondeos del CES.**

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO. Que, la configuración de estos sub-hechos se encuentra desde los considerandos 146 a 154 a fs. 6830 y 6832. Sobre el particular cabe mencionar que el RAMA en el art. 4 letra e) inciso 1°, establece como obligación del concesionario, que "los módulos de cultivos y fondeo presenten condiciones de seguridad apropiadas a las características geográficas y oceanográficas del sitio concesionado con la finalidad de prevenir escape o pérdida masiva de recursos en sistema de cultivo intensivo. Para este efecto, se deberá verificar semestralmente el buen estado de los módulos, debiendo realizarse la mantención en caso necesario para el restablecimiento de las condiciones de seguridad, de lo cual se llevará registro en el centro". De igual forma, el inciso 4° de la misma norma, indica que "Las condiciones de seguridad de los módulos de cultivo y del fondeo de los centros de cultivo intensivo de peces, deberán ser certificadas anualmente, por un profesional o entidad debidamente calificados". De igual manera, en la RCA del proyecto se indica que se verificará semestralmente el estado de los módulos, para lo cual se dejará registro en el centro. De lo anterior se deriva que el titular debe acreditar la realización semestral de las mantenciones de los centros de cultivos y la certificación anual de seguridad de los módulos de cultivo y fondeo, ambos por profesionales o una entidad debidamente certificada.

QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO. Que, para efectos de acreditar que se habrían realizado los trabajos de mantención de los módulos de cultivo en los ciclos productivos fiscalizados 2013-2015 y 2016-2018, el infractor acompaña los siguientes antecedentes:

- a) A fs. 6286 consta un "Certificado de Mantenimiento" N° 20161220, que detalla los trabajos "Revisión es (sic) de fondeos en modulo (sic) y pontón" e "Inspección del estado

actual de las conexiones de los grilletes y el punto de unión a las estructuras”, trabajos que se habrían ejecutado en diciembre 2016. El documento está firmado por Pablo Guerra Salgado, Jefe de Operaciones de Naviera Scheel Marine SPA y está timbrado.

- b) A fs. 6287 consta un “Certificado” de 17 de mayo de 2017, emitido por Igor Mansilla, Supervisor de Trabajos HDPE, Marsur Ltda. Este certificado señala que: “con fecha 02-04-2017 fueron realizadas mantenciones Jaulas circulares en centro Aracena 10, Aracena 15 y Aracena 19”, en las que “(...) se inspeccionó y reparación (sic), de Tuberías de flotación, braquet y barandas. Quedando 100% operativas”. Este certificado no está firmado ni timbrado por la persona que aparece suscribiéndolo.
- c) A fs. 6288 consta un “Certificado de Faena: Instalación de Sistema de Fondeo”, de 25 de noviembre de 2018, en el que se certifica que se ha dado término a las faenas en el sistema de fondeos del centro de cultivo Aracena 19. Señala que se ejecutaron cuatro tareas: alineación del módulo; acortes y tracción a líneas de fondeo laterales y cabecera del módulo para dejarlas trabajando; tensado de líneas de fondeo del pontón; y rectificación de dos líneas de fondeo con desvío. Este documento se encuentra firmado por Marcos Bastías Pérez, Jefe de Operaciones de Marine Tug Chile SpA.
- d) A fs. 6289 consta “Certificado de Realización de Trabajos”, de 26 de julio de 2017, expedido por Igor Mansilla, Supervisor Trabajos HDPE, que plantea que se realizaron mantenciones de las jaulas circulares en centros Aracena 10, Aracena 15 y Aracena 19, en las que se inspeccionó y reparó la totalidad de los tubos de flotación, braquet y barandas, quedando 100% operativas. Estos trabajos se habrían realizado durante el mes de septiembre de 2017 y el documento no está firmado ni timbrado.

QUINCUGÉSIMO TERCERO. Que, se puede observar que los certificados de fs. 6287 y 6289, carecen de toda fiabilidad, por no encontrarse numerados ni firmados como tampoco indican la nave utilizada para la actividad de mantención. Esto impide

darles a estos documentos el valor que el Reclamante pretende. Además, el certificado de fs. 6289 daría cuenta de actividades realizadas en septiembre de 2017, pese a tener fecha julio del mismo año, inconsistencia que le resta aún más credibilidad. De igual forma, el certificado de fs. 6288 acredita las mantenciones realizadas en noviembre de 2018, en circunstancias que el ciclo productivo sometido a fiscalización concluyó en marzo de 2018. Tampoco se acreditaron las mantenciones semestrales de los módulos. En este sentido, no es efectivo que la SMA esté exigiendo requisitos especiales a los certificados sino más bien controlando la fiabilidad y trazabilidad de la información proporcionada por la empresa para acreditar el cumplimiento de sus obligaciones, labor que es consustancial al control.

QUINCUAGÉSIMO CUARTO. Que, por otro lado, la SMA en la Resolución Sancionatoria a fs. 6831, en el considerando 150, indica que no hay registro de la empresa Marsur Ltda., y las empresas con nombres más cercanos a ésta que habrían sido pesquisadas por la autoridad, no presentan un giro asimilable a la actividad de inspección desplegada. Estos hallazgos impiden darle fiabilidad a los documentos e información presentada, máxime cuando Nova Austral no desvirtuó probatoriamente en sede judicial la conclusión a que arribó la autoridad administrativa en la Resolución Reclamada. Por ende, esta alegación será íntegramente rechazada.

**2) LA APLICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ART. 40
LOSMA.**

QUINCUAGÉSIMO QUINTO. Que, en relación a este cargo la Resolución Sancionatoria estimó que concurrían las circunstancias de las letras c), a) e i) del art. 40. La primera relativa al beneficio económico (considerando 227 a 238, de fs. 6845 a 6846); la segunda a la importancia del peligro ocasionado (considerando 272 a 288, fs. 6853 a 6856); y la tercera relacionada a la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental (considerandos 313 a 316, fs. 6861 y 6862) y a la falta de cooperación (considerandos 350 a 355, fs. 6868 y 6869). De estas

circunstancias solo fueron cuestionadas la importancia del peligro ocasionado y el beneficio económico.

i) Beneficio económico

QUINCUAGÉSIMO SEXTO. Que, en relación al beneficio económico, letra c) del art. 40 de la LOSMA, el Tribunal en los considerandos Quincuagésimo primero a Quincuagésimo cuarto ha establecido que no es posible acreditar con los documentos acompañados que se habrían realizado las mantenciones semestrales y la certificación anual de seguridad. Por tal razón, debe entenderse que el infractor ha evitado incurrir en los costos necesarios para dar cumplimiento a estas obligaciones, debiendo la sanción eliminar ese beneficio económico.

QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO. Que, adicionalmente, la evitación de este costo se produjo durante los años 2013, 2014, 2015, 2017 y 2018. Solo se probó la mantención para el año 2016, tal como lo señala la Resolución Sancionatoria en su considerando 235. Según indica la autoridad administrativa a fs. 6846, en el citado considerando, el costo asociado a la actividad de inspección es de \$48.580.000.- monto que se extrajo a partir de las facturas N° 19 y 20 acompañadas en el Anexo 18 del PdC. Ninguno de estos antecedentes o conclusiones fue refutado por la empresa. De esta forma, las 385 UTA indicadas en el considerando 237 (fs. 6846), que equivalen a la fecha de la Resolución Sancionatoria a \$242.900.000.- se encuentra ajustada a derecho. Por estas motivaciones, la alegación será rechazada.

ii) Importancia del peligro ocasionado

QUINCUAGÉSIMO OCTAVO. Que, en relación al peligro ocasionado, letra a) del art. 40 LOSMA, estima el Reclamante que los hechos infraccionales son de menor entidad y, en todo caso, no pudieron generar efecto negativo. Esta circunstancia es desarrollada desde los considerandos 281 a 288 (fs. 6855 y 6856) de la resolución impugnada. La autoridad estima que estas

mantenciones tienen por finalidad asegurar las óptimas condiciones de los módulos de cultivo y de fondeo, de manera de evitar roturas que propicien la fuga masiva de peces. El Tribunal considera que la falta de mantenimiento y certificaciones de los módulos de cultivo durante los años 2013, 2014, 2015, 2017 y 2018 generó un riesgo. La falta de mantención y de seguridad pudo dar lugar a escapes de peces debido a las deficientes condiciones de mantención de los módulos, lo cual, indudablemente, podría tener impactos ambientales al liberar especies exóticas en el medio marino. Al efecto, el art. 4 letra e) del RAMA es claro en disponer la obligación del concesionario de mantener las condiciones de seguridad de los módulos para prevenir el escape o pérdida masiva de recursos en sistemas de cultivo intensivo o desprendimiento o pérdida de recursos exóticos en cultivos extensivos. Para ello deben realizarse los controles semestrales y realizarse las mantenciones en caso de ser necesario. Se trata de una disposición cuyo cumplimiento pretende evitar un riesgo. No obstante, en el considerando 387, la autoridad determina que el riesgo no se materializó en un efecto concreto, ya que no se registraron fugas de peces en el CES Aracena 19 durante dicho período. Así se clasifica el riesgo como bajo. Por esa razón, se rechazará esta alegación.

D. CONTROVERSIAS VINCULADAS AL CARGO N°5.

QUINCUGÉSIMO NOVENO. Que, el Reclamante R-19-2021, alegó que la infracción no se configuró. Señaló que la empresa presentó todos los antecedentes que podía entregar a la SMA, y que la Bitácora 2016-2018 fue accidentalmente eliminada. Agregó que la SMA se negó a recibir la prueba de testigos que acredite las circunstancias en las que aquello ocurrió. De igual forma, añadió que la SMA no reconoce límites a su facultad de requerir información y ello causa un significativo perjuicio a la empresa, que no puede entregar información que no tiene en su poder, por lo que se configura un eximente de responsabilidad. Añadió que la empresa no tenía la obligación de disponer ni de conservar la Bitácora 2016-2018 como erradamente lo pretende la SMA: el establecimiento de una

obligación de conservar una bitácora de mortalidades una vez terminado un ciclo productivo es excepcional y, por lo tanto, debe constar de manera expresa.

Alegó, de igual forma, que no configuró la gravedad de la infracción desde que no se ha impedido deliberadamente la fiscalización, encubierto una infracción o evitado el ejercicio de las atribuciones de la SMA, pues nada de eso está acreditado. No hay ni se ha acreditado intencionalidad. Señaló que la SMA no puede imputar negligencia a Nova Austral respecto de algo sobre lo que no cabe responsabilidad. La mayor parte de la bitácora (20 meses) fue entregada y la parte menor (tres meses) fue eliminada accidentalmente y la SMA rechazó su reconstitución.

En cuanto a las circunstancias del art. 40 LOSMA, el Reclamante R-19-2021, alegó que la SMA reconoce que no hubo beneficio económico por lo que el 100% de la multa corresponde al componente de afectación (fs. 37); sin embargo, no fundamenta cómo la multa puede llegar a 1.013 UTA. Agrega que se reconoce que no se causó daño o peligro con motivo del Cargo N°5 (fs. 37), ni daño o peligro a la salud de las personas (fs. 38), ni vulneración o detrimento a áreas protegidas (art. 38); además, descartó incremento por conducta anterior negativa (fs. 39); falta de cooperación (fs. 39); reconoció irreprochable conducta anterior (fs. 39 y 40); no consta cómo ha influido la cooperación eficaz en el monto de la multa (fs. 40). De igual forma, indicó que sí era procedente considerar las medidas correctivas acreditadas (fs. 40). Bajo este escenario concluye afirmando que la multa no es proporcional ni razonable (fs. 41).

SEXAGÉSIMO. Que, el Reclamante R-20-2021, alegó que se debió aplicar el art. 40, letra h) LOSMA, esto es, la vulneración a áreas protegidas, en tanto riesgo, por el ocultamiento de información (fs. 24). Agregó que, según las Bases Metodológicas de la SMA, la vulneración de un área protegida se produce por la introducción de un riesgo ambiental que puede amenazarla (fs. 25); y, por último, alega que uno de los factores que se debe tener en especial consideración para el análisis es el objetivo de conservación del área protegida, y que para determinar este objetivo debió aplicar el Convenio

para la Diversidad Biológica y la Convención de Washington (fs. 27 y ss.).

También impugnó la naturaleza de la sanción aplicada por la SMA. Señaló que una sanción pecuniaria, independiente del monto, no es congruente con la gravedad del riesgo producido y los objetivos disuasivos y de protección ambiental y de salud. Añade que la empresa es un infractor contumaz, que obstruyó la investigación de la SMA y cuyas consecuencias de la conducta ilícita se desconocen, debido a que la empresa no hace entrega de todos los antecedentes solicitados y que la SMA no agotó los medios necesarios para determinar la verdadera entidad del daño o riesgo causados dado que no hubo diligencias para esclarecer la disposición final de las mortalidades no ensiladas en los ciclos productivos 2013-2015 y 2016-2018. Por ende, entiende que la SMA debió aplicar una sanción no pecuniaria de revocación o clausura.

SEXAGÉSIMO PRIMERO. Que, la SMA solicitó el rechazo de todas las alegaciones. Respecto de la configuración, señaló que la SMA imputó como una infracción la no remisión de la copia digitalizada de la bitácora de control diario de mortalidad sometida a ensilaje en el CES, correspondiente al ciclo productivo 2016-2018. Agregó que el ejercicio de la facultad de requerir información a los sujetos sometidos a su fiscalización es una potestad de la SMA, la cual se puede extender a las informaciones y los datos que sean necesarios para el debido cumplimiento de sus funciones. Añadió que, de acuerdo a las obligaciones de la RCA, las bitácoras son medios de prueba del ensilaje, por lo que se trata de antecedentes que permiten acreditar el cumplimiento de la RCA del proyecto y que constituyen registros básicos que la industria mantiene. Complementó indicando que esta información es central en la operación de un centro de cultivo, por cuanto se vincula a la gestión básica y más relevante de la actividad que se desarrolla, que tiene más incidencia en su producción y los efectos ambientales como es el manejo de las mortalidades. Por ello, es información que debe ser resguardada por los regulados ante el requerimiento de la SMA. Concluyó que la obligación de mantener la información no deriva de la ley o del reglamento, ni de la RCA, sino de la naturaleza misma de la fiscalización

que puede ejercer la SMA, no siendo justificación suficiente la inexistencia de una obligación o una actuación gravemente negligente del regulado.

En relación a la clasificación de la infracción, señaló que esta fue calificada de gravísima por el art. 36 N°1 letra e) de la LOSMA. Y ello porque no resulta admisible como justificación para no entregar la información requerida por la autoridad, la negligencia imputable a la misma empresa, como es la destrucción de los únicos antecedentes existentes para comprobar el cumplimiento o no de las obligaciones ambientales en materia del manejo adecuado de mortalidad. Señala que dicho actuar es todavía más reprochable considerando que Nova Austral estaba en pleno conocimiento que el manejo de mortalidades era un aspecto que estaba siendo analizado por esta SMA, en tanto durante agosto de 2017, mientras el ciclo se encontraba en plena operación, el CES fue objeto de una inspección por parte de SERNAPESCA donde las mismas bitácoras fueron solicitadas por la autoridad. Asimismo, las bitácoras disponibles fueron remitidas a la SMA en diciembre de 2017 en formato digital, por lo que el hecho de su destrucción material no obstaría la entrega de dicha información en esa modalidad, pero su extrema negligencia impidió una debida fiscalización y control por parte de la SMA. Por otra parte, en cuanto al segundo elemento, esto es, haber evitado el ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia, agregó que la información no entregada impidió a la SMA conocer las cantidades sometidas a ensilaje para el periodo entre el 6 diciembre de 2017 a 6 marzo de 2018. En lo que dice relación a la prueba de testigos, señaló que es innecesaria, porque la excusa de la empresa es inaceptable. Se afirma por la Reclamada que, incluso si se demuestra fehacientemente que la información se destruyó por negligencia, existe dolo eventual e intencionalidad en la no entrega de información; pero ello no es relevante porque no es necesaria la intencionalidad para configurar la gravedad de la infracción.

En relación a las circunstancias del art. 40 de la LOSMA, señaló la SMA que la letra d) de dicha disposición se configura desde que la empresa es un sujeto calificado, por lo que es posible imputarle intencionalidad. Respecto de la letra i) del

art. 40 LOSMA sobre falta de cooperación, indicó que no fue aplicada por lo que resulta improcedente su impugnación. Sobre la letra i) del art. 40 LOSMA, explica que las medidas correctivas fueron consideradas al Cargo N°1 como un factor de disminución, porque ahí sí aplicaba, pero no para el Cargo N°5, como sostiene la Reclamante. Sobre esto último, sostuvo, a fs. 311, que las medidas descritas dicen relación con acciones destinadas a volver al cumplimiento satisfactorio de la obligación del titular de llevar un correcto manejo del sistema de ensilaje de mortalidades, de conformidad a lo dispuesto en su RCA, pero no con la infracción imputada a la empresa relativa a la no entrega de la Bitácora 2016-2018, y que constituye el cargo N°5. Respecto a las áreas protegidas, añadió que el disvalor asociado al riesgo generado por la no entrega de información ya fue incorporado por el legislador al calificar dicha conducta como gravísima, y posibilitar la imposición de una multa en el rango más amplio y alto.

Respecto a la aplicación de la sanción específica la SMA solicita el rechazo de esta alegación. Señaló que la revocación de la RCA no resulta del todo disuasiva, ya que el titular puede volver a obtenerlas, y la clausura aparece como una opción totalmente desproporcionada. Agrega que, según las Bases metodológicas *"[e]n la adopción de esta decisión, corresponde considerar el tipo de incumplimiento y las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA. Especialmente, se tomarán en cuenta aspectos como la magnitud del daño o riesgo causado al medio ambiente o la salud de las personas, la contumacia del infractor, la intencionalidad con la que ha actuado, la magnitud del beneficio económico obtenido, especialmente en los casos en los cuales este último excede el máximo legal de la multa, entre otros criterios"*. En este sentido, la SMA, por no tener completa certeza del destino del material, determinó el riesgo para el escenario más desfavorable, el cual corresponde a que la mortalidad en discrepancia, no sometida a ensilaje, haya sido vertida en el medio marino, en plena consistencia con lo alegado por las reclamantes. Agregó que la SMA no contaba con ningún dato respecto a ese periodo, por lo que no se pudo determinar si existió un riesgo concreto al medio ambiente o a la salud de

las personas con motivo del cargo N°5, ni mucho menos en qué magnitud.

SEXAGÉSIMO SEGUNDO. Que, conforme lo expuesto precedentemente, se han planteado controversias en relación a: a) la configuración del cargo; b) la gravedad de la misma; c) la aplicación de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA; y, por último, d) la naturaleza de la sanción misma. Estas controversias serán desarrolladas a continuación.

1) LA CONFIGURACIÓN DEL CARGO

SEXAGÉSIMO TERCERO. Que, sobre el particular, el Cargo N° 5 es el siguiente: *"El titular no remitió copia digitalizada de control diario de mortalidad sometida a ensilaje en el centro, correspondiente al ciclo productivo 2016-2018"*. La empresa plantea que presentó todos los antecedentes que podía entregar a la SMA, y que la Bitácora 2016-2018 fue accidentalmente eliminada; que la SMA se negó a recibir la prueba de testigos que acreditaran dichas circunstancias; que la SMA no puede exigir ni la empresa entregar información que no tiene en su poder. El Tribunal analizará estos argumentos.

SEXAGÉSIMO CUARTO. Que, la configuración de este cargo se encuentra desde los considerandos 156 a 187, de la Resolución Sancionatoria (fs. 6832 a 6838). En relación a este aspecto, es fundamental tener en cuenta lo establecido en los siguientes considerandos:

- a) Considerando 5: *"(...) Los antecedentes entregados consistieron en: i. Copia digitalizada de bitácora de control diario de mortalidad sometida a ensilaje en el centro correspondiente a los últimos 2 ciclos de producción: a. Entre 21 de mayo de 2013 y 28 de mayo de 2015, correspondiente al primer ciclo productivo analizado. b. **Entre 10 de abril de 2016 y 5 de diciembre de 2017** (información disponible a la fecha de entrega), correspondiente al segundo ciclo productivo analizado (...)"* (Destacado es del Tribunal).
- b) Considerando 158: "Al respecto, cabe tener presente que, durante la fiscalización de 28 de agosto de 2017, cuando se requirió inicialmente la presentación de los registros

de mortalidad extraída y ensilada, el ciclo productivo 2016-2018 estaba en pleno desarrollo, razón por la cual **con fecha 13 de diciembre de 2017 la empresa remitió los antecedentes disponibles hasta diciembre de 2017, fecha hasta la cual existían dichos registros (Anexos 2, 3 y 14 del IFA)**. Posteriormente, y para efectos de contar con información actualizada de los resultados del ciclo productivo 2016-2018, una vez que este finalizó, se procedió a requerir dicha información mediante Res. Ex. D.S.C. N° 1132, de 06 de agosto de 2019, con el objeto de evaluar la globalidad del periodo en que el CES estuvo en operación" (Destacado es del Tribunal).

- c) Considerando 159: "En base a lo anterior, fundadamente esta SMA concluye que el titular cuenta con al menos los registros correspondientes a las fechas entre el 10 de abril de 2016 al 05 de diciembre de 2017, en soporte digital y papel, **en tanto fue la misma empresa la que anteriormente había remitido dicha información a la SMA**, por lo cual su negativa a hacer entrega de las bitácoras de control diario de mortalidad actualizadas respecto el ciclo productivo 2016 -2018, da cuenta de un actuar gravemente negligente, impidiendo el ejercicio de las atribuciones de esta SMA" (Destacado es del Tribunal).

SEXAGÉSIMO QUINTO. Que, como se puede fácilmente advertir, la autoridad administrativa reconoce de forma expresa que la empresa remitió el 13 de diciembre de 2017 a la SMA las bitácoras hasta diciembre de 2017, que corresponden a los registros de la mortalidad extraída y ensilada del ciclo productivo 2016-2018 disponibles a la fecha. Solo quedaron pendientes los registros de parte de diciembre de 2017, enero, febrero y marzo de 2018. El 6 agosto de 2019, mediante la Res. Ex. D.S.C. N° 1132, la SMA requirió nuevamente la información de mortalidad y ensilaje de los dos ciclos productivos en cuestión, incluyendo los meses no informados en el requerimiento anterior, y la empresa alegó haber destruido accidentalmente la información del segundo ciclo. Bajo esta perspectiva no puede estimarse que el cargo se haya configurado en los términos indicados en la Resolución Sancionatoria, y ello porque la misma autoridad reconoce haber recibido la gran

mayoría de los registros de las mortalidades, quedando solo pendientes las de diciembre de 2017, enero, febrero y marzo de 2018. En otras palabras, no puede imputarse al infractor el incumplimiento total de remitir la copia digitalizada de control diario de mortalidad sometida a ensilaje en el centro, correspondiente al ciclo productivo 2016-2018, si la autoridad tenía en su poder las bitácoras disponibles hasta diciembre de 2017.

SEXAGÉSIMO SEXTO. Que, en este sentido, a juicio del Tribunal, no resulta razonable que la SMA realice un requerimiento de información respecto de antecedentes que ya tiene en su poder, pues ello derivaría en un trámite dilatorio, innecesario y carente de justificación. Vale decir, la solicitud de la autoridad puede considerarse desproporcionada, ya que no existe una justificación razonable para requerir nuevamente documentos que ya han sido entregados anteriormente. Este razonamiento es el que se encontraba contenido en el art. 17 letra d) de la Ley N° 19.880, vigente al momento del requerimiento de información, que disponía: "Eximirse de presentar documentos que no correspondan al procedimiento, o que ya se encuentren en poder de la Administración".

SEXAGÉSIMO SÉPTIMO. Que, adicional a lo anterior, se puede observar que para la configuración del Cargo N°1, específicamente en la confección de la Tabla N°4, de fs. 6802 y 6803, que registra la diferencia entre la mortalidad extraída del centro y la sometida a ensilaje, la autoridad administrativa utilizó los registros acompañados por la empresa hasta diciembre de 2017 correspondiente al segundo ciclo productivo. Esto quiere decir que la SMA no solo recibió los antecedentes que luego imputa que no fueron acompañados, sino además los utilizó para sustentar los hechos que configuran el cargo. Por tales motivaciones, el Tribunal acogerá esta alegación sólo en cuanto a que la autoridad deberá ponderar el incumplimiento parcial y no total de la obligación de remitir las copias digitalizadas del registro de mortalidades.

SEXAGÉSIMO OCTAVO. Que, la empresa alegó que no tenía la obligación de disponer ni de conservar la Bitácora 2016-2018,

pues no existe dicho deber ni en la RCA ni en el RAMA, una vez terminado un ciclo productivo. Además, cuestionó la lógica de la SMA al considerar que, aunque no haya una obligación legal, las empresas deberían conservar documentos para demostrar el cumplimiento de otras obligaciones establecidas en los instrumentos que regulan sus proyectos (fs. 31 y 32). Finaliza señalando que la eventual obligación de conservar la bitácora de mortalidades una vez terminado un ciclo productivo configuraría una excepción a la normativa general, por lo que se trata de una obligación que, para ser exigible, debe encontrarse regulada de manera expresa (fs. 33).

SEXAGÉSIMO NOVENO. Que, sobre este aspecto, la empresa no cuestiona ni la existencia de la obligación de llevar las bitácoras que registren las mortalidades sometidas a ensilaje ni la obligación de conservarlas dentro del respectivo ciclo productivo. La controversia se sitúa, por tanto, en determinar si la empresa tiene un deber de conservación de las bitácoras más allá de los ciclos productivos.

SEPTUAGÉSIMO. Que, sobre este asunto, la Resolución Sancionatoria en el considerando 185, manifiesta que *"que en atención a que las infracciones previstas en la Ley N° 20.417 prescriben en el término de 3 años desde su comisión, según establece el artículo 37 de la LOSMA, es razonablemente esperable que los titulares de proyectos conserven sus documentos, exista o no obligación legal en dicho sentido, cuando los mismos permitan acreditar el cumplimiento de otras obligaciones establecidas en los instrumentos que regulan sus proyectos. En este sentido, se reitera que las bitácoras de ensilaje son el único medio de prueba que permite acreditar si el ingreso de mortalidad a ensilaje fue realizado de manera total y con frecuencia diaria, y cuál fue el número de mortalidades que se ingresaron en dicha etapa del mencionado procedimiento"* (fs. 6838).

SEPTUAGÉSIMO PRIMERO. Que, el Tribunal coincide con la apreciación de la SMA. Aunque no haya una obligación explícita de mantener la información de la bitácora de ensilaje de mortalidades después de los ciclos productivos, los regulados tienen la responsabilidad de demostrar ante la autoridad administrativa el cumplimiento de las obligaciones

establecidas por la ley, el reglamento o los actos autorizatorios. Dado que la acción fiscalizadora puede extenderse durante el periodo de prescripción de las infracciones, es razonable que la carga de mantener los documentos y antecedentes que acreditan el cumplimiento de las obligaciones también se extienda por ese periodo. Así entonces, el deber de conservación documental tiene pleno sentido mirado desde el cumplimiento de los objetivos o finalidades de la fiscalización, que no es otra que la de determinar el cumplimiento de la regulación ambiental aplicable al proyecto. En la especie, la única forma de acreditar que durante los ciclos productivos se realizó un adecuado manejo de mortalidades es mediante las referidas bitácoras, sin que se disponga de otro medio de verificación equivalente. En consecuencia, a juicio del Tribunal, los requisitos para entender que existe un deber de conservación de los documentos que acreditan el cumplimiento de obligaciones, serían los siguientes: a) que exista una obligación de registro, ya sea derivada de la ley, reglamento, RCA o de la naturaleza de la obligación u actividad desempeñada; b) que no exista otro medio de verificación equivalente para acreditar el cumplimiento de las obligaciones emanadas de los instrumentos de gestión ambiental; c) que teniendo como finalidad la conservación documental permitir un control del cumplimiento de las obligaciones de los titulares, dicho deber se extiende por el tiempo de prescripción de las infracciones. Por lo explicado, y cumpliéndose estos supuestos en el caso concreto, esta alegación será rechazada.

SEPTUAGÉSIMO SEGUNDO. Que, respecto a que la destrucción de las Bitácoras constituye un caso fortuito o fuerza mayor, y omisión en recibir la declaración de los testigos para acreditar tal circunstancia, cabe rechazar dicha alegación, dado que no se trató de un evento imposible de resistir o respecto de los que la empresa no tuviera responsabilidad. Por el contrario, la destrucción es imputable íntegramente a la gestión interna de la empresa. Al respecto se debe advertir que la circunstancia de que la pérdida de la bitácora haya sido accidental, no planificada ni deliberadamente ejecutada, no significa que no se haya infringido un deber general de

cuidado. Vale decir, la pérdida de las bitácoras es un hecho negligente de Nova Austral, al descuidar el cumplimiento de un deber que se deriva de su calidad de sujeto regulado.

SEPTUAGÉSIMO TERCERO. Que, de la misma manera, también se encuentra justificada la negativa de la autoridad a la reconstrucción de la bitácora, pues, como lo indica el mismo Reclamante a fs. 4736, no se asegura exactitud respecto de las fechas y solo se entregarían valores promedio; agregando a fs. 4736 que se habrían entregado copia de las guías de despacho de mortalidades ensiladas, los certificados de recepción de las mortalidades ensiladas y copia de los registros de mortalidades de la plataforma Fishtalk. Estos documentos ya fueron ponderados en los considerandos Vigésimo quinto a Vigésimo séptimo, concluyéndose previamente que claramente no son idóneos para efectuar la reconstrucción pretendida por el Reclamante. Por estas razones, esta alegación será rechazada.

2) LA CLASIFICACIÓN DE LA GRAVEDAD DE LA INFRACCIÓN

SEPTUAGÉSIMO CUARTO. Que, la SMA clasifica la infracción como gravísima según lo establecido en el art. 36 N°1, letra e) LOSMA, esto es, *"hayan impedido deliberadamente la fiscalización, encubierto una infracción o evitado el ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia"*. Al respecto, desarrolla su argumentación desde los considerandos 196 a 199, de fs. 6840 a 6841. En términos generales, la SMA explicó que la excusa esgrimida por la empresa se origina en un hecho negligente imputable a ella misma, por lo que se impidió una fiscalización y control por parte del Servicio, en circunstancias, además, que el titular estaba en conocimiento que el manejo de mortalidades era un aspecto analizado. En el considerando 197, agregó, que la información no entregada impidió que esta SMA conociera las cantidades sometidas a ensilaje para el periodo entre el 6 diciembre de 2017 a 6 marzo de 2018; de este modo, el incumplimiento al requerimiento de información formulado por la SMA evitó el ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia.

SEPTUAGÉSIMO QUINTO. Que, sobre el particular la SMA en la

Resolución Sancionatoria ha estimado concurrente dos supuestos del art. 36 N°1, letra e) LOSMA: i) haber impedido deliberadamente la fiscalización; ii) haber evitado el ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia. Ambas cuestiones son impugnadas por el Reclamante y serán analizadas separadamente:

i) Haber impedido deliberadamente la fiscalización

SEPTUAGÉSIMO SEXTO. Que, la autoridad administrativa en el considerando 196, a fs. 6480, explica: *"En cuanto al literal e) del numeral 2° del artículo 36 de la LOSMA, cabe tener presente lo ya señalado en el apartado de configuración de la infracción, en cuanto no resulta admisible como justificación para no entregar la información requerida por la autoridad, la excusa originada en un hecho de tal **negligencia imputable a la misma empresa**, como lo es la destrucción de los únicos antecedentes existentes para comprobar el cumplimiento o no de las obligaciones ambientales en materia del manejo adecuado de mortalidad. Dicho actuar de la empresa es aún mayormente reprochable considerando que Nova Austral estaba en pleno conocimiento que el manejo de mortalidades era un aspecto que estaba siendo analizado por esta SMA, en tanto durante agosto de 2017, mientras el ciclo se encontraba en plena operación, el CES fue objeto de una inspección por parte de SERNAPESCA donde las mismas bitácoras fueron solicitadas por la autoridad. Asimismo, cabe destacar que las bitácoras disponibles fueron remitidas a la SMA en diciembre de 2017 en formato digital, por lo que el hecho de su destrucción material no obstaría la entrega de al menos dicha información, de este modo, su extrema negligencia impidió una debida fiscalización y control por parte de este Servicio"* (destacado es del Tribunal).

SEPTUAGÉSIMO SÉPTIMO. Que, a fs. 300, la SMA informa señalando: *"En el presente caso la SMA estimó que efectivamente la "extrema negligencia" de la empresa impidió una debida fiscalización y control por parte de este Servicio, lo cual sumado a la posición de experto en la materia, y su trayectoria en el rubro, hace que el actuar de la empresa es de tal gravedad*

que lo vuelve asimilable al dolo eventual, ya que la empresa estaba en la posición de representarse las consecuencias dañosas de su actuar respecto a la no conservación de las bitácoras de ensilaje para el periodo 2016-2018".

SEPTUAGÉSIMO OCTAVO. Que, para configurar esta circunstancia es necesaria la existencia de un elemento subjetivo como es que el incumplimiento al deber de entregar información se haya realizado con el propósito o intención de impedir la fiscalización. En efecto, la expresión "deliberadamente" corresponde a un adverbio que quiere describir un comportamiento o acción realizada con premeditación, intención o de manera consciente y pensada. Vale decir, cuando el regulado realiza una acción deliberadamente es porque ha tomado una decisión con conocimiento y reflexión previa, en torno a producir un resultado específico, que es la de impedir la fiscalización.

SEPTUAGÉSIMO NOVENO. Que, ninguno de estos antecedentes se encuentra acreditado en la especie. No hay prueba de que la empresa con la destrucción de las bitácoras haya querido impedir intencionalmente la fiscalización de la autoridad. Aunque la falta de entrega de parte de la información requerida pueda dificultar la fiscalización, lo que determina la gravedad de la infracción es la especial intención o propósito del infractor. En otras palabras, para que la infracción sea considerada gravísima, la SMA debe satisfacer un estándar de justificación y probatorio, lo que exige evidencia de que la empresa ha actuado con una intención deliberada de evitar la fiscalización al destruir las bitácoras, no siendo suficiente la presencia de negligencia, que es elemento que la autoridad estima concurrente en el considerando 196° de la Resolución Sancionatoria.

OCTOGÉSIMO. Que, de igual forma, resulta improcedente que, en el informe evacuado por la SMA, a fs. 300, se pretenda justificar y complementar la fundamentación de la Resolución Reclamada, indicando que atendida la posición de experto del regulado y su trayectoria en el rubro, el actuar negligente equivale a un dolo eventual, dado que la empresa estaba en condiciones de representarse las consecuencias de su actuación. Tales consideraciones, que intentan fundamentar la

configuración de la gravedad de la infracción, no se encuentran contenidas en el acto terminal, por lo que no serán atendidas por el Tribunal.

OCTOGÉSIMO PRIMERO. Que, adicionalmente, conforme se detalla en la Resolución Sancionatoria a fs. 6783 a 6785, se debe considerar lo siguiente:

- a) El requerimiento de las bitácoras faltantes se produjo el 6 de agosto de 2019, esto es, un año y cinco meses después de terminado el ciclo productivo;
- b) De igual forma, el requerimiento se genera a casi dos años de la visita inspectiva de funcionarios de SERNAPESCA, CONAF y Gobernación Marítima, realizada el 28 de agosto de 2017;
- c) La última actividad de fiscalización realizada por la SMA antes del requerimiento de agosto de 2019, se efectuó el 28 de noviembre de 2017, mediante Res. Ex. N° 035; esto es, entre la última actividad de fiscalización y el requerimiento incumplido transcurrieron casi dos años.

OCTOGÉSIMO SEGUNDO. Como se puede apreciar las actividades de fiscalización de la SMA al CES Aracena 19 no fueron particularmente intensas como para asumir que el regulado se encontraba siendo objeto de una fiscalización; por el contrario, se observan largos espacios de tiempo en que no se efectuaron acciones de ninguna especie, lo que hace aún más difícil entender que la pérdida de las bitácoras fue con una intención específica del regulado. En este sentido, y dado el contexto señalado anteriormente, es posible asumir que mientras más tiempo transcurra entre el término del periodo productivo y el incumplimiento del requerimiento de información, menos probable es que la destrucción de las bitácoras haya sido intencional. Por ende, la reclamación será acogida en este punto.

ii) Haber evitado el ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia.

OCTOGÉSIMO TERCERO. Que, en el considerando 197 de la Resolución Sancionatoria, a fs. 6840, se indica: "*Por otra parte, en cuanto al segundo elemento, esto es, haber evitado*

el ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia, cabe señalar que la información no entregada impidió que esta SMA conociera las cantidades sometidas a ensilaje para el periodo entre el 6 diciembre de 2017 a 6 marzo de 2018. En efecto, conforme la información entregada por la empresa respecto a la mortalidad extraída desde las balsas jaulas en dicho periodo, se observa que se extrajo la cantidad de 23.922 kg de biomasa, respecto de la cual a la fecha se desconoce la cantidad que fue sometida a ensilaje. Dicha información resulta de altísima relevancia, en tanto, conforme se acreditó para el cargo N°1, existe un mal manejo de mortalidad y una discrepancia entre la información que registra la empresa entre la mortalidad extraída y aquella que es efectivamente ensilada. Respecto al periodo de tiempo en que se desconoce la mortalidad ensilada, se descartará el argumento de la empresa, en tanto la obligación de registro existe para la totalidad de tiempo en que se desarrolle el ciclo productivo. De este modo, el incumplimiento al requerimiento de información formulado por esta SMA evitó el ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia, en tanto impidió a esta institución analizar las cantidades sometidas al sistema de ensilaje para la totalidad del ciclo productivo 2016-2018". Como se puede apreciar, no hay referencia a la existencia de una intención o elemento subjetivo.

OCTOGÉSIMO CUARTO. *Que, en el informe evacuado a este Tribunal, específicamente a fs. 300, la SMA indica: "En el presente caso la SMA estimó que efectivamente la "extrema negligencia" de la empresa impidió una debida fiscalización y control por parte de este Servicio, lo cual sumado a la posición de experto en la materia, y su trayectoria en el rubro, hace que el actuar de la empresa es de tal gravedad que lo vuelve asimilable al dolo eventual, ya que la empresa estaba en la posición de representarse las consecuencias dañosas de su actuar respecto a la no conservación de las bitácoras de ensilaje para el periodo 2016-2018 (...). En efecto, la SMA estimó que no resulta admisible como justificación para no entregar la información requerida por la autoridad, la excusa originada en un hecho de tal negligencia imputable a la misma empresa, como lo es la destrucción de los únicos antecedentes*

existentes para comprobar el cumplimiento o no de las obligaciones ambientales en materia del manejo adecuado de mortalidad".

OCTOGÉSIMO QUINTO. *Que, tal como lo ha resuelto este Tribunal en causa R-64-2018: "debe tenerse presente que las tres circunstancias descritas en la citada letra e) del N° 1 del art. 36 de la LOSMA, esto es «hayan impedido deliberadamente la fiscalización», «encubierto una infracción» o «evitado el ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia», requieren que exista intencionalidad, ya que suponen acciones conscientes y deliberadas". Esto significa que la concurrencia de esta causal de gravedad hace exigible un elemento subjetivo como es que el incumplimiento al deber de entregar información se haya realizado con el propósito o intención de evitar el ejercicio de las atribuciones de la SMA. La intención requiere que la acción y comportamiento hayan sido ejecutadas para alcanzar un objetivo previamente establecido. En la especie, tal circunstancia no aparece indicada en la Resolución Sancionatoria pues la SMA entiende que la configuración de la gravedad de la infracción es objetiva, y que no requiere de un especial componente subjetivo.*

OCTOGÉSIMO SEXTO. *Que, de igual forma, y tal como se indicó en el considerando Octogésimo, no resulta procedente que, en el informe evacuado por la SMA, a fs. 300, se pretenda justificar y complementar la fundamentación de la Resolución Reclamada, indicando que atendida la posición de experto del regulado y su trayectoria en el rubro, el actuar negligente equivale a un dolo eventual, dado que la empresa estaba en condiciones de representarse las consecuencias de su actuación. Tales consideraciones, que intentan fundamentar la configuración de la gravedad de la infracción, no se encuentran contenidas en el acto terminal, por lo que tampoco serán atendidas por el Tribunal.*

OCTOGÉSIMO SÉPTIMO. *Que, adicionalmente, considerando la inexistencia de una norma expresa que establezca el deber del infractor de mantener la información que fue requerida por la SMA, no es posible construir y tener por probada la intención por el puro incumplimiento a la orden de requerimiento de información. Tampoco existen indicios o antecedentes que*

permitan inferir que el propósito de la destrucción de las bitácoras fue para evitar el ejercicio de las potestades de la SMA, como habrían sido, por ejemplo, la producción de efectos ambientales en el periodo que faltan las bitácoras. Por todas estas consideraciones esta alegación será acogida.

**3) LA APLICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ART. 40
LOSMA.**

OCTOGÉSIMO OCTAVO. Que, sobre el particular la Resolución Sancionatoria aplica por el Cargo N° 5 una multa de 1.013 UTA (Resuelvo 5, fs. 6877). Dicha cifra es determinada de acuerdo a la siguiente tabla:

Circunstancia del art. 40	Aplicada	Considerandos
Beneficio económico	No (fs. 6846)	239
Importancia del daño causado o peligro ocasionado	No (fs. 6857)	289
Número de personas cuya salud pudo afectarse	No (fs. 6857)	290
Detrimento o vulneración de un área protegida del Estado	No (fs. 6857)	291 a 295
La importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental	Si (fs. 6862 a 6864)	317 a 324
Intencionalidad	Si (fs. 6867 a 6868)	341 a 346
Conducta anterior negativa	No (fs. 6868)	348 a 349
Falta de cooperación	No (fs. 6868 y 6869)	352
El grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de infracción	No (fs. 6869 y 6870)	357 a 358
Irreprochable conducta anterior	Si (fs. 6870)	361
Presentación de autodenuncia	No (fs. 6870)	363
Cooperación eficaz	Si (fs. 370)	365 a 370
Aplicación de medidas correctivas	No (fs. 6874)	385

OCTOGÉSIMO NOVENO. Que, de acuerdo a la tabla indicada precedentemente las únicas circunstancias que se consideraron para determinar la sanción específica son la intencionalidad y la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental, la irreprochable conducta anterior del infractor y la cooperación eficaz, estas últimas dos como factor de disminución. Al respecto, la empresa reclamante sólo cuestiona que la SMA no fundamenta el monto específico de la multa de 1.013 UTA, pero no hace cuestión acerca de los

fundamentos tenidos a la vista por la SMA para considerar dichas circunstancias. Al efecto, tal como se señaló al resolver la controversia similar asociada al cargo N° 1, a juicio del Tribunal, la SMA cuenta con un amplio margen de discreción para determinar el monto específico de la multa, por lo que puede recorrer toda la extensión de la cuantía establecida para la infracción, debiendo ejercer dicha potestad de forma justificada y en base a criterios razonables y proporcionales. En este sentido, la sanción impuesta no aparece desproporcionada para los límites máximos establecidos en la LOSMA para las infracciones graves (5000 UTA), considerando además que la cuantía de la multa es un factor que puede utilizar la autoridad para la concreción de sus estrategias de cumplimiento de la normativa ambiental. Sin embargo, al haberse decidido que no concurre la intencionalidad resulta evidente que ese factor debe ser descontado del monto total de la multa.

NONAGÉSIMO. Que, en relación a la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental, estos aparecen descritos en la Resolución Sancionatoria en los considerandos 317 a 324, y tal como se ha indicado, no han sido objeto de impugnación por parte del infractor. No obstante, respecto de la intención en la comisión de la infracción, esta aparece razonada desde los considerandos 341 a 346. Estos razonamientos se remiten a los antecedentes ponderados a propósito de la intencionalidad para la clasificación de la gravedad de la infracción N°5, punto que este Tribunal ha definido que no es posible configurar (Considerandos Septuagésimo sexto a Octogésimo séptimo). Adicionalmente, la misma Resolución Sancionatoria es contradictoria pues para justificar la intencionalidad hace referencia a una "extrema negligencia" (considerandos 342 y 345), factor subjetivo de diferente naturaleza a la intencionalidad. En consecuencia, se acogerá esta alegación sólo en lo relativo a la ponderación de la intención en el monto total de la multa, criterio que deberá ser descontado por la autoridad administrativa.

NONAGÉSIMO PRIMERO. Que, la Reclamante R-19-2021, a fs. 40 señala que en el considerando 385 de la Resolución Sancionatoria no se le reconoce a Nova Austral la presentación

de antecedentes que permitan sostener el desarrollo de medidas respecto del Cargo N° 5. Ahora bien, en el punto 5.45 de los Descargos, la empresa habría informado que: *"en la actualidad, la Compañía se encuentra implementando un nuevo sistema de bitácora y escaneado de las mismas que sirva de respaldo de esta información"*. Agrega que debe tenerse en cuenta que esta acción fue incluida en el PdC con el fin de evitar pérdidas futuras de información, y que, si bien la SMA rechazó el PdC, Nova Austral de todas formas implementó esta acción, como dan cuenta las copias digitalizadas de la bitácora acompañadas en el Procedimiento Administrativo Sancionatorio.

NONAGÉSIMO SEGUNDO. Que esta alegación será íntegramente rechazada porque no existen antecedentes en el expediente administrativo que permitan acreditar la existencia del nuevo sistema de bitácora y escaneado de las mismas. Al respecto se debe considerar lo siguiente:

- a) En el PdC presentado el 10 de septiembre de 2019, se da cuenta de que la implementación del nuevo sistema de bitácora (acción N°16) sería una acción en ejecución (fs. 1994);
- b) En Res. Ex. N°3/Rol D-100-2019, que da respuesta a la entrega del PdC, la SMA solicita, respecto a la acción N°16, que en nuevas presentaciones del PdC se adjunte el protocolo de operación y una copia de esta nueva bitácora para su revisión (fs. 2179);
- c) En el PdC refundido presentado el 6 de diciembre de 2019, esta acción ahora corresponde a la N°18, y se encuentra en la sección de "Acciones Principales por Ejecutar". En la descripción de la forma de implementación de esta acción se señala que se encuentra desarrollando e implementando el nuevo sistema y que en futuras presentaciones a la SMA se presentará protocolo de operación de este sistema (fs. 2215 y ss.). En los Anexos del PdC refundido no se encuentra información sobre este protocolo.
- d) En la Res. Ex. N°5/Rol D-100-2019, que da respuesta a la entrega del PdC Refundido, la SMA hace observaciones específicas a la acción N°18, sobre el indicador de cumplimiento y los medios de verificación (fs. 4605).

e) En el Nuevo PdC refundido presentado el 18 de febrero de 2020, esta acción corresponde a la N°19 y se vuelve a incluir dentro de las "Acciones en Ejecución" (fs. 4644 y ss.); se agrega que la digitalización de las bitácoras para diciembre 2019 a febrero 2020 se encuentra en el Anexo 19. Sin embargo, en el expediente administrativo no se encuentran los anexos del PdC Refundido. Adicionalmente, no queda claro si el protocolo es exclusivamente el indicado en el nuevo PdC refundido, o éste constaría de un documento que detalle más características y especificaciones de este protocolo.

f) En la Res. Ex. N°7/Rol D-100-2019, que rechaza este nuevo PdC refundido, la SMA señala que no se entregó información o documentos que acrediten el contenido de este nuevo sistema de bitácoras y de registro de control diario, y añade que en Anexo 19 se acompañaron bitácoras digitalizadas del periodo diciembre 2019 a febrero 2020; sin embargo, las bitácoras acompañadas solo corresponden a las mortalidades sometidas al sistema de ensilaje, y no a las mortalidades retiradas de las balsas del CES, por lo que la información remitida se encuentra incompleta, ya que en la forma de implementación se comprometió la elaboración de bitácoras para ambos procesos. (fs. 4692).

Así entonces no hay evidencia en el expediente que permita justificar la existencia de medidas de corrección, por lo que esta alegación será rechazada.

NONAGÉSIMO TERCERO. Que, en cuanto a la procedencia de la aplicación de la circunstancia del art. 40, letra h) LOSMA, esto es, la vulneración a áreas protegidas, en tanto riesgo, por el ocultamiento de información, cabe señalar que la Resolución Sancionatoria se hace cargo expresamente de esta circunstancia: por un lado, determina que el CES Aracena 19 se ubica íntegramente en el mar y no contempla instalaciones en tierra, por lo que se ubica fuera del Parque Alberto de Agostini (considerando 293), y; por otro lado, no consta antecedente que permita sostener que las infracciones constatadas hayan generado un detrimento o vulneración al Parque.

NONAGÉSIMO CUARTO. Que, ninguna de las hipótesis planteadas

por la SMA en la Resolución Sancionatoria ha sido cuestionada o controvertida por los impugnantes. Por un lado, el art. 40 letra h) de la LOSMA es absolutamente claro cuando exige una "detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado". Es decir, se necesita que el incumplimiento genere efectos ambientales en estas áreas. Por ende, las situaciones de riesgo o peligro no caben en la hipótesis normativa, las que, además, según explica la autoridad, no se han probado en la especie; en consecuencia, es correcto el razonamiento utilizado por la SMA, y esta alegación será rechazada. Por otro lado, no hay antecedentes que permitan desvirtuar que el CES Aracena 19 se ubica íntegramente en el mar y no contempla instalaciones en tierra. Se trata de una conclusión probatoria que no ha sido objeto de prueba en contrario.

4) NATURALEZA DE LA SANCIÓN MISMA.

NONAGÉSIMO QUINTO. Que, la Reclamante de R-20-2021, también impugna la naturaleza de la sanción aplicada por la SMA, estimando que debió aplicarse una sanción no pecuniaria. Sobre este aspecto, se debe considerar que la Resolución Reclamada no contiene razonamiento alguno sobre la procedencia de esta clase de sanciones respecto de las infracciones cometidas, estimándose que la multa es un remedio suficiente para disuadir al infractor; probablemente no estaba dentro del espectro de sanciones posibles de aplicar por parte de la autoridad la revocación de la RCA o clausura del CES.

NONAGÉSIMO SEXTO. Que, para efectos de determinar si existe una ilegalidad en la decisión de aplicar una multa en vez de una sanción no pecuniaria, es necesario revisar los criterios que ha establecido la SMA en su Guía sobre Bases Metodológicas para la determinación de sanciones ambientales. Esta indica: "*La imposición de sanciones no pecuniarias en el caso de infracciones graves y gravísimas se justificará por fines **disuasivos** cuando las circunstancias de la comisión de la infracción dan cuenta de que una sanción pecuniaria no va a lograr ser un desincentivo suficiente para la comisión de infracciones futuras por parte del infractor. En la adopción de esta decisión, corresponde considerar el tipo de*

incumplimiento y las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA. Especialmente, se tomarán en cuenta aspectos como la magnitud del daño o riesgo causado al medio ambiente o la salud de las personas, la contumacia del infractor, la intencionalidad con la que ha actuado, la magnitud del beneficio económico obtenido, especialmente en los casos en los cuales este último excede el máximo legal de la multa, entre otros criterios" (p. 84). Añade posteriormente: "*Por otra parte, la imposición de sanciones no pecuniarias en el caso de infracciones graves y gravísimas se justificará por fines cautelares cuando a través de ellas se busque resguardar al medio ambiente o la salud de las personas de un efecto que amenaza con extenderse en el tiempo, más allá de la fecha de la resolución sancionatoria. En la adopción de esta decisión se considerará especialmente el tipo y significancia del daño o riesgo, así como los antecedentes que hacen presumir que este continuará en el futuro y por cuánto tiempo"* (p. 85).

NONAGÉSIMO SÉPTIMO. Que, de acuerdo expuesto, dos son los criterios que se pueden utilizar para preferir la sanción revocación de RCA o clausura: primero, por *finés disuasivos*, ya sea por la contumacia del infractor, la magnitud del riesgo o daño ocasionado al medio ambiente o la salud de las personas, el beneficio económico especialmente cuando sobrepasa el monto máximo de la multa, o la intencionalidad con que se impetra la infracción. La autoridad tendrá que ponderar los hechos que concurren en estas circunstancias, e inferir si la sanción pecuniaria logrará desincentivar la comisión de infracciones futuras por parte del infractor; segundo, por *finés cautelares*, vale decir, que los efectos ambientales del incumplimiento se vayan a extender más allá de la resolución sancionatoria, lo que hace necesario adoptar medidas que busquen resguardar al medio ambiente o la salud de las personas. Acá la autoridad deberá ponderar la significancia o magnitud del riesgo o daño.

NONAGÉSIMO OCTAVO. Que, sobre el particular, y conforme se señaló en la tabla contenida en el considerando Octogésimo octavo, en la comisión de la infracción N°5, solo concurrió la circunstancia de la "importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental", habiéndose descartado por el Tribunal la intencionalidad (Considerandos Septuagésimo

sexto a Octogésimo séptimo). Por su parte, quedó establecido que el incumplimiento no significó beneficio económico (fs. 6845); no se generó daño ni peligro al medio ambiente (fs. 6857); no se afectó a personas (fs. 6857); no se vulneró un área protegida (fs. 6857); tampoco existió conducta anterior negativa (fs. 6868), y además concurre como disminución la irreprochable conducta anterior (fs. 6870). Bajo estas circunstancias puede fácilmente observarse que no hay antecedentes que permitan justificar una sanción no pecuniaria, dado que, por un lado, no hay efectos ambientales que haya que cautelar; y por el otro, las circunstancias en las que se cometió la infracción, no permiten entender que la multa no vaya a generar un efecto disuasivo considerando además que la infracción no le reportó beneficio económico al infractor. En consecuencia, esta alegación será íntegramente rechazada.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en los arts. 17 N°3, 18 N°3, 20, 25, 27, y ss. de la Ley N° 20.600; arts. 35 letras a) y b), 36, 40, 47, 49, 56, y 60 de la LOSMA; arts. 2, 8, 10, 11, 24 y demás aplicables de la Ley N° 19.300; normas pertinentes de la Ley N° 19.880; arts. 158, 160, 161 inciso 2°, 164, 169, 170 y 254 del Código de Procedimiento Civil; el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema de Justicia sobre la forma de las sentencias, de 30 de septiembre de 1920; y las demás disposiciones pertinentes;

SE RESUELVE:

I. Acoger parcialmente las reclamaciones interpuestas en estos autos de la siguiente forma:

1) Respecto del cargo N°1:

a) La SMA deberá fundamentar adecuadamente la clasificación de gravedad del cargo en relación a la hipótesis del art. 36 N°2, letra e) de la LOSMA.

b) Además, deberá descontar del monto total de la multa lo relativo a la circunstancia de falta de cooperación eficaz, por no ser concurrente dicha

circunstancia.

2) Respecto del cargo N°5:

a) La SMA deberá ponderar el incumplimiento parcial y no total de la obligación de remitir las copias digitalizadas del registro de mortalidades.

b) Además, deberá ponderar que no se encuentra configurada la causal de gravedad contemplada en el art. 36 N°1, letra e) de la LOSMA, como tampoco la circunstancia del art. 40 letra d) de dicha ley.

II. Rechazar en lo demás las reclamaciones interpuestas.

III. No condenar en costas a la Reclamada, por no haber resultado totalmente vencida.

Notifíquese y regístrese.

Rol N° R-19-2021 (acumulada R-20-2021)

Pronunciada por los Ministros Sr. Javier Millar Silva, Sr. Iván Hunter Ampuero, y Sra. Sibel Villalobos Volpi.

Redactó la sentencia el Ministro Sr. Iván Hunter Ampuero.

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

En Valdivia, veinticinco de octubre de dos mil veintitrés, se notificó por el estado diario la resolución precedente.