

Causa R-19-2021¹ “Nova Austral S.A con Superintendencia del Medio Ambiente”

1. Datos del procedimiento.

Reclamantes:

- Fundación Greenpeace Pacífico Sur
- Comunidad Indígena Kawésqar Grupos Familiares Nómades del Mar
- Comunidad Indígena ATAP
- Nova Austral S.A [Titular]

Reclamado:

- Superintendencia del Medio Ambiente [SMA]

2. Hechos esenciales que originaron el procedimiento y decisión del asunto controvertido.

Mediante la Res. Ex. N°1968 (Resolución Reclamada), de 6 de septiembre de 2021, la SMA impuso una sanción de 1.941,2 UTA a la empresa Nova Austral S.A(Titular), atendida la comisión de 5 infracciones relativas al funcionamiento y operación del proyecto “Centro de Engorda de Salmónidos Aracena 19” (Proyecto), ubicado en la comuna de Punta Arenas, Región de Magallanes y la Antártica Chile.

Las infracciones controvertidas y discutidas en sede judicial, fueron las siguientes:

N°1: “Inadecuado manejo de las mortalidades generadas en el CES en los ciclos productivos 2013-2015 y 2016-2018, manifestada en las discrepancias numéricas existentes entre la mortalidad extraída desde las jaulas del CES y las sometidas al sistema de ensilaje”.

N°4: “Incumplimiento de medidas preventivas (realización de actividades y contar con determinados equipos establecidos en los planes de contingencias), en consistentes en: 1. No disponer en el CES del equipo necesario para la implementación del Plan de Contingencias del FAN; 2. No disponer en el CES de redes de enmalle necesarias para la implementación del Plan de contingencias para escape masivo de peces. 3.No realizar verificación semestral del estado de los módulos del CES. 4. No contar con certificados

¹ Causa Rol N°R-20-2021 acumulada.

anuales sobre las condiciones de seguridad de los módulos de cultivo y de fondeos, del CES”.

Nº5: “El Titular no remitió copia digitalizada de bitácoras de control diario de mortalidad sometida a ensilaje en el centro correspondiente al ciclo productivo 2016-2018”.

La Fundación Greenpeace Pacífico, la Comunidad Indígena Kawésqar Grupos Familiares Nómades del Mar, y la Comunidad Indígena ATAP, impugnaron judicialmente la Resolución Reclamada, argumentando que, el cargo Nº1 debió ser calificado como grave y no como leve, por cuanto el inadecuado manejo de la mortalidad y ensilaje constituye un incumplimiento grave de las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos del Proyecto, conforme a su RCA.

Señalaron que, respecto al cargo Nº5, la SMA no habría ponderado correctamente la vulneración del área silvestre protegida (Parque Nacional Alberto de Agostini), para lo cual se debió considerar situaciones de riesgo y el ocultamiento de información que materializa dicho riesgo.

Sostuvieron que, la SMA debió imponer una sanción no pecuniaria (clausura del Proyecto o revocación de la RCA), por cuanto la sanción económica impuesta no sería congruente con la gravedad del riesgo producido y los objetivos disuasivos y de protección ambiental y de salud.

Considerando lo anterior, solicitaron se dejara sin efecto la Resolución Reclamada, en particular, respecto al tipo de calificación del cargo Nº1 y de la sanción impuesta a los cargos Nº1 y Nº5.

A su vez, el Titular impugnó judicialmente la Resolución Reclamada, afirmando que, habría operado el decaimiento del procedimiento administrativo sancionador, ya que, entre la formulación de cargos y la Resolución Reclamada, transcurrió un período superior a 2 años; dicha demora habría sido excesiva e injustificada, conllevando que la sanción impuesta se torne ineficaz por perder su finalidad preventiva y represora.

Indicó que, la SMA estimó incorrectamente configurada la infracción Nº1, por cuanto se habría acreditado que la totalidad de la mortalidad extraída durante los ciclos productivos 2013-2015 y 2016-2018 fue ensilada y retirada de las instalaciones del Proyecto, lo que se demostraría con las guías de despacho de retiro de mortalidades. Atendido lo anterior, no se generó un beneficio económico, sino que, por el contrario, se incurrió en el costo de ensilaje y traslado de disposición final.

Señaló que, tampoco habría sido correcta la configuración de la infracción Nº4, por cuanto el Proyecto sí contaba con redes para evitar escape de peces, en particular, redes pajareras, las que cumplirían dicha finalidad; además, se

habría acreditado la realización de las revisiones de los módulos; agregó que, los hechos imputados no habría generado efectos nocivos en el medio ambiente, sumado a que aquellos no generaron un beneficio económico atendido los costos incurridos por los trabajos de revisiones anuales de las condiciones de seguridad de los módulos de cultivo y fondeo.

Indicó que, respecto a la infracción N°5, se habrían presentado a la SMA todos los antecedentes relativos al control diario de mortalidad sometida a ensilaje, además que dicho organismo no consideró que la Bitácora 2016-2018 fue accidentalmente eliminada. Agregó que, la SMA se negó a recibir prueba testimonial para acreditar dicha situación, todo lo que -en definitiva- conlleva la incorrecta configuración del cargo referido.

Considerando lo expuesto, solicitó se dejara sin efecto la Resolución Reclamada, y, en su lugar, se dicte una nueva resolución que absuelva al Titular de todos o parte de los cargos formulados.

La SMA solicitó el rechazo de ambas impugnaciones judiciales, argumentando que, no se habrían configurado los requisitos del decaimiento del procedimiento administrativo sancionador, ya que, la demora de más de 2 años en la tramitación del procedimiento se encuentra plenamente justificada en el análisis y revisión de gran cantidad de información técnica y compleja; en este orden, el análisis del PDC y sus versiones refundidas, implicó la revisión de antecedentes por más 9 meses y requerimientos de información al Titular; agregó que, la demora del procedimiento no sería injustificada e excesiva.

Sostuvo que, el cargo N°1 habría sido correctamente configurado, considerando que las guías de despacho de retiro de mortalidad presentadas por el Titular no permitieron aclarar las diferencias constatadas entre la mortalidad retirada y la sometida a ensilaje; agregó que, los supuestos errores de transcripción y de ingreso de información en diversos softwares, tampoco permiten justificar o acreditar las discrepancias constatadas por la SMA. Agregó que, los incumplimientos imputados no tendrían la entidad suficiente para ser considerados de carácter grave, en consecuencia, el cargo referido no pudo ser clasificado como grave, sino como leve.

Señaló que, respecto al cargo N°4, los planes de contingencia de peces establecidos en la RCA, contemplan la utilización de redes de enmalle y de redes peceras, sin embargo, el Titular utilizó redes pajareas, las que no son aptas ni eficaces para evitar el escape de peces; respecto a las condiciones de seguridad de los módulos de cultivos y de fondeo, los antecedentes acompañados por el Titular no otorgan fiabilidad o certeza respecto a la realización de las mantenciones y revisiones periódicas de dichas instalaciones del Proyecto.

Afirmó que, respecto al cargo N°5, el Titular no remitió íntegramente copia de las bitácoras solicitadas en tiempo y forma por la SMA, cuestión que impide tener por acreditada el cumplimiento de las obligaciones y condiciones establecidas en la RCA del Proyecto. En este orden, las bitácoras se deben conservar por un período que excede el ciclo productivo respectivo. Agregó que, la imposición de la sanción de revocación de la RCA no resulta del todo disuasiva, por cuanto el Titular puede volver a obtener dicho permiso, y la sanción de la clausura sería una opción totalmente desproporcionada en relación a los hechos imputados y sus efectos.

En la sentencia, el Tribunal acogió parcialmente las impugnaciones judiciales.

3. Controversias.

- i. Sobre el decaimiento del procedimiento administrativo sancionador;
- ii. Sobre la configuración de los cargos;
- iii. Sobre la clasificación de la gravedad de las infracciones;
- iv. Sobre la aplicación de las circunstancias del art.40 de la LOSMA;
- v. Sobre la procedencia de una sanción no pecuniaria.

4. Sentencia.

El Tribunal consideró y resolvió:

- i. Que, si bien entre la formulación de cargos -inicio del procedimiento- y la Resolución Reclamada -término del procedimiento- transcurrieron más de 2 años (25 meses), dicha tardanza o dilación no fue injustificada ni excesiva; en este orden, el Titular optó por su derecho a presentar un programa de cumplimiento (PDC), lo que conllevó múltiples diligencias, examen de documentación técnica y requerimientos de información al Titular, por un período aproximado de 9 meses, en el cual el procedimiento no estuvo paralizado ni suspendido. Después del rechazo al PDC, se realizaron múltiples presentaciones por parte del Titular, así como la SMA dictó resoluciones y decretó diligencias tendientes a recopilar la información necesaria para resolver adecuadamente el procedimiento. Todo lo anterior implicó un análisis de múltiple información compleja, lo que necesita de un tiempo razonable, debiendo considerar -además- que, en el año 2020, a raíz de la pandemia por COVID-19, se vio disminuida la eficiencia en el desarrollo de las funciones públicas.
- ii. Que, la SMA no mantuvo paralizado o suspendido el procedimiento de forma injustificada, por el contrario, decretó las diligencias necesarias para dar curso progresivo a aquel, en consecuencia, la tardanza en la tramitación del procedimiento no resulta ser excesiva e injustificada,

considerando fundamentalmente la complejidad del asunto y la gran cantidad de información que debió ser analizada.

- iii. Que, el Titular tiene la obligación de llevar un sistema de registro y contabilidad de mortalidades y ensilaje que asegure su fiabilidad y trazabilidad, con la finalidad que la SMA pueda verificar el cumplimiento de la RCA y la normativa ambiental; sin embargo, consta que, el Titular no reportó ni dio cuenta -a la SMA- respecto al cumplimiento de dicha obligación, en particular, apreciándose errores y desprolijidades en el tratamiento de información que permiten reafirmar el actuar descuidado y negligente del Titular; en este orden, las guías de despacho y certificados de recepción acompañados por el Titular durante el procedimiento administrativo, presentan notorias inconsistencias y falencias sustantivas, por lo que -dichos documentos- no permiten acreditar que la totalidad de las mortalidades fue efectivamente ensilada y retirada de las instalaciones del Proyecto. En particular, las guías de despacho hacen referencia a las mortalidades ensiladas, pero sin especificar la cantidad retirada por cada centro de cultivo, imposibilitando su trazabilidad.
- iv. Que, la SMA no explicó o justificó adecuadamente las razones en virtud de las cuales descartó la clasificación de grave del cargo N°1, el que fue clasificado como leve desde la formulación de cargos, manteniéndose dicha clasificación en la Resolución Reclamada. En este orden, considerando que la medida incumplida tenía por objeto eliminar o minimizar los efectos adversos de un Proyecto, la SMA debió justificar la exclusión del carácter grave de dicha infracción, cuestión que no se verificó, acarreando la inadecuada fundamentación de la Resolución Reclamada en el aspecto referido.
- v. Que, respecto a la ponderación de la circunstancia de beneficio económico, cabe tener presente que, el Titular no logró acreditar que la totalidad de las mortalidades fueran ensiladas y extraídas del Proyecto, en consecuencia, no puede considerarse que el Titular incurrió en gastos asociados al cumplimiento de la obligación que tanto la SMA como el Tribunal estimó infringida.
- vi. Que, respecto a la circunstancia de falta de cooperación -estimada por la SMA-, resulta ser contradictoria e injustificada en cuanto a su configuración, por cuanto el Titular, al presentar sus descargos, acompañó un total de 25 documentos, entre ellos -en lo que aquí interesa- destacan los relativos al control diario de mortalidades (bitácoras); estos documentos se tuvieron por acompañados por la SMA, sin embargo, en la Resolución Reclamada se imputó un factor de incremento de la sanción

por no acompañar efectivamente los documentos individualizados en los descargos, a pesar que el mismo organismo no formuló dicha objeción o reparo al pronunciarse sobre los descargos. A mayor abundamiento, los documentos acompañados por el Titular -en sus descargos- eran íntegros, es decir, no les faltaba una parte que haya impedido o inducido a un error en la investigación de los hechos.

- vii. Que, la SMA cuenta con un amplio margen de discrecionalidad para determinar la cuantía o monto de la multa, en la medida que dicha determinación se justifique en bases a criterios razonables y proporcionales. En concreto, la multa impuesta por la infracción N°1 no resulta desproporcionada en relación al límite máximo para las infracciones leves (hasta 1000 UTA), considerando -además- que la cuantía de la multa es un factor que puede utilizar la SMA para concretar las estrategias de cumplimiento de la normativa ambiental; sin perjuicio de lo anterior, y considerando la incorrecta aplicación de la circunstancia de falta de cooperación eficaz, la SMA -al dictar el nuevo acto terminal- deberá descontar ese factor del monto total de la multa.
- viii. Que, el Titular no contaba con las redes de enmalle destinadas a evitar la fuga o escape masivo de especies; solo se acreditó la implementación de redes o mallas pajareras, las que tienen un uso o finalidades diferentes a las redes de enmalle, es decir, aquellas pretenden evitar que aves afecten a los peces en cultivo; en otras palabras, las redes pajareras no pueden ser equiparables o equivalentes a las redes de enmalle, lo que conlleva la correcta configuración de la infracción N°4, en relación al incumplimiento del plan de contingencia de escape masivo de peces.
- ix. Que, el Titular tampoco acreditó la realización de la verificación semestral del estado de los módulos del Proyecto, sumado a que los certificados acompañados por aquel, no permiten dar cuenta con certeza y con un mínimo grado de fiabilidad respecto a las reales condiciones de seguridad de los módulos de cultivo y de fondeos del CES; en este orden, alguno de los certificados no se encuentran ni firmados ni numerado así como tampoco indican la nave utilizada para la actividad de mantención, máxime si aquellos presentan inconsistencias e incongruencias respecto a la fecha de realización de los supuestos trabajos o labores efectuadas. A mayor abundamiento, tampoco se acreditaron las mantenciones semestrales de los módulos.
- x. Que, respecto a la aplicación de la circunstancia de beneficio económico, y considerando la verificación de los incumplimientos referidos precedentemente, se debe considerar o estimar que el Titular evitó incurrir en los gastos necesarios para dar cumplimiento a las obligaciones

aludidas, máxime si la evitación de dichos costos se produjo entre los años 2013, 2014, 2015, 2017 y 2018.

- xi. Que, respecto a la importancia del peligro ocasionado, se estima que la falta de mantenimiento y certificaciones de los módulos de cultivo durante varios años generó un riesgo, considerando que la ausencia de mantención y de seguridad pudo dar lugar a escapes de peces debido a las deficientes condiciones de mantención de los módulos, lo que podría generar impactos ambientales al liberar especies exóticas en el medio marino. En definitiva, el riesgo fue clasificado correctamente como bajo, atendido que los incumplimientos no se materializaron en un efecto concreto, al no registrarse fuga de peces en las instalaciones del Proyecto.
- xii. Que, respecto a la configuración del cargo, se reconoció que el Titular remitió -a la SMA- las bitácoras hasta diciembre de 2017, correspondientes a los registros de mortalidad extraída y ensilada del ciclo productivo 2016-2018 disponibles a la fecha, solo quedando pendientes los registros de parte de diciembre de 2017, y de enero, febrero y marzo de 2018; sin embargo, la Resolución Reclamada consideró y ponderó un incumplimiento total de las obligaciones de reporte de la información referida, en circunstancias que dicho incumplimiento solo fue de carácter parcial, atendido que la SMA ya tenía en su poder las bitácoras disponibles hasta diciembre de 2017; a mayor abundamiento, la SMA realizó un requerimiento de información respecto de documentación que tenía en su poder, por lo que dicha diligencia constituye un trámite dilatorio, innecesario y carente de justificación. En razón de lo anterior, al dictar el nuevo acto terminal, la SMA deberá ponderar el incumplimiento parcial y no total de la obligación de remitir las copias digitalizadas del registro de mortalidades.
- xiii. Que, la conservación de la información de la bitácora de ensilaje, se extiende más allá del período del ciclo productivo, abarcando más bien el período de prescripción de las infracciones respectivas, lo que guarda congruencia con los objetivos y finalidades de la fiscalización, relativos a verificar el cumplimiento de la regulación ambiental aplicable al Proyecto, máxime si no existe otro medio de verificación equivalente respecto a la materia señalada. A mayor abundamiento, la supuesta destrucción accidental de las bitácoras no constituye un caso fortuito o fuerza mayor, sino más bien da cuenta del actuar negligente y descuidado del Titular, siendo la destrucción imputable exclusivamente al comportamiento de aquel.
- xiv. Que, la SMA no justificó correctamente la clasificación de la gravedad de la infracción (gravísima), por cuanto respecto al incumplimiento parcial

en la entrega de copia de las bitácoras, no existen pruebas que den cuenta de un propósito o intención de impedir deliberadamente la fiscalización; en este orden, la SMA no cumplió el estándar de justificación para efectos de fundamentar el carácter gravísimo de la infracción, por cuanto la mera negligencia en la destrucción de la bitácoras no es suficiente para clasificar la infracción como gravísima. A su vez, tampoco existen antecedentes que permitan concluir que el propósito de la destrucción de las bitácoras fue para evitar el ejercicio de las potestades de la SMA., por ejemplo, respecto a la producción de efectos ambientales en el período que faltan las bitácoras.

- xv. Que, respecto al monto de la multa respecto de la infracción aludida (1013 UTA), esta no resulta desproporcionada en relación a los límites máximos para las infracciones graves (5000 UTA), sin embargo, atendido lo razonado en cuanto a la falta de intencionalidad en la comisión de la infracción, dicho factor deberá ser descontado del monto total de la multa.
- xvi. Que, respecto a las medidas correctivas alegadas por el Titular, no existen antecedentes que cuenta de la implementación -por parte el Titular- del nuevo sistema de bitácora y escaneado de las mismas.
- xvii. Que, en cuanto a la ponderación de la circunstancia relativa a la vulneración a áreas protegidas, la SMA analizó y determinó correctamente que las instalaciones del Proyecto se ubican íntegramente en el mar y no contemplando instalaciones en tierra, por lo que se ubica fuera del Parque Alberto de Agostino; además, no constan antecedentes que permitan afirmar que las infracciones constadas hayan generado algún tipo de detrimento o vulneración al área protegida aludida, no bastando situaciones de riesgo o peligro para efectos de aplicación de un factor de aumento de la multa.
- xviii. Que, respecto a la naturaleza de la sanción, no es irrelevante que respecto a la infracción N°5 solo se verificó la circunstancia de la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental, pero descartándose la intencionalidad, sumado a la ausencia de beneficio económico, inexistencia de daño o peligro al medio ambiente, salud de las personas, ni tampoco constanding afectación a un área protegida, así como tampoco se acreditó una conducta anterior negativa. Considerando lo anterior, no resulta procedente ni se justifica una sanción no pecuniaria (clausura o revocación de la RCA), atendida la ausencia de efectos ambientales que cautelar, sumado a que las circunstancias en que se cometió la infracción, no permiten considerar que la multa no vaya a

generar un efecto disuasivo, máxime si dicha infracción no le reportó -al Titular- un beneficio económico.

- xix. En definitiva, el Tribunal Ambiental ordenó -a la SMA- respecto al cargo N°1, fundamentar adecuadamente la clasificación de gravedad del cargo, además, se deberá descontar del monto de la multa lo relativo a la circunstancia de falta de cooperación eficaz, por no ser concurrente dicha circunstancia; respecto al cargo N°5, se ordenó -a la SMA- ponderar el incumplimiento parcial y no total de la obligación de remitir las copias digitalizadas de registro de mortalidades, además, se deberá ponderar que no se encuentra configurada la causal de gravedad del art. 36 N°1 letra e) de la SMA, así como la circunstancia del art. 40 letra d) de dicha Ley.

5. Normas jurídicas aplicadas para la resolución del asunto

[Ley N° 20.600](#) [arts. 17 N°3, 18 N°3, 20, 25, 27, 29 y 30]

[Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente](#) [arts. 36, 40, 42, 47 y 56]

[Ley N°19.300](#) [arts. 2, 8, 10, 11 y 24]

6. Palabras claves

Decaimiento, configuración de cargos, clasificación de gravedad, falta de cooperación, circunstancias art. 40, planes de contingencia, manejo de mortalidad, ensilaje, motivación, beneficio económico, importancia del peligro ocasionado, sistema jurídico de protección ambiental, detrimento de área protegidas, sanción no pecuniaria.