

Valdivia, diecisiete de octubre de dos mil veintitrés.

VISTOS:

1. A fs. 1 y ss. en la causa R-48-2022, el 27 de julio de 2022, compareció la abogada Sra. **MACARENA MARTINIC CRISTENSEN**, con domicilio en calle Mosquito 491, oficina 312, comuna de Santiago, en representación de la **FUNDACIÓN GREENPEACE PACIFICO** rol único tributario N°73.055.400-1, a su vez representada legalmente por MATÍAS ASÚN HAMEL, cédula de identidad N°10.220.508-1, ambos domiciliados en Los Leones N° 2209, comuna de Providencia, ciudad de Santiago; de la **COMUNIDAD INDÍGENA KAWESQAR GRUPOS FAMILIARES NÓMADES DEL MAR**, inscrita con el N° 18 en el Registro de Comunidades y Asociaciones Indígenas de CONADI, con domicilio en las ciudades de Puerto Natales y Punta Arenas, Provincia de Magallanes, Región de Magallanes y la Antártica Chilena, a su vez representada legalmente por su presidenta doña LETICIA ISABEL CARO KOGLER, de profesión y oficio técnico en enfermería, cédula de identidad N° 12.716.222-0, domiciliada en Mar Mediterráneo N° 907, comuna y ciudad de Punta Arenas; de la **COMUNIDAD INDÍGENA ATAP**, inscrita con el N° 11 en el Registro de Comunidades y Asociaciones Indígenas de CONADI, con domicilio en la ciudad de Punta Arenas, pasaje 3 N° 0547, Villa Fresia Alessandri comuna de Punta Arenas, Provincia de Magallanes de la Región de Magallanes y Antártica Chilena, representada por su presidenta HAYDEE DEL CARMEN ÁGUILA CARO, artesana, cédula de identidad N° 10.979.894-0, en adelante "los Reclamantes"; quien interpuso la reclamación del art. 17 N° 3 de la Ley N° 20.600 en contra de la Res. Ex. N° 1075, de 6 de julio de 2022 ("la Resolución Reclamada"), dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente ("SMA"), la que resolvió



el procedimiento administrativo sancionatorio Rol N° D-143-2021, por la que le impuso una multa de 1.300 UTA a la Empresa NOVA AUSTRAL S.A. en su carácter de titular del proyecto "CES ARACENA 14" ("el Proyecto").

2. El proyecto consiste en la instalación y operación de un centro de cultivo de recursos hidrobiológicos, específicamente de engorda de salmones, ubicado en la localidad de Estero Staples, área Isla Capitán Aracena, al interior del Parque Nacional Alberto de Agostini, comuna de Punta Arenas, región de Magallanes y de la Antártica Chilena. Dicho centro pertenece a la Agrupación de Concesiones de Salmónidos N°55 y se encuentra inscrito en el Registro Nacional de Acuicultura con el N° 120096.
3. Por su parte, el 27 de julio de 2022, a fs. 1 de los autos de este Tribunal Rol R-52-2022, compareció el abogado **Sr. JULIO RECORDON HARTUNG**, en representación de **NOVA AUSTRAL**, ambos con domicilio para estos efectos en Hernando de Magallanes 0990, comuna de Punta Arenas, Región de Magallanes y la Antártica Chilena, quien interpuso la reclamación del art. 17 N° 3 de la Ley N° 20.600, en contra del mismo órgano y resolución, aunque por motivos distintos.

I. Antecedentes del acto administrativo reclamado

4. En el informe evacuado a fs. 58, la SMA acompañó copia digital del expediente administrativo D-143-2021, con certificado de autenticidad que rola a fs.92, donde consta:
 - a) A fs. 95 y ss., la formulación de cargos, de 1 de julio de 2021, hecha contra la empresa por una infracción que se habría cometido en el CES Aracena 14, que se encontraría ubicado al interior del Parque Nacional Alberto de Agostini. Esta, en su resuelvo VII, determinó

de antemano suspender el plazo para presentar descargos, desde la presentación de un Programa de Cumplimiento, en caso de presentarse este, hasta la resolución de aprobación o rechazo del mismo.

El cargo imputado fue: *"Alteración artificial, entre los meses de marzo y junio de 2019, de la columna de agua y fondo marino del CES Aracena 14, incluyendo la sepultación del sedimento bajo la zona de las balsas jaula, sin la correspondiente autorización sectorial, producto de los resultados anaeróbicos de los muestreos de información ambiental"*.

- b) A fs. 109 y ss., el Informe de Fiscalización Ambiental asociado, así como sus documentos anexos.
- c) A fs. 159 y ss., denuncia de Sernapesca.
- d) A fs. 178, Ord. N°E/21102 de Sernapesca complementando información relacionada con la denuncia del CES Aracena 14.
- e) A fs. 251 y ss., ORD/N°063/2019 E 21425 de Sernapesca, complementando información relacionada con la denuncia del CES Aracena 14.
- f) A fs. 1021, presentación del titular mediante la que informa resultados obtenidos en análisis ordenados en medida provisional contenida en la Resolución Exenta SMA N°1025, de fecha 17 de julio de 2019.
- g) A fs. 1243, escrito de la empresa, presentando descargos, y acompañando documentos; A fs. 1299 y 1383 también acompañó documentos
- h) A fs. 1505, resolución de la SMA, de 10 de mayo de 2022, que tuvo por presentado descargos, tiene por acompañados los documentos; requiriendo información a la empresa.
- i) A fs. 1514, escrito de la empresa, respondiendo la solicitud de requerimiento de información.

- j) A fs. 1692, resolución de la SMA, de 15 de junio de 2022, que tuvo presente la información aportada por la empresa y decretó el cierre de la investigación.
- k) A fs. 1697, dictamen del fiscal instructor de la SMA, sin fecha, pero remitido al Superintendente, el 15 de junio de 2022.
- l) A fs. 1752, la resolución reclamada, de 6 de julio de 2022. En ella se confirmó la configuración de la infracción imputada, aplicando una multa de 1300 UTA.

II. Antecedentes del proceso de reclamación

- 5. En lo que respecta a la reclamación y el proceso jurisdiccional derivado de aquélla, consta en autos que:
 - a) A fs. 1 y ss., se inició el procedimiento mediante reclamación del art. 17 N° 3 presentada el 27 de julio de 2022, en la cual se acompañaron en el segundo otrosí, los documentos agregados de fs. 34 a fs. 46.
 - b) A fs. 47, se dictó la resolución que admitió a trámite la reclamación. Se ordenó informar por parte de la autoridad reclamada en plazo legal, y se tuvieron por acompañados los documentos.
 - c) A fs. 48, certificado de acumulación de causa R-52-2022 a la de autos. En esa causa, a fs. 1 se dedujo reclamación en contra del mismo órgano y resolución, aunque por motivos distintos. Además se acompañaron en el primer otrosí, los documentos agregados de fs. 25 a fs. 631. Dicha reclamación fue admitida a trámite por resolución de fs. 632, solicitando informe al MMA, ordenando su acumulación a la causa R-48-2022.

- d) A fs. 58, la SMA evacuó informe y acompañó copia digital del expediente administrativo D-143-2021, con certificado de autenticidad que rola a fs.92.
- e) A fs. 2151, el Tribunal tuvo por evacuado el informe y ordenó pasar los autos al Sr. Relator.
- f) A fs. 2152, se certificó la causa en relación y, a fs. 2153, consta el decreto de autos en relación, fijándose audiencia de alegatos para el jueves 6 de diciembre de 2022, a las 09:30 horas, por medio de videoconferencia. Se tuvieron además por acompañados los documentos presentados por la SMA en otrosí del informe de fs. 58.
- g) A fs. 2157 solicitud de suspensión de común acuerdo de la vista de la causa, a la que se accedió a fs. 2158, fijando fecha para la audiencia de alegatos el 10 de enero de 2023 a las 9:30 hrs.
- h) A fs. 2160, 2161 y 2162, constan los anuncios de las partes, y su providencia, a fs. 2163.
- i) A fs. 2164, el reclamante de la causa R-52-2023 presentó escrito solicitando se tengan presente las consideraciones que indica, para acoger su reclamación. A fs. 2177 se tuvo presente lo indicado por el reclamante.
- j) A fs. 2176, Acta de Instalación del Tribunal, a fs. 2178 certificación de la realización de la audiencia, y a fs. 2179 certificación de causa en estudio. A fs. 2180, certificación del acuerdo.
- k) A fs. 2181, resolución que designa ministro redactor, y a fs. 2182, resolución que, como medida para mejor resolver, ordenó Oficiar a la SMA para que dentro de quinto día acompañe, de manera íntegra, los documentos que se encuentran incompletos o con marcas de censura en el expediente administrativo presentado en el otrosí

del informe de fs. 58: i) Informe de Auditor Independiente, Francisco Avendaño de fs. 1403, ii) Estados financieros 2019 y 2020 de fs. 1405, iii) Informe de Auditor Independiente, Francisco Avendaño de fs. 1519, iv) Estados financieros 2020 y 2021 de fs. 1521. A fs.2415, se tuvo por cumplido lo ordenado.

- 1) A fs. 2525, certificación de entrega del proyecto de sentencia.

CONSIDERANDO:

I. Discusión de las partes

A. Argumentos de los Reclamantes

Primero. Los Reclamantes de fs. 1 de la causa R-48-2022 solicitaron que se declare la ilegalidad de la resolución reclamada, que se deje sin efecto y en su lugar se ordene un nuevo tipo de sanción respecto del hecho infraccional imputado.

Segundo. En primer lugar, alegaron que las actividades realizadas por Nova Austral tipifican como un proyecto de recuperación de suelo, realizado al interior de un área de protección oficial, que debió haber ingresado al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), obteniendo su respectiva Resolución de Calificación Ambiental previa, en conformidad a los arts. 10 letras o) y p) de la Ley N° 19.300, en relación al art. 3 letras o.11) y p) del Reglamento del SEIA, siendo susceptible de haber sido asignada como una infracción, de acuerdo al art. 35 letra b) de la Ley N° 20.417 (fs. 20).

Tercero. Esto ya que, según señalaron, se cumplen todos los supuestos de la norma en las actividades efectuadas por Nova Austral: i) Se ejecutaron actividades de recuperación, buscando salir de la situación de anaerobia verificada hasta principios

del año 2019; ii) Dichas actividades fueron ejecutadas en un área contaminada como lo fue el sedimento cargado con materia orgánica de alimento no consumido, fecas de salmónidos y ausencia de macrofauna bentónica. iii) Las actividades se realizaron en una superficie superior a 10.000 m² (fs. 23).

Cuarto. Expresaron también que la SMA no puede pretender ni afirmar, en base una mera fiscalización, que no existió migración de impactos hacia el ecosistema circundante, ni que las actividades realizadas por Nova Austral se sujetaron a los criterios técnicos existentes (fs. 25), puesto que actividades como la remediación y recuperación de suelos contaminados por industrias salmoneras emplazadas en canales y fiordos pertenecientes al Parque Nacional, son precisamente actividades que están reguladas al alero del SEIA y la Ley N° 19.300, debiendo necesariamente ser evaluados antes de su ejecución (fs. 26).

Quinto. Agregaron a fs. 21 que el órgano sancionador tiene el deber de aplicar la suma de castigos en la sanción final (fs.21); debido a ello, constatada la concurrencia del tipo infraccional asociada a la falta de RCA, lo que correspondía posteriormente, era calificar dicha actividad, a lo menos como grave, en orden a cumplir la disposición indicada en el art. 36, N°2, literal d) (fs. 27).

Sexto. Finalmente, en base a los argumentos expuestos previamente, indicaron que la ponderación de la gravedad de las infracciones y la sanción aplicada fueron fundamentadas erróneamente en la Res. Ex. N° 1075; particularmente en lo que se relaciona con la vulneración del sistema jurídico de protección (art. 40 letra i), y la vulneración del área silvestre protegida (art. 40 letra h). Del mismo modo, señalaron que no se justifica por qué la SMA aplicó la sanción menos gravosa ante la suma de dos infracciones, una gravísima y una grave, descartando otras sanciones más severas. Además, cuestionaron que la SMA haya descartado la presencia de daño ambiental,

solamente fundada en un informe presentado por la empresa sancionada.

Séptimo. Por su parte, la reclamante de fs. 1 y ss. de la causa R-52-2022, solicitó que la resolución reclamada sea dejada sin efecto, por tratarse de un acto administrativo pronunciado en contravención a la legislación vigente y que causa un serio perjuicio a su representada.

Octavo. La empresa alegó que habría quedado imposibilitada de presentar un PDC, ya que la formulación de cargos sostuvo que se generó daño ambiental, aplicando la agravante del art. 36 N°2 literal a) de la LOSMA, pero que al término del procedimiento sancionatorio, la SMA descartó la existencia de un daño ambiental. Sin embargo, según el acápite 1.3 de la Guía para la presentación de PdC elaborada por la SMA, la presentación de un PDC es improcedente en el caso de formulaciones de cargos que imputen infracciones calificadas como gravísimas o graves, de conformidad con el literal a) de los numerales 1 y 2, del art. 36 de la LOSMA (fs.8). El motivo esgrimido para ello es que existiría en la LOSMA otro mecanismo aplicable a las infracciones que generan daño ambiental, como es el plan de reparación de daño ambiental a que se refiere el art. 43 de la citada ley (fs.9). Seguidamente, expresó que el actuar de la SMA le impidió acogerse a un PDC una vez formulados los cargos, a causa de la limitación impuesta por la citada Guía, sin que hubiera otra restricción legal aplicable para estos efectos, agregando que el descarte del daño en la Res. 1075/2022 es incongruente respecto de la Formulación de Cargos, ya que el daño ambiental imputado en dicho acto fue totalmente descartado en la Resolución Sancionatoria (fs. 11).

Noveno. Al respecto, agregó que la imprecisión y negligencia de la propia SMA al formular y calificar el cargo, imputando la existencia de daño ambiental sin fundamento suficiente para ello, le significó una vulneración de los derechos previstos expresamente en la LOSMA para los regulados. Para no incurrir

en tal vulneración, la SMA debía, tras descartar la existencia de daño ambiental, formular nuevamente y de manera correcta el cargo a la Compañía, de manera que ésta pudiera ejercer plenamente los derechos que como imputada en un procedimiento administrativo sancionador le reconoce el ordenamiento jurídico (fs. 12).

Décimo. Expresó además que existió una incorrecta aplicación del art. 36 N°1 literal e), pues para aplicar esta agravante se requiere de intencionalidad. En este sentido, postuló que la SMA habría confundido la intencionalidad requerida para la comisión de la infracción que derivó en el cargo, con la intencionalidad necesaria para la obstaculización de la fiscalización.

Undécimo. Postuló la Reclamante que la infracción imputada no impidió la fiscalización de Sernapesca, ya que las actas de inspección indican que hubo colaboración de la empresa, sin denunciar entorpecimientos, y que la SMA construyó su argumento en favor de la concurrencia de esta circunstancia calificante por la vía de interpretar "en sentido amplio" lo que debe entenderse por "funciones de fiscalización" aludiendo a todo el espectro de competencias con que cuenta.

Duodécimo. Agregó que la infracción imputada tampoco ha evitado el ejercicio de las atribuciones de SMA, puesto que la interpretación extensiva del alcance de las atribuciones de la SMA y de las consecuencias de la obstaculización de una fiscalización sectorial en materia ambiental es errónea, toda vez que, de una correcta lectura de la norma en comento, se deduce que la hipótesis tipificada únicamente se refiere al ejercicio de las atribuciones de la SMA.

Decimotercero. Alegó también que hubo una incorrecta ponderación de las circunstancias previstas en el art. 40 de la LOSMA al determinarse el monto de la multa, ya que la Resolución Reclamada no ponderó correctamente las medidas correctivas adoptadas por Nova Austral. Señaló que la SMA no consideró una serie de medidas adoptadas por la Empresa, relacionadas con el cumplimiento

normativo, con el argumento de que estas medidas no están directamente orientadas a la corrección de la infracción, lo que sería un error de juicio, pues el cargo formulado consiste precisamente en el incumplimiento de la normativa aplicable.

Decimocuarto. Finalmente, alegó que la Resolución Reclamada no ponderó adecuadamente la capacidad económica de Nova Austral puesto que la SMA determinó la multa en base a información desactualizada, sin perjuicio de que tenía información más reciente, que el patrimonio de la empresa se ha visto disminuido, por lo que considerar los ingresos del 2020 es un error. Por lo tanto, expresó, es necesario realizar una nueva ponderación de esta circunstancia para realizar las disminuciones correspondientes.

B. Argumentos de la Reclamada

Decimoquinto. En su Informe, la SMA contradijo lo anterior, y solicitó el rechazo de ambas reclamaciones, con costas.

Decimosexto. Respecto de la reclamación R-48-2022, señaló que el ingreso de un proyecto al SEIA no está previsto para evaluar medidas esporádicas o puntuales, como las que dieron origen al cargo imputado por la SMA en el este caso, sino que buscan evaluar impactos de actividades o proyectos y sus modificaciones, cuando éstas sean de consideración, lo que no ocurre en el caso concreto (fs.82).

Decimoséptimo. Al respecto expresó que no cualquier incumplimiento de una resolución de calificación ambiental constituye una elusión al SEIA, sino que aquello ocurrirá sólo si dicho incumplimiento es una modificación del proyecto que constituye un cambio de consideración, conforme al art. 2 letra g) del RSEIA, agregando que el SEIA es para evaluación preventiva, lo que no sería posible en el caso de las acciones desarrolladas en el CES Aracena 14. Indicó también la SMA que dichas acciones corresponden a una serie de medidas que empleó

la empresa para alterar las condiciones de oxígeno presentes en el Centro, con el objeto de obtener un INFA favorable por parte de la autoridad marítima, y que no corresponden a un cambio de consideración en los términos del art. 2 letra g) del RSEIA (fs. 82).

Decimoctavo. Respecto de las medidas concretas, la SMA señaló que la aplicación de percarbonato no produjo cambio alguno en el sustrato. Ante el resultado adverso, se depositó arena, de manera de generar la sepultación del sedimento en condiciones anaeróbicas (fs. 83). En consecuencia, la sepultación del fondo marino no se puede considerar como una "reparación" del fondo marino, porque no tuvo dicho objetivo (fs.84).

Decimonoveno. Indicó, además, que no se aplica el art. 10 letra p) de la ley N° 19.300, pues no cualquier intervención dentro de un área protegida debe someterse al SEIA, sino solo aquellas que resultan relevantes desde el punto de vista del impacto ambiental que son susceptibles de provocar (fs. 85), lo que no es el caso, toda vez que no existió un impacto o un daño al objeto de protección del Parque. (fs.86)

Vigésimo. Respecto al concurso ideal infraccional, señaló que, suponiendo que las actividades llevadas a cabo en el Centro implican un cambio de consideración del Proyecto, ocurre una primera infracción de incumplimiento de la RCA, necesaria para cometer la segunda, que sería la supuesta elusión. Ante este escenario, la SMA postuló que debía optar por sancionar una de las dos (fs.87).

Vigésimo primero. En cuanto a la incompleta calificación de la infracción según el art. 36 de la LOSMA, la SMA reiteró que no cualquier modificación implica elusión, y que para que esto ocurra debe tratarse de un cambio de consideración (fs. 81 y ss.). De esta manera, planteó que las acciones efectuadas no cumplen con el estándar de ser un cambio de consideración según la letra g) del art. 2° RSEIA, agregando que el SEIA no está previsto para tratar temas esporádicos o puntuales. (fs. 82)

Vigésimo segundo. Respecto a la incompleta ponderación de la sanción, expresó la Reclamada que no se justifica la imposición de una sanción no pecuniaria, ni por fines disuasivos, ni por fines cautelares(fs. 88), ya que la infracción cometida no permite la configuración de un daño al medio ambiente, ni tampoco de un riesgo o peligro concreto al medio ambiente o a la salud de las personas, lo que debe ser especialmente considerado para la imposición de una sanción no pecuniaria, de conformidad a lo establecido en las Bases Metodológicas que guían el procedimiento de la SMA (fs.88). Agregó, además, que el beneficio económico asociado al cargo fue nulo, ya que el titular no se benefició económicamente con motivo de la infracción, por lo que una sanción pecuniaria sí es disuasiva (fs. 88).

Vigésimo tercero. En cuanto a la configuración de daño ambiental, la SMA señaló que, pese a los efectos de la sepultación del fondo marino en el área de sedimentación, estos ocurrieron en un sedimento que ya presentaba una condición desmejorada, producto de la presencia de microorganismos que invariablemente conducían a calificar el centro de engorda bajo condiciones de anaerobiosis. Luego, el vertimiento de arena no tuvo la entidad para generar un detrimento al componente sedimento, pues éste ya se encontraba en una condición menoscabada producto de otros hechos que no son objeto del cargo formulado a la empresa. Así, la perturbación efectuada por Nova Austral no tuvo la entidad para calificarla como una "pérdida, disminución, detrimento o menoscabo" del fondo marino (fs. 90).

Vigésimo cuarto. De igual forma, la SMA solicitó el rechazo de la reclamación R-52-2022, argumentando que, en cuanto a la improcedencia de presentar un PDC en casos donde se impute daño, no existen acciones que permitan recomponer el detrimento ambiental ocasionado sin que ello implique una compensación o una reparación; lo que, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 43 de la LOSMA, debe ser analizado en el marco del instrumento de incentivo al cumplimiento ideado al efecto, que es el Plan de

Reparación, procedimiento que, a diferencia de los PDC, requiere el pronunciamiento previo vinculante del SEA. Al respecto señaló que la improcedencia del PDC frente a una hipótesis de daño ambiental se basa en la observancia al principio de juridicidad, pues el legislador estableció este instrumento de incentivo al cumplimiento, el que opera de forma específica para los casos en que se verifique daño ambiental, agregando que, en atención al pronunciamiento del SEA, estos Planes de Reparación están exentos de someterse al SEIA y que la especial importancia dada por el legislador a la reparación se refleja en la obligación de clasificar la reparabilidad del daño ambiental al momento de clasificar las infracciones(fs. 66).

Vigésimo quinto. Respecto del impedimento para la presentación de un PDC, la SMA alegó que el titular optó por la presentación de descargos, los que fueron ponderados por SMA. Por otro lado, de forma preliminar, la infracción podría haber tenido tal entidad que podría haberse extendido tanto a la columna de agua como al fondo marino correspondientes a la porción de agua concedida para el proyecto, por lo que no se podía asegurar en la formulación de cargos la permanencia y capacidad de regeneración de los componentes ambientales del área. Es por esto que los impedimentos para presentar un PDC deben ser analizados por la SMA caso a caso y en la oportunidad que corresponda (fs. 69).

Vigésimo sexto. Agregó que el reclamante no intentó presentar un PDC en su oportunidad, por lo que no resulta procedente que alegue una supuesta privación de derechos que ni siquiera intentó ejercer (fs.70).

Vigésimo séptimo. En cuanto a que se debió efectuar una nueva formulación de cargos para poder acogerse a un PdC, señaló la SMA que la clasificación de los cargos puede ser modificada en la resolución sancionatoria sin necesidad de reformularlos, siempre que dicha modificación no se base en hechos nuevos, que no estaban en conocimiento del presunto infractor. Como en este

caso ni siquiera hubo una variación de la clasificación de la gravedad de la infracción, sino que solo se descartó una de las agravantes, que era la circunstancia de haber causado daño ambiental (fs.70).

Vigésimo octavo. En relación a la incorrecta aplicación del art. 36 N°1 literal e) que se alega por el Reclamante de la R-52-2022, la SMA indicó que la expresión "deliberadamente" a que hace referencia el literal en comento, aplica únicamente para la primera de las hipótesis que plantea la norma, es decir, el haber impedido la fiscalización, más no para las dos restantes. Así, explicó que la infracción imputada evitó el ejercicio de las atribuciones de Sernapesca, en una tarea que además estaba dirigida a habilitar el ejercicio de las competencias de la SMA; por lo que a su juicio, se evitó también el ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia. En este sentido, debido a que se alteraron las condiciones de oxígeno del área de sedimentación, Sernapesca no pudo fiscalizar lo dispuesto en el art. 19 del RAMA y 87 de la LGPA (fs. 76).

Vigésimo noveno. Para la SMA la conducta fue deliberada, ya que Nova Austral es un Sujeto Calificado, que debió prever la necesidad de contar con autorización para realizar las actividades que llevó a cabo. Además, según los hechos que constituyen la infracción, se verifica intencionalidad pues estas debieron requerir una debida planificación (fs.76).

Trigésimo. En cuanto a la incorrecta ponderación del art. 40 de la LOSMA al determinar el monto de la multa, y a que la Resolución Reclamada no pondera correctamente medidas correctivas adoptadas por Nova Austral, la SMA señaló que el hecho infraccional no es susceptible de ser subsanado, agregando que el titular no ha acompañado las certificaciones a las que hizo referencia, las que, por su naturaleza, tampoco serían idóneas para acreditar que el titular ha vuelto al cumplimiento (fs.77).

Trigésimo primero. En relación a que la Resolución Reclamada no pondera adecuadamente la capacidad económica de Nova Austral, indicó la SMA que examinó los antecedentes financieros que la empresa dispuso en el transcurso del procedimiento. Al efecto, y contrario a lo que señala la Reclamante, explicó que se consideraron los ingresos operacionales que figuran en el estado de resultados al 31 de diciembre de 2021, contenidos en la página 3 de los estados financieros del año 2021 entregados por la empresa, con lo que ésta queda clasificada como Grande N°4 (fs.78).

Trigésimo segundo. En cuanto a la capacidad de pago (o en este caso, el impacto económico de la sanción respecto a la viabilidad futura de la empresa), la SMA señaló que ésta corresponde a una circunstancia que se pondera de forma eventual, excepcional y a solicitud expresa del infractor, quién debe proveer la información correspondiente para acreditar que, efectivamente, se encuentra en situación financiera que le dificulta en gran medida, o le imposibilita, hacer frente a la sanción (fs.79).

II. Controversias

Trigésimo tercero. De las alegaciones de las partes, el Tribunal identifica que las controversias que deben ser analizadas y resueltas, para el presente caso, son las siguientes:

En relación a la causa rol R-48-2022:

1. Si se verifica una elusión al SEIA por configurarse las tipologías contenidas en las letras o) y p) del art. 10 de la ley N° 19.300. En tal circunstancia, si correspondía calificar dicha infracción como grave, ya que se realizó al interior de un área protegida.

2. Si hubo, en virtud de lo anterior, una incompleta ponderación de la sanción impuesta.

Respecto de la causa rol R-52-2022:

1. Si el infractor se vio injustamente impedido para presentar un PDC en el transcurso del procedimiento administrativo sancionador.
2. Si la infracción fue incorrectamente clasificada como gravísima, por cuanto no se configura intencionalidad en los términos del art. 36 N° 1 letra e) de la LOSMA.
3. Si hubo una errónea ponderación de la sanción, respecto de las acciones correctivas implementadas por la empresa y por inadecuada determinación del tamaño económico y de la capacidad de pago.

A. Controversias relacionadas con la causa rol R-48-2022

- i. **Elusión al SEIA en virtud de configurarse las tipologías descritas en las letras o) y p) del art. 10 de la ley N° 19.300**

Trigésimo cuarto. Para los Reclamantes, las actividades realizadas por Nova Austral tipifican como un proyecto de recuperación de suelo realizado al interior de un área de protección oficial, que debió haber ingresado al SEIA, obteniendo su respectiva RCA previa, en conformidad a los arts. 10 letras o) y p) de la Ley N° 19.300, en relación al art. 3 letras o.11) y p) del RSEIA. La elusión al SEIA debió considerarse como una infracción, de acuerdo al art. 35 letra b) de la LOSMA, ya que se cumplen todos los supuestos exigidos: i) Se ejecutaron actividades de recuperación, buscando salir de la situación de anaerobia verificada hasta principios del año 2019; ii) Dichas actividades fueron ejecutadas en un área contaminada como lo fue el sedimento cargado con materia

orgánica de alimento no consumido, fecas de salmónidos y ausencia de macrofauna bentónica; iii) Las actividades se realizaron en una superficie superior a los diez mil metros cuadrados (10.000 m²). Por lo tanto, constatada la concurrencia del tipo infraccional asociada a la falta de RCA, lo que correspondía posteriormente era calificar dicha actividad, a lo menos, como grave, cumpliendo con el art. 36 N° 2 literal d) de la LOSMA.

Trigésimo quinto. Para la SMA, el ingreso de un proyecto al SEIA no está previsto para evaluar medidas esporádicas o puntuales, como las que dieron origen al cargo imputado, sino que buscan evaluar impactos de actividades o proyectos y sus modificaciones, cuando éstas sean de consideración, lo que no ocurre en el caso concreto. Así, constituyen una elusión al SEIA los incumplimientos que, además, configuren una modificación de proyecto que den cuenta de un cambio de consideración, conforme al art. 2 letra g) del RSEIA. Sin embargo, la infracción da cuenta de una medida que empleó la empresa para alterar las condiciones de oxígeno presentes en el CES, con el objeto de obtener un INFA favorable por parte de la autoridad marítima, no un cambio de consideración en los términos del art. 2 letra g) del RSEIA. Por lo demás, no se verifican los supuestos que exige el art. 0.11 del RSEIA, ya que si bien el titular aplicó percarbonato, éste no produjo cambio alguno; luego, como esta medida no fue idónea, incorporaron arena de manera de generar la sepultación del sedimento en condiciones anaeróbicas, destinadas a obtener en el último muestro INFA condiciones aeróbicas. Así, la sepultación del fondo marino no se puede considerar como una "reparación" del fondo marino, porque no tiene este objeto. Respecto de la letra p), señaló que no cualquier intervención dentro de un área protegida debe someterse al SEIA, sino sólo aquéllas que resultan relevantes desde el punto de vista del impacto ambiental que son

susceptibles de provocar, lo que no es el caso, toda vez que no existió un impacto o un daño al objeto de protección del Parque.

Trigésimo sexto. En primer lugar, respecto de la discusión en torno a la elusión al SEIA, a consecuencia de verificarse la tipología prevista en el art. 10 letra o) de la ley N° 19.300 en relación al art. 3 literal o.11 del RSEIA, es importante tener a la vista que esta última norma dispone que corresponde la evaluación ambiental previa de *"Proyectos de saneamiento ambiental, tales como sistemas de alcantarillado y agua potable, plantas de tratamiento de agua o de residuos sólidos de origen domiciliario, rellenos sanitarios, emisarios submarinos, sistemas de tratamiento y disposición de residuos industriales líquidos o sólidos. Se entenderá por proyectos de saneamiento ambiental al conjunto de obras, servicios, técnicas, dispositivos o piezas que correspondan a: (...) o.11 Reparación o recuperación de áreas que contengan contaminantes, que abarquen, en conjunto, una superficie igual o mayor a diez mil metros cuadrados (10.000 m²), salvo que se trate de medidas que formen parte de una propuesta de plan de reparación a que se refiere el artículo 43 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, cuyo texto fue fijado por el artículo segundo de la Ley N° 20.417, caso en el cual se aplicará lo dispuesto en dicha disposición y en su Reglamento"* (el subrayado es del Tribunal).

Trigésimo séptimo. A partir de la norma transcrita, se desprende que ésta dispone el ingreso al SEIA de los proyectos de reparación o recuperación de áreas contaminadas, sin considerar aquéllos Planes de Reparación que sean revisados y aprobados por la SMA, en el contexto de la resolución de un procedimiento administrativo sancionatorio en el cual se haya determinado la existencia de daño ambiental, los cuales se tramitan conforme a lo que dispone el art. 43 de la LOSMA y su Reglamento.

Trigésimo octavo. Enseguida, se observa que si bien el precepto en estudio no indica qué se entiende por "reparación o recuperación", el art. 2° letra s) de la ley N° 19.300, prescribe que la "reparación" corresponde a *"la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas"*. En el mismo sentido, la literatura especializada, ha entendido que "recuperación" implica devolver a sitios degradados y/o abandonados, por los medios necesarios, llevando el ecosistema a una condición productiva que permite nuevamente su uso sustentable (Aronson, J., Blignaut, J., Aronson, T. 2017. *Conceptual frameworks and references for landscape-scale restoration: reflecting back and looking forward. Ann. Missouri Bot. Gard. 102: 188-200*), siendo su objetivo central el restablecimiento de una condición ambiental deseable para la sociedad (Armesto, J., Gallardo, B., Núñez, M. 2012. *Plan de restauración ecológica del Parque Nacional Torres del Paine por incendio 2011-2012. Instituto de Ecología y Biodiversidad - Ministerio de Medio Ambiente. Santiago, Chile*).

Trigésimo noveno. Por otra parte, para determinar que un área tiene la presencia de contaminantes, se considerará que estos últimos corresponden, según la letra d) del mismo art. 2° a *"todo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, radiación, vibración, ruido, luminosidad artificial o una combinación de ellos, cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o períodos de tiempo, pueda constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental"*.

Cuadragésimo. De las definiciones citadas es posible deducir que los verbos rectores utilizados en la tipología -reparar o recuperar- apuntan a restaurar, reponer o restablecer las características del medio ambiente en un área que previamente

ha sido afectada, dañada o abandonada; vale decir, a volver a un estado previo. En el caso particular de la tipología considerada en la letra o.11) del art. 3° RSEIA, dicha recuperación se debe producir a consecuencia de la presencia de contaminantes.

Cuadragésimo primero. Una vez establecido lo anterior, y en el entendido de que los Reclamantes señalan que el área marina en estudio se encontraría contaminada a consecuencia de la presencia de sedimento cargado con materia orgánica, procedente, principalmente, del alimento no consumido y de las fecas de salmónidos, corresponde verificar si las acciones ejecutadas por el infractor buscaron reparar o recuperar dicha área contaminada, como así mismo, si ese objetivo fue conseguido.

Cuadragésimo segundo. Sobre este punto, del análisis del expediente sancionatorio, resultan relevantes para determinar si se está en presencia -o no- de una modificación de proyecto que en sí misma constituye la tipología indicada en la letra o.11) del art. 3° RSEIA, los siguientes hechos relacionados con las condiciones ambientales del Centro:

1. Con fecha 5 de mayo de 2017, mediante el oficio Ord. N° 110853, Sernapesca declaró que el Centro de cultivo código 120096 presentaba condiciones aeróbicas, autorizando siembra por un ciclo productivo y hasta el 1 de marzo de 2018 (fs. 1212).
2. El 22 de octubre de 2018, se declararon condiciones anaeróbicas en el Centro mediante el oficio Ord. N° 131986, de Sernapesca, prohibiéndose el ingreso de nuevos ejemplares mientras no se restablezcan las condiciones aeróbicas (fs. 1201). Esto, en relación al INFA de 5 de septiembre de 2018.
3. El 10 de mayo de 2019, se declararon nuevamente condiciones anaeróbicas en el Centro de cultivo, mediante el oficio Ord. N° 139361, reiterando la prohibición de ingreso de peces. Esto, en relación al INFA de 16 de abril de 2019.

4. Posteriormente, el INFA de 7 de junio de 2019 (fs. 1125) señaló condiciones aeróbicas en la columna de agua a 1 metro del fondo marino (fs. 1127). Sin embargo, este INFA fue invalidado por Sernapesca mediante el oficio N° 142125 (fs. 1204), por una presunta alteración del fondo marino, lo que habría sido denunciado ante la SMA el 10 de julio del mismo año (fs. 1204).
5. El INFA de 24 de noviembre de 2020 (fs. 1372) dio a conocer condiciones aeróbicas en la columna de agua a 1 metro del fondo marino (fs. 1378), el cual corresponde a un muestreo posterior al desarme del CES.

Cuadragésimo tercero. En el expediente de fiscalización consta, además, que:

1. En respuesta a la solicitud de información planteada por la SMA, la empresa Marine Duty presentó una carta, con fecha 1 de agosto de 2019, en la que señala haber realizado trabajos para Nova Austral en el Centro Aracena 14 entre el 18 de marzo de 2019 y el 3 de junio de 2019 (fs. 220). Esta empresa señaló que las actividades realizadas corresponden a *"monitoreo permanente de todas las variables INFA, y de ser necesario, llevar agua desde la superficie a la última capa de la masa de agua, donde el oxígeno es bajo o deficitario"*. Particularmente, en el caso de Aracena 14, indicó que las actividades consistieron en *"monitoreo ambiental, planimetría e ingreso de agua (el mandante decidió también echar algunos sacos de arena, tarea a la que dispuso gente y medios y se nos dio la instrucción de cooperar)"*. Además, comunicó haber vaciado entre 50 y 60 sacos de arena, entre los días 18 de marzo de 2019 y 03 de junio de 2019 en el CES Aracena 14, y que *"la empresa tenía más sacos en terreno, que distribuyó, además de arena que sacó de la playa"*.
2. La misma empresa Marine Duty, con fecha 12 de agosto de 2019, en respuesta a solicitud de información de la SMA de fecha 2 de agosto de 2019, informó haber utilizado la bomba

Dragflow EL60 B con un caudal de 350 m³h⁻¹ moviendo agua de la superficie hacia el fondo para cambiar los niveles de oxígeno presentes en esa capa de agua. También informó la aplicación de percarbonato en el fondo marino del Centro Aracena 14, a modo de prueba de efectividad. Al no observar cambios, no se aplicó en todo el fondo. En la misma carta, informó tener el entendimiento que corresponde al titular - Nova Austral S.A.- solicitar las autorizaciones para realizar cualquier procedimiento en un CES (fs. 246).

3. Por su parte, la empresa Concremag, también en respuesta a una solicitud de información, presentó con fecha 24 de julio de 2019, una carta a SMA en que adjunta 13 guías de despacho (fs. 202) correspondientes a áridos entregados a la empresa Nova Austral S.A. durante los años 2018 y 2019; y cuatro facturas (fs. 216) que dan cuenta de la venta, entre el 31 de marzo de 2019 al 15 de mayo de 2019, de 134 m³ de arena gruesa.
4. En respuesta a solicitud de información, la Dirección Regional de Sernapesca Magallanes entregó información a la SMA proveniente del Operador de Turno de Control de Tráfico Marítimo, que contiene:
 - a) Manifiesto de Carga N°5147 (información de zarpe) de la embarcación "Corcovado IV", presentado por Nova Austral, con destino a Canal Cockburn y a Capitán Aracena en que se declaran, entre otros, 60 big-bags con arena hacia el "CENTRO A-14". (fs. 181 - 182).
 - b) Informe de embarcación "Lucas" CA 6718, matrícula VLD 6780, en el que se presenta la bitácora que permite ratificar descargas y traslados de bolsas de arena desde barcaza "Melinka" y "Sirius" a módulos Aracena 14, entre marzo y mayo de 2019 (fs. 183 - 187).
 - c) Informe de barcaza "Melinka", arrendada por Nova Austral y cuya bitácora fue revisada por Sernapesca y la Capitanía de Puerto de Punta Arenas, muestra registros

de manifiesto de carga 5074, que indican traslado de una bomba *dragflow*, siendo una de sus características dragar y esparcir material del lecho marino, y 100 big bag de 50 toneladas cada uno con "materiales", con firma del asistente de operaciones de Nova Austral S.A. (fs. 188).

- d) Oficio Ord. N° 797, de 7 de julio de 2020, mediante el cual Sernapesca informa que no emitió autorización para trabajos en el CES Aracena 14 en las fechas indicadas (fs. 1067)

Cuadragésimo cuarto. De los antecedentes expuestos, se tiene que con posterioridad al INFA de resultados anaeróbicos de 22 de octubre de 2018, entre los meses de marzo y junio de 2019, Nova Austral realizó diversas labores en el Centro Aracena 14, tales como la aplicación de percarbonato, el bombeo de agua y la aplicación de arena. Dos de estas técnicas, por sus características, se vinculan directamente con la mejora de las condiciones de oxigenación de la columna de agua, puesto que el percarbonato es un precursor del peróxido de hidrógeno, sustancia altamente oxidante, considerada por el propio titular como un agente altamente funcional como oxigenador de la columna de agua; el mismo efecto se buscó producir con el bombeo de agua de mar superficial, altamente oxigenada por la agitación y el contacto directo con la atmósfera, en las capas más profundas de la columna. Por otra parte, la adición de arena produce el efecto de sepultar los sedimentos poblados con *Beggiatoa*, de modo que éstos no sean advertidos en el levantamiento de la información ambiental del Centro.

Cuadragésimo quinto. De este modo, ninguna de las acciones emprendidas por el titular puede considerarse como reparatoria en los términos utilizados por la normativa ambiental, toda vez que, por un lado, no estaban orientadas a restablecer las condiciones básicas ni previas del suelo marino; y, por otra parte, no lograron surtir el efecto esperado, ya que, en primer lugar, con posterioridad al bombeo de agua, el INFA de 16 de

abril de 2019 volvió a mostrar condiciones anaeróbicas y la adición de percarbonato no produjo resultados respecto de la presencia de beggiatoa, por lo que se dejó de aplicar; en tanto que la adición de arena, si bien permitió detectar condiciones aeróbicas en la columna de agua a 1 metro del fondo marino en el INFA de 07 de junio de 2019, también produjo la invalidación del informe, por presunta alteración del fondo marino (fs. 1204).

Cuadragésimo sexto. En conclusión, se observa que estas acciones no lograron el objetivo propio de la reparación, esto es, componer o restaurar las citadas condiciones, sino que sólo permitieron ocultar, temporalmente, la materia orgánica depositada y el biofilm bacteriano. Así, sólo buscaron incidir puntualmente en una de las variables de la columna de agua, la concentración de oxígeno cerca del fondo, con un fin específico, que es generar condiciones aeróbicas, al menos de manera temporal.

Cuadragésimo séptimo. Por tales motivos, no hay elementos que permitan establecer que el titular implementó un proyecto o actividad de reparación o recuperación de áreas contaminadas, de manera de configurar la tipología del art. 0.11 del art. 3° del RSEIA, como sugieren los reclamantes, por lo que dicha alegación no puede ser acogida.

Cuadragésimo octavo. Enseguida, respecto de la eventual elusión al SEIA respecto de la letra p) del mismo art. 3°, se debe tener presente que dicha norma dispone el ingreso al SEIA en los casos de "*Ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita*". Al respecto, es importante recordar que tal como se ha establecido por el SEA en su oficio Ord. N° 130844, de 2013, así como ha sido reconocido por la

jurisprudencia de los tribunales ambientales, para la aplicación de la tipología contenida en el art. 10 letra p) de la Ley N° 19.300, se debe efectuar un análisis de susceptibilidad de afectación de las áreas protegidas mencionadas. Este examen debe considerar, por una parte, la magnitud, extensión y duración de los impactos que se generarán a consecuencia de las obras, partes y acciones del proyecto; y, por otra, el objeto de protección del área.

Cuadragésimo noveno. Sobre el punto, se aprecia que las acciones implementadas por el titular son, por una parte, acotadas en el espacio dentro del área protegida asociada al Parque Nacional Alberto de Agostini, puesto que sus efectos resultan perceptibles únicamente en el área adyacente al CES. En segundo lugar, se tiene que la duración de sus efectos es restringida en el tiempo, ya que en el último INFA, realizado con posterioridad al cierre del CES, se verificó una disminución de aquéllos. Además, en cuanto a la magnitud de la intervención, se observa que ésta buscó alterar una única condición de la columna de agua, a saber, su concentración de oxígeno cerca del fondo, alterando con ello la granulometría del sustrato marino, en circunstancias que éste ya se encontraba previamente afectado por la operación del centro de cultivo, dada la presencia de bacterias anaeróbicas.

Quincuagésimo. De esta manera, la intervención del titular no cumple con las exigencias establecidas para configurar la tipología contenida en el literal p) el art. 10 de la ley N° 19.300, por lo que esta alegación también será rechazada.

Quincuagésimo primero. En consecuencia, el Tribunal estima que en el caso concreto no se configura la elusión al SEIA, ya que las acciones del titular no corresponden a un proyecto que deba ingresar al SEIA conforme a las tipologías previamente descritas, por lo que corresponde rechazar igualmente las alegaciones relativas a un eventual concurso infraccional, y todas las demás que se derivaron de la elusión.

ii. Incompleta ponderación de la sanción impuesta.

Quincuagésimo segundo. Los Reclamantes alegaron que la ponderación de la gravedad de las infracciones y la sanción aplicada fueron fundamentadas erróneamente en la Res. Ex. N° 1075, particularmente, en consideración a la "intensidad del dolo", considerando la complejidad de la acción infraccional. Esto se manifestaría, entre otros aspectos, en lo que se relaciona con las circunstancias del art. 40 de la LOSMA asociadas a la vulneración del sistema jurídico de protección (art. 40 letra i), y la vulneración del área silvestre protegida (art. 40 letra h). Del mismo modo, indicaron que no se justifica por qué la SMA aplicó la sanción menos gravosa ante la suma de dos infracciones, una gravísima y una grave, descartando otras sanciones. Cuestionaron, además, que la SMA haya descartado la presencia de daño ambiental fundada solamente en un informe presentado por la empresa sancionada.

Quincuagésimo tercero. Para la SMA, la sanción impuesta es proporcional a la infracción cometida, a sus efectos y a las características del infractor, ya que no es posible sustentar una hipótesis de daño al medio ambiente ni tampoco determinar que se haya causado un riesgo o peligro concreto al entorno o a la salud de las personas; considerando, además, que el titular no se benefició económicamente con motivo de la infracción, por lo que una sanción pecuniaria de la cuantía establecida sí resulta disuasiva. Agregó que los únicos criterios indicados en las Bases Metodológicas que concurren en este caso son la intencionalidad con la que actuó el titular y su conducta anterior. Finalmente, hizo presente que la SMA debe tener el espacio necesario para la flexibilidad y la discrecionalidad que exige la determinación de una sanción, considerando las circunstancias específicas y particulares de cada caso, a partir de un análisis objetivo mediante criterio experto.

Quincuagésimo cuarto. En relación a esta materia, cabe anotar que, en los procedimientos sancionatorios que lleva a cabo la SMA conforme a la LOSMA, una vez que este organismo califica conforme al art. 36 la gravedad de una infracción cometida, según si es gravísima, grave o leve, debe considerar los tipos de sanción que contempla dicha ley respecto de los rangos aplicables según la calificación de gravedad atribuida, conforme a los arts. 38 y 39, que establecen sanciones pecuniarias, como lo es el caso de la multa, y aquéllas de naturaleza no pecuniaria, las que corresponden a la revocación de la resolución de calificación ambiental, la clausura (temporal o definitiva) y la amonestación por escrito. Luego, con el objeto de adecuar la sanción al caso concreto, se deben ponderar las circunstancias del art. 40 de la LOSMA, el cual prevé que *"Para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerarán las siguientes circunstancias: a) La importancia del daño causado o del peligro ocasionado. b) El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción. c) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción. d) La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma. e) La conducta anterior del infractor. f) La capacidad económica del infractor. g) El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3°. h) El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado. i) Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción"*.

Quincuagésimo quinto. Para llevar a cabo el análisis de las aludidas circunstancias y determinar una sanción específica, la SMA utiliza las "Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales", aprobadas mediante su Res. Ex. N° 85, de 22 de enero de 2018. Existe jurisprudencia que ha expresado que, tanto las circunstancias del art. 40 de la LOSMA como las

Bases Metodológicas de la SMA, establecen un estándar de actuación de este organismo en cuanto a la elección de la sanción aplicable, considerando las características del hecho, acto u omisión constitutiva de infracción, como la particular situación del infractor. Así, la ponderación de tales circunstancias corresponde al ejercicio de una potestad discrecional de la SMA, la cual debe ser ejercida fundadamente (Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental en causa rol R-326-2022, Considerandos Décimo Cuarto y Décimo Quinto; Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental en causa rol R-39-2021, Considerando Sexagésimo Tercero).

Quincuagésimo sexto. Pues bien, las mencionadas Bases Metodológicas establecen, para la determinación de las sanciones pecuniarias, que procede una adición entre los dos componentes definidos en el Esquema Metodológico General que plantea su punto 3.2. El primer componente representa el "beneficio económico" derivado directamente de la infracción, y el otro es denominado "componente de afectación", el cual no sólo materializa la incorporación de las demás circunstancias del art. 40 de la LOSMA que concurran según el caso, sino que da cuenta de la seriedad de la infracción, y a su vez, es graduado mediante determinadas circunstancias o factores, ya sea para el incremento o la disminución del monto de la multa.

Quincuagésimo séptimo. Establecido lo anterior, a continuación es preciso indicar que la Resolución Reclamada, a partir de su Considerando 50 desarrolla la Configuración de la infracción; en tanto que, desde el Considerando 87 en adelante, se analizan los elementos vinculados a su clasificación, en relación a la gravedad asignada. A partir del Considerando 123 se realiza la Ponderación de las Circunstancias del art. 40 de la LOSMA, especificando que la forma de realizar la determinación de la sanción específica corresponde a la sumatoria entre un primer componente, que representa el beneficio económico derivado de la infracción, y una segunda

variable, denominada componente de afectación, que representa el nivel de lesividad asociado.

Quincuagésimo octavo. En relación al beneficio económico, el acto reclamado determina que éste no se verificó en el caso, por cuanto la Empresa no ha desarrollado ninguna actividad productiva en el CES Aracena 14, ya que no hubo una siembra posterior a la constatación de la infracción que diera lugar a ganancias ilícitas anticipadas o adicionales (fs. 1789). Del mismo modo, las alteraciones producidas en el fondo marino, por su naturaleza, a juicio de la SMA, no implican evitar o retrasar costo alguno; tanto es así, que constan en el expediente las facturas que dan cuenta de los costos involucrados en la ejecución de las actividades que causaron tales alteraciones. De esta forma, no es posible considerar este componente como un factor de incremento de la sanción.

Quincuagésimo noveno. En cuanto al componente de afectación, el cual se basó en el "Valor de Seriedad", el acto reclamado explica que éste se determina en base a la asignación de un "Puntaje de Seriedad" al hecho constitutivo de infracción, de forma ascendente de acuerdo a la combinación del nivel de seriedad de los efectos de la infracción en el medio ambiente o la salud de las personas, de la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental, y el detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado, procediendo a explicar a continuación cada una de las circunstancias que constituyen ese valor (fs. 1789).

Sexagésimo. Respecto de las alegaciones de la reclamante vinculadas a la circunstancia prevista en el art. 40, letra a), esto es, la "importancia del daño causado", la Resolución Sancionatoria indicó que los hechos constitutivos de infracción, en especial el vertimiento de arena, tuvo el potencial de haber generado una alteración en el fondo marino que a su vez pudo repercutir en los servicios ecosistémicos. Sin embargo, dicha circunstancia no se consideró en el establecimiento de la

sanción específica, descartándose la posibilidad de dispersión hacia zonas lejanas al área de la concesión, en base al informe de modelación hidrodinámica acompañado por el titular. Revisado dicho antecedente, en base a las condiciones de circulación del sector, las que fueron ajustadas en base a datos reales, se estimó que las descargas de arena no habrían generado un impacto significativo a nivel de columna de agua, puesto que el material depositado sedimenta en cortos períodos y sólo produciría efectos locales, en un área de influencia máxima de 0,65 km² (fs. 1367). Además, en relación a la importancia del daño causado, se tuvo a la vista que los elementos bióticos, estructurales y funcionales se encontraban en un estado anóxico con presencia de microorganismos, con bancos de *Beggiatoa* en las 3 transectas filmadas, en forma previa a la comisión de la infracción.

Sexagésimo primero. Así las cosas, el Tribunal aprecia que la SMA, en efecto, consideró los antecedentes aportados por el infractor para desvirtuar la configuración preliminar de daño ambiental establecida en la Formulación de Cargos, particularmente el informe de modelación hidrodinámica aportado a fs. 1328, respecto del cual, los Reclamantes no formularon reparos sobre su calidad técnica. Sin perjuicio de ello, el Tribunal constató que las estimaciones contenidas en éste se basan en modelaciones hidrodinámicas que fueron validadas con las condiciones de entorno en tres estaciones y que se simularon las acciones de vertimiento de arena constatadas por la SMA. Por último, la ausencia de riesgos en el medio ambiente posteriores a la comisión de la infracción quedó verificada en los resultados de la última filmación submarina en el área, de 2 de agosto de 2019, en el contexto de la ejecución de una medida provisional.

Sexagésimo segundo. En relación a lo que se alega por la reclamante sobre el deber de considerar el detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado (art. 40 letra h) LOSMA), cabe aclarar que, en la línea de lo expuesto

previamente, esta circunstancia fue descartada en el considerando 146 de la resolución sancionatoria, en base a que no se detectó un detrimento o vulneración sobre los objetos de protección del Parque Nacional, así como también por la acotada superficie del centro de cultivo en comparación con la superficie total del Parque, lo que no se condice con una afectación significativa del área protegida (fs. 1793).

Sexagésimo tercero. En cuanto al deber de ponderar la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental (art. 40 letra i) de la LOSMA) es importante tener presente que ésta fue considerada "alta", teniendo presente que las autorizaciones ambientales del proyecto que son infringidas incluyen al D.S. N° 320/2001 (Reglamento Ambiental para la Acuicultura o "RAMA") dentro de la normativa sectorial a ser observada por el titular, el cual se inserta en un contexto eminentemente orientado al seguimiento ambiental, limpieza y equilibrio ecológico en la zona de la concesión. En dicho contexto, se incluye la norma infringida en el caso, el art. 8 bis del RAMA, según el cual *"El uso de mecanismos físicos, productos químicos y biológicos, o la realización de cualquier proceso que modifique las condiciones de oxígeno del área de sedimentación, así como las actividades que resuspendan el sustrato, el arado, arrastre, aspirado o extracción del material sedimentado proveniente de centros de cultivo, sólo podrán ser llevados a cabo previa autorización por resolución fundada de la Subsecretaría"*.

Sexagésimo cuarto. Finalmente, lo relativo a la "Intencionalidad en la comisión de la infracción", contrario a lo se extrae de la argumentación de la Reclamante, ésta se tuvo por acreditada en el Considerando 168 de la resolución sancionatoria, en razón de las características de Nova Austral como sujeto calificado, que debió representarse que la acción ejecutada requería de un permiso sectorial previo (fs. 1798). Además, la SMA consideró que para llevarla a cabo debió realizar una planificación, así como orientar una serie de recursos que

dan cuenta de una intención de llevarla a cabo y de obtener los resultados para los que orientó dicho actuar.

Sexagésimo quinto. De esta manera, de acuerdo a lo expuesto, el ejercicio discrecional llevado a cabo por la SMA para la ponderación de las circunstancias del art. 40 en el acto reclamado se encuentra suficientemente motivado respecto de todas aquéllas que fueron mencionadas por la reclamante, ajustándose a los criterios establecidos en la LOSMA y en las citadas Bases Metodológicas, por lo que corresponde rechazar las alegaciones sobre este punto.

Sexagésimo sexto. Finalmente, en cuanto a la alegación de que la SMA debió aplicar una sanción más gravosa ante la suma de dos infracciones, una gravísima y una grave, esta última vinculada a la elusión al SEIA, cabe mencionar que esta materia ya fue tratada en la primera controversia de esta sentencia, en la cual quedó establecido que no es posible configurar la segunda infracción que plantea la reclamante, por lo que, tal como se indicó en el Considerando Quincuagésimo primero de esta sentencia, estas alegaciones de la reclamante no pueden ser acogidas.

B. Controversias relacionadas con la causa rol R-52-2022

i. Imposibilidad de presentar un Programa de Cumplimiento

Sexagésimo séptimo. La reclamante de la causa R-52-2022, señaló que habría quedado injustamente imposibilitada de presentar un PDC, ya que en la formulación de cargos se le imputó la generación de daño ambiental, considerando la agravante del art. 36 N° 2 literal a) de la LOSMA, asociada a la generación de daño ambiental; no obstante, al término del procedimiento sancionatorio, la SMA descartó la existencia de tal daño ambiental. Lo anterior, a juicio del infractor, habría ocurrido a causa, exclusivamente, de la limitación impuesta por la misma

SMA en su Guía para la presentación de Programas de Cumplimiento por infracciones a instrumentos de carácter ambiental, sin que hubiera otra restricción legal aplicable para estos efectos (fs. 11). De esta manera, al ser descartado el daño, la Res. Ex. N° 1075/2022 es incongruente respecto de la formulación de cargos. Agregó que la imprecisión y negligencia de la propia SMA al formular y calificar el cargo, imputando la existencia de daño ambiental sin fundamento suficiente para ello, significa una vulneración de derechos previstos expresamente en la LOSMA para los regulados. La Reclamante postuló que, para no incurrir en tal vulneración, la SMA debía, tras descartar la existencia de daño ambiental, formular nuevamente y de manera correcta el cargo a la Empresa, de manera que ésta pudiera ejercer plenamente los derechos que como imputada en un procedimiento administrativo sancionador le reconoce el ordenamiento jurídico (fs. 12).

Sexagésimo octavo. La SMA, respecto de la generación de daño ambiental, señaló que no existen acciones que permitan recomponer el detrimento ambiental ocasionado sin que ello implique una compensación o una reparación, lo que, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 43 de la LOSMA, en observancia al principio de juridicidad, debe ser analizado en el marco del instrumento de incentivo al cumplimiento específico ideado al efecto: el plan de reparación, que requiere el pronunciamiento previo vinculante del SEA. Por otro lado, indicó que el titular presentó descargos, sin optar por la presentación de un PDC, por lo que no resulta procedente que se alegue una supuesta privación de sus derechos que ni siquiera intentó ejercer. Agregó que la infracción pudo haber sido de tal entidad que se haya extendido tanto a la columna de agua como al fondo marino, por lo que no se podía asegurar en la formulación de cargos la permanencia y capacidad de regeneración de los componentes ambientales del área. Es por esto que los impedimentos para presentar un PDC deben ser analizados por la SMA caso a caso y en la oportunidad

que corresponda. Finalmente, en cuanto a que debió efectuar una nueva formulación de cargos, la Reclamada señaló que la clasificación de los cargos puede ser modificada en la resolución sancionatoria sin necesidad de reformular cargos, siempre que dicha modificación no se base en hechos nuevos, que no estaban en conocimiento del presunto infractor. En este caso ni siquiera hubo una variación de la clasificación de la gravedad de la infracción, sino que sólo se descartó la aplicación del art. 36 N°2 letra a) relativa al daño ambiental.

Sexagésimo noveno. Para abordar esta controversia es preciso tener presentes los siguientes hechos de la causa:

1. Con fecha 18 de agosto de 2020 fue emitido el informe técnico de fiscalización ambiental, vinculado al CES Aracena 14, ubicado al interior del Parque Nacional Alberto de Agostini. (fs. 109)
2. El 1 de julio de 2021 la SMA dictó la Res. Ex. N°1/ROL D-143-2021, que formuló cargos en contra de Nova Austral S.A, en su calidad de titular del proyecto "CES Aracena 14", por un único cargo, correspondiente a: *"Alteración artificial, entre los meses de marzo y junio de 2019, de la columna de agua y fondo marino del CES Aracena 14, incluyendo la sepultación del sedimento bajo la zona de las balsas jaula, sin la correspondiente autorización sectorial, producto de los resultados anaeróbicos de los muestreos de información ambiental"*. (fs. 95)

Dicha infracción fue clasificada como gravísima, conforme al art. 36 , N° 1, letra e), de la LOSMA, que establece que *"son infracciones gravísimas, los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente: [...] e) Hayan impedido deliberadamente la fiscalización, encubriendo una infracción o evitado el ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia"*. También clasificó la infracción como grave, en virtud del art. 36 , N° 2, letras a) e i) -indistintamente- de la LOSMA,

que establece que *"son infracciones graves, los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente: a) Hayan causado daño ambiental, susceptible de reparación [...] i) Se ejecuten al interior de áreas silvestres protegidas del Estado, sin autorización"*.

3. El 5 de agosto de 2021 (fs. 1243), el infractor presentó los correspondientes descargos, y acompañó los siguientes documentos: 1. Informe N°001 Centro Aracena 14 Nova Austral, de fecha 1 al 3 de agosto de 2019, emitido por Patagonia ROV (fs. 1284-1294) 2. Hoja de seguridad del producto AteOx (fs. 1295-1298).
4. El 20 de octubre de 2021 (fs. 1299), el infractor presentó un escrito que acompaña un informe técnico denominado "Asesoría Nova Austral S.A, Proceso Sancionatorio Rol D-143-2021 CES Aracena 14 RNA N°120096", elaborado por la empresa AVM (Analysis, visualization and modelling).
5. El 10 de diciembre de 2021 (fs. 1383), el infractor solicitó al fiscal instructor de la SMA tener presente diversas circunstancias de hecho y derecho al momento de emitir el dictamen del procedimiento administrativo sancionador, en particular, respecto a las medidas adoptadas por el titular con posterioridad a los hechos denunciados; a las declaraciones emitidas por el Superintendente en un medio de comunicación nacional; y, a nuevos antecedentes que deben ser considerados al momento de ponderar las circunstancias del art. 40 de la LOSMA. Además, acompañó el documento titulado "Estados Financieros Consolidados de Nova Austral y sus Subsidiarias", preparado por la consultora EY, de fecha 30 de abril de 2021 (fs. 1402-1504).
6. El 15 de junio de 2022 se decretó el cierre de la investigación (fs. 1692 y ss), y posteriormente se emitió el dictamen del procedimiento administrativo sancionatorio, por parte del fiscal instructor, sobre la base del único

cargo ya descrito (fs. 1697), proponiendo una multa de 1300 UTA.

7. El 6 de julio de 2022 (fs. 1752) el Superintendente resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio seguido en contra de Nova Austral imponiendo la sanción propuesta. En relación al daño ambiental indicado en la formulación de cargos, señala que las acciones del titular que configuran la infracción no tienen la entidad para calificarla como una "pérdida, disminución, detrimento o menoscabo" del fondo marino, por lo que no configura la hipótesis del art. 36 N° 2 letra a).

Septuagésimo. De acuerdo a los antecedentes expuestos, se tiene que, por una parte, en la formulación de cargos se estableció que la infracción cometida podía considerarse como gravísima en virtud de lo dispuesto en el art. 36, N° 1, letra e), de la LOSMA, y grave, conforme a lo que indica el N° 2, letras a) e i), lo que considera la generación de daño ambiental, susceptible de reparación (letra a). No obstante, posteriormente, en la Resolución Sancionatoria, el daño ambiental fue desestimado, manteniéndose la concurrencia de las demás circunstancias.

Septuagésimo primero. Es importante notar que, en la formulación de cargos, el daño ambiental se estableció sobre la base de que la conducta imputada, al incumplir la normativa sectorial y la correspondiente RCA, *"significaría un atentado directo en contra de la sustentabilidad ambiental, puesto que alterar el fondo marino de manera artificial conlleva a un desequilibrio en el ecosistema; al tiempo que la acción de incorporar un sustrato externo al medio ambiente atenta contra el espíritu de la normativa, la que incentiva la recuperación natural del ecosistema"*. Agregó la resolución, en su Considerando 34, que los efectos del vertimiento de percarbonato y posteriormente de arena, se verían reflejados en los resultados obtenidos tras la aplicación de la medida provisional

decretada por la Res. Ex. N° 1025/2019, en cuanto a la ausencia de macrofauna bentónica dentro del área de concesión (fs. 103). Además, indicó que *"habiéndose constatado adicionalmente un aumento significativo de la materia orgánica en los sedimentos merced de dicha medida, el informe técnico consigna que dicho aumento genera además un incremento en el consumo de oxígeno necesario para efectuar su degradación, lo cual finalmente pudo repercutir en la distribución y subsistencia de la macrofauna en el área de concesión acuícola del centro; condición esta última que pudo haberse visto acentuada por la alteración de las condiciones del fondo marino, tanto con la incorporación de material inerte, como de agentes químicos oxidantes"*. Por otra parte, hizo presente en el Considerando 35, que la infracción se ha realizado al interior del perímetro de un área silvestre protegida del Estado como lo es el Parque Nacional Alberto de Agostini, y que no se puede asegurar que la permanencia y capacidad de regeneración de los componentes ambientales del área, se mantenga en sus niveles normales (fs. 103).

Septuagésimo segundo. Cabe señalar que la citada formulación de cargos, en su Resuelvo III, otorgó al titular un plazo de 10 días hábiles para presentar un PDC y de 15 días hábiles para formular sus descargos, ambos plazos contados desde la notificación del acto. En tanto, su Resuelvo V prevé que en el caso de que Nova Austral S.A. optara por presentar un PdC con el objeto de adoptar medidas destinadas a propender al cumplimiento satisfactorio de la normativa ambiental infringida, y en caso que éste sea aprobado y debidamente ejecutado, el procedimiento se dará por concluido sin aplicación de la sanción administrativa.

Septuagésimo tercero. Luego, en los Considerandos 109 y sgtes. de la resolución sancionatoria, respecto de esta misma materia, se indicó que los efectos *"hubieron de ocurrir en un sedimento que ya representaba una condición desmejorada, producto de la presencia de microorganismos que invariablemente*

conducían a calificar el centro de engorda bajo condiciones de anaerobiosis. Luego, el vertimiento de arena no tuvo la entidad para generar un detrimento al componente sedimento, pues éste ya se encontraba en una condición menoscabada producto de otros hechos que no son objeto del cargo formulado a la empresa". Por lo tanto, agregó, de "los antecedentes allegados por la empresa se permite concluir que el vertimiento de arena, que es considerada de granulometría mayor -y, por tanto, con una tasa de sedimentación mayor, dificultando con ello la resuspensión de las mismas producto de las corrientes de fondo-, no pudo tener el efecto de afectar la columna de agua". Por último, indicó que "no existen otros antecedentes en el presente procedimiento que reflejen una eventual afectación fuera del área de concesión". De esta forma, se concluyó en el acto sancionatorio que no se dan los requisitos para mantener la clasificación en comento, por lo que se descartó, sin ponderar las alegaciones referidas a la inexistencia de daño ambiental presentadas por la empresa en sus descargos, por ser innecesarias.

Septuagésimo cuarto. De acuerdo con lo expuesto, se tiene que la formulación de cargos planteó una hipótesis de daño ambiental de manera preliminar en base a la ausencia de macrofauna bentónica dentro del área de concesión que, en esa etapa, se atribuyó a las acciones infraccionales, así como al hecho de que éstas ocurrieron al interior de un Parque Nacional. En tanto, la Resolución Sancionatoria consideró la situación menoscabada del área aún antes de la comisión de la infracción, que determinó la situación de anaerobiosis; y, los antecedentes aportados por la empresa en el proceso. Respecto a esto último, se tiene que las presentaciones de antecedentes por parte del titular en el procedimiento sancionatorio son las siguientes:

1. Descargos, con fecha 5 de agosto de 2021, y sus respectivos anexos: a. "Informe N° 001 Centro Aracena 14 Nova Austral,

- de fecha 1 al 3 de agosto de 2019, emitido por Patagonia ROV; y b. "Hoja de seguridad del producto AteOx".
2. Escrito de fecha 20 de octubre de 2021, que acompaña informe técnico de AVMC SpA, y que contiene como anexos: a. Hoja de seguridad del producto AteOx": b. "Estudio de modelación hidrodinámica de transporte de sedimentos"; c. "Monitoreo interno Aracena 14. OT 3039".
 3. Escrito de fecha 10 de diciembre de 2021, que adjunta: a. Copia de escritura pública en que consta personería; b. Estados financieros consolidados.

Septuagésimo quinto. Como se desprende del propio acto reclamado (Considerandos 137 y sgtes.), los antecedentes acompañados por el titular que permitieron desvirtuar la imputación inicial de daño frente a la SMA corresponden, principalmente, al "Estudio de modelación hidrodinámica de transporte de sedimentos", que descartó la posibilidad de dispersión hacia zonas lejanas al área de la concesión, y determinó que, producto de las tasas de sedimentación de las arenas, la descarga de este material no habría generado un impacto significativo a nivel de columna de agua, dada la corta residencia en esta última. En cuanto a la adición de percarbonato, según los antecedentes del expediente sancionatorio, su uso se habría producido en forma puntual y al ser una sustancia reactiva en presencia de agua -tal como consta en la hoja de seguridad del producto-, los efectos negativos esperables de su incorporación en la columna de agua se habrían agotado tan pronto se produjeron, no representando un riesgo adicional.

Septuagésimo sexto. Junto con todo lo anterior, es preciso tener presente que el art. 42 de la LOSMA prevé que *"Iniciado un procedimiento sancionatorio, el infractor podrá presentar en el plazo de 10 días, contado desde el acto que lo incoa, un programa de cumplimiento. Para estos efectos se entenderá como programa de cumplimiento, el plan de acciones y metas presentado por el*

infractor, para que dentro de un plazo fijado por la Superintendencia, los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique. No podrán presentar programas de cumplimiento aquellos infractores que se hubiesen acogido a programas de gradualidad en el cumplimiento de la normativa ambiental o hubiesen sido objeto con anterioridad de la aplicación de una sanción por parte de la Superintendencia por infracciones gravísimas o hubiesen presentado, con anterioridad, un programa de cumplimiento, salvo que se hubiese tratado de infracciones leves. Con tal objeto, deberá considerarse el plazo de prescripción de las infracciones señaladas en el artículo 37. Aprobado un programa de cumplimiento por la Superintendencia, el procedimiento sancionatorio se suspenderá. (...) Cumplido el programa dentro de los plazos establecidos y de acuerdo a las metas fijadas en él, el procedimiento administrativo se dará por concluido". Al respecto, cabe agregar que el art. 6 del Decreto N° 30, de 2012, que aprobó el Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación, reitera las restricciones a la presentación de estos instrumentos que se señalan en la ley.

Septuagésimo séptimo. Por otra parte, la "Guía para la presentación de Programas de Cumplimiento por infracciones a instrumentos de carácter ambiental" de julio de 2018, dictada en ejercicio de la facultad prevista en la letra u) del art. 3° de la LOSMA, señala en su punto 1.3 titulado "Restricciones para la presentación de un PDC", que la presentación de este instrumento no es procedente en caso de infracciones que hayan causado daño ambiental, sea éste susceptible o no de reparación, por existir en la misma LOSMA o en la Ley N° 19.300, otros mecanismos jurídicos aplicables a infracciones que hayan ocasionado daño ambiental, aludiendo a lo que dispone el art. 43 de la LOSMA y art. 2 letra f) del Reglamento; y el Título III de la Ley N° 19.300, esto es, un Plan de Reparación presentado

ante la SMA y la acción de demanda por daño ambiental que se tramita ante los Tribunales Ambientales, respectivamente.

Septuagésimo octavo. De esta manera, ocurre que, tal como postula el reclamante, por expresa disposición de la SMA, en los casos en que la formulación de cargos indique de manera preliminar que la infracción puede causar daño ambiental, no será procedente presentar un PDC. Sin embargo, pese a lo establecido en el citado instrumento interno de la SMA, el Resuelvo III de la resolución que formuló cargos otorgó un plazo de 10 días hábiles para la presentación de un PDC, haciendo presente en el Resuelvo V que en caso que éste sea aprobado y debidamente ejecutado, el procedimiento se dará por concluido sin aplicación de una sanción administrativa.

Septuagésimo noveno. No es posible para el Tribunal, obviar esta contradicción entre lo expresado en un instrumento de alcances generales, como la Guía, con lo dispuesto en la resolución que formuló cargos a Nova Austral S.A., ya que se expone al regulado a una situación compleja, toda vez que, si bien conforme a la resolución podría presentar un PDC dentro del plazo otorgado, puede prever que esa actuación será infructuosa, por cuanto la Guía indica que estos instrumentos son improcedentes en el caso en que concurra daño ambiental.

Octogésimo. En ese escenario, y teniendo a la vista que la legalidad de la restricción prevista en la Guía no forma parte de la controversia, resulta, al menos, cuestionable lo señalado por la SMA en su informe, en orden a que el titular no fue privado de su derecho a presentar un PDC ya que ni siquiera intentó hacerlo, por cuanto, como se vio, existía un margen de probabilidad, amparado por la regulación interna de la SMA, de que aquél optara directamente por la presentación de descargos, presumiendo de manera fundada que el ingreso de un PDC sería rechazado de plano. De esta forma, es posible afirmar que la imputación inicial de daño ambiental afecta de manera relevante el ejercicio del derecho de los infractores a presentar un PDC,

por lo que, a juicio de estos sentenciadores, ésta sólo puede establecerse de manera fundada y en base a antecedentes concretos que la acrediten.

Octogésimo primero. En el caso concreto, ocurrió que el titular presentó descargos el día 5 de agosto de 2021, y posteriormente (octubre y diciembre de 2021) otros antecedentes, que fueron valorados por la SMA en la Resolución sancionatoria para efectos tanto de la clasificación de la infracción como grave conforme al art. 36 N° 2 letra a), como para la ponderación de las circunstancias del art. 40.

Octogésimo segundo. Conforme a lo que indica la SMA en la Resolución sancionatoria y ratifica en su informe, fueron los informes acompañados el 20 de octubre de 2021 los que entregaron antecedentes suficientes para descartar hechos relevantes considerados en la formulación de cargos, tales como el desequilibrio en el ecosistema marino, el incremento en el consumo de oxígeno y su repercusión en la distribución y subsistencia de la macrofauna en el área de concesión.

Octogésimo tercero. Al respecto, se debe tener en consideración que, como ha reconocido la doctrina, la Formulación de Cargos constituye una actuación fundamental en el procedimiento administrativo sancionador, *"en tanto permite al presunto infractor saber fehacientemente el contenido de la acusación y defenderse, así como entrega herramientas para la protección de sus derechos e intereses"* (Osorio Vargas, Cristóbal. "Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador. Parte General" Editorial Thomson Reuters. Segunda Edición (2017) p. 660.). Así, este acto da a conocer a los interesados la acusación efectuada por la autoridad, quienes determinarán si es coherente con sus pretensiones o carece de eficacia para la satisfacción de sus derechos e intereses afectados. Por lo tanto, *"la formulación de cargos fija el objeto de la discusión en el procedimiento administrativo con los interesados que, en razón de ella, podrán*

adoptar todas las medidas que sean pertinentes para el resguardo de sus derechos e intereses". (Osorio, 2017, Op. Cit.)

Octogésimo cuarto. En tanto, la jurisprudencia ha señalado que la formulación de cargos *"tiene un carácter provisional, pues atendidas las circunstancias puede ser modificada mediante una reformulación, siempre que se realice dentro de un plazo de seis meses y que se fundamente en la existencia de hechos nuevos, todo esto a fin de que el administrado pueda ejercer plenamente sus derechos y prerrogativas que reconoce el debido proceso administrativo"* (Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, en causa rol R-266-2019, Considerando Trigésimo Tercero). Al respecto, agrega que *"las exigencias relativas a la formulación y reformulación de cargos deben entenderse en el marco de la garantía del debido proceso que asiste al regulado sometido al ejercicio de la potestad sancionatoria, en este caso ambiental"*. Al efecto, la misma doctrina citada previamente ha señalado que la reformulación de cargos es parte de las potestades de la autoridad sancionadora en resguardo del derecho a defensa del imputado, y tiene por objeto modificar el contenido de los cargos formulados, a saber, hechos, sanción o calificación jurídica (Osorio, op. cit. p. 680).

Octogésimo quinto. De esta forma, se desprende de la señalada doctrina como de la jurisprudencia que para que proceda la reformulación de cargos se requiere que esto se realice dentro del plazo de sustanciación del procedimiento previsto en el art. 27 de la ley N° 19.880, esto es, seis meses, y que se fundamente en la existencia de hechos nuevos. Ambos requisitos se cumplen en el presente caso, toda vez que los antecedentes que desvirtuaron el daño fueron incorporados al procedimiento el 20 de octubre de 2021, es decir, menos de cuatro meses después de la formulación de cargos, y dieron cuenta de nuevos antecedentes vinculados a la ausencia de efectos en la fauna producto de la aplicación parcial de percarbonato de sodio en el fondo de la concesión (fs. 1307 y fs. 1325), a la magnitud y extensión de

los efectos de la adición de arena en el medio marino (fs. 1328 y ss.) y al estado actual del fondo marino y de la columna de agua (fs. 1373 y ss.).

Octogésimo sexto. Por consiguiente, se concluye que, en el presente caso, a consecuencia de la imputación preliminar de daño ambiental de la formulación de cargos, en base a supuestos más bien generales, se afectó el derecho del infractor a presentar un PDC, en razón de lo dispuesto en instrumentos internos de la SMA, por lo que correspondía que, una vez que esta imputación fue desvirtuada en base a antecedentes concretos recabados en el transcurso del procedimiento, la SMA reformulara los cargos originales, eliminando dicha circunstancia; todo ello con independencia de si tales antecedentes han sido aportados - o no- por el titular.

Octogésimo séptimo. La reformulación de cargos, en el caso concreto, no sólo habría aportado mayor congruencia entre la formulación de cargos y la posterior resolución sancionatoria, si no que habría otorgado a Nova Austral una nueva posibilidad efectiva de actuar frente a la Administración, a través de la presentación de un PDC, entregando la posibilidad de mejorar por este medio las condiciones de la concesión, en caso de haber sido necesario. De esta forma, de haber existido -eventualmente- un PDC aprobado, se habría suspendido el procedimiento en contra del regulado, y ante el cumplimiento satisfactorio de su plan de acciones y medidas, se habría podido retornar al cumplimiento normativo y el procedimiento habría concluido sin la imposición de sanciones.

Octogésimo octavo. Por otra parte, cabe hacer presente que, a juicio del Tribunal, las consecuencias que, de acuerdo a la Guía se producirían ante la determinación de la existencia de daño ambiental en la formulación de cargos, resultan tan determinantes en la continuación del procedimiento sancionador, que la SMA debería exigirse en estos casos un alto estándar de motivación, basado en antecedentes concretos y relacionados

directamente con la actividad fiscalizada, evitando sustentar tal circunstancia en generalidades, atendidos los resultados que esto podría producir.

Octogésimo noveno. En consecuencia, corresponde acoger la alegación del infractor sobre este punto, de manera tal que la SMA deberá proceder a reformular el cargo de que se trata, eliminando su clasificación como "grave" en razón a lo previsto por el art. 36 N° 2 letra a) vinculada a la generación de daño ambiental, susceptible de reparación.

Nonagésimo. Respecto de la segunda materia alegada - Inadecuada clasificación de la infracción, por falta de intencionalidad- como la tercera -Errónea ponderación de la sanción, respecto de las acciones correctivas y la determinación de la capacidad económica- no se emitirá un pronunciamiento por parte del Tribunal por estimarse que éste sería incompatible con lo que se resolverá respecto de la primera controversia, previamente desarrollada.

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; 3°, 328, 35, 36, 40, 42 y 43 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente; arts. 2, 8, 10, y demás aplicables de la Ley N° 19.300; art. 3° letras o.11 y p) y demás aplicables del D.S. N° 40/2012, del Ministerio del Medio Ambiente; 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 Excma. 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 la reclamación de fs. 1 y ss. de la causa R-52-2022, presentada por Nova Austral S.A. en contra

de la Res. Ex. N° 1075, de 6 de julio de 2022, dictada en el procedimiento administrativo sancionatorio Rol N° D-143-2021, por la que le impuso una multa de 1.300 UTA a la Empresa NOVA AUSTRAL S.A. en su carácter de titular del proyecto "CES ARACENA 14", por las razones expuestas en los Considerandos Sexagésimo séptimo a Octogésimo noveno de esta sentencia, debiendo consecuentemente la Superintendencia del Medio Ambiente proceder a una nueva formulación de cargos y resolver el procedimiento administrativo conforme en derecho corresponda, teniendo a la vista las consideraciones expuestas en la presente sentencia.

II. Rechazar la reclamación de fs. 1 y ss. de la causa rol R-48-2022, acumulada a estos autos, en virtud de las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

III. No condenar en costas a la Reclamante de los autos Rol R-48-2022, por haber tenido motivos plausibles para litigar.

Se previene que la Ministra Villalobos concurre a la mayoría, sin compartir lo razonado en el Considerando Nonagésimo, por cuanto, a su juicio, no resulta absolutamente incompatible emitir un pronunciamiento sobre la segunda controversia planteada por la Reclamante de la causa R-52-2022, esto es, la Inadecuada clasificación de la infracción por falta de intencionalidad, toda vez que ésta, al igual que la primera, se refiere también a la aplicación de una circunstancia de clasificación de gravedad de una infracción previamente verificada por la SMA. Sobre estas alegaciones, estima necesario hacer presentes las siguientes consideraciones:

1) La infracción en comento fue clasificada, también, como gravísima en virtud de la circunstancia descrita en la letra e) del N° 1 del art. 36, es decir, "*Hayan impedido deliberadamente la fiscalización, encubierto una infracción o evitado el ejercicio de las atribuciones de la*

Superintendencia". Respecto de esta circunstancia, la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que las tres hipótesis descritas en este literal requieren que exista intencionalidad, ya que suponen acciones conscientes y deliberadas. Además, que, para probar la intencionalidad, el estándar de prueba aplicable en el procedimiento sancionatorio, no es el de más allá de toda duda razonable, sino la probabilidad preponderante, por tanto, basta que exista mayor probabilidad de un actuar deliberado (Tercer Tribunal Ambiental, sentencia en causa rol R-64-2018). En tal sentido, los tres supuestos que configuran la circunstancia agravante, comparten como elemento común una deliberada intención de impedir, encubrir o evitar, la cual está dirigida a obstaculizar el normal funcionamiento de la institucionalidad ambiental y el rol que dentro de ella juega la SMA. (Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, en causa rol 221-2019, Considerando Quincuagésimo sexto)

- 2) Como se ha expuesto previamente, al describir los hechos que llevaron a configurar la infracción en estudio, consta en el INFA de febrero de 2017 (fs. 1182 y ss.) que el CES Aracena 14 presentó condiciones aeróbicas (fs. 1212). Posteriormente, en los INFA de septiembre de 2018 (fs. 1090 y ss.) y de abril de 2019 (fs. 1149 y ss.), el Centro presentó condiciones anaeróbicas, por lo que Sernapesca indicó la imposibilidad de ingreso de nuevos ejemplares, mientras no se restablezcan las condiciones de oxígeno (fs. 1201 y fs. 1208). Con posterioridad a este hecho, el titular emprendió una serie de acciones, tales como el bombeo de agua superficial hacia el fondo de la concesión, la aplicación de percarbonato de sodio y el vertido de arena; las que tuvieron como consecuencia la producción de un INFA que reveló condiciones aeróbicas determinadas por la ausencia de microorganismos, pero ante la supuesta

alteración del fondo marino, los resultados de ese muestro fueran invalidados por Sernapesca (fs. 1204).

- 3) De este modo, y tal como se indica en la Resolución Sancionatoria, esas acciones, por sus características, no pudieron sino ser conscientes y dirigidas, lo que queda demostrado en los esfuerzos desplegados por la empresa para su concreción, dando cuenta de la necesaria planificación y coordinación de recursos humanos y materiales, concretando el traslado de los insumos y herramientas hasta el CES y su aplicación en el área. Además, la naturaleza misma de las actividades desplegadas permite inferir que sólo pudieron estar destinadas a modificar las condiciones adversas de oxigenación, preexistentes en el área.
- 4) Luego, y en lo que se refiere directamente a la intencionalidad necesaria para impedir la fiscalización, se tiene que la alteración deliberada, por parte de un titular, de las condiciones ambientales de un centro que se encuentra declarado anaeróbico, tiene sentido si busca mejorar artificialmente dichas condiciones. Lo anterior debido a que, dentro de las obligaciones derivadas de las autorizaciones ambientales de un CES, se encuentra el cumplimiento del Reglamento Ambiental para la Acuicultura (RAMA), el cual establece que *"es responsabilidad del titular que su centro opere en niveles compatibles con las capacidades de los cuerpos de agua lacustres, fluviales y/o marítimos, para lo cual deberá mantener siempre condiciones aeróbicas"*. En este contexto, el art. 19 de dicho reglamento prevé que no se podrán ingresar nuevos ejemplares a los centros de cultivo mientras no se cuente con los resultados de la INFA que acrediten que el centro está operando en niveles compatibles con la capacidad del cuerpo de agua. El RAMA reitera, en su art. 20, que en el caso que el centro de cultivo supere la capacidad del cuerpo de agua, no se podrá ingresar nuevos ejemplares mientras no se restablezcan

las condiciones aeróbicas, lo cual deberá determinarse con una nueva INFA, que deberá acreditar que en el sitio se podrá reanudar y mantener operaciones en condiciones aeróbicas al menos por un ciclo productivo, en el caso del cultivo de peces.

- 5) De esta manera, resulta altamente probable que las maniobras que configuraron la infracción hayan sido efectuadas, con la finalidad de mejorar los resultados de los monitoreos de información ambiental; dando lugar de forma artificial y no autorizada a condiciones aeróbicas, lo que, a su vez, le habría permitido a NOVA continuar operando el centro, mediante la autorización para el ingreso de nuevos ejemplares. Los antecedentes que dan cuenta de lo anterior permiten superar el estándar de probabilidad preponderante, aplicable al presente caso, siguiendo la jurisprudencia ya citada en el punto 1) de esta prevención.
- 6) En relación a lo anterior, no es atendible la alegación del infractor respecto a que esta circunstancia no se configura por cuanto las actas de inspección de la autoridad darían cuenta de que hubo colaboración de la empresa, sin denunciar entorpecimientos. Esto, ya que si bien no consta en el expediente que hayan existido impedimentos para el desarrollo de labores propiamente inspectivas, dentro de las cuales se contemplan las indicadas en el art. 28 inciso tercero de la LOSMA, que comprenden los poderes de ingreso e inspección material a los recintos, la toma de muestras y registros del sitio y bienes fiscalizados, así como levantar actas y testimonios, entre otras; lo cierto es que la actividad de fiscalización propiamente tal no se agota con el ejercicio de tales funciones de inspección, sino que incluye una serie de acciones destinadas a la comprobación o constatación del cumplimiento normativo, el cual, en este caso, se relaciona a las normas, condiciones y medidas de una RCA, y que considera al menos la realización de

controles, mediciones y análisis de la información, como se desprende del art. 3, letra a) de la LOSMA.

- 7) En la misma línea, es importante aclarar que las actividades de fiscalización del art. 19 del RAMA, realizadas por Sernapesca, se vinculan directamente a la verificación del cumplimiento de las RCA de proyectos acuícolas, que incorporan dicho reglamento como normativa ambiental aplicable y cuyo control corresponde a la SMA. En este escenario, es posible afirmar que existe una conexión entre las labores de fiscalización de Sernapesca y la SMA en el contexto del Proyecto, produciéndose una afectación del ejercicio de las funciones de fiscalización de Sernapesca, que en el caso concreto fueron realizadas en colaboración con la SMA, conforme al art. 22 de la LOSMA.
- 8) En consecuencia, es posible aseverar que, a través de la conducta del infractor, orientada a modificar deliberadamente las condiciones del medio ambiente marino, efectivamente se impidió el pleno ejercicio de la totalidad de las actividades incluidas en la función fiscalizadora tanto del RAMA como de la RCA, restringiendo la concreción de los análisis y comprobaciones respecto de la información recolectada en terreno, acerca de las condiciones previas de operación del CES, y cómo ésta se ajustaba a la normativa que le era exigible.
- 9) En lo que se relaciona con la tercera hipótesis del literal e) del N° 1, del art. 36, esto es, haber "evitado el ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia", cabe recordar que la fiscalización de las infracciones a las normas, condiciones y medidas de una resolución de calificación ambiental y la respectiva imposición de sanciones son competencia de la SMA, según lo dispuesto en los literales a) y o) del art. 3° de la LOSMA, correspondiendo la primera de éstas a una atribución que puede ser ejercida por parte de organismos sectoriales, como

ya se indicó. Así, además del impedimento a la fiscalización que ya se corroboró en los numerales precedentes, se detecta que la ejecución de la conducta infraccional privó de información fidedigna sobre la operación del Centro para que la SMA pudiera ejercer, en primer lugar, sus atribuciones sancionadoras respecto de los hechos que se pretendieron ocultar con la alteración de las condiciones del medio marino, esto es, las deficientes condiciones de oxígeno en el área de sedimentación y el alcance de sus efectos negativos en el medio ambiente. En segundo lugar, la adulteración de las condiciones en las que operaba el CES Aracena 14, dejó inhabilitada a la SMA para la eventual imposición oportuna de medidas provisionales y de medidas urgentes y transitorias que fueran necesarias para controlar los riesgos existentes.

- 10) De todo lo anterior se desprende que la conducta infraccional estuvo orientada tanto a impedir deliberadamente la fiscalización como a evitar el ejercicio de las atribuciones de la SMA, de manera que, a juicio de esta Ministra, se configuran tanto la primera como la tercera hipótesis contenida en el art. 36 N° 1 letra e) de la LOSMA.

Notifíquese y regístrese.

Rol N° R 48-2022 (acumula Rol N° R 52-2022)

Pronunciada por el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Sr. Javier Millar Silva, Sr. Iván Hunter Ampuero, y Sra. Sibel Villalobos Volpi. El Ministro Millar no firma por encontrarse haciendo uso de permiso administrativo, sin perjuicio de haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo del fallo.

Redactó la sentencia y la prevención la Ministra Sra. Sibel Villalobos Volpi.

Autoriza el Secretario Abogado (s) Sr. José Hernández Riera.

En Valdivia, a diecisiete de octubre de dos mil veintitrés, se anunció por el Estado Diario.